Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

2019/2

TÜBİTAK
ULAKBİM
Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 94
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 74

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU (Başkan)
Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ
Doç. Dr. Tuba AKÇURA KARAMAN
Arş. Gör. Dr. Ali Cenk KESKİN
Arş. Gör. Dilşad KUĞUOĞLU

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üni.)
Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL (İstanbul Bilgi Üni.)
Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU (Yakın Doğu Üni.)
Prof. Dr. M. Turgut ÖZ (Kültür Üni.)
Prof. Dr. Oktay UYGUN (Yeditepe Üni.)

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Tolga AYOĞLU
Prof. Dr. Murat DEVELİOĞLU
Prof. Dr. Murat ENGİN
Prof. Dr. Mehmet ERDEM
Prof. Dr. Mahmut KABAKCI
Prof. Dr. Ümit KOCASAKAL
Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM
Prof. Dr. Vesile SONAY EVİK
Prof. Dr. Sezai Enis TULÇA
Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ
Prof. Dr. Havva Güzin ÜÇIŞIK
Prof. Dr. İbrahim Hamdi YASAMAN
Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ
Doç. Dr. Serap AMASYA
Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK
Doç. Dr. Berk DEMİRKOL
Doç. Dr. Ali Hakan EVİK
Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN
Doç. Dr. Zeynel KANGAL
Doç. Dr. Kadir Berk KAPANCI
Doç. Dr. Pınar KARTAL
Doç. Dr. Aslı MAKARACI BAŞAK
Doç. Dr. Arif Barış ÖZBİLEN
Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM KIZILCA
Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ
Doç. Dr. Fülurya YUSUFOĞLU BİLGİN
Dr. Öğr. Üyesi Bleda Rıza KURTDARCAN
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe İpek SARIÖZ BÜYÜKALP
Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan SEVİNÇ KUYUCU
Dr. Öğr. Üyesi Mualla Buket SOYGÜT ARSLAN
Dr. Öğr. Üyesi Güner Hande ULUTÜRK

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2019 yılının Aralık ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556
Dizgi/Mizanpaj : Beta Basım A.Ş. / Gülgonca Çarpık
Baskı-Cilt : Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza
1. Levent/Beşiktaş/İst. Tel: (0212) 269 30 00 (Sertifika No: 20179)

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.
Narlıbahçe Sokak No: 11 (Sertifika No. 16136)
Cağaloğlu - İSTANBUL
Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77
Fax: (0-212) 511 36 50
www.betayayincilik.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL
e-posta: hukukfd@gsu.edu.tr

İçindekiler

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU.....3

EGE KARASULARI GENİŞLİĞİ UYUŞMAZLIĞINA BİR ÇÖZÜM ÖNERİSİ: SEÇİCİ GENİŞLETME

A PROPOSAL FOR A SOLUTION TO THE BREADTH OF AEGEAN TERRITORIAL SEA DISPUTE: SELECTIVE EXTENSION

Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ.....59

AVRUPA'DAKİ MİNYATÜR DEVLETLERİN İKİLİ DİPLOMATİK İLİŞKİLERİNE DAİR ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN PRAGMATİK BİR DEĞERLENDİRME

A PRAGMATIC ANALYSIS OF THE DIPLOMATIC RELATIONS OF MICROSTATES IN EUROPE RELATING TO INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE

Doç. Dr. Ali Hakan EVİK.....163

BİLGİ SUİİSTİMALİ SUÇU

CRIMINAL MISUSE OF INFORMATION

Dr. Öğr. Üyesi Reşit KARAASLAN.....215

CEZA HUKUKUNDA ŞAHISTA HATA VE HEDEFTE SAPMA

ERROR IN PERSONA AND ABERRATIO ICTUS IN CRIMINAL LAW

Dr. Öğr. Üyesi Serkan MERAKLI.....317

TCK M. 89 IŞIĞINDA TAKSİRLİ SUÇLARDA NİTELİKLİ HALLERE YER VERİLMESİNİN HAREKETİN VE NETİCENİN HAKSIZLIK İÇERİĞİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A CONSIDERATION ON THE QUALIFICATIONS IN THE NEGLIGENT OFFENSES WITH REGARDS TO THE INJUSTICE OF ACT AND RESULT IN THE LIGHT OF ARTICLE 89 OF THE TURKISH CRIMINAL CODE

Taylan BARIN **353**

2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ SONRASI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİN ANAYASA'YA UYGUNLUK DENETİMİ

JUDICIAL REVIEW OF DECREES HAVING THE FORCE OF LAW AFTER CONSTITUTIONAL AMMENDMENTS OF 2017

Rezzan KATILMIŞ **381**

GÜNÜMÜZ ÇATIŞMALARI AÇISINDAN İNSANCIL HUKUKTA UYUM MEKANİZMALARI VE ÇATIŞMA MAĞDURLARI İÇİN ONARIM SORUNU

THE PROBLEM OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMPLIANCE MECHANISMS AND REPARATION FOR VICTIMS OF CONFLICTS IN CONTEMPORARY ARMED CONFLICTS

Esra DEMİR **431**

5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU'NUN 160. MADDESİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

THE ANALYSIS ON ARTICLE 160 OF THE BANKING LAW NO. 5411

ÖZEL HUKUK

Doç. Dr. Sıtkı Anlam ALTAY **477**

YÖNETİM KURULUNUN SEÇİMİNİN FİNANSAL TABLOLARIN MÜZAKERESİYLE İLİŞKİSİ

CORRELATION BETWEEN THE ELECTION OF THE BOARD OF DIRECTORS AND THE DISCUSSION OF FINANCIAL STATEMENTS

Doç. Dr. F. Burcu SAVAŞ KUTSAL **507**

İŞVERENİN KREŞ AÇMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ: YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ'NİN KONU İLE İLGİLİ İKİ FARKLI KARARININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

EMPLOYER'S OBLIGATION OF ESTABLISHING A DAY-CARE CENTER: THOUGHTS BY TWO DİFFERENT JUDICIAL DECISIONS RELATED TO SUBJECT BY 9TH DIVISION OF THE COURT OF APPEAL'S

Dr. Öğr. Üyesi Özgün ÇELEBİ **537**

TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİ BAĞLAMINDA KADININ SOYADI VE SOYADININ ÇOCUĞA AKTARIMI

WOMAN'S SURNAME AND ITS TRANSMISSION TO THE CHILD IN THE CONTEXT OF GENDER EQUALITY

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hakan DAĞDELEN.....615

YURT DIŞINDAN TÜRKİYE'YE GELEN TAŞINIR ÜZERİNDEKİ MÜLKİYETİ MUHAFAZA KAYDININ AKIBETİ

THE QUESTION OF VALIDITY OF RESERVATION OF TITLE CLAUSES IN RESPECT OF MOVABLES BROUGHT TO TURKEY

Dr. Öğr. Üyesi A. Özge YENİCE CEYLAN.....641

MİRASIN REDDİNİN DİĞER MİRASÇILAR BAKIMINDAN SONUÇLARI

CONCLUSIONS OF DISCLAMER OF INHERITANCE WITH REGARDS TO OTHER HEIRS

Dr. Öğr. Üyesi Ş. Esra KİRAZ 675

ULUSLARARASI TİCARİ FAALİYETLER DOLAYISIYLA FİKRİ MÜLKİYET HAKKININ İHLALİ: VİYANA MAL SATIM SÖZLEŞMESİ (CISG)

INFRINGEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS DUE TO INTERNATIONAL COMMERCIAL ACTIVITIES: CISG

Dr. Barış DEMİRSATAN 717

TÜRK HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN MUTLAK ZAMANAŞIMI SÜRESİ VE MAHKEMEYE ETKİN ERİŞİM HAKKI

THE ABSOLUTE PERIOD OF LIMITATION REGARDING TORT LIABILITY UNDER TURKISH LAW AND THE RIGHT TO EFFECTIVE ACCESS TO THE COURT OF THE MEDIATION ACTIVITY

LE DÉLAI ABSOLU DE PRÉSCRIPTION DANS LA RÉSPONSABILITÉ DÉLICTUELLE EN DROIT TURC ET LE DROIT DE L'ACCÈS EFFECTIF AU TRİBUNAL

Arş. Gör. Can YÖNEY.....745

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN TAHKİM ANLAŞMASINA UYGULANACAK HUKUK OLARAK UYGULANABİLİRLİĞİ

APPLICABILITY OF THE CISG AS THE LAW APPLICABLE TO ARBITRATION AGREEMENTS

Av. Ece GÖNÜLAL 783

DİJİTAL TEK PAZARDA TELİF HAKKI VE BAĞLANTILI HAKLAR YÖNERGESİ İLE BERABERİNDE GETİRDİĞİ TARTIŞMALAR

DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS IN THE DIGITAL SINGLE MARKET AND ASSOCIATED DEBATES

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli ulusal bir dergidir; Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanmakta olup, 2016 yılından beri TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

3. Yazılar, **hukukfd@gsu.edu.tr** e-posta adresine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.

4. Derginin yayın dili Türkçe, İngilizce, Fransızca, Almanca ve İtalyanca dilleridir. Bu dillerin dışındaki eserlerin kabulü Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Her yazı, en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce kısa öz (abstract), her iki dilde başlık ve beşer anahtar kelime içermelidir. Her eserin sonunda aşağıda belirtilen kurallara uygun kaynakça yer almalı, kullanılan kaynaklar dipnotta gösterilmelidir.

5. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Koyu (bold) harfler başlıklarda, yatık (italik) yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde kullanılır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır.

6. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarı-

na iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar "nesnel değerlendirme ilkesi" uyarınca en az iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir.

7. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici not vb. yazılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Hangi yazıların hakem incelemesinden geçmediği dergi içinde açıkça belirtilir.

8. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Galatasaray Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

9. Metin içerisinde başlıklar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF
1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük
A- Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük
a- Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük
aa- Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

11. Kaynakçada gösterim: Yazıda yararlanılan eserler soyadına göre alfabetik olarak sıralanır. Kararlar ve internet kaynakları için bölümleme yapılabilir.

a) Kitap: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), **Eser adı** (Kalın/Bold), Basım sayısı, Yayınevi, Yayın yeri, Yayın yılı. (normal)

Örnek: TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 16.bası, Beta, İstanbul, 2013.

Örnek: İNCEOĞLU Sibel (Editör), ..., ..

Çeviri kitaplar için:

SARTORİ Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (çev. T. Karamustafaoğlu / M. Turhan), Yetkin, Ankara, 1996.

İki yazarlı kitaplar için:

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15. bası, Beta, İstanbul, 2015.

Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray /BACAKSIZ Pınar, vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.

b) Yüksek Lisans veya Doktora tezleri için:

ALTAY Sıtkı Anlam, Bankaların Mali Durumlarının Bozulmasının Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.

c) Makale: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), "Makale başlığı" (Tırnak içinde), **Eser adı** (Kalın/ Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları. (Makalelerde, makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı belirtilir.)

Örnek: KOÇ Sedef, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu", **GSÜHFD**, S. 2012-1, 2014, ss. 281-300.

d) İnternet kaynakları: Tam adres ve son erişim tarihi belirtilmelidir. Big Data, Crime and Security, Parliamentary Office of Science and Technology of the UK Parliament Note no: 470, 2014, http:// researchbriefings. files.parliament.uk/documents/POST-PN-470/ POST-PN-470.pdf (Erişim Tarihi: 28.03.2016).

12. Dipnotlarda: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir.

a) Kitap ve makaleler: Dipnotta sadece kalın harflerle yazarın soyadı; eserin yayın yılı ile sayfa numarası gösterilir. İki yazarın bulunması durumunda her iki yazarın soyadı da kullanılır. İkiden fazla yazar olması durumunda ilk yazarın soyadını "ve diğ./et al." ifadesi ta-

kip eder. Eğer aynı yazarın aynı yılda basılmış birden fazla yayını kullanılmışsa basım yıllarının sonuna kaynakçadaki sıraya uygun olarak alfabetik bir karakter ilave edilir (2013a, 2013b...).

Örnek: KOÇ, s. 17.

b) Karar: Kararı veren kurum, esas sayısı, karar sayısı ve karar tarihi, karara ulaşılabilecek kaynak.

Y. 13. HD, E. 2016 / 5823, K. 2016 / 13745, 30.05.2016, YKD, c. 42, S. 10, 2016, ss. 2430-2431.

İnternet: Kullanılan içeriğe uygun kısa atıf kuralına uygun hareket edilmelidir.

13. Dergimizin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi **15 Nisan**; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise **15 Ekim**'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.

KAMU HUKUKU

EGE KARASULARI GENİŞLİĞİ UYUŞMAZLIĞINA BİR ÇÖZÜM ÖNERİSİ: SEÇİCİ GENİŞLETME

Doç. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU*

Öz: Yunanistan Ege'de tek taraflı olarak karasularını 12 mile genişletemez. Yunanistan, bu uygulamadan hakları olumsuz yönde etkileneceği için Türkiye'nin rızasını aramalıdır. Bu, Yunanistan açısından bir tercih veya seçenek değil, hukuki bir zorunluluktur. Bu nedenle taraflar arasında bu konuda müzakereler yapılmalıdır. Türkiye'nin Ege'nin tamamında Yunan karasularının 12 mile genişletilmesini kabul etmesi mümkün değildir. Dolayısıyla yapılacak müzakerelerde seçici genişletme gündeme gelecektir. Seçici genişletme, tarafların ve üçüncü devletlerin hak ve çıkarlarını tatmin eden en uygun çözüm yöntemini sunmaktadır. Seçici genişletmeden kasıt, Yunanistan'ın Doğu Ege Adaları'nda 12 mil uygulamaktan vazgeçmesi, buna karşılık, Yunan anakarası (tercihen Batı Trakya sahili hariç) ve anakaraya yakın adalarda 12 mil uygulamasının Türkiye tarafından kabul edilmesidir. Son durumdaki ölçüt, kıta sahanlığı sınırlandırması ve seyrüsefer serbestilerini etkilememektedir. Bu da taraflar arasında bir uluslararası antlaşma ile saptanmalıdır. Ulaşılacak antlaşma ile Yunanistan açıkça tarif ve tayin edilen alanlarda karasularını 12 mile genişletecek ve diğer alanlarda ise 6 milde tutma yükümlülüğü üstlenecektir. Böylece, Türkiye'nin seyrüsefer serbestisi ve kıta sahanlığı sınırlandırmasına yönelik itirazları giderilmiş olacaktır. Bu şekilde Yunanistan da Ege'de 12 mil uygulaması yapmış olacaktır. Karasuları genişliği meselesi bu şekilde çözüldükten sonra artık taraflar kıta sahanlığı sınırlandırmasını anlamlı şekilde müzakere edebileceklerdir. Fakat Avrupa Birliği, bu nevi bir antlaşmanın önündeki en büyük engeldir.

Anahtar Kelimeler: Ege sorunları, Türk–Yunan karasuları genişliği uyuşmazlığı, seçici genişletme, Ege için *sui generis* bir düzen, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi

---

* Makale Gönderim Tarihi: 14.10.2019. Makale Kabul Tarihi: 13.12.2019 Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-8601-7908; *ugurbayil@cankaya.edu.tr*)

A PROPOSAL FOR A SOLUTİON TO THE BREADTH OF AEGEAN TERRİTORİAL SEA DİSPUTE: SELECTİVE EXTENSİON

Abstract: Greece cannot extent its territorial waters unilaterally in the Aegean to 12 miles. Greece must seek the approval of Turkey for which Turkey's rights are negatively affected by this application. This is a legal obligation, not a preference or an option for Greece. For this reason, negotiations must be held between the parties hereof. It is impossible for Turkey to accept the extension of Greek territorial sea to 12 miles in the entire Aegean. Therefore, selective extension will be on the agenda during the negotiations between the parties. Selective extension offers the most appropriate method of solution that satisfies the rights and interests of the parties and third states. What is meant by selective extension is that Greece renounce implementing 12 miles in the Eastern Aegean islands, whereas Turkey would accept 12 miles for the Greek mainland (preferentially, except West Thrace coast) and the islands near the mainland. The criterion in the latter is about not affecting delimitation of continental shelf and freedom of navigation. This should be determined by an international treaty between the parties. With the treaty to be reached, Greece will extend its territorial waters to 12 miles in clearly defined and designated areas and undertake to keep it at 6 miles in other areas. Thus, Turkey's objections to the navigational freedoms and continental shelf delimitation will be resolved. In this way, Greece will be implementing 12 miles in the Aegean. Once the issue of territorial waters has been resolved in this way, the parties will then be able to negotiate the delimitation of the continental shelf, in a meaningful way. However, the European Union is the biggest obstacle to such a treaty.

Key Words: Aegean Problems, Turkish–Greek dispute on the breadth of territorial sea, selective extension, a *sui generis* order for the Aegean, United Nations Convention on the Law of the Sea

GİRİŞ

Ege'de Türk–Yunan sorunlarından biri ve en çok gündeme geleni karasularının genişliği sorunudur. Söz konusu sorun açısından kritik gelişmeyi, 16 Kasım 1994'te yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS)[1] oluşturmaktadır. Zira BMDHS'nin 3. maddesi, karasularının genişliğinin, 12 mili aşmayacak şekilde belirlenebileceğini hüküm altına

---

1 Çalışmada, BMDHS'den yapılan alıntılarda, şu çeviri esas alınmıştır: ÖZMAN M. Aydoğan (çev.), **Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi**, İstanbul Deniz Ticaret Odası, İstanbul, 1984.

almıştır. Yunanistan, BMDHS'yi, 22–23 Haziran 1995 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 2321 sayılı kanunla onaylamış ve Sözleşme, Yunanistan için 21 Ağustos 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[2] Söz konusu kanunun 2. maddesi konuyla ilgili en temel düzenlemedir.[3] Bu maddeyle Yunanistan'ın, BMDHS'nin 3. maddesi çerçevesinde karasularını 12 mile genişletmek konusunda vazgeçilmez bir hakka sahip olduğu belirtilmiş ve bunun, Bakanlar Kurulu'nun teklifi üzerine Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Yunanistan'ın BM Daimi Temsilciliği, Yunanistan'ın Sözleşme'yi onayına ilişkin bir deklarasyon içeren 21 Temmuz 1995 tarihli notayı, Genel Sekreterliğe sunmuştur.[4] Deklarasyonun 1. paragrafının 2. cümlesinde Yunanistan'ın, Sözleşme'den kaynaklanan hakların ne zaman ve nasıl uygulanacağına ulusal stratejisine göre kendisinin karar vereceği ve bunun, hiçbir şekilde Yunanistan'ın bu haklardan vazgeçtiği anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir.[5] Görüldüğü gibi Yunanistan, ulusal stratejisine göre aslında, siyasi konjonktürü gözeterek, karasularını genişletme uygulaması yapacaktır ve 2321 sayılı kanunla idareye bu yetki verilmek suretiyle esneklik sağlanmıştır.[6] Yunan parlamentosunda, onaya ilişkin yapılan görüşmelerde, BMDHS'ye büyük önem atfedildiği ve tüm siyasi partilerin, BMDHS'nin, Yunanistan'ın denizlere ilişkin temel politika hedeflerinin,

---

2 STRATI Anastasia, "The Ratification by Greece of the UN Convention on the Law of the Sea", **Leiden Journal of International Law**, Vol: 9, 1996, s. 99, 1 no'lu dipnot. Söz konusu kanunun, Yunan parlamentosu tarafından kabul tarihinin, 31 Mayıs 1995 olduğu anlaşılmaktadır. Bkz: BÖLÜKBAŞI Deniz, **Turkey and Greece: The Aegean Dispute: A Unique Case in International Law**, Cavendish Publishing Limited, London, 2004, s. 134, 41 no'lu dipnot.

3 Söz konusu maddenin İngilizce çevirisi için bkz: IOANNOU Krateros M., "The Greek Territorial Sea", **Greece and the Law of the Sea**, KARIOTIS Theodore C. (Editör), Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 1997, s. 130. Türkçe çevirisi için bkz: BAŞEREN Sertaç Hami, **Ege Sorunları**, TÜDAV, Ankara, 2006, s. 114.

4 Nota ve deklarasyon metni için bkz: Communicated by the Permanent Mission of Greece to the United Nations in a note verbale dated 21 July 1995, **Law of the Sea Bulletin**, No: 29, United Nations, New York, 1995, s. 6-7, http://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/bulletinE29.pdf, (Erişim Tarihi: 4.2.2019). Ayrıca bkz: **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 135–136, 42 no'lu dipnot.

5 Söz konusu paragrafa, Ioannou da atıf yapmıştır. Bkz: **IOANNOU**, 1997, s. 130, 42 no'lu dipnot. Bu atıf, Başeren tarafından da iktibas edilmiştir. Bkz: **BAŞEREN**, 2006, s. 114, 296 no'lu dipnot.

6 Bu esnekliğin fayda ve gerekliliği, Türkiye'nin tepkisi ve bölgedeki gerilime bağlanmıştır. Bu konudaki tespitler için bkz: **IOANNOU**, 1997, s. 130; **BAŞEREN**, 2006 s. 114–115.

özellikle 12 mil karasuları genişliğinin hayata geçmesi konusunda önemli fırsatlar sunduğu konusunda mutabık oldukları anlaşılmaktadır.[7] Görüldüğü gibi BMDHS'nin yürürlüğe girmesi, Yunanistan tarafından ilgi ve coşkuyla karşılanmıştır ki bunda 12 mil genişliğe cevaz veren Sözleşme'nin 3. madde hükmünün etkisi açıktır.[8]

Türkiye ise BMDHS'yi imzalamamıştır. Bunun çeşitli nedenleri bulunmaktadır. En temel nedenlerinden birisinin, BMDHS'nin 3. maddesi düzenlemesi olduğu açıktır. Nitekim 10 Aralık 1982 tarihli kapanış oturumunda Türk temsilci Kırca'nın, Sözleşme'nin 3. maddesine yönelik açıklamaları bu hususu teyit etmektedir.[9] Kırca, 12 milin, otomatik ve zorunlu bir sınır oluşturmadığını, Sözleşme'nin 300. maddesinde yer alan hakkın kötüye kullanımı yasağındaki kısıtlamaya tabi olduğunu ve bu bağlamda kapalı ve yarı kapalı denizlerde diğer sahildar devletin hak ve çıkarlarını haleldar edecek şekilde uygulanamayacağını belirtmiştir. Ayrıca, 12 milin bir örf ve adet kuralı oluşturmadığını, kaldı ki Türkiye'nin başından itibaren 12 millik genişliğe ısrarlı şekilde muhalefet ettiğini vurgulamış ve dolayısıyla bunun, Türkiye'ye karşı ileri sürülemeyeceği hukuki gerçeğinin altını çizmiştir. Böylece Türk temsilci, Türkiye'nin itirazını hukuki sonuç doğuracak şekilde ortaya koymuştur.[10]

---

7 Bkz: **STRATI**, 1996, s. 100. Oysa Yunanistan, I. ve II. Deniz Hukuku Konferansları'nda, balıkçılık ve armatörlerin seyrüsefer konusundaki endişeleri nedeniyle karasularının genişletilmesi aleyhine bir tutum takınmıştır. Bkz: ROUCOUNAS Emmanuel, "Greece and the Law of the Sea", **The Law of the Sea: The European Union and its Member States**, TREVES Tullio / PINESCHI Laura (Editör), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague / Boston / London, 1997, s. 229–230.

8 Yunan doktrini de genellikle, Yunan politika anlayışına paralel olarak, 12 mil genişliği, Yunanistan'ın dilediği zaman tek taraflı olarak kullanabileceği bir hak olarak nitelemektedir. Bu konudaki görüşler için bkz: KATSOUFROS Theodoros, "Ege Deniziyle İlgili Türk Yunan Uyuşmazlıkları", **Türk–Yunan Uyuşmazlığı**, VANER Semih (Editör), Metis Yayınları, İstanbul, 1990, s. 82–85; POLITAKIS George P., "The Aegean Agenda: Greek National Interest and the New Law of the Sea Convention", **International Journal of Marine and Coastal Law**, Vol: 10, No: 4, 1995, s. 497–515; **STRATI**, 1996, s. 104–107; **IOANNOU**, 1997, s. 117–136; CİN Turgay, **Türkiye ve Yunanistan Bakımından Ege'deki Karasuları Genişliği Sorunu**, Seçkin, Ankara, 2000, s. 71–76, 95–97, 127–130. SYRIGOS Angelos M., **The Status of the Aegean Sea According to International Law**, Sakkoulas / Bruylant, Athens / Bruxells, Bila–tarih, *passim*.

9 Açıklamanın Türkçe çevirisi için bkz: ÖZMAN Aydoğan, **Deniz Hukuku I: Kaynaklar, Kişiler, Nesneler, Ulusal Deniz Alanları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 47–54.

10 Bu argümanlar, Türkiye'nin bugüne kadar gelen pozisyonuna dayanak teşkil etmektedir ve

BMDHS'nin yürürlüğe girmesinden sonra da Türkiye, Yunanistan'ın yukarıda aktarılan tutum ve girişimlerine karşı hukuki ve siyasi sonuçları bulunan çeşitli tepkiler vermiştir. Bunlardan değinilmesi gereken ilki, Türkiye BM Daimi Temsilciliği'nin Genel Sekreterliğe sunduğu ve Yunanistan'ın yukarıda değinilen deklarasyonuna karşı bir deklarasyon içeren 19 Aralık 1995 tarihli notasıdır.[11] Deklarasyonun 1. paragrafında, Yunanistan'ın BMDHS'yi imzalamasının, onaylamasının ve takip eden deklarasyonunun, Türkiye'nin Ege'deki deniz alanlarına ilişkin mevcut hak ve çıkarlarına zarar verip etkilemediği ve Türkiye'nin uluslararası hukuktan kaynaklanan tüm haklarını saklı tuttuğu belirtilmiştir. Ayrıca, Türkiye'yi, mevcut hak ve çıkarlarında mahrum edecek, uzun süreden beri devam eden statükoyu bozmaya yönelik iddia ve girişimlerin kabul edilmeyeceği vurgulanmıştır. İlaveten BMDHS düzenlemelerinin kötüye kullanımını oluşturacak herhangi bir tek taraflı işlemin, kabul edilemez sonuçları olacağı uyarısı yapılmış ve Türkiye'nin başından itibaren bu konudaki etkin ve ısrarlı muhalefetini kayıt altına aldırdığı hususu vurgulanmıştır. Böylece Türkiye hem haklarını saklı tutmuş ve hem de Ege'deki statükonun bir parçasını teşkil eden 6 millik karasuları genişliği uygulamalarının, tek taraflı işlem ve eylemlerle değiştirilmesine yönelik itirazını, hukuki sonuç doğuracak bir şekilde açıklamıştır.

Türkiye'nin diğer tepkisi ise *casus belli* kararı olarak bilinen, 8 Haziran 1995 tarihli TBMM bildirisidir.[12] Söz konusu bildiri ile TBMM'nin, Yunan karasularının genişletilmesine karşı iradesi şu şekilde ifade edilmiştir:

Türk doktrini tarafından da savunulmaktadır. Örneğin bkz: ÖZMAN M. Aydoğan, "Ege Karasuları Sorunu", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: LXIII, No. 3–4, 1988, s. 178–180; ODMAN M. Tevfik, Karasularının Genişliği Sorunu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1990, s. 135–161; İNAN Yüksel / BAŞEREN Sertaç H., "The Troubled Situation of the Aegean Territorial Waters", **Hellenic Studies**, Vol: 4, No: 2, 1996, s. 61–64; TOLUNER Sevin, **Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)**, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, Beta, İstanbul, 1996, s. 97–109; ACER Yücel, **The Aegean Maritime Disputes and International Law**, Ashgate, Burlington, 2003, s. 103–136; **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 183–218; **BAŞEREN**, 2006, s. 107–131; PAZARCI Hüseyin, **Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları**, Ankara, 2015, s. 107–113.

11 Nota ve deklarasyon metni için bkz: Communicated by the Permanent Mission of Turkey to the United Nations in a note verbale dated 19 December 1995, **Law of the Sea Bulletin**, No: 30, United Nations, New York, 1996, s. 9–10, http://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/bulletinE30.pdf (Erişim Tarihi: 4.2.2019).

12 Metin için bkz: TBMM Tutanak Dergisi, Cilt: 88, 121 inci Birleşim, s. 136–137.

"Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yunanistan Hükümetinin Lozanla kurulmuş dengeyi bozacak biçimde Ege'deki karasularını 6 milin ötesine çıkarma kararı almayacağını ümit etmekle birlikte, böyle bir olasılık durumunda, ülkemizin hayatî menfaatlarını muhafaza ve müdafaa için, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine, askerî bakımdan gerekli görülecek olanlar da dahil olmak üzere, tüm yetkilerin verilmesine ve bu durumun Yunan ve dünya kamuoyuna dostane duygularla duyurulmasına karar vermiştir."

Türkiye'nin hukuki açıdan da desteklenen kararlılığını, siyasi yönden de ortaya koyan bu bildiriden sonra, Yunanistan bugüne kadar karasularını genişletme yönünde bir işlem tesis edip, uygulama yoluna gitmemiştir. 1999'dan sonra Türkiye–Avrupa Birliği (AB) ilişkileri geliştikçe ve tam üyelik müzakereleri derinleştikçe, Türk–Yunan sorunları da AB belgelerine girmiş ve birçok belgede sınır anlaşmazlıklarının çözümü için gayret gösterme çağrısı yapılmıştır.[13] Bunun üzerine taraflar arasında istikşafi görüşmeler başlamıştır.[14] Türkiye ve Yunanistan, bugüne kadar, karasuları genişliğine bağlı ciddi bir gerilim yaşamamıştır.

I) SEÇİCİ GENİŞLETME FİKRİNİN GÜNDEME GELMESİ VE YUNANİSTAN'IN KARASULARINI SEÇİCİ VE/VEYA TEDRİCİ ŞEKİLDE GENİŞLETMEYE İLİŞKİN GÜNCEL HAZIRLIKLARI:

2018 yılı Ekim ayında Yunan basınında, Türk basınına da yansıyan bazı haberler ortaya çıkmıştır. Buna göre görevinden istifa eden Yunan dışişleri bakanı Nikos Kotzias, Yunanistan'ın, İyon Denizi'nde, karasularını 6 milden 12 mile genişleteceğini, aynı şekilde Yunan dışişleri bakanlığının Girit ve çevresi ile Küçük Çuha Adası da[15] dahil olmak üzere Yunan anakarasının merkezine kadar bu uygulamayı yapmaya hazırlandığını belirtmiştir.[16]

---

13 Türk–Yunan sorunlarına AB'nin dahil olması ve bu süreçte yaşananlara ilişkin bilgi ve değerlendirmeler için bkz: BAYILLIOĞLU Uğur, **Uluslararası Hukuk Açısından Ege Karasuları Sınırlandırması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 114–122.

14 Bu gizli görüşme sürecinin 12 Mart 2002'de başlatıldığı belirtilmiştir. BÖLÜKBAŞI Deniz, **Dışişleri İskelesi: Dışişleri'nde 34 Yıl**, Doğan Kitap, İstanbul, 2011, s. 188.

15 Çalışma boyunca Ege'deki ada isimlerinin sadece Türkçelerine şu eser esas alınarak yer verilmiştir: KURUMAHMUT Ali / BAŞEREN Sertaç Hami, **Ege'de Gri Bölgeler: Unutul(may)an Türk Adaları**, Türk Tarih Kurumu, 2004, ek 1.

16 "Greece 'Ready' to Extend Sovereignty to 12 Miles in the Ionian Sea", https://greece.gre-

Yunan Kathimerini gazetesinin ise Kotzias'ın bahsettiği genişlemenin, İyon Denizi'ndeki küçük bir ada grubu olan Diapontia Adaları'ndan, Mora Yarımadası ile Girit arasında yer alan Küçük Çuha Adası'na uzanan deniz alanını içerdiğini belirttiği aktarılmıştır.[17] Kotzias'ın açıkladığı orijinal plana göre bu uygulama, bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yapılacakken, Başbakan Tsipras'ın daha geniş bir siyasi destek için meseleyi parlamentoya götürme ve bir parlamento düzenlemesi yoluyla karasularını genişletmeye karar verdiği basına yansımıştır.[18]

Görüldüğü gibi Yunanistan'ın, karasularını seçici bir şekilde genişletme konusunda niyeti ve planı bulunmaktadır. Fakat bu seçici genişletme girişiminin, büyük çaplı tedrici bir genişletme planının ilk halkasını oluşturma riskini bünyesinde barındırdığı gözden uzak tutulmamalıdır. Gerçekten de Yunanistan'ın, siyasi konjonktürü gözeterek, önce İyon Denizi, Girit ve Yunan anakarasında, akabinde Kuzey Sporat Adaları ve Kiklat Adaları'nda ve nihayetinde Doğu Ege Adaları'nda karasularını kademeli bir şekilde genişletme niyetinin bulunma ihtimali göz ardı edilemez. Nitekim Yunan dışişleri bakanlığı sözcüsünün, Yunanistan'ın karasularını genişletme hakkının, şüphe ve müzakereye açık olmadığını ve açıkça tüm ülke için geçerli olduğunu vurgulaması,[19] bu açıdan önemli bir göstergedir. Buna karşın, Türkiye'nin bu konudaki girişimlerden duyduğu rahatsızlığın, diplomatik yollarla Yunanistan'a iletildiği görülmektedir.[20] Yunanistan'ın, karasula-

---

ekreporter.com/2018/10/20/greece-ready-to-extend-sovereignty-to-12-miles-in-the-ionian-sea/ 20.09.2018, (Erişim Tarihi: 24.10.2018).

17 "Yunanistan'ın batıdaki karasularını genişletme hamlesi başka bölgelerde de uygulanabilir", https://tr.sputniknews.com/analiz/201810231035799634-yunanistan-karasulari-kocyasatina-iyon-denizi-ege/ 23.10.2018, (Erişim Tarihi: 31.12.2018).

18 "Tsipras seeks broader political consent to extension of Greece's territorial waters", http://www.keeptalkinggreece.com/2018/10/24/extension-territorial-waters-parliament/, 24.10.2018, (Erişim Tarihi: 24.10.2108). Nitekim Ioannou, 2321 sayılı kanunun, karasularını genişletme yetkisini idareye veren 2. maddesi düzenlemesinin Yunan Anayasası'na uygun olmadığını, bunun ancak bir yasama işlemi ile yapılması gerektiğini belirtmiştir. **IOANNOU**, 1997, s. 131.

19 "Foreign Min. spox: Greece has every legal right to extend territorial waters", https://www.amna.gr/en/article/303887/Foreign-Min-spox-Greece-has-every-legal-right-to-extend-territorial-waters, 23.10.2018, (Erişim Tarihi: 24.10.2108).

20 Bkz: "Yunanistan'a 'savaş sebebi' anımsatması", Cumhuriyet, 24.10.2018, s. 9; "Yunanistan'a 12 Mil Notası", Star, 24.10.2018, s. 9. Ayrıca bkz: "SC-67, 23 Ekim 2018, Dışişleri Bakanlığı Sözcüsü Hami Aksoy'un Yunanistan Hükümetinin "Yunan Karasu-

rının seçici genişletilmesi yönündeki bahis konusu niyet ve girişimlerinin Türkiye açısından yarattığı riskin ve Türkiye'de doğurduğu endişenin nedeni, bunun, taraflar arasında ulaşılmış karşılıklı bir mutabakata değil, tamamen Yunanistan'ın kapsamını kendisinin belirlediği tek taraflı bir tasarrufa dayanmasıdır.[21] Böylece Yunanistan, vazgeçilmez ve elinden alınamaz bir hak olarak nitelediği 12 mil genişliği, ileride Ege'nin diğer alanlarına teşmil etme konusunda irade gösterebilecektir. Oysa Yunan karasularının seçici genişletilmesi, tedrici genişletme olgusundan farklıdır ve daha önce gündeme gelmiştir.

Gerçekten de doktrinde, Ege karasuları genişliği sorununun çözümüne ilişkin, seçici genişletmeyi esas alan bazı tespitler yapılmıştır. Bu konuda Van Dyke öne çıkmaktadır. Yazara göre Batı Ege'deki adalar, Yunan anakarasına yakın konumları nedeniyle neredeyse Yunan anakarasının bir parçası olarak değerlendirilebilirse de Türkiye açısından güvenlik ve seyrüsefer tehditleri doğuran Doğu Ege Adaları ile Yunan anakarası arasında böyle bir coğrafi bağlantı bulunmamaktadır.[22] Bu çerçevede, yazara göre muhtemel çözümlerden ilki, Yunan anakarasında karasularını 12 mile genişletmek ve fakat adalarda bunu uygulamamak, diğeri ise en azından batıdaki bazı adalara 12 mil hakkı tanımak ve fakat doğudaki Yunan adalarının karasularını 6 mille sınırlı tutmaktır.[23] Görüldüğü gibi yazar, Türkiye'nin Ege'de 12 mil uygulamasına yönelik itirazlarını gidermek açısından, Yunan karasularının sadece anakara Yunanistan'ı ve anakaraya yakın Yunan adalarında 12 mile genişletmesini ve fakat bunun dışında kalan alanlarda mevcut 6 mil uygulamasının devamını, bir çözüm yöntemi olarak sunmaktadır. Böylece tedrici bir genişletme faaliyeti söz konusu olmayacak, Yunanistan karasularını belirtilen alanlarda seçici bir şekilde genişletecek ve diğer bölgelerde 12 mili uygulamama yükümlülüğü altına girecektir. Şüphesiz bu da taraflar arasında

---

larını" Kademeli Olarak 12 Deniz Miline Genişletme Planına Dair Bir Soruya Cevabı", http://www.mfa.gov.tr/sc_-67_-yunanistanin-karasularini-kademeli-olarak-12-deniz-milinegenisletme-plani-hk-sc.tr.mfa, 23.10.2018, (Erişim Tarihi: 31.10.2018).

21 Nitekim Dışişleri Bakanlığı sözcüsü, Yunan karasularının kademeli şekilde genişletilmesi riskine karşı, Türkiye'nin Ege'de ikili mutabakatın olmadığı adımlara müsamaha göstermesinin mümkün olmadığını açıkça belirtmiştir. Bkz: Ibid.

22 VAN DYKE Jon, "The Aegean Sea Dispute: Options and Avenues", **Marine Policy**, Vol: 20, No: 5, 1996, s. 402.

23 Ibid, s. 402.

yapılacak ve Ege'de karasuları genişliği açısından *sui generis* bir düzen oluşturacak şekilde bir uluslararası antlaşma ile hükme bağlanmalıdır.

Oxman da Ege'deki çözüm arayışında tarafların çıkarlarına odaklanmak gerektiğini, bu nevi bir çözümün BMDHS açısından da desteklendiğini belirterek ve karasuları genişliği sorununun stratejik bir sorun olduğunu vurgulayarak, aslında *sui generis* bir çözüm yolu teklif etmiştir.[24] Oxman'ın karasuları genişliği ile bağlantılı seçici genişletmeyi gündeme getirdiği konu, seyrüsefer serbestisi çerçevesinde, BMDHS'nin uluslararası seyrüsefere açık boğazlara ilişkin 36. maddesidir.[25] Yazar, bu çerçevede Ege'de farklı karasuyu genişliği uygulaması yapılabileceğini ve bunun, gerek taraflar gerekse de diğer devletler için başka çözümlere nazaran en iyi çözüm olduğunu belirtmiştir.[26]

Türk doktrininde de özellikle seyrüsefer serbestisi ve güvenlik endişeleri açısından seçici genişletmeyi içeren tespitler bulunmaktadır. Acer, Türkiye'nin güvenlik endişeleri bağlamında, Yunan karasularının genişletilmesi durumunda, Doğu Ege Adaları'nın karasularının genişletilmemesi gereğine vurgu yapmıştır.[27] Gözen ise Türkiye ve Yunanistan'ın bazı alanlarda 6 milin altında karasuları genişliği belirleyebileceklerini, buna karşın Yunanistan'ın tek tip bir genişlik iddiasından vazgeçerek, İyon Denizi ve Akdeniz'de 12 mil uygulayabileceğini, aynı şekilde Türkiye'nin de güvenliğini ve seyrüsefer serbestisini etkilemeyen alanlarda, Yunan karasuları için 12 mil genişlik kabul edebileceğini belirtmiştir.[28] Burada Yunanistan'ın Ege'nin tümünde 12 mil karasuları genişliği uygulamaması, hem Yunanistan'ın hem de Türkiye'nin belli alanlarda 6 milin altında karasuları genişliği tespit etmelerinin karşılığı olarak düşünülmüştür. Demek ki seçici genişletme, iki tarafın da belirli alanlarda 6 milin altında genişlik belirlemelerinin karşılığı olarak şarta bağlanmıştır ki bu, eldeki çalışmada incelenen seçici genişlet-

---

24 OXMAN Bernard H., "Applying the Law of the Sea in the Aegean Sea", **Proceedings of the International Symposium on the Problems of the Regional Seas**, 12–14 May 2001, İstanbul, Turkey, ÖZTÜRK Bayram (Editör) / ALGAN Nesrin (Editör Yardımcısı), TÜDAV, İstanbul, 2001, s. 266–271.

25 Bkz: Ibid, s. 277–279.

26 Ibid, s. 278 ve 280.

27 **ACER**, 2003, s. 137 ve 142.

28 GÖZEN Mine Pınar, **The Territorial Sea Issue in Greek–Turkish Relations: Disputes, Claims and Settlement Proposals**, VDM Verlag Dr. Müller, Saarbrücken, 2009. s. 56–57.

me ile aynı değildir. Zira aşağıda belirtileceği gibi bu çalışmada ele alınan seçici genişletme, mevcut Türk ve Yunan karasularının azaltılmasını değil, Yunanistan'ın açıkça tarif ve tayin edilen alanlarda 12 mil uygulaması karşılığında, bu alanlar dışındaki alanlarda 12 mil uygulamama yükümlülüğü üstlenmesini ifade etmektedir. Bu görüş, her ne kadar şarta bağlasa da seçici genişletmeye yaptığı vurgu nedeniyle kayda değerdir. Fakat aşağıda açıklanacağı gibi iki tarafın da mevcut karasularını azaltma ihtimalinin bulunmaması nedeniyle hayata geçirilmesi mümkün gözükmemektedir.

Yine Yunan doktrinin de seçici genişletmenin gündeme getirildiği ve adalarda karasularının 6 ilâ 10 mil arasında genişletmesine ilişkin görüşlerin zaman zaman açıklandığı anlaşılmaktadır.[29] Seçici genişletme fikri, uygulamacılar tarafından da doktrinel düzlemde teklif edilmiştir. Gerçekten de mesela emekli büyükelçi ve Yunan dışişleri bürokrasinde önemli mevkiler işgal etmiş bulunan Byron Theodoropoulos da Yunanistan'ın anakara sahillerinde 12 mil hakkını uygulayabileceğini, buna karşın, adalarda mevcut durumun sürdürülmesini kabul edebileceğini belirtmiştir.[30] Demek ki Yunan dışişleri camiası da tıpkı Yunan doktrini gibi seçici genişletme fikrine yabancı değildir. Kaldı ki Yunan karasularının, 12 mile kadar genişletilebileceğini belirten 2321 sayılı kanunun 2. maddesi, idareye, daha az bir genişlik tespit etme yetkisi de vermiştir.[31] Demek ki Yunan iç hukuku açısından 12 milden daha az karasuları genişliği tespiti açısından bir engel yoktur.

Bununla beraber, Yunan doktrininde seçiciden ziyade, tedrici genişletme fikrini savunan yazarlar da mevcuttur. Bu açıdan, Ioannou'nun görüşleri örnek verilebilir. Yunanistan'ın, 12 mil kuralı ile ilgili benimsediği ya hep ya hiç yaklaşımını eleştiren yazar, bu yaklaşımın, siyasi bir sorun çıkarmayacak Yunan sahillerinde karasularını genişletmeyi ertelediğini belirtmiştir.[32] Yazara göre farklı Yunan yönetimleri, İyon Denizi veya Güney Yunanistan'da karasularını genişletmeyi, Yunanistan'ın Ege'deki haklarından vazgeçme olarak değerlendirmiştir ve bu görüşe göre böyle bir adım Türkiye tarafın-

---

29 Bu görüşler için bkz: **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 140–141.

30 THEODOROPOULOS Byron, "The So–Called Aegean Dispute: What are the Stakes? What is the Cost?", **Greece and the Law of the Sea**, KARIOTIS Theodore C. (Editör), Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 1997, s. 331.

31 **IOANNOU**, 1997, s. 130. Yazarın bu tespitine Başeren de atıf yapmıştır. Bkz: **BAŞEREN**, 2006, s. 115.

32 **IOANNOU**, 1997, s. 132.

dan siyasi bir güçsüzlük delili olarak kabul edilecektir.[33] Buna karşı yazar, aslında tam aksinin geçerli olduğunu, zira bir hakkın, gelecekte tam olarak uygulamasını mümkün kılan tüm yasal himayelere rağmen kısmi olarak uygulanmamasının, söz konusu hakkın ertelenmesine nazaran daha fazla güçsüzlük mesajı vereceğini iddia etmiştir.[34] Görüldüğü gibi yazar, uluslararası hukukun himaye ettiği bir hak olarak gördüğü 12 milin, İyon Denizi ve Güney Yunanistan'ı kapsayacak kısmi uygulamasının mümkün olduğunu, bu uygulamanın gelecekte Ege'ye de teşmil edilebileceğini ve bunun da uluslararası hukuk tarafından himaye edildiği anlayışındadır.

Görüldüğü gibi Yunan doktrininde Yunan karasularının hem seçici hem de tedrici genişletilmesine ilişkin fikirleri bulunmaktadır.[35] Bu noktada Ege'de Yunan karasularının seçici genişletilmesinin, tedrici bir genişletmenin ilk basamağı olmadığı yeniden vurgulanmalıdır. Yunanistan, karasularını, Türkiye ile yaptığı müzakereler sonucu belirlenen alanlarda seçici olarak genişletip, diğer alanlarda 12 millik genişliği uygulamama ve tercihen 6 mille sınırlama yükümlülüğü altında olacaktır. Bu anlamda, işlem teorisi açısından seçici genişletme konusunda Yunan doktrini ile aramızda bir anlayış ve yaklaşım farkı olduğu hususunun, tekrara düşmek pahasına, altı çizilmelidir. Bizim anladığımız seçici genişletme, Yunanistan'ın tek taraflı bir işlemine değil, yukarıda belirtilen yükümlülükleri doğuracak şekilde ikili bir antlaşmaya dayanmaktadır. Çalışma boyunca, Yunan karasularının seçici genişletilmesiyle ifade edilmek istenen olgu, bu temel özellikleri bünyesinde barındırmaktadır.

II) TÜRKİYE'NİN EGE'DE 12 MİL UYGULAMASINA İTİRAZ NEDENLERİ VE SEÇİCİ GENİŞLETME:

1) Türkiye'nin İtiraz Nedenleri:

Türkiye'nin Ege'de Yunanistan'ın karasularını 12 mile genişletmesine

---

33 Ibid, s. 132.

34 Ibid, s. 132.

35 Yunan karasularının seçici şekilde genişletilmesi meselesinin, Türkiye ile Yunanistan arasındaki istikşafi görüşmelerde de gündeme geldiği, kamuya açık kaynaklardan anlaşılmaktadır. Bkz: **BÖLÜKBAŞI**, 2011, s. 188–196. Bölükbaşı, dönemin Yunanistan Başbakanı Kostas Simitis'in 2004 yılında çıkardığı hatıra kitabına dayanarak, Simitis'in, Ege'de üçüncü devletlerin deniz ve hava seyrüseferinin etkilenmemesi için Yunan karasularının seçici bir şekilde genişletilmesinin ihtimal dışı olmadığı tespitine yer vermiştir. Bkz: Ibid, s. 190.

yönelik itiraz nedenlerini, seyrüsefer serbestisine getirilecek kısıtlama ve buna bağlı olarak Ege'nin Türk askeri faaliyetlerine büyük ölçüde kapanması ve kıta sahanlığı sınırlandırmasında Türkiye açısından doğuracağı olumsuz etkisi olmak üzere iki ana başlık altında toplamak mümkündür.[36] Dolayısıyla 12 mil uygulaması, Türkiye'nin uluslararası hukuktan kaynaklanan haklarını ve çıkarlarını yakından ilgilendirmektedir. Bu bağlamda, Türkiye'nin Yunan girişimlerine verdiği sert tepkinin nedenini, Yunanistan'ın karasularını 12 mile genişletmesi halinde ortaya çıkacak tablo açıkça göstermektedir.

Mevcut 6 millik genişlik uygulamasında, Türk karasuları, Ege'nin %7.47'sine, Yunan karasuları, %43.68'sine, açık deniz alanları ise %48.85'ine tekabül etmektedir. Ege'de Türkiye ve Yunanistan'ın (Ege'deki tüm adaları da dahil ederek) karasularını 12 mile genişletmesi halinde ise Türk karasuları, %8.76'ya, Yunan karasuları, %71.53'e yükselecek, açık deniz alanları ise önemli ölçüde daralarak, %19.71'e düşecektir.[37]

Ahnish'in, mevcut uygulamada 6 millik göreceli dar kuşakların bile Ege'yi bir Yunan Gölü'ne çevirdiği yönündeki tespitinin[38] yukarıdaki rakamların ortaya koyduğu tablo ile birlikte değerlendirilmesi, Ege'de Yunan karasularının 12 mile genişletilmesinin, Türkiye'nin hak ve çıkarları açısından yaratacağı vahametin boyutunu özetlemektedir.

Bu tablo ilk etkisini seyrüsefer hakları bağlamında gösterecektir. Bu ihtimalde, Türkiye'nin batı sahilleri Yunan adalarının karasuları ile kuşatılmış şekilde adeta abluka altında olacak ve Türkiye Ege'de zararsız geçiş, çok dar bir alanda da serbest geçiş rejimi hakkını kullanan ve bu denizde sahili bulunmayan bir devlet konumuna düşecektir.[39] Gerçekten de Ege'nin kuzeyi kapalı bir deniz haline dönüşecek ve Akdeniz–Karadeniz arası geçiş yapan gemilerin, açık denizde seyretme imkanı ortadan kalkacaktır.[40]

---

36 Bu iki ana başlığın altındaki nedenler hakkında Türk dışişleri bakanlığının görüşünü esas alan tespitler için bkz: **GÖZEN**, 2009, s. 34–35.

37 Söz konusu rakamlar, **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 125'te yer alan tablodan alınmıştır.

38 AHNISH Faraj Abdullah, **The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean**, Clarendon Press, Oxford, 1993, s. 267.

39 **ODMAN**, 1990, s. 164.

40 **ÖZMAN**, 1988, s. 181. Türk–Yunan deniz hukuku kaynaklı uyuşmazlıklarda, Yunanistan lehine görüşleriyle bilinen Bowett, bu durumda, Ege'nin Yunan Adaları'nın konumları nedeniyle kapalı bir deniz haline geleceğini kabul etmekle birlikte, Yunanistan'ın böyle bir sonuca neden olan hakkının inkar edilemeyeceğini iddia etmiştir. BOWETT Derek, **The**

Zira Akdeniz–Karadeniz geçişlerinde mevcut açık deniz koridorları, Yunan karasuları tarafından kapsanacağı için kapanmış olacaktır.[41] Böylece İzmir, İstanbul ve Boğazlara deniz yoluyla erişim, Yunan karasularından sağlanacaktır.[42] Mevcut uygulamada, açık deniz geçiş rejimine tabi uluslararası boğaz niteliğindeki bu koridorlarda geçerli olan açık deniz (serbest geçiş rejimi) ortadan kalkacak ve Yunan karasularından zararsız geçiş rejimine dönüşecektir.[43] Bu durum, sadece ticaret gemileri için değil, Türkiye'ye ait savaş gemilerinin Ege'deki manevraları için de olumsuz sonuç doğuracaktır. Savaş gemilerinin zararsız geçiş hakkı meselesi tartışmalı olmakla beraber,[44] bir hak olarak kabul edilse bile Türk savaş gemilerinin zararsız geçişi konusunda Yunanistan'ın, BMDHS'nin 19. maddesinin geçişin zararsızlığını ortadan kaldıracak hallere ilişkin 2. paragrafının (a–f) alt paragraflarında yer alan düzenlemeleri dayanak alarak engel çıkarmayacağını düşünmek, en hafif şekilde fazla iyi niyetli bir düşünce olarak kabul edilebilir.[45] Her ne kadar Yunan doktrini, Türkiye'nin seyrüsefer haklarının zararsız geçiş ve/veya transit geçiş rejimi çerçevesinde garanti altında olduğunu iddia etse de[46] yukarıda belirtilen Yunan deklarasyonunda yer alan, Ege'deki boğazlar ve rotalara ilişkin tespitler, Yunanistan'ın bu konuda çıkaracağı zorlukların önsözünü oluşturmaktadır. Dolayısıyla Türkiye, Ege'yi kullanarak Akdeniz'e savaş gemisi çıkaramayacak duruma gelebilir. Yine Türk savaş gemilerinin

---

Legal Regime of Islands in International Law, Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, New York, 1979, s. 257.

41 **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 123. Genel olarak kapanacak koridorlar için bkz: **BOWETT**, 1979, s. 257. Mevcut durum ile Yunan karasularının 12 mile genişletilmesi halinde ortaya çıkacak durumda, deniz koridorları hakkında tespitler için bkz: **İNAN / BAŞEREN**, 1996, s. 63.

42 **AHNISH**, 1993, s. 269.

43 Transit geçiş rejimini de değerlendiren söz konusu boğazlara ve geçiş rejimlerine ilişkin tartışmalar için bkz: **ACER**, 2003, s. 139–142. Fakat BMDHS'nin transit geçiş düzenlemelerine rağmen, Türkiye her halükarda, Ege'de hareket serbestisinden mahrum kalacaktır. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz: **VAN DYKE**, 1996, s. 400.

44 Bu tartışmalar için bkz: **ÖZMAN**, 2006, s. 318–321.

45 Buna karşın savaş gemilerinin uluslararası boğazlardan geçiş haklarının Uluslararası Adalet Divanı'nın Korfu Boğazı kararıyla teyit edildiğini belirten Bowett, Ege'de seyrüsefer serbestisinin zararsız geçiş hakkıyla birlikte devam edeceğini ve 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin 16/4. maddesinin, Yunanistan'ı, güvenlik gerekçesiyle geçişleri önlemekten alıkoyduğunu iddia etmiştir. **BOWETT**, 1979, s. 257–258.

46 Bkz: **KATSOUFROS**, 1990, s. 85; **POLITAKIS**, 1995, s. 501–506 ve 514; **STRATI**, 1996, s. 106; **IOANNOU**, 1997, s. 132; **SYRIGOS**, s. 453.

Ege'deki faaliyet alanları da oldukça daralacaktır.[47] Bu bağlamda zararsız geçiş hakkının Türk gemilerine yeterince koruma sağlamadığı ve Türkiye'nin Akdeniz ve okyanuslara engelsiz erişim yönünde bir hakka muhtaç olduğu belirtilmiştir.[48] Aslında Toluner'in,

"… Ege Denizi sorunu, … bir açık denize açılma hakkı sorunudur; bir serbest ulaştırma hakkının saklı tutulması, yani, Karadeniz kıyılarıyla Akdeniz kıyılarının bağlantısının ve böylece ülke bütünlüğünün korunması sorunudur …"[49] tespiti, durumu özetlemektedir.

Ege'de Yunan karasularının 12 mile genişletmesinin önemli bir yan etkisini de Yunan hava sahasının aynı ölçüde genişleyecek olması oluşturmaktadır.[50] Yunan doktrinin de bu uygulamanın karasuları ile hava sahasını uyumlu hale getirecek olması nedeniyle Yunan hava sahasına ilişkin uyuşmazlığı çözeceği görüşü hakimdir.[51] Zira bu durumda, artık Yunanistan'ın uluslararası hukuka aykırılığı tartışmasız olan karasularının dışına taşan 10 millik hava sahası iddiasına gerek kalmayacak ve hava sahası doğrudan 12 mile genişleyecektir. Fakat bu durum, Türk savaş gemileri gibi savaş uçaklarının da Ege'deki serbest hareket hakkını ortadan kaldıracaktır; zira savaş uçakların zararsız geçiş hakkı bulunmamaktadır.[52] Dolayısıyla Ege, büyük ölçüde Türk savaş uçaklarının faaliyetine kapanacaktır. Buna, Yunanistan'ın FIR hattına ilişkin yorum ve iddialarının eklenmesi,[53] Ege hava sahasının askeri kullanımı açısından Türkiye aleyhine doğacak olumsuz sonuçları katlamaktadır.

---

47 **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 124; **ACER**, 2003, s. 143. Yunan karasularının 12 mile genişletilmesinin, güvenlik meseleleri üzerine etkisi hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: Ibid, s. 142–144.

48 **VAN DYKE**, 1996, s. 400.

49 **TOLUNER**, 1996, s. 99'dan naklen.

50 Bkz: **ODMAN**, 1990, s. 163; **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 124.

51 Mesela bkz: **POLITAKIS**, 1995, s. 506–507; **IOANNOU**, 1997, s. 132 ve 134; **SYRIGOS**, s. 452. Ayrıca Yunan doktrininde karasuları için kabul edilen 12 millik genişliğin, Yunanistan'ın 10 millik hava sahası iddiasını güçlendirdiği de ileri sürülmektedir. Bkz: **KATSOUFROS**, 1990, s. 87–88; ASSONITIS George, "The Greek AirSpace: Legality of a 'Paradox'", **United States Air Force Academy Journal of Legal Studies**, Vol: 8, 1997–1998, s. 166–167.

52 **VAN DYKE**, 1996, s. 400.

53 Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: **BAŞEREN**, 2006, s. 183–192.

Ege'de Yunan karasularının 12 mile genişletilmesi, sadece Türkiye için değil, bu suyolunu kullanan diğer devletler açısından da rahatsız edici sonuçlar doğuracaktır.[54] Gerçekten de Ege'nin açık deniz alanları, gerek ticari gerek askeri açıdan birçok devlet tarafından kullanılmaktadır[55] ve 12 mil uygulaması, Ege'nin açık deniz alanlarının kapanması neticesini doğuracağı için uluslararası toplumun açık deniz serbestilerinin inkar edilmesi anlamına gelecektir.[56] Söz konusu serbestilerden birisi olan açık deniz üzerinde uçuş serbestisi de özellikle askeri uçuşlar açısından olumsuz etkilenecektir.[57] Bu anlamda Yunan karasularının 12 mile genişletilme ihtimali, NATO ve ABD çıkarlarına da aykırı bulunmuştur.[58]

Yunanistan'ın Ege'de, (tüm adaları da dahil ederek) karasularını 12 mile genişletmesi halinde ortaya çıkan tabloda, Türkiye'nin haklarını haleldar edecek bir diğer konuyu da kıta sahanlığı sınırlandırması oluşturmaktadır. Böylece Yunanistan, Türkiye'nin Ege'de *ab initio* ve *ipso facto* sahip olduğu kıta sahanlığı haklarını elinden alacaktır; zira bu ihtimalde, Ege kıta sahanlığı alanlarının büyük bölümü Yunan karasularına, dolayısıyla Yunanistan'ın tam egemenlik yetkilerini haiz olacağı deniz ülkesine dahil olacaktır.[59] Bölükbaşı bu oranı, Ege kıta sahanlığı alanlarının takriben, 2/3'ü olarak vermektedir.[60]

Türkiye'nin Ege kıta sahanlığı üzerindeki resmi hak iddiası, iki devletin anakaraları arasında çizilecek bir ortay hattın ters tarafında kalan Yunanistan'a ait Doğu Ege Adaları'nın batı yönlerinde kalan alanları kapsamaktadır.[61] Eğer Yunanistan karasularını 12 mile genişletirse, bu genişleme

---

54 **ÖZMAN**, 1988, s. 181.

55 Bu noktada Türk boğazlarındaki seyrüsefer ve özellikle Karadeniz'e sahildar devletlerin durumu vurgulanmıştır. Bkz: **GÖZEN**, 2009, s. 33 ve eşlik eden dipnotlar.

56 **İNAN / BAŞEREN**, 1996, s. 63–64.

57 Ibid, s. 64.

58 Bkz: SCHMITT Michael N., "Aegean Angst: A Historical and Legal Analysis of the Greek–Turkish Dispute", **Roger Williams University Law Review**, Vol: 2, 1996–1997, s. 32.

59 Bkz: **ÖZMAN**, 1988, s. 181; **ODMAN**, 1990, s. 163–l64; **AHNISH**, 1993, s. 269–270; **İNAN / BAŞEREN**, 1996, s. 62; **ACER**, 2003, s. 144; **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 124 ve 189–190; **PAZARCI**, 2015, s. 110.

60 **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 124.

61 Bu konuda muhtelif tarihli Türk Resmi Gazetelerinde yer alan düzenleme ve haritalar için bkz: Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 10 August 1976, **Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)**, Ek, I, s. 22–30.

oranında Türkiye'nin kıta sahanlığı haklarına el koymuş olacaktır. Özellikle mevcut durumda, Menteşe Adaları bölgesi ile Saruhan Adaları'nın güney bölgesinde yer alan açık deniz alanları yok denecek kadar azalacağı için, Türkiye'nin bu alanlarda uluslararası hukuka uygun şekilde hak iddia ettiği kıta sahanlığı alanları da ortadan kalkacaktır. Sadece Saruhan Adaları bölgesinin merkezi ve kuzeyi ile Limni, Semadirek ve Bozbaba'nın çevresi ve Gökçeada, Bozcaada ve Tavşan Adaları'nın, batı ve güney–batı yönlerinde oldukça daralmış bir açık deniz alanı, Türkiye'nin muhtemel kıta sahanlığı alanlarına konu olabilecektir.[62] Dolasıyla Ege kıta sahanlığının, hakça ilkelere göre sınırlandırılma imkanı ortadan kalkacaktır. Bu da bize Toluner'in, *"…Ege Denizi sorunu, yalnız bir Kıta Sahanlığı sorunu değildir. Bu, herşeyden önce, bir Karasularının genişliği sorunudur …"*[63] şeklindeki tespitinin ne kadar anlamlı olduğunu göstermektedir. Yunan doktrininin ise Ege'deki 12 millik karasuları genişliği uygulamasının, kıta sahanlığı uyuşmazlığını Yunanistan lehine çözeceği konusunda mutabık olduğu ve bu tabloda, uluslararası hukuk açısından bir sorun görmediği anlaşılmaktadır. Gerçekten de mesela Ioannou, 12 mil uygulaması halinde, Yunanistan'ın Ege'nin %65'lik kısmını elde edeceği gerçeği karşısında bunun, gelecekteki kıta sahanlığı sınırlandırması açısından göstereceği önemli etkiye vurgu yapmıştır.[64] Yazarın altını çizdiği önemli etkinin nedeni, berrak bir açıklığa sahiptir. Bu açıklık, Politakis'in, yukarıda aktarılan tabloya dayanarak, oldukça dar birkaç istisnai açık deniz alanı dışında, neredeyse artık Ege'de bir kıta sahanlığı sınır-

---

62 Bu noktada bir parantez açmak gerekir. Ege'de gerek Türkiye'nin gerek Yunanistan'ın *ab initio* ve *ipso facto* kıta sahanlığı hakları mevcuttur. Fakat sınırlandırma yapılamadığı için bu hakkın mekânsal sınırları belirsizdir. Buradaki "muhtemel" vurgusu, Türkiye'nin sınırlandırma yapıldıktan sonra elde edeceği kıta sahanlığı alanını ifade etmektedir; yoksa zaten varlığı tartışmasız olan Türkiye'nin kıta sahanlığı hakkının özüne ilişkin bir tespit değildir. Parantezi kapatıp bağlama dönersek, şu hususun altı çizilmelidir ki kalan bu dar alanlar, mutlaka Türkiye'nin kıta sahanlığı alanlarını oluşturmayacak, sınırlandırmaya konu alanlar olarak kabul edilecektir. Bu sınırlandırmada da Yunan anakara ve adalarının da üreteceği kıta sahanlığı meselesi gündeme gelecektir. İskiri Adası'na da kıta sahanlığı sınırlandırmasında tam etki vermek suretiyle Türkiye'nin kıta sahanlığı alanlarını neredeyse ortadan kaldıran tespitler için bkz: **BOWETT**, 1979, s. 275–277. Yazar, açık bir şekilde Türkiye'nin kıta sahanlığı alanlarını bu kadar daraltan nedeni, Ege'yi domine edecek şekilde konumlanmış Yunan adalarına bağlamış ve çevreleme (*enclave*) modelinin de bu nedenle uygulanmasının yersiz olacağını belirtmiştir. Bkz: Ibid, s. 277 ve 279.

63 **TOLUNER**, 1996, s. 99'dan naklen.

64 **IOANNOU**, 1997, s. 132.

landırmasına ihtiyaç olmadığı şeklinde anlaşılması gereken tespitlerinde ifadesini bulmaktadır.[65] Syrigos ise nihai imzayı atmak suretiyle Türkiye'nin Ege'deki kıta sahanlığı haklarının ipini çekmiştir. Yazar, Limni, Midilli ve Sakız arasındaki boşluk dışında, pratik olarak kıta sahanlığı uyuşmazlığının çözülmüş olacağını ve Türkiye'ye ait kıta sahanlığı alanlarının, Yunan adalarının doğu sahilleri ile Türk sahilleri arasında sınırlandırılacağını belirtmiştir.[66] Demek ki Ege'de Yunan karasularının, Doğu Ege Adaları da dahil edilerek 12 mile genişletilmesi halinde, yukarıda belirtilen istisnai ve daralmış açık deniz alanları dışında, Türk–Yunan kıta sahanlığı sınırı, aslında bir karasuları sınırı olacaktır ki bunun, Türkiye'nin kıta sahanlığı haklarını elinden almak olduğu ve hakça bir sınırlandırma sonucunu doğurmayacağı şüpheden uzaktır. Aynı durum kıta sahanlığı yanında, Ege'deki muhtemel Türk münhasır ekonomik bölge hakları açısından da geçerlidir.[67]

Yunan karasularının tüm Ege'de 12 mile genişletilmesi, balıkçılık ve canlı kaynak avcılığı açısından da Türkiye aleyhine sonuç doğuracaktır. Zira balık avlama hakkı, açık deniz serbestilerinden birisini oluşturmaktadır ve bu hak, BMDHS'nin 116. maddesi ile teminat altına alınmıştır. Ege'de henüz münhasır ekonomik bölge meselesi resmi bir şekilde gündeme gelmediğinden, Ege açık deniz alanlarında, Türk vatandaşlarının, Türk tabiiyetindeki deniz araçları ile balık avlama hakkı bulunmaktadır. Fakat Yunan karasularının tüm Ege'de 12 mile genişletilmesi, bu oranda açık deniz statüsüne tabi deniz alanlarını Yunan karasularına dahil edeceğinden, bu hak, büyük oranda kaybedilmiş olacaktır. Her ne kadar Ege, balık üretimi bağlamında fakir bir nitelik arz etse ve Ege'deki Türk balıkçılık faaliyetleri esas itibariyle nehir ağızlarında yoğunlaşsa da[68] açık deniz alanlarının kapanması, Türk balıkçılık faaliyetleri açısından Ege'nin verimsizliğini katlayacaktır. Ayrıca unutulmamalıdır ki ileride gerek balık sürülerinin güzergah değiştirmesi gerek balıkçılık tekniklerinin modernleşmesi neticesi, mevcut durum değişebilir.

Türkiye'nin konumuzla bağlantılı bir diğer itiraz noktası, Lozan dengesi ile ilgilidir.[69] Buna göre her ne kadar Lozan Barış Antlaşması metninde,

---

65 **POLITAKIS**, 1995, s. 507.

66 **SYRIGOS**, s. 452.

67 **AHNISH**, 1993, s. 270; **TOLUNER**, 1996, s. 99.

68 **ACER**, 2003, s. 8 ve 41 no'lu dipnot.

69 Bkz: **ÖZMAN**, 1988, s. 176; **TOLUNER**, 1996, s. 99–100; **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 185; **BAŞEREN**, 2006, s. 107–108; **GÖZEN**, 2009, s. 26.

açıkça tarafların karasuları genişliğini düzenleyen bir hüküm bulunmasa da Antlaşma metninde yer alan bazı hükümler ve Konferans tutanakları, tarafların karasuları için 3 mil genişlik anlayışı ile hareket ettiklerini göstermektedir.[70] Bunlara, o dönemde tarafların 3 mil genişlik uygulamalarının eklenmesi ile 3 milin, Antlaşma'ya esas olan şartlardan birisi olduğu ve bu bağlamda, 3 millik genişlikler dışında kalan açık deniz alanlarının da bu dengenin bir parçası olduğu belirtilmiştir.[71] Nitekim mesela yukarıda değinilen Türkiye'nin 19 Aralık 1995 tarihli notasında, Ege'de uzun süreden beri devam eden statükoya yapılan vurgu da aslında Lozan dengesine bir atıftır. Yine yukarıda değinilen TBMM bildirisi de bu vurguyu içermektedir. Yunanistan'ın 1936'da karasularını 6 mile genişletmesi ile bu denge bozulmuş[72] ise de 476 sayılı Karasuları Kanunu ile denge yeniden tesis edilmiş, 2674 sayılı kanunla da korunmuştur.[73] Yunanistan, Ege'de tek taraflı olarak tüm adaları da dahil ederek karasularını 12 mile genişletirse, bu denge Türkiye aleyhine bir daha sağlanması imkansız şekilde, olağanüstü bir ölçek ve boyutta bozulacaktır.

2) Doktrinde Türkiye'nin İtiraz Nedenlerinin Giderilmesine Yönelik Teklifler:

Ege karasularının genişliği uyuşmazlığının çözümü açısından, doktrinde seçici genişletme dışında (kimisi ona benzeyen) çeşitli yöntem ve modeller teklif edilmiştir.

Keefer, Yunanistan'ın karasuları genişliği açısından 12 milden daha az bir limit tespit edebileceğini ve bunun sorun çıkarmayacağını iddia etmiştir.[74] Fakat bu, anakarada farklı Doğu Ege'de farklı karasuları genişliği uygulanmasını içeren bir seçici genişletme teklifi değildir. Anlaşıldığı kadarıyla yazar, Yunan karasuları açısından 6 ilâ 12 mil arası tektip bir genişlik düşünmektedir. Oysa bu, seçici genişletme anlamına gelmemesi bir

---

70 **ÖZMAN**, 1988, s. 176; **TOLUNER**, 1996, s. 97, 87a no'lu dipnot. Aksi görüş için bkz: **ODMAN**, 1990, s. 71–76 ve 174–175

71 **BAŞEREN**, 2006, s. 107–108.

72 **ÖZMAN**, 1988, s. 176; **BAŞEREN**, 2006, s. 108.

73 476 sayılı kanun metni için bkz: RG: 25 Mayıs 1964, 11711; 2674 sayılı kanun metni için bkz: RG: 29 Mayıs 1982, 17708.

74 KEEFER Scott, "Solving the Greek Turkish Boundary Dispute", **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, Vol:11, 2003, s. 86.

yana, Yunanistan'ın karasuları açısından Doğu Ege Adaları'nda ve belirli alanlarda 6 milin üstünde iddia edeceği genişliğin Türkiye'nin itirazlarını gidermeyecek olması nedeniyle gerçekçi bir çözüm yolu değildir. Yazarın, Ege sorunlarının çözümüne ilişkin farklı bağlamları olan konuları bir arada değerlendirmek suretiyle hukuken sorunlu tespitleri bulunduğu görülmektedir. Gerçekten de yazar, Yunanistan'ın karasularını 6 milde tutması ve deniz ve hava seyrüseferini garanti etmesi karşılığında Türkiye'nin egemenliği tartışmalı adalar tezinden vazgeçmesi ve Doğu Ege Adaları'nın silahlandırılması konusunda Yunanistan'a hak tanıması gibi şartlar ileri sürmüştür.[75] Bu görüşteki sorun çok açıktır. Zira Yunan egemenliğindeki Doğu Ege Adalarının silahsızlandırılmış statüsü, uluslararası antlaşmalarla tespit edilmiştir ve esas itibariyle karasuları genişliği meselesiyle uzaktan yakından ilgisi yoktur. Yunanistan'ın bu konudaki statü ihlali, karasuları genişliği meselesiyle karıştırılamaz, iç içe düşünülemez, telif edilemez, karşılık olarak kabul edilemez ve aynı bağlamda değerlendirilemez. Kardak Kayalıkları özelinde kamuoyunun gündemine gelen egemenliği tartışmalı adalar meselesi[76] ise karasuları genişliği meselesini doğrudan ilgilendirmektedir. Zira karasuları genişliği tespit edilmeden önce egemenlik uyuşmazlığının çözülmesi, yani, söz konusu adalar üzerindeki egemenliğin hangi devlete ait olduğu hususunun şüpheden uzak bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Fakat söz konusu iki uyuşmazlık konusu, Türkiye açısından Yunan karasularının 12 mile genişletilmemesi ve 6 mille sınırlanması karşılığında verilebilecek bir taviz olarak görülmemelidir. Zira söz konusu uyuşmazlıkların, hukuki kaynak, nitelik ve bağlamları farklıdır. Bağlam içi değerlendirildiğinde, karasuları genişliği meselesi bağlamında, Türkiye'nin verebileceği tek taviz, Yunanistan'ın anakarasında ve seyrüsefer serbestisi ile kıta sahanlığı sınırlandırmasını etkilemeyecek anakara yakınındaki Yunan adalarında, Yunan karasularının 12 mile genişletilmesini kabul etmekten ibarettir.

Yukarıda belirtildiği gibi Gözen, bazı alanlarda, Türkiye ve Yunanistan'ın 6 milin altında karasuları genişliği belirleyebileceklerini belirtmiş ve bu görüşe, Yunanistan'ın karasularını 6 milin altına indirmek suretiyle Kiklat

---

75 Ibid, s. 86.

76 Bu teze ilişkin olarak bkz: KURUMAHMUT Ali (Yayına Hazırlayan), **Ege'de Temel Sorun: Egemenliği Tartışmalı Adalar**, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1998, *passim*; **KURUMAHMUT / BAŞEREN**, 2004, *passim*; **BAŞEREN**, 2006, s. 45–74; **PAZARCI**, 2015, s. 128–136.

Adaları bölgesinde iki açık deniz koridoru yaratabileceğini eklemiştir.[77] Söz konusu bölgede yaratılacak iki açık deniz koridoru, seyrüsefer açısından Türkiye ve uluslararası toplumu rahatlatma gibi olumlu bir sonuç içermektedir. Bununla beraber, Yunanistan'ın 6 milden az bir karasuyu kabul etmesi kanımızca çok mümkün değildir. Bir defa Yunanistan'ın, Kiklat Adaları bölgesinde ve Yunan anakarasına yakın alanlarda (mesela, Atina'nın çok yakınında), açık deniz serbestileri çerçevesinde, Türk savaş gemi ve uçaklarının askeri faaliyet icra etmesine göz yumması mümkün gözükmemektedir. Yine, halihazırda tam egemenlik yetkileri icra ettiği deniz ülkesinin bir kısmından vazgeçmesi de mümkün değildir. Sonuncusu Türkiye için de geçerlidir. Şurası açıktır ki Yunanistan'ın 1936'dan, Türkiye'nin ise 1964'ten itibaren deniz ülkelerine tabi kılınmış alanlardan vazgeçmeleri beklenemez. Bu durum, taraflarca ülke terk etmek olarak algılanacaktır ki iki tarafından da mevcuttan vermesi, kanımızca gerçekçi ve mümkün değildir.

Yunan doktrininde Yunan karasularının 12 mile genişletilmesi halinde seyrüsefer serbestisine yönelik Türk itirazlarının giderilmesi açısından bazı teklifler ileri sürülmüştür. Mesela Kozyris, boğazlarda transit geçiş rejiminin uygulanabileceği gibi ihtiyaç olan alanlarda Türk anakarasının açık denizle bağlantısını sağlamak için Yunanistan'ın her alanda 12 mil uygulamayabileceğini belirtmiştir.[78] Bu teklif, Yunan karasularının bazı alanlarda seyrüsefer serbestisi için 12 mile genişlememesini içermesine rağmen doğrudan bir seçici genişletme uygulaması değildir; zira seçici genişlemeden beklenen tüm amaçları karşılamayacaktır. Zira bir defa Doğu Ege Adalarını içermediği için kıta sahanlığı sınırlandırması açısından Türkiye'nin 12 mile yönelik itirazını gidermeyecektir. İkinci olarak transit geçiş rejimi de iddia edildiği gibi Türkiye'nin derdine derman değildir. Şöyle ki;

Politakis, Yunan karasularının 12 mile genişletilmesi halinde, bazı boğazlarda transit geçiş rejiminin, bazılarında ise zararsız geçiş rejiminin geçerli olacağını belirtmekle birlikte, bu boğazların bağlantılı olduğunu ve Kuzey Ege ile Akdeniz arasında devam eden rotalar oluşturduğunu kabul eden liberal bir yaklaşımla, tümüne birden zararsız geçiş rejimine göre daha esnek

---

77 Bkz: **GÖZEN**, 2009, s. 56–57, 165 no'lu dipnot.

78 KOZYRIS Phaedon John, "The Legal Dimension of the Current Greek–Turkish Conflict: A Greek Viewpoint", *Greek–Turkish Relations in the Era of Globalization*, KERIDIS Dimitris / TRIANTAPHYLLON Dimitros (Editör), Massachusetts, Brassey's Inc, 2001, s. 106'dan aktaran: **GÖZEN**, 2009, s. 55.

olan transit geçiş rejiminin uygulanabileceğini belirtmiştir.[79] Transit geçiş rejiminin, gerek savaş gemileri yönünden gerek deniz altıların su altından geçiş yapma hakları açısından ve gerekse de savaş uçaklarını kapsaması açısından, zararsız geçiş rejimine göre daha esnek olduğu açıktır.[80] Fakat transit geçiş rejiminin, BMDHS'nin 39. maddesindeki[81] kayıtlara tabi olduğu göz önüne tutulursa, Ege'de Türk savaş araçlarının faaliyetleri açısından mevcut durumdaki imkanları sağlamayacağı anlaşılacaktır. Bunun iki nedeni vardır. İlki, Yunanistan'ın söz konusu düzenlemeyi kötüye kullanma riskinin her zaman mevcut olmasıdır. İkincisi, bu uygulama sadece geçişe ilişkindir ve transit geçiş hakkı, gecikmeksizin yapılması gerektiği ve sürekli ve hızlı bir geçişin gerektirdiği faaliyetler dışındakileri kapsamadığı için söz konusu geçiş rejimi, açık denizde Türk askeri faaliyetlerini garanti etmemektedir. Bu teklif, belki sadece ticari seyrüsefer bakımından Türkiye'ye nefes aldırabilir; fakat Ege açık deniz alanlarının kapanması nedeniyle Türkiye'nin Ege'yi askeri kullanımının önlenmesi konusunda bir etkisi olmayacaktır. Aynı şekilde askeri kullanım açısından diğer devletleri ve NATO'yu tatmin etmeyecektir. Ayrıca Ege'deki Türk kıta sahanlığı hakları konusunda da 12 mil genişlik uygulamasının olumsuz etkilerini gidermeyecektir.

Politakis'in diğer bir teklifi, bazı kritik boğazlarda, karasularını 6 milde tutmak suretiyle mevcut açık deniz koridorlarını muhafaza etmektir.[82] Yazar bunun için de örnek olarak, 12 millik genişlik belirleyen Japonya'nın, bazı boğazlarında, karasularını 3 mille sınırlı tutan yasal düzenlemesini vermiştir.[83] Syrigos ise Ege–Akdeniz geçişleri için Rodos, Kerpe ve Girit arasındaki

---

79 **POLITAKIS**, 1995, s. 501–503.

80 Transit geçiş rejimi konusunda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: **ÖZMAN**, 2006, s. 366–373.

81 Söz konusu maddenin 1. paragrafı, transit geçiş halindeki gemi ve uçakların genel yükümlülüğünü şu şekilde düzenlemiştir: "Boğazı hiç gecikmeksizin katedecekler veya üzerinden uçacaklardır; Boğaza kıyıdaş olan devletlerin egemenliklerine, toprak bütünlüklerine veya siyasi bağımsızlıklarına karşı tehdit veya kuvvete başvurmaktan veya Birleşmiş Milletler Andlaşmasında belirtilen uluslararası hukuk ilkelerine aykırı davranışlardan kaçınacaklardır; Zaruret hali veya yardım gerektiren durumlar hariç olmak üzere, normal seyrüsefer usulleri uyarınca, sürekli ve hızlı bir geçişin gerektirdiği faaliyetlerin dışında her türlü faaliyetten kaçınacaklardır."

82 **POLITAKIS**, 1995, s. 504.

83 Ibid, s. 504 ve 22 no'lu dipnot. Ayrıca bkz: **GÖZEN**, 2009, s. 56. Japonya'nın söz konusu yasal düzenlemesinin konuyla ilgili 2. maddesi için bkz: **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 193–194. Benzer devlet uygulamaları hakkında örnekler için bkz: Ibid, s. 192–195. Güney Kore'nin

boğazlarda açık deniz alanı bırakmayı önermek suretiyle Politakis'in görüşlerine atıf yapmış ve ayrıca Menteşe Adaları ile Kiklat Adaları arasında açık deniz alanı bırakılabileceğini belirtmiştir.[84] Bu teklif de ticari seyrüsefer için kısmen olumlu olsa da yukarıda belirtildiği gibi Ege'nin açık deniz alanlarının askeri kullanımı ve kıta sahanlığı açısından Türkiye'nin itiraz ve hak kayıplarını gidermeyecektir.

Üstelik Yunanistan'ın böyle bir uygulamasının Türkiye açısından son derece olumsuz bir sonuç doğurma potansiyeline sahip olduğu belirtilmelidir. Şöyle ki: Yunanistan, karasularını 12 mile genişletip, mevcut açık deniz koridoru ve boğazlardaki serbest geçiş rejimini koruyan bir tasarrufta bulunursa, uluslararası toplumu tatmin edecek ve bu konudaki itirazları giderecektir. Zira bu ihtimalde hem uluslararası toplumun hem de Türkiye'nin serbest geçiş hakkını teslim etmiş olacaktır. Kaldı ki bu nevi bir uygulamanın, Oxman'ın altını çizdiği gibi BMDHS'nin 36. maddesi çerçevesinde uluslararası seyrüsefere açık boğazlar açısından Yunanistan lehine avantajları da olacaktır.[85] Fakat bu tasarruf, Türkiye'nin 12 mile ilişkin bir diğer itiraz noktası olan kıta sahanlığı konusundaki hak kayıplarını gidermeyecek, itirazlarını sonlandırmayacaktır. Hal böyle olunca, Yunanistan, bir hakkından, Türkiye ve tüm uluslararası toplumun seyrüsefer serbestilerini temin etmek için vazgeçmiş, hukuka uygun davranan ve uluslararası toplumun hak ve çıkarlarını gözeten, adil bir devlet olarak takdim edilecektir. Buna karşın Türkiye, kıta sahanlığı hakları nedeniyle bu uygulamaya itiraz etmeye devam edeceği için Yunanistan'ın tüm taviz ve fedakarlığına rağmen Yunanistan'ı hakkından alıkoyan ve uluslararası hukuka aykırı davranan bir devlet olarak takdim edilebilecektir. Böylece Türkiye'nin kıta sahanlığı hakları konusundaki haklı talepleri, uluslararası toplum tarafından desteklenmeyebilecektir. Bunun, diğer Ege sorunlarına sirayet etme ihtimali de mevcuttur. Dolayısıyla Yunanistan'ın salt serbest geçişi tatmin eden muhtemel tasarrufuna bir de bu yönden bakmak ve bundan endişelenmek gerekir.

Kore Boğazı'ndaki uygulaması için bkz: **GÖZEN**, 2009, s. 56. Bu örnekler ve diğer bazı devlet uygulamalarının BMDHS'nin 36. maddesi bağlamında yapılan değerlendirmesi için bkz: **OXMAN**, s. 278–279.

84 **SYRIGOS**, s. 454. Fakat burada yazarın temel endişesinin, seyrüsefer serbestisinin sağlanmasından ziyade, Yunanistan açısından uluslararası boğaz yaratma zorunluluğunun doğurduğu risk olduğu görülmektedir. Bkz: Ibid, s. 452–454.

85 Bkz: **OXMAN**, s. 277–279.

Doktrinde Ege karasuları genişliği sorununa ilişkin teklif edilen bir diğer çözüm önerisi, sahildar devletlerin birbirlerine karşı farklı, diğer devletlere karşı ise farklı karasuları genişliği uygulama örnekleri esas alınarak getirilmiştir. Van Dyke, 1984 tarihli Şili–Arjantin Antlaşması ile tarafların karasularını aralarındaki ilişkide 3 mil, diğer devletlere karşı da 12 mil olarak tespit ettiklerini belirtmiştir.[86] Gözen ise Finlandiya'nın karasuları açısından genel olarak 12 mil genişlik kabul etmesine rağmen, Fin Körfezi'nde ortay hattın kesiştiği alanlarda, açık deniz koridoru bırakmak amacıyla Estonya'ya karşı 3 millik genişlik uyguladığını, Belize'nin de benzer bir uygulamayı Honduras Körfezi'nde Guatemala için benimsediğini tespit etmiştir.[87] Bu örneklerin Ege'ye uygulanması, sorunu çözme potansiyeline sahip değildir. Bir defa Türkiye ve Yunanistan birbirlerine karşı 6 mil karasuları genişliği uygulayacaklardır. Peki diğer devletlere karşı uygulama ne olacaktır? Yunanistan 12, Türkiye 6 mil mi? Yoksa her iki devlet de 12 mil mi? Bu durum özellikle kıta sahanlığı açısından Ege'deki durumu iyice karmaşık hale getirebilir. Ayrıca bu, Ege'nin açık deniz alanlarını kullanan diğer devletler açısından da açık deniz serbestileri bakımından tatmin edici olmayacaktır. İlaveten, gerek deniz gerek hava seyrüseferi açısından diğer devletlerde tereddüt doğurması kesindir.

Bu neviden bir düzenleme, aynı deniz alanında, bir taraftan serbest geçiş rejimi diğer taraftan zararsız geçiş rejimi uygulanması gibi bir sonucu ortaya koyacaktır. Aynı deniz alanının farklı statü ve geçiş rejimlerine tabi olması, ileride hukuken içinden çıkılması güç sorunlar yaratma potansiyeline sahiptir. Üstelik Yunanistan'ın böyle bir düzenlemeyi kabul etmesi mümkün gözükmemektedir; zira Yunanistan'ın 12 milden temel beklentisi Türkiye'ye karşıdır. Dolayısıyla Yunanistan'ın, Ege'nin hiçbir yerinde Türkiye'ye karşı 12 millik genişlik ileri sürmemeyi kabul etmesini beklemek pek gerçekçi değildir. Kaldı ki Ege gibi karmaşık bir coğrafya, tarih ve siyaset ağının, açık ve kesin olmayan düzenlemeleri kaldıramayacağı belirtilmelidir. Dolayısıyla bu örnekler, başka coğrafyalarda, başka bir tarihi ve siyasi arka plana sahip devletler arasında sorun çözücü niteliği haiz olabilirler; fakat Ege açısından ihtiyacı karşılayan, gerçekçi bir çözüm yolu sundukları söylenemez.

---

86 **VAN DYKE**, 1996, s. 402.

87 **GÖZEN**, 2009, s. 56 ve eşlik eden dipnotlar.

Doktrinde, ters taraftaki adaların karasularını sınırlı tutan çeşitli antlaşma örnekleri verilmiştir.[88] Fakat coğrafi açıdan Ege'deki duruma benzediğinden, Torres Boğazı örneği üzerinde özellikle durulduğu görülmektedir. Avustralya ile Papua Yeni Gine, 1978 tarihinde akdettikleri kapsamlı bir antlaşma ile diğerleri arasında deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin düzenleme yapmışlardır.[89]

Çok sayıda adanın mevcudiyeti ve birkaç istisnai ada dışında, hem Papua Yeni Gine sahiline yakın konumlanmış hem de Boğaz'ın çeşitli yönlerine yayılmış, bir kısmı mukim, Avustralya egemenliğindeki adalar nedeniyle Torres Boğazı ile Ege'nin coğrafi durumu arasında benzerlik kurulmuştur.[90] Eğer Avustralya egemenliğindeki tüm adalara 12 mil karasuları verilmiş olsaydı, Boğaz'ın, Avustralya egemenliğine tabi bir alan haline geleceği ve tarafların bunu önlemek için deniz yatağı ile su yüzeyini, sınırlandırma amacıyla farklı işleme tabi tutan bir düzenleme yaptıkları belirtilmiştir.[91] Bu anlamda Antlaşma'da dört tane sınırlandırma hattı bulunmaktadır.[92] İlki, Boğaz'ı baştan sona kat eden, Boğaz'ın doğu ve batı yönlerinde Boğaz dışına uzanan ve Avustralya ile Papua Yeni Gine arasındaki deniz yatağı ve balıkçılık yetki alanını genel olarak sınırlandıran ana hattır. Buna paralel olan ikinci hat, Papua Yeni Gine sahiline yakın konumlanmış, ters taraftaki Avustralya adalarının güneyinden geçen ve bu alanda Papua Yeni Gine'ye kıta sahanlığı hakları tanıyan, deniz yatağı hattıdır. Üçüncüsü, söz konusu Avustralya Adaları'nın doğu ve batı yönlerinde çizilen ve Avustralya'ya ba-

---

88 Van Dyke'ın, aktardığı örnekler için bkz: **VAN DYKE**, 1996 , s. 401–402.

89 Antlaşma metni için bkz: "Treaty Between the Independent State of Papua New Guinea and Australia Concerning Sovereignty and Maritime Boundaries in the Area Between the Two Countries, including the Area Known as Torres Strait, and Related Matters", **International Legal Materials**, Vol: 18, 1979, s. 291–331. Ayrıca bkz: CHOON–ho Park, "Australia–Papua New Guinea, Report Number 5–3", **International Maritime Boundaries**, Volume: I, CHARNEY Jonathan I. / ALEXANDER Lewis M. (Editör), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1996, s. 937–975; KAYE Stuart B., **The Torres Strait**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1997, s. 157–186.

90 **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 195.

91 BURMESTER H., "The Torres Strait Treaty: Ocean Boundary Delimitation by Agreement", **American Journal of International Law**, Vol: 76, 1982, s. 333 ve 336.

92 Söz konusu hatları gösteren Antlaşma'ya ekli resmi harita için bkz: **International Legal Materials**, Vol: 18, s. 324–327. Ayrıca bkz: **BURMESTER**, 1982, s. 334–335; **CHOON**, 1996, s. 935–936; **KAYE**, 1997, s. 94 ve 100. Çalışmada, Antlaşma ekinde yer alan resmi haritadan faydalanılmıştır.

lıkçılık yetki alanı tesis eden hattır. Sonuncusu ise Antlaşma'nın 10 maddesi ile Boğaz bölgesinde yaratılan ve geleneksel yaşam şekillerinin korunmasını amaçlayan, "korunan bölge"nin sınırını gösteren hattır.

Antlaşma'nın "Adalar Üzerinde Egemenlik" başlıklı 2 maddesi ile taraflar arasındaki egemenlik sorunu çözülmüştür. Söz konusu maddenin 1–b paragrafı ile taraflar arasında deniz yatağı ve balıkçılık yetki alanını genel olarak sınırlandıran ana hattın güneyinde kalan adalar üzerinde Avustralya egemenliği tanınmıştır. Maddenin 1–a paragrafında ise söz konusu hattın kuzeyinde kalan ve Papua Yeni Gine sahiline yakın konumlanmış adalardan, ismen sayılanlar üzerindeki Avustralya egemenliği tanınmıştır. Maddenin 3–b bendi, söz konusu hattın kuzeyinde kalan ve 1–a bendinde ismen sayılanlar dışında kalan adalar üzerindeki Papua Yeni Gine egemenliğini hükme bağlamış; 3–a bendi ise yine hattın kuzeyinde kalan ve sahiline çok yakın konumlanmış ismen sayılan üç ada üzerindeki Papua Yeni Gine egemenliğini kabul etmiştir. Hattın kuzeyinde kalan adalardan, özellikle Boigu, Aubisi, Moimi ve Dauan, Saibai, Kaumag ve Turnagain Adaları, Papua Yeni Gine sahiline oldukça yakın konumlarına rağmen Avustralya egemenliğinde olmaları nedeniyle Doğu Ege Adaları'nın durumuna benzemektedirler.[93]

Antlaşma'nın "Karasuları" başlıklı 3. maddesi ile bazı adaların karasuları genişliklerinin sınırlanmasına ilişkin düzenleme getirilmiştir. Gerçekten de maddenin 2. paragrafı, Antlaşma'nın yukarıda belirtilen 2/1–a maddesinde ismen sayılan Avustralya egemenliğindeki adaların karasuları genişliğinin, 3 mili aşamayacağını düzenlemiştir. Yine maddenin 5. paragrafı ile Avustralya, ana hattın kuzeyinde bulunan adalarında, karasularını genişletmeme yükümlülüğü üstlenmiştir. Aynı yükümlülük, maddenin 6. paragrafı ile açıkça tarif ve tayin edilen alanlarda, Papua Yeni Gine için de geçerli kılınmıştır.

Antlaşma'nın yukarıda değinilen düzenlemelerinden çıkan sonuçlar şunlardır: Öncelikli olarak Papua Yeni Gine sahiline yakın konumlanmış ve fakat Avustralya'ya ait adaların (ki bu durum Doğu Ege Adaları'nın durumuna benzemektedir) karasuları, 3 millik genişlikle sınırlanmıştır. Böylece bu alanda, Avustralya'ya ait adalarının 3 millik karasuları kuşaklarının dışında

---

93 Söz konusu adaların konumlarını ve Antlaşma ile yapılan düzenlemelerdeki durumlarını gösteren büyük ölçekli resmi harita için bkz: **International Legal Materials**, Vol: 18, s. 312–313. Resmi olmayan ve sadece hatların durumunu gösteren çizimler için bkz: JAYEWARDENE Hiran W., **The Regime of Islands in International Law**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1990, s. 441 ve 454.

kalan deniz yatağı ve toprak altında Papua Yeni Gine'ye kıta sahanlığı hakları verilmiştir. Böylece aslında, Avustralya Adaları için çevreleme yöntemi uygulanmıştır ki[94] aşağıda bu yöntem, Ege örneğinde yeniden gündeme getirilecektir. Fakat bu alanın doğu ve batı kesimlerinde, Avustralya'ya balıkçılık yetki alanı bırakılmıştır.[95] Bu şekilde, deniz dibi ve dip altına yönelik haklarla, münhasır ekonomik bölgenin verdiği balıkçılık hakkı, aynı bölgede farklı yetkilere konu edilmiştir. İkinci olarak, Avustralya egemenliğine tabi, hattın kuzeyinde kalan, iki anakara arasındaki ortay hattın ters tarafında yer almalarına rağmen yukarıda belirtilen adalar kadar Papua Yeni Gine sahiline yakın konumlanmamış diğer adaların da karasuları genişlikleri 3 mille sınırlanmıştır.[96] Dolayısıyla söz konusu adaların 3 millik karasuları kuşakları dışında kalan deniz dibi ve dip altı ile deniz dibi ile su yüzeyi arasında kalan deniz alanındaki haklar, Papua Yeni Gine'ye verilmiştir.[97] Ayrıca Antlaşma'da, boğazdaki seyrüsefer serbestisini garanti eden düzenlemeler yer almıştır. (m. 7–9).

Doktrinde, Antlaşma düzenlemelerini Ege'deki durum örneğinde değerlendiren görüşler bulunmaktadır. Boigu, Dauan ve Saibai gibi Avustralya egemenliğindeki adalara, tam etki verilseydi ve sınırlandırma ortay hattı esas alan tek bir hat ile yapılsaydı, bunun, Avustralya lehine Ege'deki durumu ortaya çıkaracağı, tarafların ise deniz yatağı çizgisinin kuzeyinde Avustralya cepleri oluşturmak suretiyle, hakça bir çözüm yönünde çaba gösterdikleri belirtilmiştir.[98] Avustralya'nın hukuken, adaları çevresinde mutabık kalınan 3 milden daha fazla kıta sahanlığı alanı talep edebileceğini iddia eden Burmester, Ege örneğini vererek bunun haksız sonuçlar doğuracağını şu şekilde ifade etmiştir:

"Aynen Ege'de olduğu gibi burada da tüm adaların çevresinde 12 mil karasuları şeklindeki genel iddianın sonuçları akılda tutulmalıdır. Böyle bir iddia, Papua Yeni Gine anakarasının 1 mil veya daha yakınına kadar, Torres

---

94 Jayewardene, bunu, "perdeleme" olarak ifade etmiştir. Bkz: Ibid, s. 455–456.

95 Kuzey kesiminde ise söz konusu Avustralya Adaları ile Papua Yeni Gine anakarası sahilleri karşılıklı olduğu için Antlaşma'nın 3/1. maddesi çerçevesinde karasuları sınırlandırması yapılmıştır.

96 Bu konudaki değerlendirmeler için bkz: **BURMESTER**, 1982, s. 336; **JAYEWARDENE**, 1990, s. 455.

97 Söz konusu adalardan belli başlı olanların karasuları kuşaklarını gösteren büyük ölçekli resmi harita için bkz: **International Legal Materials**, Vol: 18, s. 320–321.

98 **CHOON**, 1996, s. 931–932.

Boğazı bölgesini Avustralya yetki alanına tabi bir deniz haline dönüştürecektir … Bu sonuç, her iki tarafa da tatmin edici ve hakça görünmemiştir. Avustralya'nın Antlaşma ile karasularını sınırlaması, Avustralya çıkarlarının büyük ölçüde korunduğu, topyekun bir çözümün bir parçası olarak görülmelidir." [99]

Antlaşma düzenlemeleri, yukarıda aktarılan yorumlarla beraber Ege bağlamında değerlendirildiğinde, şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

Söz konusu Antlaşma ile taraflar, özellikle Torres Boğazı bölgesinde, hem kendilerinin hem de üçüncü devletlerin hak ve çıkarlarına uygun *sui generis* bir düzen yaratmışlardır. Bu anlamda Antlaşma düzenlemeleri, farklı varyasyonlar içeren niteliği ile yaratıcı ve benzersiz bulunmuş ve benzer durumdaki coğrafyalar için bir model olarak değerlendirilmiştir.[100] Bu bağlamda Antlaşma, farklı varyasyonlarla, *sui generis* bir çözüm getiren, tarafların karşılıklı hak ve çıkarlarını dengeleyen bir düzen yaratma açısından, Ege için de bir emsal olabilir. Fakat yine de bazı hususlara dikkat çekmek, konunun açıklanması açısından faydalı ve hatta zorunludur.

Dikkat çekilmesi gereken ilk husus, Antlaşma'nın, karasuları açısından, Ege için öngörülen şekilde, bir seçici genişletme düzenlemesi getirmemiş olduğudur. Zira Antlaşma'nın yapıldığı tarihte zaten Avustralya, karasuları açısından 3 mil genişlik benimsemiştir.[101] Yine yukarıda belirtildiği gibi Antlaşma'nın 3. maddesi, ana hattın kuzeyinde kalan Avustralya adaları için 3 millik genişlik sınırlaması getirmiştir. Antlaşma'da, Avustralya anakarasının karasuları genişliğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır ve bu, tamamen Avustralya iradesine bırakılmıştır. Ege'de ise yapılması gereken ve seçici genişletmeden anlaşılan, Yunan anakarasında ve anakaraya yakın adalarda, Türkiye'nin kıta sahanlığı hakkını ve seyrüsefer serbestisi ile diğer açık deniz serbestilerini haleldar etmeyecek şekilde, Yunan karasularını 12 mile genişletmek ve fakat Doğu Ege Adaları'nda ve diğer bazı alanlarda, 6 mille sınırlı tutmaktır. Yani Yunan karasularının belirli alanlarda 12 mile genişletilmesine izin vermek, belirli alanlarda da mevcut 6 millik genişlik

---

99 **BURMESTER**, 1982, s. 343'ten naklen. Bu tespit, Ahnish tarafından da iktibas edilmiş ve Bölükbaşı tarafından da kullanılmıştır. Bkz: **AHNISH**, 1993, s. 270; **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 196–197

100 **CHOON**, 1996, s. 933.

101 **BURMESTER**, 1982, s. 342; **JAYEWARDENE**, 1990, s. 455.

uygulamasını korumaktır. Bu açıdan karasuları genişliğine ilişkin Antlaşma düzenlemeleri ile Ege'deki seçici genişletme uygulaması arasında fark mevcuttur. Fakat amacın aynı olduğu söylenmelidir. Yine yukarıda belirtildiği gibi Antlaşma'da, Avustralya, belli bazı çıkarlarının gözetilmesi karşılığında ana hattın kuzeyinde konumlanmış adaların karasularını 3 mille sınırlı tutmayı ve 3 millik kuşaklar dışında kıta sahanlığı alanı talep etmemeyi kabul etmiştir. Ege'de ise Yunanistan'ın, seçici genişletme ile Yunan anakarasında ve çevresinde karasularını 12 mile genişletmesini kabul etmek dışında Türkiye'nin verebileceği başka bir taviz bulunmamaktadır; zira ortada verecek başka bir şey yoktur. Yine, yukarıda belirtildiği gibi her ne kadar verimlilik açısından tatmin edici olmasa da Ege'de balıkçılık Türkiye için önemlidir ve Türkiye'nin, Antlaşma'da Papua Yeni Gine'nin rıza gösterdiği gibi deniz yatağı hakları karşılığında balıkçılık haklarından vazgeçme lüksü, kanımızca yoktur. Bu, ancak Türkiye'nin başka şekillerde tatmin edilmesi şartıyla kabul edilebilir. Dolayısıyla deniz dibi ve dip altı ile dip ile su yüzeyi arasındaki deniz alanının, farklı yetkilere konu edilmesi, Ege için uygun değildir. Yine, yukarıda belirtildiği gibi Torres Boğazı bölgesi coğrafi açıdan Ege'ye benzese de bunun, tam bir ayniyet olmadığı belirtilmelidir. Gerçekten de coğrafi veriler çerçevesinde, her iki bölge arasında, adaların kapsadığı deniz alanları açısından yapılan mukayese şu sonuçları ortaya koymaktadır: Mevcut 6 millik genişlik uygulamasında, Yunan adaları Ege'deki Türk anakara sahillerini %85 oranında maskelemekte ve bu adaların karasuları da Ege'deki deniz alanlarının yarısını kapsamaktadır. Torres Boğazı'nda ise Avustralya adaları, Avustralya ile Papua Yeni Gine arasındaki deniz alanında kuzeyden güneye 80 mil boyunca yayılmıştır ve bu adalar, 150 mil uzunluğundaki Papua Yeni Gine sahilinin, %35'ini maskelemektedir. Ayrıca, Papua Yeni Gine anakarasına yakın konumlanmış Avustralya adalarının 3 mil genişliğindeki karasuları, Torres Boğaz bölgesindeki deniz alanlarının %30'undan azını kapsamaktadır.[102] Dolayısıyla bu tabloda, tarafların hareket kabiliyeti daha fazladır ve Papua Yeni Gine, Avustralya'ya, belirli alanlarda karasularını 3 mille sınırlı tutması karşılığında, diğerleri yanında, kendisine bırakılan kıta sahanlığı üzerinde balıkçılık hakkı tanıyabilir. Fakat Ege'nin coğrafi verileri, Türkiye açısından Yunanistan'a bu neviden tavizler vermeyi mümkün kılmamaktadır. Aşağıda belirtileceği gibi Türkiye'nin verebileceği tek taviz, karasuları açısından anakara merkezli seçici genişletme-

102 Söz konusu oranlar, **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 199–200'den alınmıştır.

yi kabul etmektir. Dolayısıyla birbirlerine çok benzeyen bu coğrafyalarda, aynı çözüm yöntemi uygulanamaz.[103]

Yine de Antlaşma'nın iki açıdan Ege için bir emsal oluşturduğu gözden uzak tutulmamalıdır. İlki, genel açıdan, deniz alanı uyuşmazlıklarında, farklı varyasyonlar kullanılarak, *sui generis* düzenlemeler getirme ihtimalinin varlığını ortaya koyması ve böylece tarafların hak ve çıkarlarını dengeleyen ve üçüncü devletlerin haklarını haleldar etmeyen topyekun bir çözümün, iyi niyetli ve sonuç almaya yönelik, anlamlı müzakereler neticesi mümkün olduğunu göstermesidir.[104] Böyle bir çözüm yöntemi Ege'de de uygulanabilir ki esas itibariyle Ege'deki tek çözüm imkanı – ki aşağıda belirtileceği gibi bu aynı zamanda hukuki bir zorunluluktur – *sui generis* bir düzenlemedir. Çalışmanın konusunu oluşturan seçici genişletme de bu anlamda *sui generis* bir çözümdür. Antlaşma düzenlemeleri, seçici genişletme özelinde de kayda değer sonuçlar sunmaktadır. Gerçekten de Antlaşma, her ne kadar Avustralya anakarasının karasuları genişliğine ilişkin bir düzenleme getirmese de ters taraftaki Avustralya Adaları ile Papua Yeni Gine anakarasına yakın konumlanmış Avustralya Adaları'nın karasularını 3 mille sınırlaması, bu genişliği arttırmama yükümlülüğü getirmesi ve bunun sonucu olarak Papua Yeni Gine'ye bu alanda kıta sahanlığı hakkı tanıması açısından, Ege'deki seçici genişletme için bir emsal oluşturabilir. Zira yukarıda belirtildiği gibi Ege'de Yunan karasularının seçici genişletilmesi, özellikle ters tarafta konumlanmış, Yunan egemenliğindeki Doğu Ege Adaları'nın karasularının 6 mille sınırlı tutulması, Yunanistan'ın bu alanda karasularını arttırmama yükümlülüğü üstlenmesi, bu adaların 6 millik karasuları dışında kalan deniz alanının açık deniz rejimine tabi olması ve böylece Türkiye'nin kıta sahanlığı haklarının korunması anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, Jayewardene, Papua Yeni Gine'nin güney sahilinde bulunan Boigu ve Saibai Adaları'nın, deniz yatağı sınırı açısından ihmal edilmesi ve fakat 3 millik karasuları kuşağı elde etmesi şeklindeki çözümün bir benzerinin, Türk sahillerinin açığında bulunan Yunan Adaları için de uygulanabileceğini belirtmiştir.[105] Söz konusu iki ada, ana hattın kuzeyinde ve Papua Yeni Gine'ye çok yakın konumla-

---

103 Nitekim Ahnish, Torres Boğazı çözümü ile Ege'deki meseleler arasındaki nitelik farkına dikkat çekmiştir. Bkz: **AHNISH**, 1993, s. 270.

104 Boğaz'ın genel tarihçesi ile müzakere tarihçesi ve aşamaları için bkz: **BURMESTER**, 1982, s. 324–329; **KAYE**, 1997, s. 89–92.

105 **JAYEWARDENE**, 1990, s. 485. Bu tespit, Van Dyke tarafından da iktibas edilmiştir. Bkz: **VAN DYKE**, 1996, s. 402.

rı olan, bölgedeki en büyük ve kalabalık nüfuslu adalardır. Ege'de, konum ve nüfus açısından bu iki adaya benzeyen ve Türk sahilinin hemen önünde sahili maskeleyen mesela, Midilli, Sakız, Sisam ve Menteşe Adaları'nın büyük kısmı ile kuzeyde kıta sahanlığı alanını kapayan, Limni, Semadirek ve Bozbaba'nın sadece 6 millik karasuları kuşağı ile yetinmeleri ve kıta sahanlığı sınırlandırması açısından ihmal edilmeleri, Torres Boğazı modeline benzer bir çözüm olacaktır. Yine Türk sahiline çok yakın konumlanmamış olmakla beraber, kıta sahanlığı alanını etkileyen mesela Ahikerya, İpsara, İskiri Adaları ile bir kısım Kiklat ve Menteşe Adaları için de benzer çözüm benimsenebilir.

Şu halde Torres Boğazı çözümü, coğrafi verilerdeki bazı farklılıklar ve Antlaşma düzenlemelerinin çok kapsamlı olması ve Avustralya'ya bazı çıkarlar sağlaması bir tarafa bırakılırsa, ters taraftaki adaların sadece karasuları ile yetinmesi ve karasuları genişliklerinin de küçük bir kuşak ile sınırlanması ve böylece çevreleme yönteminin uygulanması açısından ve en önemlisi de Avustralya'ya deniz yatağı ana hattının kuzeyi için getirilen karasularını genişletmeme yükümlülüğü açısından, Ege'de seçici genişletme modeli için başvurulacak önemli bir dayanaktır.

III) SEÇİCİ GENİŞLETME TÜRKİYE'NİN İTİRAZLARINI GİDEREBİLİR Mİ?

Hukuki anlamda, Türkiye'nin Yunanistan'ın Ege'de karasularını 12 mile genişletmesine yönelik itiraz noktaları, esas itibariyle, açık deniz alanlarının azalması neticesi, kıta sahanlığı haklarının ve seyrüsefer serbestisinin haleldar olmasıdır. Dolayısıyla Yunan anakarası ve yakınlarında Yunan karasularının 12 mile genişletilmesini kabul etmek ve Doğu Ege Adaları ile açık deniz serbestilerini ve kıta sahanlığı sınırlandırmasını etkileyen alanlarda ise 6 mille sınırlanmasını sağlamak, Türkiye'nin itirazlarını giderebilecektir. Fakat bu, tamamen seçici genişletmenin ne şekilde kabul edilip uygulanacağına bağlıdır. Bir defa Doğu Ege Adaları'nın tümünde, Yunan karasularının 6 mille sınırlanması önemlidir. Doğu Ege'deki Yunan adalarının karasularını 6 mille sınırlı tutmak, aslında Türkiye'nin 12 mile ilişkin en temel itiraz noktası olan Ege'deki kıta sahanlığı sınırlandırması açısından önemli bir sonuçtur. Zira çevreleme modeli argümanıyla yakından ilgilidir. Doğu Ege'deki Yunan adalarının karasularının 6 mille sınırlı tutulması, Türkiye'nin çevreleme tezinin anlamlı sonuçlar doğurmasını sağlayacaktır. Bu bağlamda Van

Dyke, Doğu Ege'de bulunan ters taraftaki adaların, 6 millik karasuları cepleri ile yetinmeleri gerektiğini belirtmiştir.[106] Kıta sahanlığı sınırlandırması için hakça çözümün çevreleme modeli olduğunu ve oluşturulacak her cep için de 6 milin en makul azami genişlik olduğunu belirten Bölükbaşı, hem Doğu Ege Adaları hem de Merkezi Ege Adaları için uygulanması gereken 6 mille sınırlı cepleri, kıta sahanlığı sınırlandırmasına etkisi olacak adalar açısından tek tek belirtmiştir.[107] Bu anlamda yukarıda Torres Boğazı örneğinde belirtildiği gibi Ege'de, Türk sahilinin hemen önünde konumlanmış Midilli, Sakız, Sisam ve Menteşe Adaları'nın büyük kısmı, kuzeyde yer alan ve kıta sahanlığı alanına etkileyen Limni, Semadirek ve Bozbaba, Türk sahiline çok yakın konumlanmamış olmakla beraber, kıta sahanlığı alanını etkileyen Ahikerya, İpsara, İskiri Adaları ile bir kısım Kiklat ve Menteşe Adaları'nın, karasularının 6 mille sınırlanması gerekir.

Seçici genişletme neticesi, Yunanistan'ın Doğu Ege'de ve açıkça tarif ve tayin edilen alanlar dışında kalan alanlarda karasularını 6 mille sınırlamayı kabul etmesi, çevreleme modelini müzakereye hazır olduğunu gösterecektir. Böylece kaçınılmaz şekilde, çevreleme modeli çerçevesinde ters tarafta kalan Yunan adalarının kıta sahanlığı sınırlandırılmasında ihmal edilmeleri konusu, müzakerelerin temel gündemi haline gelecektir. Bunun sonucu olarak Ege'de, uluslararası hukuka uygun bir kıta sahanlığı sınırlandırması yapılması açısından bir müzakere zemini ortaya çıkmış olacaktır.

Seyrüsefer serbestisi açısından ise Ege–Akdeniz geçişlerinde mevcut, serbest geçiş rejimine tabi üç boğazın[108] ve Kiklat'lar ile Menteşe Adaları arasındaki tek açık deniz koridorunun kapanmaması, Türk itirazlarının odak noktasıdır. Söz konusu tek açık deniz koridorunun Yunan karasularına dahil olmaması için önlem alınması, Türkiye açısından hayatidir. Bu anlamda doğuda yer alan Kiklat Adaları ile batıda yer alan Menteşe Adaları'nın

---

106 Ibid, s. 402.

107 Bkz: **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 508–515.

108 Ege–Akdeniz geçişlerinde altı boğaz bulunmaktadır. Bunlardan Rodos boğazı, Rodos ile Türk anakarası arasındadır ve tarafların karasuları çakıştığı için serbest geçiş rejimine tabi değildir. Aynı şekilde Çuha Adası ile Küçük Çuha Adası arasındaki Çuha Boğazı ile Çuha Adası'yla Yunan anakarası arasındaki Elafonisou Boğazı da mevcut 6 millik genişlik uygulamasında Yunan karasuları içinde kalmaları nedeniyle zararsız geçiş rejimine tabidir. Söz konusu boğazların durumları hakkında bkz: **POLITAKIS**, 1995, s. 501; **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 106.

karasuları, mutlaka 6 mille sınırlı kalmalıdır. Aksi halde, bu alanda sadece birkaç küçük açık deniz cebi kalacağından, aşağıda belirtilecek üç boğazın açık deniz statüsünde kalmasının pek bir önemi olmayacaktır. Yine mevcut 6 millik genişlik uygulamasında, açık deniz statüsünde ve serbest geçiş rejimine tabi olan Ege–Akdeniz geçişlerinde hayati öneme sahip, Küçük Çuha, Kaşot ve Kerpe boğazlarının, bu statülerinin devamı için söz konusu adalar ile Girit ve Rodos'un karasularının 6 mille sınırlı tutulması elzemdir. Yunanistan, Girit'in kalabalık nüfusu, büyüklüğü ve konumu nedeniyle bu ada için 12 mil karasuları genişliği isteyebilir. Aynı durum, Rodos ve konumları nedeniyle Çuha ve Küçük Çuha için de gündeme gelebilir. Fakat açık deniz rejiminin korunması için Türkiye bunu kabul edemez. Aksi halde seçici genişletmeden beklenen amaç hasıl olmayacaktır. Zira Girit için 12 mil genişlik kabul edilirse, Küçük Çuha Boğazı, Yunan karasularına dahil olacak, Kaşot Boğazı'nda ise açık deniz alanları azalacaktır. Kerpe Boğazı, her ne kadar Yunan karasuları tarafından kapanmayacaksa da 12 mil genişlik, Rodos için de kabul edilemez; zira Kerpe Boğazı Türk anakara sahiline en yakın, serbest geçiş rejimine tabi boğazdır. Yine şu husus göz ardı edilmemelidir ki, uluslararası seyrüsefer için önem taşıyan söz konusu üç boğazın açık deniz statüsünde kalmasında ve bunların açık deniz alanlarının mevcut halini korumasında, tüm uluslararası toplumun çıkarının bulunması, Yunanistan'ın Girit ve Rodos'un karasularını 6 mille sınırlamayı kabul etmesi için önemli bir baskı unsurudur. Fakat yine vurgulamak gerekir ki Girit'in doğu sahilleri ile Rodos, Kerpe ve Kaşot bakımından sorun, söz konusu adaların, Türk–Yunan Doğu Akdeniz deniz yetki alanı sınırlandırması açısından, sınırlandırma konusu alana projeksiyonlarının bulunmasıdır. Bu da Yunanistan'ın, söz konusu adalar açısından 12 mil karasuları genişliğinden vazgeçmeme eğiliminde olması sonucunu doğurabilir. Şurası açıktır ki bu alan, Ege ve Doğu Akdeniz deniz alanı uyuşmazlıklarının kesiştiği bir kavşak niteliğindedir ve karasuları genişliği açısından *sui generis* bir çözümü zorunlu kılmaktadır.

Midilli ve Sakız adalarının karasularının 6 milde kalması, kıta sahanlığı sınırlandırması yanında, İzmir Limanı'nın kuzey girişini de açık deniz rejiminde tutacağı için seyrüsefer bakımından önemlidir. Aynı yorum, Limni–Bozbaba geçişi, Limni–Semadirek geçişi ve Semadirek–Dedeağaç geçişi için de yapılabilir. Bu noktada, konuyla ilgili bir parantez açılmalıdır. Konumları itibariyle hem kıta sahanlığı sınırlandırmasını hem de seyrüsefer durumunu etkileyen, Zürafa Kayası, Andiipsara, Venedik Kayaları, Koçbaba, Ardıççık, Kandilli, Kendiroz, Kızkardaşlar, Sirina, Üç Adalar, Safran,

İstakida ile kısmen Hurşit ve Fornoz adaları, Türkiye'nin, egemenliği tartışmalı adalar tezinin konusunu oluşturmaktadır.[109] Çalışmanın konusu bu tez olmamakla beraber, eğer bu adalar Yunanistan'a ait ise karasuları mutlaka 6 milde kalmalıdır. Eğer bunlar Türkiye'ye ait ise taraflar arasında varılacak anlaşmaya göre 6 veya 12 millik genişlik benimsenebilir.

Yunan karasularının seçici genişletilmesi açısından şu önemli hususa vurgu yapmak gerekir. Yunan karasuları açısından, Doğu Ege'de ve yukarıda belirtilen diğer alanlarda, 6 ilâ 10 millik farklı genişlik varyasyonları uygulamasının kabulü, seçici genişletmeden beklenen amacın hasıl olmaması sonucu doğurabilecektir. Bu anlamda, Doğu Ege Adaları ile özellikle bu adaların bir parçası olan Menteşe Adaları'nın batısındakiler ile Kiklatlar'ın doğusundaki adaların karasularının mutlaka 6 mille sınırlanması sağlanmalıdır. İhtimal odur ki taraflar arasındaki müzakerelerde, kıta sahanlığı hakkından kısmen veya tamamen vazgeçmek karşılığında Limni, Bozbaba, Midilli ve Sakız'a birkaç mil daha fazla karasuları alanı vermek gibi farklı varyasyonlar gündeme getirilebilirse de bu nevi bir çözüm, Türkiye'nin itiraz noktaları açısından tercihe şayan değildir. Belki, seyrüsefer serbestisi açısından çok fazla olumsuz etki doğurmayacak, İskiri, Andre ve İstendil gibi Ege'nin batısında konumlanmış olsa da kıta sahanlığı sınırlandırmasında önemli etkisi bulunan adalarda 12 mil genişlik kabul edilmek suretiyle, bunların projeksiyonlarının bulunduğu sınırlandırma alanında, kıta sahanlığı haklarından vazgeçmeleri yönünde bir uygulama düşünülebilir ki bu, Türk kıta sahanlığı hakları açısından ehven–i şer olacaktır.[110] Fakat tüm Doğu Ege ve diğer belirli alanlarda Yunan karasularının 6 mil genişlik ile sınırlanması karşılığında, kabul edilemez değildir. Yine 6 ilâ 10 millik farklı genişlik varyasyonlarının, hava sahası genişliği açısından da özellikle üçüncü devletler açısından belirsizlik ve tereddüt yaratmak gibi sakıncaları olacaktır. Dola-

---

109 Egemenlik devrine konu olmadıkları değerlendirilen adalar için bkz: **KURUMAHMUT / BAŞEREN**, 2004, s. 59–60 ve 104 no'lu dipnot. Harita için bkz: Ibid, ek 5. Burada sadece söz konusu adalardan, kıta sahanlığı ve seyrüsefer açısından kayda değer etki yaptığını düşündüklerimizi zikrettik.

110 Fakat İstendil'den sonra güneydoğu istikametinde hizalanmış, başta Mokene, Yılan ve İstaporya olmak üzere doğuda konumlanmış diğer Kiklat Adalarının karasularının 6 milden fazla olması, hem seyrüsefer serbestisi hem de kıta sahanlığı sınırlandırması açısından kabul edilemez.

yısıyla bu varyasyondan kaçınmak ve kendi içinde tek tip nitelik arz eden, kesin düzenlemelerle sonuca gitmek, Ege için en uygunudur.

Benzer durum, Yunanistan'ın düz esas hat uygulaması için de geçerlidir.[111] Öncelikle belirtmek gerekir ki Yunan karasularının iç sınırının mevcut durumdaki gibi normal esas hat ile tayin edilmesi Türkiye lehinedir. Fakat Yunanistan'ın, seçici genişletme karşılığı bazı alanlarda düz esas hat sistemi uygulamak istemesi mümkündür. Mesela Halkidikya Yarımadası'ndaki körfez girişlerinin düz hatla kapatılması uygulaması,[112] Türkiye'nin iddia ettiği/edebileceği kıta sahanlığı alanları açısından kısmen olumsuz etki gösterecek, Taşoz Adası'nı da içine bir düz esas hat sistemi ise bu açıdan ciddi sorun doğuracaktır.[113] Taşoz'un dahil edildiği bir düz esas hat uygulaması, bölgedeki açık deniz alanlarını daraltacağı için Türkiye açısından kabul edilemez. Kaldı ki zaten Taşoz'u düz esas hat ile anakaraya bağlamak, düz esas hattın sahilin genel istikametinden hissedilir bir şekilde sapmasını yasaklayan BMDHS'nin 7/3. madde hükmüne aykırı olduğu gibi düz esas hat yönteminin diğer devletlerin karasularını açık denizden kesecek şekilde uygulanmasını yasaklayan aynı maddenin 6. paragrafıyla da uyumlu olmayacaktır. Aynı şekilde Politakis'in altını çizdiği gibi Yunanistan'a fazladan deniz alanı kazandıracak olan Kuzey Sporat ve Kiklat'ların çevresindeki

---

111 Yunanistan'ın düz esas hat yöntemini uygulayabileceği alanlara ilişkin kapsamlı tespitler için bkz: **POLITAKIS**, 1995, s. 515–524. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz: **BAYILLIOĞLU**, 2011, s. 20–27 ve 39–42.

112 Gözen, Yunanistan'ın halihazırda, Halkidikya Yarımadası'nda bulunan Toronaios ve Singitikos Körfezleri ile Yarımada'nın hemen kuzey doğusunda bulunan Strimonikos Körfezi'nde düz esas hat uygulaması yaptığını ve uluslararası hukuka uygun olan bu uygulamaya Türkiye'nin itiraz etmediğini belirtmiştir. **GÖZEN**, 2009, s. 57, 166 no'lu dipnot. Buna karşın mesela Ioannou, Yunanistan'ın halihazırda körfez girişlerini düz hatla kapatma uygulaması yapmadığını belirtmiştir. **IOANNOU**, 1997, s. 138. Aynı tespiti yapan Politakis de söz konusu bölgedeki körfezlerin girişlerini, farazi bir şekilde düz hatla kapatan bir harita çizmiştir. Bkz: **POLİTAKIS**, 1995, s. 521–522, figure 6. Söz konusu çalışmaların tarihi 1995 ve 1997'dir. Gözen'in çalışması ise 2009 tarihlidir. Şu halde aradan geçen süre zarfında Yunanistan bu uygulamaya başlamış ve Türkiye de itiraz etmemiş olabilir. Fakat bu konudaki Yunan uygulaması ve Türkiye'nin tepkisizliğine ilişkin bir bilgi ve veriye ulaşamadık.

113 Nitekim Politakis de Trakya sahilinde, Meriç deltası ile Strimonikos Körfezi arasındaki alanda, düz esas hat uygulamasının kolaylıkla haklı gösterilmeyeceğini vurgulamıştır. **POLITAKIS,** 1995, s. 523.

düz esas hat uygulaması[114] BMDHS'nin 7/3. madde hükmü çerçevesinde tartışmalı olacağı gibi kıta sahanlığı sınırlandırması ve seyrüsefer serbestisini etkileyen sonuçlar doğurduğu için Türk itirazlarını da gideremeyecektir. Özellikle yukarıda belirtilen İskiri, Andre, İstendil ve Mokene Adaları'nın uç noktalarının düz esas hat ile birleştirilmesi, kıta sahanlığı sınırlandırması açısından kesinlikle kabul edilemez.[115] Belki Kuzey Sporat ve Kiklatlar'ın, mevcut durumda Yunan karasuları içinde kalan, anakaraya bakan ve kıta sahanlığı sınırlandırması ve seyrüsefer serbestisini etkilemeyen alanlardaki adaları için düz esas hat uygulaması kabul edilebilir. Bu, Türkiye'nin mevcut durumdaki zararsız geçiş hakkını haleldar etmeyecektir. Zira mevcut durumda zaten Yunan karasularına dahil bu alanlar, düz esas hat yöntemi neticesi iç sular rejimine tabi olacaklarsa da BMDHS'nin 8/2. maddesi nedeniyle zararsız geçiş rejimi korunacaktır.

Şu halde belirtilen çerçeve ve sınırlar dahilinde, belirli alanlarda karasularını 6 mille sınırlama yükümlülüğü karşılığı, seyrüsefer serbestisi ve kıta sahanlığı sınırlandırmasını doğrudan etkilemeyecek alanlarda, Yunanistan'ın düz esas hat yöntemi uygulaması kabul edilebilir. Fakat burada, Yunanistan'ın düz esas hat uygulayabileceği alanlar açıkça tarif ve tayin edilmeli, diğer alanlarda bu yöntemi uygulamama yükümlülüğü getirilmelidir. Aksi halde esas hatlar, karasularının ve diğer deniz alanlarının başlangıç noktasını oluşturmaları nedeniyle ileride, dış sınır konusunda sorun yaşanması kaçınılmaz hale gelecektir. Şu halde Yunan karasularının iç sınırının, Yunan karasularının dış sınırını tayin etmesi hukuki sonucu çerçevesinde, seçici genişletmeye ilişkin yapılacak antlaşmada, Yunan karasularının iç sınırına ilişkin bir düzenleme bulunması mutlak bir zorunluluktur. Aynı şekilde, Yunanistan'ın hem tüm Ege'de 12 mil karasuları genişliği hem de bazı alanlarda düz esas hat yöntemi uygulamaktan vazgeçmesi karşılığında, Türkiye'nin de Ege'de düz esas hat yöntemini tekrar gündeme getirmeme yükümlülüğü üstlenmesi mümkündür. Zira Yunanistan'ın, Türkiye'nin Ege ve Akdeniz'de iç sularını gösteren 1965 tarihli bir haritaya yönelik itirazları

---

114 Ibid, s. 523.

115 Kuzey Ege'den itibaren Yunan anakara ve adalarını birleştiren ve Mokene'den sonra, paralel bir şekilde Ahikerya oradan da Sisam'a uzanan hipotetik Yunan düz esas hat sistemi için bkz: **AHNISH**, 1993, s. 264–265. Düz esas hatların, Ege boyunca uzatılarak Menteşe Adaları veya Ahikerya ve Sisam'la birleştirilmesinin aşırı ve ölçüsüz olacağını belirten Politakis tarafından bu hipotetik düz esas hat sistemi, ilginç olarak nitelenmiştir. **POLITAKIS**, 1995, s. 523, 61 no'lu dipnot.

hatırlanınca,[116] Türkiye'nin düz esas hat yöntemi uygulamasını kabul etmeyeceği kolayca anlaşılacaktır. Bu, Yunanistan'ın verdiği tavizlere karşılık Türkiye'den beklediği bir taviz olacaktır ki Yunanistan'ın seçici genişletme ile üstlendiği yükümlülükler dikkate alındığında, Türkiye aleyhine sonuç doğurmayacaktır.

Seçici genişletme neticesi, Yunan hava sahası sorunu da kısmen çözülmüş olacaktır. Gerçekten de Yunanistan'ın karasularını seçici şekilde 12 mile genişlettiği alanlarda, Yunan hava sahası da 12 mile genişlemiş olacaktır. Fakat Yunan karasularının 6 mille sınırlandığı alanlarda ise Yunan hava sahası 6 mile çekilecektir. Eğer Yunanistan, bu alanlarda halen 10 millik hava sahası iddiasını sürdürürse, mevcut uyuşmazlık devam edecektir. Tarafların yapacakları antlaşma ile bu uyuşmazlığa da çözüm bulacakları varsayılabilir. Zira salt zamanında yaptığı bir ulusal hukuk işleminin gereğinin ifası için uluslararası hukuka aykırılığı tartışmasız olan farklı karasuyu ve hava sahası genişliği gibi *ad absurdum* bir uygulamadan vazgeçmek, Yunanistan'ın da çıkarınadır. Dolasıyla seçici genişletme, Yunanistan'a bu açıdan da bir fırsat sunmaktadır. Yunan anakarası ve Batı Ege'nin bir kısmında ortaya çıkacak 12 mil genişlik uygulaması, hem Türkiye'nin hem de üçüncü devletlerin Ege'deki askeri uçuşları açısından sorun doğurabilirse de bu, Türkiye'nin, Yunan karasularının ve hava sahasının belirli alanlarda 6 mille sınırlanması karşılığında vermek zorunda olduğu bir tavizdir.

Yine ulaşılacak bir çözümde, Türk karasularının genişliği açısından Yunanistan'ın kabulüne bağlı olarak farklı varyasyonlar yapılabilir. Mesela Türkiye hem anakarasında hem de başta Gökçeada, Bozcaada ve Tavşan Adası olmak üzere, Ege'deki tüm adalarında, karasularını 12 mile genişletebilir. Bu durumda Türkiye açısından, Akdeniz ve Karadeniz'deki 12 mil genişlik uygulaması tamamlanacak ve 476 sayılı kanunundan beri ortaya çıkan ve 2674 sayılı kanun döneminde sürdürülen, farklı denizlerdeki farklı genişlik uygulamaları ortadan kalkacaktır. Fakat Yunanistan'ın, mesela Limni, Semadirek ve Bozbaba'nın karasuları 6 mille sınırlanmışken, Gökçe-

---

116 Türk Deniz Kuvvetlerine bağlı bir birim tarafından yayımlanan söz konusu haritada, özellikle Gökçeada, Tavşan Adası ve Bozcaada'yı Türk anakara sahili ile birleştiren ve BMDHS'nin 8/3. maddesi ile uyumluluğu tartışmalı olan düz esas hat sistemi itiraz konusu olmuştur. Türk ulusal hukuku bakımından hukuki geçerliliği olmayan söz konusu harita, daha sonra yürürlükten kaldırılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: **BAYILLIOĞLU**, 2011, s. 12–16.

ada, Bozcaada ve Tavşan Adası'nın karasularının 12 mile genişletilmesine rıza göstermesini beklemek, gerçekçi değildir. Bir diğer varyasyon olarak, Türkiye anakarasında karasularını 12 mile genişletebilir ve fakat söz konusu adalarda 6 millik genişlik uygulamasını sürdürebilir. Bir diğer ihtimal olarak, Türkiye Ege'de mevcut genişlik uygulamasını koruyabilir. Şurası açıktır ki Türkiye'nin anakara ve/veya adalarında karasularını 12 mile genişletmesi, Türkiye'ye istisnai birkaç alan dışında kayda değer bir karasuları alanı kazandırmayacaktır.[117] Bu çerçevede, Ege'de Türk karasularını 12 mile genişletmemek, kıta sahanlığı açısından Türkiye'yi kayba uğratmayacaktır. Zira Ege'nin coğrafi verileri çerçevesinde, Türk anakara ve adalarının üreteceği kıta sahanlığı alanları, Türk karasularının genişliği ile bağlantılı değildir. Türkiye'nin çıkarlarına uygun olan, Ege'de ufak çaplı karasuları alanı kazanmak değil, mümkün olduğu kadar çok açık deniz alanı kalmasını sağlamaktır. Kaldı ki Türkiye'nin Ege'nin tamamında veya bir kısmında karasularını 12 mile genişletme talebi, Yunanistan'ı psikolojik açıdan kendi karasularını daha az bir bölgede 6 mille sınırlamayı kabul yönünde bir tutuma sevk edebilir. Bu da Türkiye'nin pazarlık alanını daraltabilir. Dolayısıyla Yunanistan'ın Doğu Ege'de ve belirli alanlarda karasularını 6 mille sınırlaması karşılığında, Türkiye'nin 6 milin üstünde bir genişlik belirlememesi, Türkiye aleyhine bir sonuç doğurmayacaktır. Aynı yorum, sadece kıta sahanlığı için değil, seyrüsefer ve balıkçılık hakları açısından da geçerlidir. Zira Türk–Yunan karasularının çakıştığı alanlar dışındaki alanların açık deniz statüsüne tabi olması, Türk tabiiyetindeki gemi ve uçakların seyrüsefer haklarına engel olmayacaktır. Ege'de münhasır ekonomik bölge meselesi, henüz resmen gündeme gelmediği için Ege'deki mevcut açık deniz alanları, Yunan sahil güvenliğinin Türk balıkçı teknelerine yönelik mutad taciz eylemleri dışında, şimdilik Türk balıkçılık hakları açısından bir engel olarak görülmemektedir.[118]

Ulaşılacak bir çözümde, Türk karasularının genişliği açısından önem arz eden bir diğer durum, Yunan anakarasının bir parçasını oluşturan Batı

---

117 Bölükbaşı'na göre bu oran, %1.27'dir. **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 122.

118 Yunan sahil güvenliğinin, amatör veya profesyonel Türk balıkçı teknelerine yönelik tacizleri genellikle iki devletin karasularının çakıştığı alanlarda gerçekleşmektedir. Bu da diğerleri yanında, Ege'de karşılıklı sahillerde karasuları sınırlandırması bulunmadığını gösteren verilerden birisidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: **BAYILLIOĞLU**, 2011, s. 51–158.

Trakya sahilidir. Trakya'da Türk–Yunan sahilleri bitişiktir. Bu bitişik sahillerde, sorunlu olan karasuları yan sınırı yeniden tespit edilmelidir.[119] Yunanistan, anakarasına bağlı olması nedeniyle Batı Trakya sahilleri için de 12 mil genişlik isteyebilir. Buna karşın, eğer Türk karasuları 6 milde kalırsa, karasuları yan sınırının tespiti açısından sorun doğacaktır. Bu durumda Türkiye'nin de Ege'de karasularını 12 mile genişletmesi düşünülebilir. Bir diğer varyasyon olarak Türkiye'nin Ege'de, tek tip bir genişlik benimsemeyip, sadece Trakya sahilinde, kara hududundan, Gelibolu Yarımadası'nda bulunan Büyükkemikli Burnu'na kadar olan alanda, 12 mil genişlik uygulaması düşünülebilir. Fakat yukarıda belirtildiği gibi Ege'nin tamamında veya bir kısmında karasularını 12 mile genişletmek, Türkiye'ye çok fazla deniz alanı kazandırıp, avantaj sağlayacak bir uygulama değildir. Yine de aşağıdaki varyasyonların Yunanistan tarafından kabul edilmemesi halinde gündeme alınmak zorunda kalacaktır.

Bu alanda, en makul çözüm, Taşoz'un (tercihen bu adayı da ekleyerek) karşısında anakarada yer alan İskeçe sahillerinden, kara hududuna kadar olan bölgede, Yunan karasularının 6 mille sınırlanması olacaktır. Bu uygulama, hem kıta sahanlığı sınırlandırması hem de seyrüsefer serbestisi açısından Türkiye'nin haklarını koruyacaktır. Dolayısıyla Yunan anakarasında da tek tip bir genişlik uygulamasından vazgeçip, anakara merkezli seçici genişletmede, Batı Trakya sahillerini bundan hariç tutmak kanımızca gereklidir. Belki bunun karşılığında, Taşoz'un projeksiyonunun bulunduğu sınırlandırma alanında, kıta sahanlığı haklarından vazgeçmesi karşılığı, bu adaya 12 millik karasuları alanı verilebilir. Bu, Türk kıta sahanlığı hakları açısından ehven–i şer olacaktır. Bir diğer ihtimal, Yunan karasularının, Dedeağaç sahiline kadar 12 mil, Dedeağaç sahilinden hududa kadar 6 mil olarak kabulüdür. Böylece 6 mil genişlik esasına göre sağlıklı bir karasuları yan sınırı tespit edilebilir. Semadirek'in de karasuları 6 milde kalacağı için Semadirek–Dedeağaç arası geçişlerde, azalmasına rağmen açık deniz alanları mevcudiyetini koruyacaktır. Bu ihtimalin kıta sahanlığı hakları açısından Türkiye için sorun yaratıp yaratmadığı değerlendirilmelidir. Görüldüğü gibi Türk–Yunan bitişik sahilleri özellik arz etmektedir ve bu bağlamda genişlik ve sınırlandırma açısından farklı varyasyonlara açıktır. Şurası açıktır ki bu varyasyonların ele alınabilmesinin ön şartı, bölgede çok önemli bir konumda

119 Mevcut yan sınır ve sorunlarına ilişkin değerlendirmeler için bkz: Ibid, s. 43–48.

bulunan ve BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde en azından karasuları hakkına sahip olan Zürafa Kayası üzerindeki egemenlik uyuşmazlığının çözülmesidir.

Seçici genişletme ile Yunan karasuları açıkça tarif ve tayin edilen alanlarda 12 mile genişleyecek ve Ege'nin bir kısmı Yunan karasuları içinde kalacaktır. Buna rağmen Türkiye'nin açık deniz serbestileri ve kıta sahanlığı hakları büyük oranda korunacağından, Ege'de taraflar arasındaki denge bozulmayacaktır. Zira seçici genişletme, Ege'ye, *sui generis* nitelikli ve kendi içinde dengeli bir düzen getirecektir. Dolayısıyla seçici genişletme, Türkiye'nin üzerinde hassasiyetle durduğu Lozan dengesiyle uyumlu bir sonuç doğuracaktır.

IV) SEÇİCİ GENİŞLETMENİN HUKUKİ ESASI:

Seçici genişletmeyi içermek suretiyle, Ege'de bir *sui generis* düzen yaratan antlaşma, genel uluslararası hukuk ve BMDHS'ye de uygun olacaktır. Şöyle ki:

BMDHS'nin 3. maddesinin ilk cümlesine göre "her devlet karasularının genişliğini tespit etmek hakkına sahiptir..." Bu tespit, tek taraflı bir işleme dayanabilir.[120] Demek ki BMDHS, her devlete, karasularının genişliğini tek taraflı olarak tespit hakkı vermiştir; fakat bu genişliğin 12 mil olması mutlak bir hak oluşturur şekilde değerlendirilemez. Zira ilgili devletin, karasularını genişletirken yapacağı tek taraflı işlem konusundaki iradesi, uluslararası hukuk tarafından sınırlanmıştır.[121] Buradaki sınır, diğer devletlerin hak ve çıkarlarıdır.[122] Bu devletlerin başında da Türkiye'nin geldiği şüphesizdir. Yunanistan'ın tek taraflı bir iradeyle Ege'de karasularını 12 mile genişletmesine yönelik Türkiye'nin itirazları aslında, Türk doktrini tarafından da desteklenen, Türkiye'nin Ege'de Yunanistan'ın karasularını 12 mile genişletme uygulamasına karşı teessüs etmiş, genel hukuki pozisyonunu yansıtmaktadır. Türk doktrinine bakılınca, bu açıdan dört temel argümanın ortaya konduğu görülmektedir.[123] İlki, Uluslararası Adalet Divanı'nın Balıkçılık

---

120 **ÖZMAN**, 1988, s. 179.

121 **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 189; **GÖZEN**, 2009, s. 29.

122 **BÖLÜKBAŞI**, 2004, s. 189.

123 Örneğin bkz: **ÖZMAN**, 1988, s. 178–181; **ODMAN**, 1990, s. 135–139 ve 144–156; **İNAN / BAŞEREN**, 1996, s. 61–63; **TOLUNER**, 1996, s. 101–103; **ACER**, 2003, s. 119–136; **BÖ-**

davalarında yaptığı, deniz alanı sınırlandırmalarının uluslararası yönü bulunduğu ve her ne kadar sınırlandırma işlemi yetenek ve gerçekleştirilebilme imkanı nedeniyle zorunlu olarak tek taraflı bir işlem oluştursa da bunun, üçüncü devletler bakımından geçerliliğinin uluslararası hukuku ilgilendirdiği yönündeki tespitidir. İkincisi, Ege'nin yarı kapalı deniz özelliğine yapılan vurgudur. Üçüncüsü, Yunan karasularının 12 mile genişletilmesinin, Ege'de Türkiye'nin *ab initio* ve *ipso facto* sahip olduğu kıta sahanlığı haklarına yönelik etkisi neticesi, bunun, BMDHS'nin 300. maddesi çerçevesinde, hakkın kötüye kullanımı yasağına taşıyacağı aykırılıktır. Son olarak ise Türkiye'nin açık denize açılma hakkına getireceği engeldir. Bu gerekçeler ve Türkiye'nin hakları aleyhine doğacak sonuçlar, hukuken, Yunanistan'ın tek taraflı olarak Ege'de karasularını 12 mile genişletemeyeceğini gösterir.[124] Bir başka ifadeyle bunlar, Yunanistan'ın 12 mil konusundaki irade serbestisinin sınırlarıdır. Bu sınırı uluslararası hukuk tayin eder; zira Yunanistan'ın 12 mil uygulaması, uluslararası hukukun Ege'de Türkiye'ye tanıdığı bir takım hakları haleldar etmektedir. Dolayısıyla Yunanistan, 12 mil uygulamasından, uluslararası hukuk çerçevesinde hakları etkilenen devlet olmak sıfatıyla, Türkiye'nin rızasını aramalıdır. Aksi halde, Yunanistan'ın 12 mil konusunda tek taraflı bir işlemi, Türkiye açısından hukuken geçerli olmayacaktır. Dolayısıyla Yunanistan, Ege'de karasularını 12 mile genişletecekse, Türkiye ile anlaşmalıdır. Bu, hukuken Yunanistan açısından bir tercih veya seçenek değildir. Şüphesiz taraflar arasındaki müzakerelerde neticesi ortaya çıkacak antlaşma, Türkiye'nin tüm Ege'de 12 mil genişliği kabul etmeyecek olması nedeniyle seçici genişletmeyi içerecektir. Demek ki uluslararası hukukun Yunanistan'a getirdiği Türkiye'nin rızasını arama, dolayısıyla Türkiye ile müzakere etme yükümlülüğünün, eninde sonunda ulaşacağı sonuç, seçici genişletmedir.

Ege karasuları genişliği uyuşmazlığının, her iki tarafı ve tüm uluslararası toplumu tatmin edecek en uygun çözüm yöntemi olan seçici genişlet-

---

LÜKBAŞI, 2004, s. 189–190, 201–202; **BAŞEREN**, 2006, s. 128–131; **PAZARCI**, 2015, s. 108, 110–111.

124 Şüphesiz devletin karasularını tespit konusundaki tek taraflı iradesi, egemenlik yetkisinin sonucudur. Dolayısıyla bu gerekçeler, aynı zamanda, tüm Ege'de karasularını 12 mile genişletmenin, tamamen Yunan egemenlik yetkisi içinde yer almadığını da gösterir. Bu konudaki Türkiye'nin resmi görüşü ve Türk doktrinindeki görüşler için bkz: **BAŞEREN**, 2006, s. 128 ve eşlik eden dipnotlar.

me, aslında uluslararası hukuk gereğince yapılması gereken müzakerelerin yaratacağı, tek makul sonuçtur. Şu halde seçici genişletmenin uluslararası hukukun dayattığı bir çözüm olduğu söylenebilir. Dolayısıyla hukukun dayatması ile Ege'nin coğrafi, jeolojik ve siyasi gerçekliğini, kağıda, yani hukuka yansıtan, *sui generis* bir düzen yaratılacaktır. Zira Ege gibi özel bir coğrafyada, tıpkı Torres Boğazı örneğindeki gibi özel bir düzenleme sonucu *sui generis* bir düzene dayanan çözüme ihtiyaç vardır. Tabii ki tüm bunlar, Yunanistan'ın, uluslararası hukuka uygun olmayan, karasularını 12 mil olarak tespitin, tamamen kendi egemenlik yetkisine tabi olduğu iddiasından vazgeçmesine ve ortaya çözüm iradesi koymasına bağlıdır. Kaldı ki uluslararası hukukun getirdiği yükümlülük bir yana, siyasi yönden, realist bir bakış açısı, Yunanistan'ın Ege'de karasularını 12 mile genişletmesinin tek yolunun, Türkiye ile anlaşmak olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Türkiye'nin de haklarını temin etmesi nedeniyle kabul edebileceği tek yöntemi, seçici genişletme oluşturmaktadır.

Demek ki Yunanistan'ın karasularını 12 mile genişletmesi konusundaki tek taraflı irade serbestisi uluslararası hukuk tarafından sınırlandırılmıştır. Yunanistan, bu açıdan hakları etkilenen devlet olan Türkiye ile müzakere etmeli ve Türkiye'nin rızasını aramalıdır. Bu da Ege'de, bir antlaşma ile sonuçlanabilir. Ege özelinde bu, hukuki bir zorunluluktur. Bu hukuki zorunluluk dışında BMDHS'nin 3. madde düzenlemesi, devletlere, karasularının genişliğini tespit için antlaşma yapmak hakkı da vermiştir. Bu bağlamda, söz konusu madde, karasuları genişliğinin mutlaka ve sadece tek taraflı bir işlemle tespit edilmesi gerektiği şeklinde değerlendirilemez. Bir devlet, karasularının genişliğini tek taraflı bir işlemle tespit edebileceği gibi bir antlaşma ile de tespit edebilir. Zira uluslararası hukukta devletlerin sahip olduğu irade serbestisi, karasuları genişliğini tespit konusunda, diğer devletlerle antlaşma yapmayı, devletlere bir hak olarak vermektedir. Fakat tıpkı tek taraflı işlemde olduğu gibi karasuları genişliğini tespite ilişkin yapılacak antlaşmada da devletin irade serbestisi uluslararası hukuk tarafından sınırlanmıştır. Bu açıdan iki sınır olduğu söylenebilir. İlki tüm antlaşmalar için geçerli, genel bir sınır olan *jus cogens* kurallardır. Diğeri ise açık deniz serbestileri özelinde, üçüncü devletlerin haklarının haleldar edilmemesidir. Anakara ve anakaraya yakın açıkça tarif ve tayin edilen alanlarda, Yunan karasularının 12 mile genişletilmesine ve diğer alanlarda 6 milde kalmasına ilişkin antlaşmada öngörülecek düzenlemeler, *jus cogens* kurallara aykırılık oluşturmayacaktır.

Ayrıca, seçici genişletmeye ilişkin antlaşmada, Ege–Akdeniz geçişlerinde, serbest geçiş rejimine tabi, yukarıda belirtilen üç boğaz ile Menteşe Adaları ile Kiklat'lar arasındaki açık deniz koridorunun, açık deniz statüsü temin edileceğinden, üçüncü devletlerin açık deniz serbestileri, özellikle seyrüsefer ve uçuş hakkı korunmuş olacaktır. Dolayısıyla seçici genişletmeye ilişkin antlaşma ile uluslararası toplumun hakları ve çıkarları haleldar edilmemiş, tam tersine temin edilmiş olacaktır. Şu halde seçici genişletmeye ilişkin olarak yapılacak bir antlaşma, irade serbestisi sınırları içinde kalacaktır.

Üstelik bu antlaşma, Birleşmiş Milletler (BM) Antlaşması'nın[125] 1/1. maddesinde ifadesini bulan ve BM'nin temel amacı olan uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacına da hizmet edecektir. Zira Yunanistan'ın tek taraflı bir oldubitti yaratma girişimini önleyecek ve taraflar arasında bir silahlı çatışma yaşanma ihtimalini ortadan kaldıracaktır. Böylece uluslararası bir uyuşmazlık olan Ege karasuları genişliği uyuşmazlığı, BM Antlaşması'nın 2/3. maddesinde öngörülen ve BM'nin temel ilkelerinden birisi olan, uluslararası uyuşmazlıkların uluslararası barış ve güvenliği ve adaleti tehlikeye düşürmeyen bir şekilde barışçı yollardan çözümü ilkesine uygun şekilde çözülmüş olacaktır. Yine taraflar arasında karasuları genişliğine bağlı bir silahlı çatışma yaşanma ihtimali ortadan kalkacağından, BM Antlaşması'nın 2/4. maddesinde öngörülen kuvvete veya tehdidine başvurmama ilkesi de gündeme gelmeyecektir. Dolayısıyla, seçici genişletmeyi içermek suretiyle, gerek tarafların gerek üçüncü devletlerin hak ve çıkarlarını tatmin eden ve uluslararası hukuka uygun bir şekilde Ege'ye özgü *sui generis* bir düzen getiren antlaşma, BM'nin amaç ve ilkeleri ile de uyum içinde olacaktır.

V) SEÇİCİ GENİŞLETMENİN ÖNÜNDEKİ DUVAR

Ege'de gerek Türk–Yunan karasularının çakıştığı alanlarda yapılacak sınırlandırma neticesi ortaya çıkacak karasuları sınırları gerek Yunan karasularının Ege'nin açık deniz alanlarındaki dış sınırları, AB'nin dış sınırı haline gelecektir. Bir başka ifadeyle, Yunan karasularının genişliği, AB'nin dış sınırları açısından, AB'yi meselenin içine çekmektedir. Dolayısıyla uluslararası hukuk açısından bir uluslararası örgüt statüsünü haiz olan AB, kendisine has hukuk düzeni çerçevesinde, Ege'de karasuları dış sınırı (genişliği) açısından, taraf konumundadır. AB'nin kendisine has hukuk düzeni açı-

125 Metin için bkz: RG: 24 Ağustos 1945, 6092.

sından, Frontex önem arz etmektedir. Frontex, AB'nin kara, hava ve deniz sınırlarının korunmasından sorumlu ve üye devletlere bu konuda yardımcı olan bir organdır.[126] Dolayısıyla Yunan karasularının dış sınırı, AB alanına ve AB'nin kendine has hukuk düzeni çerçevesinde, Yunanistan'ın yanında, Frontex yetkisine tabi olacaktır. Özellikle Ege'nin AB alanına göç açısından önemli bir rota oluşturması[127] ve son dönemde yaşanan Suriyeli sığınmacılara ilişkin sorunlar,[128] Ege'yi AB açısından ilgi odağı haline getirmiştir.

AB'nin Ege'ye ilgisi ve atfettiği önemin bir diğer nedenini, Türkiye'nin AB'ye üyelik sürecinde, Türk–Yunan sorunlarının, AB zeminine çekilmesi oluşturmaktadır. Türkiye'ye aday devlet statüsü veren 1999 Helsinki Zirvesi'nden itibaren, Türk–Yunan sorunlarının özellikle Ege sorunlarının, AB tarafından siyasi bir kriter olarak görüldüğü söylenebilir.[129] Özellikle ilerleme raporlarında, Ege ve diğer Türk–Yunan sorunları açısından, Yunan tezlerini destekleyen tespitler yapıldığı görülmektedir. Meseleye karasuları genişliği sorunu bağlamında bakıldığında, mesela, 2016 ve 2018 tarihli ilerleme raporları fikir vericidir. Her iki raporda da Yunan karasularının muhtemel genişletilmesi ile ilgili olarak, TBMM'nin 1995 tarihli kararında yer alan *casus belli* tehdidinin hala devam etmekte olduğu tespiti yapılmıştır.[130] Burada AB'nin sadece TBMM'nin *casus belli* kararını sorun yaptığı sanılmamalıdır. AB, 12 mili Yunanistan açısından bir hak olarak kabul etmektedir ve Türkiye'nin buna itirazını sorun olarak görmektedir. İlaveten AB belgelerinde ve bu arada ilerleme raporlarında UAD seçeneğine yapılan atıf da aslında Yunanistan'ın yaklaşımı çerçevesinde, sadece kıta sahanlığı

---

126 Frontex ve yetkileri konusunda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: BİLGİN A. Aslı, "Göçmenlere Yönelik Deniz Operasyonlarında Frontex'in Müdahale Yetkisinin Uluslararası Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 2, s. 55–82.

127 Ibid, s. 62. Mesela, Uluslararası Af Örgütü'ne göre 2012'de göçmen ve mültecilerin AB'ye ulaşmak için en çok kullandıkları güzergahın, Ege olduğu aktarılmıştır. Bkz: Ibid, s. 58

128 Sığınmacı krizine çözüm arayışları, AB'nin tutumu ve krizin Türkiye–AB ilişkilerine etkisi için bkz: BAYILLIOĞLU Uğur, **İnsani Müdahale Çıkmazından Çıkış Arayışı: Koruma Sorumluluğu, Libya ve Suriye Örnek(sizlik)leriyle**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 279–298.

129 Bu konudaki veri ve değerlendirmeler için bkz: **BAYILLIOĞLU**, 2011, s. 114–122.

130 Bkz: https://www.ab.gov.tr/files/pub/2016_ilerleme_raporu_tr.pdf, s. 30 (Erişim Tarihi: 23.03.2019), https://www.ab.gov.tr/siteimages/pub/komisyon_ulke_raporlari/2018_turkiye_raporu_tr.pdf, s. 61 (Erişim Tarihi: 23.03.2019)

uyuşmazlığı içindir. Bu nedenle AB'nin 12 mil için bir değer yargısında bulunmadığı düşünülmemelidir.

AB'nin bu tutumu nedeniyle genelde Ege sorunları çözümsüzlüğe mahkum hale gelmekte, özelde ise inceleme konumuz olan Ege'de uluslararası hukuka uygun *sui generis* bir düzen yaratacak seçici genişletme antlaşması duvara toslamaktadır. Şöyle ki,

Eğer Yunanistan, arkasında şimdiki gibi koşulsuz bir AB desteği bulmak suretiyle kendisini güçlü hissederse, Türkiye ile uluslararası hukuka uygun bir antlaşma yapmaya yanaşmayacak ve tüm Ege'de karasularını 12 mile genişletmek için konjonktür kovalayacaktır. Dolayısıyla AB'nin Yunan tezlerine desteği, Yunanistan açısından uluslararası hukuka uygun, tarafların ve tüm uluslararası toplumun hak ve çıkarlarını koruyan bir çözümü göz ardı etmeye, daha çoğunu ve tümünü elde etmeye yönelik bir anlayışa neden olmaktadır. Zira Yunanistan, tezlerine yönelik koşulsuz AB desteği nedeniyle kendisini, AB adayı olan Türkiye ile pazarlık etmek ve anlaşmak zorunda hissetmeyecektir. Ege sorunlarına ve bu bağlamda, karasuları genişliği sorununa, iki devletin de eşit olduğu uluslararası hukuk zemini yerine, AB zemininde çözüm aramanın ulaşacağı tek sonuç, çözümsüzlük olacaktır. Zira Türkiye AB üyesi değildir. AB organlarında söz sahibi değildir; AB'ye üye olmaya çalışmaktadır ve ilerleme raporlarıyla denetlenmektedir. İlerleme raporlarında da Ege sorunları konusunda ve yakın zamanda Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin (GKRY), Doğu Akdeniz'deki girişimlerinde, Türkiye aleyhine tespitler bulunmaktadır. AB, çok açık şekilde kendi üyelerinin tarafını tutmaktadır; Türkiye'nin uluslararası hukuk bağlamında teessüs eden tezlerini dikkate almamaktadır. Dolayısıyla AB zemini, Ege sorunlarının çözülebileceği bir siyasi ortam sunmamaktadır. Bunun nedeni, Yunanistan ve GKRY'nin, Türkiye ile mevcut uyuşmazlıklarını kendi lehlerine çözmek için AB'yi bir araç olarak kullanmaları, AB'nin de buna gönüllü olmasıdır. Gerçekten de AB üyesi her iki devletin de Türkiye'nin AB'ye üyelik sürecindeki çeşitli aşamalarda veto yetkileri bulunmaktadır. Bu anlamda, AB zemininde taraflar eşit statüde değildir. Oysa uluslararası hukukta, bu hukukun temel kişisi olan devletler eşittir. Karasuları genişliği sorunu bir AB hukuku sorunu değildir; karasuları, karasularının genişliği ve bu genişliğin sınırları meseleleri, tamamiyle uluslararası hukuk kaynaklıdır ve tartışmasız bir şekilde uluslararası hukuk sorunlarıdır. AB bir uluslararası örgüt olarak meseleye dahil olabilir. Fakat bu sorun, uluslararası hukuk kuralları içinde

uluslararası hukuktaki uyuşmazlık çözüm yöntemleri çerçevesinde çözülmelidir ve AB'den de buna destek olması beklenir. Zira AB, uluslararası hukuk çerçevesinde hukuk kişiliğini haiz bir uluslararası örgüt olarak, diğer uluslararası hukuk kişileri gibi uluslararası hukuk kuralları ile bağlıdır. Fakat AB, sahip olduğu siyasi avantajı, kendisine üye olmaya çalışan bir devlete karşı baskı unsuru olarak kullanmaktadır. Mevcut hukuki engeli dikkate almadan, Türkiye'nin ve tüm uluslararası toplumun hakları haleldar edilecek olmasına rağmen, Yunanistan'ın Ege'de karasularını tek taraflı olarak 12 mile genişletmesine destek vermektedir. Hukukun üstünlüğünü temel ilke olarak kabul eden bir uluslararası örgüt açısından bu durum son derece yadırgatıcıdır.

AB'nin, BM Antlaşması çerçevesinde uyuşmazlık çözüm yöntemleri açısından statüsü düşünülünce, takındığı tutumun BM Antlaşması ile de uyumlu olmadığı görülecektir. Gerçekten de AB, BM Antlaşması'nın 33/1. maddesinde öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemleri açısından bir bölgesel uluslararası örgüt niteliğindedir. Bu bağlamda, 52/1. madde çerçevesinde faaliyetlerinin, BM amaç ve ilkeleri ile bağdaşması gerekir. Üstelik AB, BMDHS'ye taraftır. Dolayısıyla taraflar arasındaki bu soruna, genel uluslararası hukuk ve uluslararası deniz hukuku ile BM amaç ve ilkelerine uygun bir çare üretmesi, tarafları ve özellikle üyesi Yunanistan'ı bu yönde teşvik etmesi beklenir. Fakat AB tam aksine, genelde Ege sorunları ve özelde karasuları genişliği sorunu ile aşağıda belirtileceği gibi Kıbrıs sorunu için sadece çaresizlik üretmektedir. Zira Yunanistan'a verdiği destekle bu devleti, uluslararası hukuka uygun bir çözüme değil, tam aksine, daha fazlasını haksız şekilde alması için iştihanı kabartan tutumlara sevk etmektedir.

AB'nin Ege sorunlarındaki taraflı tutumunun, bu sorunları neden çözümsüz ve iyice karışık hale getireceğini görmek için Kıbrıs sorunu bir laboratuvar olarak en güzel örneği sunmaktadır. Bir defa AB, GKRY'nin, Kıbrıs Cumhuriyeti sıfatıyla AB'ye tam üyelik başvuru yapma yetkisinin kurucu antlaşmalar ve anayasa çerçevesinde tartışmalı olmasına rağmen,[131] bu tartışmaları ve Türkiye ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin (KKTC) itirazlarını önemsememiştir. Tamamen Rum tezlerine uygun bir pozisyon almış ve Türk tezlerini dikkate almamıştır. Ada'da çözüm için BM bünyesinde

---

131 GKRY'nin başvurusu ve bu konudaki düzenleme ve tarafların tezleri hakkında bkz: ÖZARSLAN Bahadır Bumin, **Uluslararası Hukuk Açısından Kıbrıs Sorunu ve Avrupa Birliğinin Yaklaşımı**, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 113–142.

çalışma ve girişimler devam ederken, GKRY'ye Kıbrıs Cumhuriyeti sıfatı ile üyelik için 1 Mayıs 2004 tarihini vermiştir. AB bu şekilde, o tarihe kadar dört BM genel sekreteri eskiten, BM Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi'nin birçok karar ve tartışmasına konu olmuş bir soruna ve binlerce saatlik müzakere mesaisinin sarf edildiği, kılı kırk yaran sondaj, teklif ve planlar içeren bir sürece, zücaciye dükkanına giren fil nezaketiyle dahil olmak suretiyle BM bünyesinde o zaman kadar yapılan çalışmaların akim kalmasına neden olmuştur. Gerçekten de salt AB'nin verdiği bu tarihe yetişmek için BM genel sekreteri Kofi Annan'ın hazırladığı plana, alelacele son hali verilip, 24 Nisan 2004'te yapılacak referanduma yetiştirilmeye çalışılmıştır.[132] Rum siyasi eliti, plana destek vermemiştir. Referandumda Türk tarafının evet oyu verdiği plan, doğal olarak zaten bir hafta sonra AB üyesi olacak GKRY tarafından, rekor bir oyla reddedilmiştir. Bu noktada Rum siyasi elitinin amacı açıktır: AB'nin, Kıbrıs Cumhuriyeti sıfatıyla kendilerine verdiği desteği ve AB üyesi olmanın verdiği siyasi üstünlüğü, KKTC ve Türkiye aleyhine kullanmak. Böylece Rumlar, Türklerle siyasi eşitlik temelinde dahili egemenliği iki kesimli bir federal yapı içinde paylaşan bir antlaşmaya varmak yerine, AB üyeliğinin verdiği siyasi üstünlük ile Kıbrıs Cumhuriyeti kılığındaki Rum üniter devletinin yetkilerini, ilerde Türklere azınlık hakları vermek suretiyle, kuzeye de teşmil etmek hedefi güdeceklerdir. AB de takındığı tutum ile bu hedefe çanak tutarak, Rumları, eşit şartlarda bir antlaşma yapmak yerine tüm Ada'yı istemeye teşvik etmektedir. AB'nin Ege sorunlarında Yunanistan'a verdiği koşulsuz destek, aynı yaklaşımın Ege için de hakim kılınması sonucunu doğurmaktadır.

Tüm bu açıklamalar ışığında AB'nin diğer Türk–Yunan sorunlarının çözümünde olduğu gibi inceleme konumuz karasuları genişliği sorununun çözümünde de en büyük engel olduğunu söylemek, AB'ye yönelik bir haksızlık teşkil etmeyecek, tam tersine çıplak bir gerçekliğin dışa vurulması anlamına gelecektir.

---

132 Bu sürece ilişkin ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: **BÖLÜKBAŞI**, 2011, s. 436 vd.

SONUÇ

Şüphesiz Ege'de Yunan karasularının mevcut 6 millik genişliğini koruması, hak ve çıkarlar açısından hem Türkiye'nin hem de uluslararası toplumun lehinedir. Fakat Yunanistan'ın 12 mil genişlik konusundaki ısrarı ve bu ısrara yönelik AB desteği de açıktır. Dolayısıyla Ege'de, diğer deniz hukuku sorunları ile bağlantılı ve bunları etkileyen karasuları genişliği sorununun, Yunanistan'ın tek taraflı bir işlemle karasularını 12 mil olarak belirleyemeyeceği hukuki sonucu bir tarafa, iki devletin hak ve çıkarları ile üçüncü devletlerin haklarını koruyan tek gerçekçi çözüm yöntemini, yukarıda belirtilen seçici genişletme oluşturmaktadır. Aksi halde, Ege Sorunu, ebediyete hapsedilmiş olacaktır. Bu bir sorun olarak görülebilir veya görülmeyebilir. Fakat bu sorunun çözümsüzlüğü ve uzaması Türkiye lehine sonuç doğurmayabilir. Bir an için Yunanistan'ın tek taraflı olarak Ege'de 12 mil karasuları genişliği ilan ettiğini varsayalım. Bu ihtimalde, Türkiye haklarını saklı tutmak amacıyla bu tasarrufu protesto edecek ve tanımama tutumunu teyit için girişimler yapacaktır. Bu bağlamda, nasıl hukuka aykırı Yunan ulusal hava sahası iddiasını tanımama tutumunu teyit için 6–10 millik hava sahasında Türk savaş uçakları seyrüsefer icra ediyorsa, muhtemelen aynı uygulama Yunan karasuları genişliğini tanımama tutumunu teyit için de yapılacaktır. Böylece 6–12 mil arasındaki deniz alanında, Türk savaş gemileri ve belki ticaret gemileri seyrüsefer icra edecektir. Yunanistan bunlara müdahale ederse silahlı çatışma çıkacaktır ki bu en kötü senaryodur. Fakat Yunanistan'ın bu riske girmek yerine, lehine başka bir durum yaratma ihtimali vardır. Gerçekten de Yunanistan, tıpkı son dönemde Doğu Akdeniz'deki GKRY girişimlerinde olduğu gibi Türkiye'yi, BMDHS'den ve örf ve adet hukukundan kaynaklanan hakların icrasını kuvvet kullanma veya tehdidi yoluyla engelleyen bir devlet olarak takdim edecektir. Bu durumda gerek uluslararası barış ve güvenliğin bozulma riski ortaya çıktığı için Güvenlik Konseyi gerek ABD ve AB gibi diğer aktörler devreye girecek ve sorunun diplomatik yöntemlerle halledilmesi için girişimler gündeme gelecektir. Fakat artık *de facto* şekilde statüko, Yunan karasularını 12 mil olmasıdır ve mesele bu statüko üzerinden görüşülecektir.[133] AB'nin karasuları sorunu açısından Yunan tezlerini desteği açıktır. ABD ile Rusya ve Karadeniz'e sahildar devletlerin tutumları önceden kestirilemez. Üstelik Yunanistan'ın mevcut açık deniz alanlarını

---

133 Bu senaryo için bkz: **CİN**, 2000, s. 129 ve 298 no'lu dipnotta zikredilen eser.

koruyan bir tasarrufta bulunması ve böylece yukarıda değinilen serbest geçiş rejimine tabi boğazlarda aynı rejimi uygulaması uluslararası toplumun seyrüsefer serbestisine ilişkin itirazlarını da giderecektir. Böylece Türkiye, Ege'yi kullanan diğer devletlerin desteğinden yoksun şekilde uluslararası hukuka aykırı davranan bir devlet konumuna indirgenebilir. Dolayısıyla bu meselenin çözüme bağlanmasında Türkiye açısından fayda bulunmaktadır. Anakara merkezli bir seçici genişletme uygulaması Türkiye'nin hak ve çıkarlarına zarar vermeyecek tam tersini 12 mile ilişkin birçok itirazını giderecek ve bir Yunan oldubittisi neticesi maruz kalacağı riskleri bertaraf edecektir.

Ege karasuları sorununun gerek uluslararası hukuka gerek siyasi realiteye uygun yegane çözümü, kanımızca, tarafların karasuları genişliği için Ege'ye has, *sui generis* bir düzen yaratmasıdır. Bir defa bu, iki tarafın da lehine olacaktır. Zira Türkiye'nin, Ege'nin tümünde Yunan karasularının 12 mile genişletilmesini kabul etmesi mümkün değildir. Yunanistan da bir hak olarak nitelediği 12 milden vazgeçmeyecektir ve sürekli uygulama tehdidi ile Türkiye'yi baskı altında tutacaktır. Dolayısıyla tarafların birbirine taban tabana zıt karşılıklı tezleri arasında, uzlaşmayı sağlayabilecek tek orta yol, seçici genişletmedir. Böylece taraflar Ege'de, *sui generis* bir düzen tesis etmek suretiyle, açıkça tarif ve tayin edilmiş alanlarda – ki bunlar, belki Batı Trakya sahili dışında Yunan anakarası ve Batı Ege'de bulunan bazı adaları ihtiva edebilir – Yunan karasularının 12 mile genişlemesini, bu alanlar dışında ise mevcut 6 millik genişlik uygulamasını korumayı sağlayacaklardır. Yine buna bağlı olarak, Yunanistan, açıkça tarif ve tayin edilmiş alanlar dışındaki alanlarda, 12 mil genişliği uygulamama, karasularını 6 mille sınırlı tutma yükümlülüğü altına girecektir. Böylece Yunanistan, bir hak olarak nitelediği 12 mil genişliği, hiç uygulayamamaktansa, belirli alanlarda uygulayabilme imkanına kavuşmuş olacaktır. Türkiye ise hem bu konudaki Yunan baskısından kurtulacaktır hem de tüm Ege'de Yunan karasularının 12 mile genişlemesi sonucu ortaya çıkacak vahim tabloyu önlemiş olacaktır. Böylece Ege, bir Yunan Gölü'ne dönüşmeyecek ve Ege'de Türkiye, seyrüsefer serbestileri ile askeri faaliyetler açısından açık deniz serbestilerinden faydalanmaya devam edecektir. Bu uygulamanın Türkiye açısından bir diğer olumlu sonucu da Lozan dengesinin korunmasının sağlanmasıdır. Ayrıca karasuları genişliği sorunu çözüldükten sonra diğer sorunların çözümü de – ki bunların başında kıta sahanlığı sınırlandırması gelmektedir – mümkün ve nispeten daha az zor hale gelecektir. Taraflar açısından bu nevi bir antlaşmanın, bir

diğer ve belki de en önemli olumlu sonucu, artık bu meselenin halledilmiş olmasını sağlayarak, Yunanistan'ın tek taraflı bir oldubittisi neticesi ortaya çıkma riski bulunan silahlı bir çatışma ihtimalini bertaraf etmesidir.

Fakat burada önem arz eden husus, Yunan karasularının belirli alanlarda genişletilmesinin, tedrici bir faaliyet olmasını önleme noktasında kendisini göstermektedir. Bu nedenle mutlaka bir antlaşmaya bağlanmalı ve antlaşma ile Yunanistan'ın karasularını 12 mile genişleteceği alanlar açıkça tarif ve tayin edilmeli, bunlar dışındaki alanlarda, Yunanistan'ın, 12 mil genişlik uygulamama yükümlülüğü üstlenmesi sağlanmalıdır. Bu açıdan yukarıda değinilen Torres Boğazı'na ilişkin antlaşmada, Avustralya'nın durumu bir örnek teşkil etmektedir. Yine antlaşmada, açıkça tarif ve tayin edilmiş alanlar dışında, Yunan karasularının mutlaka 6 mille sınırlanmasını sağlayan açık bir düzenleme yapılması ve bu şekilde Yunanistan'a ek bir yükümlülük getirilmesi de uygun olacaktır. Fakat önemli husus bu düzenlemelerin, ileride Yunanistan'ın bağlayıcılığını ve geçerliliğini tartışma konusu yapabileceği teknisyenler arasındaki bir belgeyle değil, bir uluslararası antlaşma ile yapılmasıdır. Böylece Yunanistan'ın, şüpheye yer bırakmayacak bir şekilde açıkça tarif ve tayin edilen alanlar dışında 12 mil genişliği uygulamama ve karasularını 6 mille sınırlama yükümlülüğü tartışmasız hale getirilmelidir. Aynı kesinlik ve açıklık, Yunan karasularının iç sınırı için de sağlanmalıdır. Yukarıda belirtildiği gibi bazı alanlarda, varılacak uzlaşmaya göre mesela, 6–10 mil arası genişlikler gündeme gelebilirse de bu, Türkiye açısından tercihe şayan değildir; fakat yapılacak pazarlıklara göre elde edilecek diğer kazanımlar karşısında, kesinkes kabul edilemez de değildir.

Uzlaşma sonucu ortaya çıkacak antlaşma, tarafların hak ve yükümlülüklerini şüpheden ve müphemiyetten uzak şekilde, açıkça düzenlemelidir. İleride yorum yoluyla etkisiz kılınmaması ve Yunanistan tarafından ihlal edilmemesi için antlaşmanın, olabildiğince kazuistik bir formatta ve hiçbir boşluk içermeyecek şekilde kaleme alınması bir zorunluluktur. Öyle ki Antlaşma hükümleri, tarafların yorum ve hareket imkanını tamamen ortadan kaldırmalıdır. Antlaşmanın sadece İngilizce yapılması da ileride ortaya çıkması muhtemel otantik dil tartışmasını önleyecektir. Yine antlaşmanın, BM Genel Sekreterliğine tescil edilmesi gereği açıktır.

Şüphesiz seçici genişletme, tetikleyici rol oynayarak, Ege'de topyekûn bir çözümün parçasını oluşturabilir. Bu durumda artık Doğu Ege Adaları'nın

açık deniz yönlerinde 12 mil karasuları genişliği uygulanma riski ortadan kalkacağından, kıta sahanlığı sınırlandırma sorunu da anlamlı şekilde görüşülebilir hale gelecektir. Nitekim Oxman, stratejik bir konu olarak nitelediği karasuları genişliği üzerinde uzlaşılmasından sonra, tarafların doğal kaynaklara odaklanacağını ve bu bağlamda sınırlandırma sorunlarının daha geleneksel şekillerde çözülebileceğini belirtmiştir.[134] Şurası açıktır ki Ege'de karasuları genişliği sorunu çözülmeden, kıta sahanlığı sınırlandırması üzerinde müzakere yapmak havanda su dövmek olacaktır. Zira mevcut 6 mil genişlik uygulamasında kıta sahanlığı sınırlandırma müzakereleri yapılabilirse de eğer Yunanistan tüm Ege'de 12 mil genişlik uygulama hakkına sahip olduğunu iddia etmeye devam ederse, yapılan müzakereler anlamlı olmayacaktır. Zira yukarıda belirtildiği gibi Yunanistan'ın tüm Ege'de 12 mil uygulama iddiası, birkaç istisnai alan dışında kıta sahanlığı için yapılan müzakereleri karasuları sınırlandırmasına döndürecektir ki bunun, Türkiye tarafından müzakere zemini olarak bile kabul edilebilme ihtimali bulunmamaktadır.

Dolayısıyla ancak seçici genişletmeden sonra sınırlandırma hukukunun aradığı hakça ilkelere uygun bir kıta sahanlığı sınırlandırması yapılabilir. Hatta ihtimal odur ki taraflar, seçici genişletmeden sonra kıta sahanlığı sınırlandırmasının yanında münhasır ekonomik bölge sınırlandırması da yapabilirler.[135] Bu mesele konumuz dışında olmasına rağmen yine de şu tespiti hak etmektedir: Ege'de tarafların münhasır ekonomik bölge ilanı ve antlaşma akdetmek suretiyle bir münhasır ekonomik bölge sınırlandırması yapmaları hukuken mümkündür. Fakat Türkiye tarafından bu, özellikle balıkçılık ve diğer canlı kaynakların durumuyla ilgili güncel veriler iyice incelenerek yerindelik açısından değerlendirilmelidir.

Seçici genişletmenin bir diğer sonucu, tarafların artık, kıta sahanlığı uyuşmazlığı için üçüncü taraf çözümüne, belki, uluslararası yargı yoluna başvurmalarını mümkün kılmasıdır. Zira ancak o zaman bir uluslararası yargı organı, kıta sahanlığı sınırlandırması yapabilir. Zira bir uluslararası yargı organı, karasuları genişliğinin kıta sahanlığı alanlarını etkilediği bir coğrafyada, karasuları genişliği belirlenmeden, kıta sahanlığı sınırlandırması

134 **OXMAN**, s. 280.

135 Acer, Ege'de tek bir hatla kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırması yapılabileceğini belirtmiştir. Bkz: **ACER**, s. 93 ve 205–207.

yapamaz.[136] Uluslararası yargı çözümü hukuken mümkün olmakla beraber, Türkiye, yerindelik açısından bu seçeneği iyi düşünmelidir. Yine de yargı yolundan ziyade, uyuşmazlığı müzakere ile çözmek, iki tarafın da daha lehine olabilir. Kaldı ki bugün Yunanistan her ne kadar sadece kıta sahanlığı sınırlandırması konusunda yargı yoluna gidebileceği anlayışına sahipse de[137] eğer seçici genişletmeyi kabul edip, Doğu Ege'de karasularını 12 mile genişletmeme ve 6 mille sınırlama yükümlülüğü üstlenirse, artık bu seçeneğini devre dışı bırakacaktır. Zira bu ihtimalde artık, bugün öngördüğü gibi kıta sahanlığı sınırını, aslında bir karasuları sınırı haline getirecek, sınırlandırma hukukunun temeli olan hakça ilkelere aykırı bir uygulamadan vazgeçmiş olacaktır.

Şu tespit açıkça yapılmalıdır ki, Yunanistan seçici genişletmeyi kabul ederse, kıta sahanlığı sınırlandırması açısından da Türk tezlerine yaklaşmış olacaktır. Zira bundan sonra kıta sahanlığı sınırlandırması için yapılacak müzakerelerde çevreleme modeli gündeme gelecektir. Bu bağlamda, kıta sahanlığı sınırlandırması açısından seçici genişletmenin eninde sonunda ulaşacağı sonucun, çevreleme modeli olduğu açıkça söylenebilir. Bunun sonucu da taraflar arasında varılacak uzlaşmaya göre ya bütün ya da bazı Doğu Ege Adalarının, kıta sahanlığı sınırlandırması açısından ihmal edilmeleridir.

Fakat tüm çalışma boyunca dile getirilmeye çalışılan, uluslararası hukukun gerektirdiği, uluslararası hukuka uygun ve Türkiye'nin hak ve çıkarlarını koruyan böyle bir çözümün, AB'nin Yunan tezlerine verdiği koşulsuz desteğin sürmesi halinde, gerçekleşme ihtimalinin düşük olduğu itiraf edilmelidir.

---

136 Türk yetkililerin de bu görüşte oldukları anlaşılmaktadır. Bkz: **GÖZEN**, 2009, s. 27.

137 Bu anlamda, Türkiye ve Yunanistan'ın Ege sorunlarına yönelik yaklaşım farkı için bkz: **BAŞEREN**, 2006, s. 139–145; **GÖZEN**, 2009, s. 26–27; **SYRIGOS**, s. 447–451.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler:

ACER Yücel, **The Aegean Maritime Disputes and International Law**, Ashgate, Burlington, 2003.

AHNISH Faraj Abdullah, **The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean**, Clarendon Press, Oxford, 1993.

ASSONITIS George, "The Greek AirSpace: Legality of a 'Paradox'", **United States Air Force Academy Journal of Legal Studies**, Vol: 8, 1997–1998, ss. 159–196.

BAŞEREN Sertaç Hami, **Ege Sorunları**, TÜDAV, Ankara, 2006.

BAYILLIOĞLU Uğur, **Uluslararası Hukuk Açısından Ege Karasuları Sınırlandırması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

BAYILLIOĞLU Uğur, **İnsani Müdahale Çıkmazından Çıkış Arayışı: Koruma Sorumluluğu, Libya ve Suriye Örnek(sizlik)leriyle**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

BİLGİN A. Aslı, "Göçmenlere Yönelik Deniz Operasyonlarında Frontex'in Müdahale Yetkisinin Uluslararası Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 2, ss. 55–82.

BOWETT Derek, **The Legal Regime of Islands in International Law**, Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, New York, 1979.

BÖLÜKBAŞI Deniz, **Turkey and Greece: The Aegean Dispute: A Unique Case in International Law**, Cavendish Publishing Limited, London, 2004.

BÖLÜKBAŞI Deniz, **Dışişleri İskelesi: Dışişleri'nde 34 Yıl**, Doğan Kitap, İstanbul, 2011.

BURMESTER H., "The Torres Strait Treaty: Ocean Boundary Delimitation by Agreement", **American Journal of International Law**, Vol: 76, 1982, ss. 321–349.

CHOON–ho Park, "Australia–Papua New Guinea, Report Number 5–3", **International Maritime Boundaries**, Volume: I, CHARNEY Jonathan I. / ALEXANDER Lewis M. (Editör), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1996, ss. 929–975.

CİN Turgay, **Türkiye ve Yunanistan Bakımından Ege'deki Karasuları Genişliği Sorunu**, Seçkin, Ankara, 2000.

GÖZEN Mine Pınar, **The Territorial Sea Issue in Greek–Turkish Relations: Disputes, Claims and Settlement Proposals**, VDM Verlag Dr. Müller, Saarbrücken, 2009.

IOANNOU Krateros M., "The Greek Territorial Sea", **Greece and the Law of the Sea**, KARIOTIS Theodore C. (Editör), Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 1997, ss. 117–152.

İNAN Yüksel / BAŞEREN Sertaç H., "The Troubled Situation of the Aegean Territorial Waters", **Hellenic Studies**, Vol: 4, No: 2, 1996, ss. 55–68.

JAYEWARDENE Hiran W., **The Regime of Islands in International Law**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1990.

KATSOUFROS Theodoros, "Ege Deniziyle İlgili Türk Yunan Uyuşmazlıkları", **Türk–Yunan Uyuşmazlığı**, VANER Semih (Editör), Metis Yayınları, İstanbul, 1990, ss. 76–94.

KAYE Stuart B., **The Torres Strait**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1997.

KEEFER Scott, "Solving the Greek Turkish Boundary Dispute", **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, Vol:11, 2003, ss. 55–87.

KURUMAHMUT Ali (Yayına Hazırlayan), **Ege'de Temel Sorun: Egemenliği Tartışmalı Adalar,** Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1998.

KURUMAHMUT Ali / BAŞEREN Sertaç Hami, **Ege'de Gri Bölgeler: Unutul(may)an Türk Adaları**, Türk Tarih Kurumu, 2004.

ODMAN M. Tevfik, Karasularının Genişliği Sorunu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1990.

OXMAN Bernard H., "Applying the Law of the Sea in the Aegean Sea", **Proceedings of the International Symposium on the Problems of the Regional Seas**, 12–14 May 2001, İstanbul, Turkey, ÖZTÜRK Bayram (Editör) / ALGAN Nesrin (Editör Yardımcısı), TÜDAV, İstanbul, 2001, ss. 266–280.

ÖZARSLAN Bahadır Bumin, **Uluslararası Hukuk Açısından Kıbrıs Sorunu ve Avrupa Birliğinin Yaklaşımı**, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, İstanbul, 2007.

ÖZMAN M. Aydoğan (çev.), **Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi**, İstanbul Deniz Ticaret Odası, İstanbul, 1984.

ÖZMAN M. Aydoğan, "Ege Karasuları Sorunu", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: LXIII, No. 3–4, 1988, ss. 173–182;

ÖZMAN Aydoğan, **Deniz Hukuku I: Kaynaklar, Kişiler, Nesneler, Ulusal Deniz Alanları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

PAZARCI Hüseyin, **Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları**, Ankara, 2015.

POLITAKIS George P., "The Aegean Agenda: Greek National Interest and the New Law of the Sea Convention", **International Journal of Marine and Coastal Law**, Vol: 10, No: 4, 1995, ss. 497–527

ROUCOUNAS Emmanuel, "Greece and the Law of the Sea", **The Law of the Sea: The European Union and its Member States**, TREVES Tullio / PINESCHI Laura (Editör), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague / Boston / London, 1997, ss. 225–259.

SCHMITT Michael N., "Aegean Angst: A Historical and Legal Analysis of the Greek–Turkish Dispute", **Roger Williams University Law Review**, Vol: 2, 1996–1997, ss. 15–56.

STRATI Anastasia, "The Ratification by Greece of the UN Convention on the Law of the Sea", **Leiden Journal of International Law**, Vol: 9, 1996, ss. 99–121.

SYRIGOS Angelos M., **The Status of the Aegean Sea According to International Law**, Sakkoulas / Bruylant, Athens / Bruxells, Bila–tarih.

THEODOROPOULOS Byron, "The So–Called Aegean Dispute: What are the Stakes? What is the Cost?", **Greece and the Law of the Sea**, KARIOTIS Theodore C. (Editör), Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 1997, ss. 327–331.

TOLUNER Sevin, **Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)**, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, Beta, İstanbul, 1996.

VAN DYKE Jon, "The Aegean Sea Dispute: Options and Avenues", **Marine Policy**, Vol: 20, No: 5, 1996, ss. 397–404.

Günlük Gazete ve Haber Siteleri:

"Yunanistan'a 'savaş sebebi' anımsatması", Cumhuriyet, 24.10.2018

"Yunanistan'a 12 Mil Notası", Star, 24.10.2018

"Greece 'Ready' to Extend Sovereignty to 12 Miles in the Ionian Sea", https://greece.greekreporter.com/2018/10/20/greece-ready-to-extend-sovereignty-to-12-miles-in-the-ionian-sea/ 20.09.2018, (Erişim Tarihi: 24.10.2018).

"Yunanistan'ın batıdaki karasularını genişletme hamlesi başka bölgelerde de uygulanabilir", https://tr.sputniknews.com/analiz/201810231035799634-yunanistan-karasulari-kocyas-atina-iyon-denizi-ege/23.10.2018, (Erişim Tarihi: 31.12.2018).

"Tsipras seeks broader political consent to extension of Greece's territorial waters", http://www.keeptalkinggreece.com/2018/10/24/extension-territorial-waters-parliament/, 24.10.2018, (Erişim Tarihi: 24.10.2108).

"Foreign Min. spox: Greece has every legal right to extend territorial waters",

https://www.amna.gr/en/article/303887/Foreign-Min-spox-Greece-has-every-legal-right-to-extend-territorial-waters, 23.10.2018, (Erişim Tarihi: 24.10.2108).

Notalar:

Communicated by the Permanent Mission of Greece to the United Nations in a note verbale dated 21 July 1995, **Law of the Sea Bulletin**, No: 29, United Nations, New York, 1995, http://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/bulletinE29.pdf, (Erişim Tarihi: 4.2.2019).

Communicated by the Permanent Mission of Turkey to the United Nations in a note verbale dated 19 December 1995, **Law of the Sea Bulletin**, No: 30, United Nations, New York, 1996, http://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/bulletinE30.pdf (Erişim Tarihi: 4.2.2019).

Basın Açıklaması:

"SC-67, 23 Ekim 2018, Dışişleri Bakanlığı Sözcüsü Hami Aksoy'un Yunanistan Hükümetinin "Yunan Karasularını" Kademeli Olarak 12 Deniz Miline Genişletme Planına Dair Bir Soruya Cevabı", http://www.mfa.gov.tr/sc_-67_-yunanistanin-karasularini-kademeli-olarak-12-deniz-miline-genisletme-plani-hk-sc.tr.mfa, 23.10.2018, (Erişim Tarihi: 31.10.2018).

Resmi Gazete ve TBMM Tutanak Dergisi:

25 Mayıs 1964, 11711.

29 Mayıs 1982, 17706.

24 Ağustos 1945, 6092.

TBMM Tutanak Dergisi, Cilt: 88, 121 inci Birleşim.

AB İlerleme Raporları:

https://www.ab.gov.tr/files/pub/2016_ilerleme_raporu_tr.pdf, (Erişim Tarihi: 23.03.2019)

https://www.ab.gov.tr/siteimages/pub/komisyon_ulke_raporlari/2018_turkiye_raporu_tr.pdf, (Erişim Tarihi: 23.03.2019)

Antlaşma Metni:

"Treaty Between the Independent State of Papua New Guinea and Australia Concerning Sovereignty and Maritime Boundaries in the Area Between the Two Countries, including the Area Known as Torres Strait, and Related Matters", **International Legal Materials**, Vol: 18, 1979, ss. 291–331.

Uluslararası Adalet Divanı'na Tek Taraflı Yunan Başvurusu:

Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 10 August 1976, **Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)**.

AVRUPA'DAKİ MİNYATÜR DEVLETLERİN İKİLİ DİPLOMATİK İLİŞKİLERİNE DAİR ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN PRAGMATİK BİR DEĞERLENDİRME

Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ*

Öz: Minyatür devletler uluslararası avukatlar için her zaman bir merak noktasıdır. Onların minyatür yapıları kesinlikle bu tür bir varsayımın nedenidir. İdarelerindeki en merak uyandırıcı konulardan biri diğer uluslararası hukuk süjeleriyle, özellikle uluslararası arenada diğer devletlerle ilişkileridir. Kısıtlı finansal kaynaklarının yeterli insan kaynağına sahip olmamasıyla katlanması sonucunda bu devletlerin diğer devletlerle düzgün diplomatik ilişkiler sürdürmesini her zaman zor hâle getirmiştir. Böylelikle, çoğunlukla güçlü komşu devlete veya kendilerini çevreleyen devlete bağımlı olmuşlardır. Birçok durumda da kendilerini çevreleyen devlet himaye eden statüsündedir ki, bu çoğunlukla bir anlaşmayla varılan ve korunan devletin dış ilişkileri ve savunmasının koruyana bırakıldığı yasal bir ilişkidir. Bağımlı oldukları devletle ne tür bir ilişkiye sahip olurlarsa olsunlar, minyatür devletler, görüleceği üzere, son zamanlarda yabancı devletlerle diplomatik ilişkiler alanında kendilerini yeniden tanımlamışlardır. Tabiî ki belirtmek gerekir ki, minyatür devletlerle bağımlı oldukları devletler arasındaki ilişkilerde son birkaç on yılda değişmiştir. Şüphesiz, bu minyatür devletlerin diplomatik ilişkilerini iyileştirmekte onlara yardım etmiştir. Ancak, diğer devletlerle diplomatik ilişkilerine dair gerçek düzelmenin daha çok özellikle 1961 tarihli Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi kodifiye edilen diplomatik ilişkilere ilişkin kurallara yaklaşımlarıyla açıklanabileceği mütalâa edilebilir. Bu itibarla, 1961 tarihli Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesinin ilgili maddelerinden, göründüğü üzere, başarılı bir şekilde yararlanmaktadırlar. Daha da ötesinde, diplomatik ilişkiler karşısında durumlarını daha iyi hâle getiren yeni birtakım kurallar geliştirmişlerdir. Böylelikle, bu makalenin amacı seçilen minyatür devletlerin diplomatik ilişkilerini günümüz dünyasında kısaca analiz etmektir.

Anahtar Kelimeler: "Minyatür Devletler"; "Diplomatik İlişkiler"; "San Marino"; "Monako"; "Liechtenstein"; "Andora".

---

* Makale Gönderim Tarihi: 08.10.2019. Makale Kabul Tarihi: 07.11.2019.

LLM ve PhD in Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-8476-9110;. *acamyamac@yahoo.com*.).

A PRAGMATİC ANALYSIS OF THE DIPLOMATIC RELATIONS OF MICROSTATES IN EUROPE RELATING TO INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE

Abstract: Microstates are always a curious case for international lawyers. Their minisclue structure is indeed the reason for this assumption. One of the most intriguing issues in their administration is their dealings with the other subjects of international law, particullarly other States in international arena. Since their lack of efficient financial resources, coupled with their lack of sufficient human resources, these States have always been in difficulty to maintain proper diplomatic relations with other States. Henceforth with, they have mostly depended on their stronger neighbouring State or surrounding State. And, in most cases the latter has the status of a protectorate which is a legal relationship mostly created by an agreement between the protector State and the protected State for governing the latter's foreign and security relations by the former. Whatever relationship they have with their depending States, microstates, as it would appear, reinvent themselves in the area of diplomatic relations with foreign States in recent times. Needless to say, the nature of relationship between microstates and their depending States have changed over the past few decades. Without a doubt, that helps the microstates to improve their diplomatic relations. But, it might be suggested that the real improvement of their diplomatic relations with other States should mostly be attributed to their approach to the rules of diplomatic relations, which have particularly been codified by the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations. In that, they have been utilizing successfully, as it seems, the relevant articles of the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations. Furthermore, they develop new kinds of rules, which ameliorate their situation *vis a vis* diplomatic relations. Thus, the purpose of this article is to briefly analyze the diplomatic relations of the selected microstates in today's world.

Key Words: "Microstates", "Diplomatic Relations"; "San Marino"; "Monaco"; "Leichtenstein"; "Andorra".

GİRİŞ

Yüzyıllardır varlıklarını sürdürmüş Avrupa Kıtasındaki minyatür devletler yapıları gereği her zaman bir merak konusu teşkil etmiştir. Yeri geldiğinde devlet olma durumlarının bile tartışıldığı bu devletlerin başta komşu devletler olmak üzere diğer devletlerle ilişkilerinin incelenmesi, kuşkusuz, bu devletlerin günümüzdeki yerinin belirlenmesi açısından önem teşkil etmektedir.

Minyatür devletler oldukça küçük ülkelere ve nüfuslara sahip oldukları için, genelde zengin malî kaynakları haiz devletler arasında sayılmazlar.[1] Malî kaynaklar bir yana, az bir nüfusa sahip olmalarının bir sonucu olarak, yeterli insan kaynağına da sahip olmamaları birçok açıdan bu devletleri zor durumda bırakmaktadır.[2] Tarihî perspektiften bakıldığında, bu devletlerin uluslararası örgütlere üyeliği dahi, en azından bir dönem, oldukça tartışmalı olmuştur. Bunun sebepleri arasında, doğrudan devlet olma niteliğini haiz olmamaktan çok, aşağıda da görüleceği üzere, üye olunacak örgütün amaçlarını yerine getirmekten yoksun görülmeleri yatmaktadır.

Tüm bu zorlukları II. Dünya Savaşı sonrasında aşmaya çalışan minyatür devletler, özellikle devlet olarak kabûl edilmelerinin en büyük kanıtlarından

---

1 Bu devletlerin devlet olarak yeterli malî kaynakları haiz olmamaları, vatandaşlarının refah düzeyi, kişi başına düşen millî gelir veya işsizlik durumları ile karıştırılmamalıdır. Nitekim, ele alınan minyatür devletlerin bu konuda oldukça iyi konumda oldukları bir gerçektir. 90'lı yıllarda bu konuya ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. ARMSTRONG Harvey & READ Robert, Western European Micro-States and EU Autonomous Regions: The Advantages of Size and Sovereignty, **World Development**, vol. 23/7, s. 1995, s. 1229-1245. Benzer şekilde, *Klieger* de söz konusu minyatür devletlerin vatandaşlarının refah düzeylerinin oldukça iyi olduğunun altını çizmektedir. Bkz. KLIEGER P. Christiaan, **The Microstates of Europe: Designer Nations in a Post-Modern World**, Lexington Books, Lanham, 2014, s. 35, 50-51, 130 ve 169. Bu konuda, *do Nascimento e Silva* ise, "bağımlı devletler" (*dependent states*) olarak nitelendirdiği bu dört devleti (Vatikan hariç) diplomatik ilişki kurmaktan men eden hiçbir şeyin olmadığını, doğrudan elçilik hakkını kullanmamalarının nedeninin *ekonomik* olduğunu açıkça belirtmiştir. Bkz. do NASCIMENTO E SILVA Geraldo E., **Diplomacy in International Law**, A.W. Sijhtoff, Leiden, 1972, s. 36. Nitekim, Liechtenstein örneğinden yola çıkıldığında da *Raton*'un konuya dair bazı açıklamaları yol gösterici olabilecektir. 1919'da başlayan İsviçre'ye yönelişe dair değerlendirmelerinde Raton Liechtenstein'in o dönemde sadece Viyana, Bern ve Prag'da elçiliğinin bulunduğunu ve ekonomik nedenlerle daha fazla elçilik açamadıklarını belirtirken, müteakip açıklamalarında ilerleyen dönemlerde Liechtenstein'in tek elçiliği konumundaki Bern elçiliğinin 1954 ilâ 1969 yılları arasında tam 15 yıl *ekonomik nedenlerle* kapalı kaldığının altını çizmiştir. *Raton*'un bütçeye ilişkin kalemleri incelediği bölümde ise, Liechtenstein'in ekonomik olarak yavaş yavaş üzerindeki ataleti attığını ve refah düzeyini yükseltmeye başladığını belirtse de oldukça sınırlı kaynaklarla oluşturulan bütçenin sadece %10'luk kesiminin yönetime ayrıldığını belirtmektedir. Konu hakkında sırasıyla bkz. RATON Pierre, **Liechtenstein: History and Institutions of the Principality**, Verlag AG, Vaduz, 1970, s. 73, 97, 121 ve 130-132. Günümüzde, Liechtenstein'in ekonomik durumu hakkında ise bkz. BEATTIE David, **Liechtenstein: A Modern History**, 2nd Augmented Edition, van Eck Publishers, Vaduz, 2012, özellikle s. 309-375 ve 381-386.

2 Bu konuda meselâ bkz. ÇINARLI Serkan & ÇAMYAMAÇ Anıl, Minyatür Devletler ve İdarî Yapıları, **Terazi (Aylık Hukuk Dergisi)**, Cilt 11 Sayı 121, Eylül 2016, s. 14-21.

biri olarak düşündükleri diğer devletlerle diplomatik ilişkilere girmeyi kendileri açısından önemli hedeflerden biri hâline getirmişler ve özellikle 20. yüzyılın son döneminde bu bağlamda ciddî adımlar atmışlar; ancak, bunun, *prima facie* sanılanın aksine o kadar da kolay erişilebilecek bir hedef olmadığını da görmüşlerdir.

Bu çalışmada Avrupa Kıtasında konumlanmış ve klâsik minyatür devletler olarak kabûl edilebilecek devletlerin[3] özellikle ikili diplomatik ilişkileri kısaca değerlendirme altına alınacaktır.[4] Bunun için, öncelikle, minyatür devletlere dair bir tanım oluşturulmaya çalışılacak, sonrasında bu devletlerin

---

3 Minyatür devletleri inceleyen *Kokott* Milletler Cemiyeti dönemindeki minyatür devletlerle Birleşmiş Milletler döneminde sömürgelerin bağımsızlaşması sonucu ortaya çıkanlar arasında ayrıma gidilmesi gereğine işaret ederek, ilk grubun Avrupa'daki tuhaflıkların bir sonucu olarak ortaya çıktığını ve böylelikle ikincisine nazaran Milletler Cemiyeti veya Birleşmiş Milletler'in çabası olmaksızın var olduklarını dile getirmiştir. Bkz. KOKOTT Juliane, Micro-States, **Encyclopedia of Public International Law: States-Responsibility of States-International Law and Municipal Law**, vol. 10, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1987, s. 297. Bu ayrım başka yazarlarca da gerçekleştirilmiştir. Meselâ, bkz. ADAM Roberto, Micro-States and the United Nations, **Italian Yearbook of International Law**, vol. 2, 1976, s. 84-85; BARTMANN Barry, From the Wings to the Footlights: The International Relations of Europe's Smallest States, **Commonwealth & Comparative Politics**, vol. 50/4, 2012, s. 547-552. Benzer şekilde, *Fawcett* de, Avrupa'daki bu minyatür devletlerin eski zamanların siyasî düzeninin bir kalıtı olduğunun altını çizmiştir. Bkz. FAWCETT James Edmund Sandford, **The Law of Nations**, 2nd Edition, Penguin Books, Middlesex, 1971, s. 48. (Ayrıca, bkz. *infra* dipnot: 4) Öte yandan, *Pazarcı*, minyatür devlet kavramını daha da dar yorumlayarak sadece bu çalışmada ele alınan Avrupa'daki dört minyatür devletten (Vatikan hariç tutulmuştur) bahsetmiştir. Bkz. PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Turhan, Ankara, 2014, s. 179.

4 Avrupa Kıtasında konumlanan bu devletler için doktrinde ortaçağ hukukunun artıkları muamelesi yapılabileceği mütalâa edilmektedir. Bu çerçevede, *Bos*, örneğin bu devletlerin (yazar sadece Andora ve Vatikan/Papalığı elle almış) uzak dönemlerden kalmış fosiller olarak değerlendirilebileceğini ifade etmiştir. Ancak, yazar günümüz modern devletinin de o denli yeni olmadığını ve onu yorumlayabilmenin bu birimleri değerlendirmekten geçeceğini vurgulamaktan ise geri kalmamıştır. Bkz. BOS Maarten, Further Ancient Law Analogies in International Law, in **International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne**, edited by Dinstein, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, s. 61. Bu konuda, yine, *von Glahn* ise, bu devletlerin, geçmişin ilgi çekici mirasları olduğunu, 17. yüzyılda galebe çalan şartların sonucu ayakta kaldıklarını ve süper güçlerin, nükleer silâhların ve uzayda konumlandırılan uyduların olduğu günümüz dünyasında garip bir biçimde aykırı kaçtıklarını ifade etmiştir. Bkz. von GLAHN Gerhard, **Law Among Nations: An Introduction to Public International Law**, 7th Edition, Longman, New York, 1996, s. 60.

bilâkis ikili diplomatik ilişkileri tek tek ayrıntısıyla değerlendirme altına alınarak bu konuda bir portre ortaya konulacaktır.

I- MİNYATÜR DEVLET TANIMINA DAİR

1- Genel Olarak

Minyatür devletlerin uluslararası hukukun bir süjesi olup olmadıkları geçtiğimiz yüzyılda oldukça tartışılmış bir konudur. Bu itibarla, özellikle I. Dünya Savaşı sonrasında kurulan Milletler Cemiyeti'ne üye olmak için başvuruda bulunan üç minyatür devletten[5] biri olan Liechtenstein'in egemenliği genel olarak kabûl edilmiş olsa da[6], Milletler Cemiyeti Misakı'nın üye devletlere yüklediği ödevleri gerçekleştiremeyeceğinden bahisle ilgili V. Komite tarafından üyeliğinin reddedilmesi önerisinde bulunulmuş[7]; böylelikle, Liechtenstein'in üyeliği Milletler Cemiyeti Genel Kurulu'nda 28'e bir oyla reddedilmiştir.[8] Monako'nun ise, o dönemde, Milletler Cemiyeti'nce

---

5 Milletler Cemiyeti üyeliğine başvuruda bulunan üç minyatür devlet ve başvuru tarihleri şu şekildedir: San Marino (25 Nisan 1919), Monako (6 Nisan 1920) ve Liechtenstein (15 Temmuz 1920). Bkz HUDSON Manley O., Membership in the League of Nations, **American Journal of International Law**, vol. 18/3, 1924, s. 447; GUNTER Michael M., Liechtenstein and the League of Nations: A Precedent for the United Nation's Ministate Problem?, **American Journal of International Law**, vol. 68/3, 1974, s. 497. Bu minyatür devletlerin Milletler Cemiyeti döneminde yaşadıkları sürecin gelişimine dair ayrıntılı aktarım için bkz. RAPAPORT Jacques & MUTEBA Ernest & THERATTIL Joseph J., **Small States and Territories: Status and Problems**, UNITAR/Arno Press, New York, 1971, s. 114-118.

6 Hattâ bazı yazarlar bu konuda daha da geriye dönerek, Liechtenstein'in egemenliğinin 1815 tarihli *Viyana Kongresi*'nde tanındığını ve 1919 tarihli *Saint Germain Antlaşması*'yla da onandığını aktarmıştır. Bkz. do NASCIMENTO e SILVA, 1972, s. 37. Benzer şekilde, Liechtenstein ile ilgili açıklamalarında *Mendelson* da 1866'da Alman Konfederasyonu dağıldığında bağımsızlığını devam ettiren Liechtenstein'in bu bağımsızlığının 1919 tarihli *Saint Germain Antlaşması*'yla onandığını dile getirmiştir. Bkz. MENDELSON Maurice H., Diminutive States in the United Nations, **International & Comparative Law Quarterly**, vol. 21/4, 1972, s. 614.

7 *Günter*, Milletler Cemiyeti'nin V. Komitesi'nin ilgili raporunun incelenmesi sonucunda ret sebebinin minyatür ölçütlerle alâkalı olmadığına, sebebin esasta Liechtenstein'in egemenliğinin bazı uzanımlarını başka devletlere terk etmesi olduğuna işaret etmektedir. Bkz. GUNTER, 1974, s. 498-499.

8 Bkz. KUHN Walter S.G., The Sovereignty of Liechtenstein, **American Journal of International Law**, vol. 61/2, 1967, s. 553-554; GUNTER, 1974, s. 497-499; ANAND Ram Prakash, Sovereign Equality of States in International Law, **Recueil des cours**, vol. 197, 1986-II, 1986, s. 172-173.

Liechtenstein'ın üyeliğine karşı takınılan bu tutum sebebiyle üye olmak için yaptığı başvuruyu geri çektiği, San Marino'nun ise Milletler Cemiyeti'nin istediği bilgileri vermekten kaçındığı aktarılmaktadır.[9]

II. Dünya Savaşı sonrasında da Birleşmiş Milletler'de bu devletler başta olmak üzere, bağımsızlığını yeni kazanacak veya kazanmış bazı küçük devletlerin üyeliklerinin tartışıldığı ve bunların üyeliklerine başta karşı çıkıldığı; daha sonra ise, ancak 1990'larda minyatür nitelikleri haiz bu devletlerin Örgüte üye olabildikleri gözlenmektedir.[10] Doktrinde, özellikle günümüzdeki konjonktür de göz önüne alındığında, bu devletlerin devlet olması konusunda bir tartışma yaşanmadığı ifade edilmelidir.[11]

2- Uluslararası Hukukta Devlet Tanımı

Minyatür devletlerin yaşadıkları bu zorluklar bir kenara, minyatür devlet kavramının resmî olarak tanımlanmaması[12] bu alanda belirli bir tanımı ortaya koymanın zorluğunu da, şüphesiz, beraberinde getirmektedir. Bununla birlikte, minyatür devletler de, bir devlet olduklarına göre, her şeyden evvel uluslararası hukuk çerçevesinde devlet tanımının gereği olarak görülen genel unsurları sağlamış olmalıdırlar. Ne yazık ki, uluslararası hukukta genel

---

9 Bkz. GUNTER, 1974, s. 497. Ayrıca, bkz. HUDSON, s. 447; ANAND, s. 173.

10 Bu konuya dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. GRANT Thomas D., States Newly Admitted to the United Nations: Some Implications, **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 39/1, 2000, s. 177-192; GRANT Thomas D., Admission to the United Nations: Charter Article 4 and the Rise of Universal Organization, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, s. 238-244. Bu devletlerin Birleşmiş Milletler üyesi olma tarihleri sırasıyla şu şekildedir: Liechtenstein (18/09/1990); San Marino (02/03/1992); Monako (28/05/1993) ve Andora (28/07/1993). Bkz. via www.un.org/en/member-states/ (ziyaret tarihi: 07/08/19).

11 Bu konuda meselâ bkz. GRANT Thomas D., Micro States, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 özellikle paragraflar 1, 4 ve 7 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 04/10/10). Türk doktrininde *Pazarcı* da Avrupa Kıtasında yer alan minyatür devletlerle ilgili olarak, bunların uluslararası hukuk çerçevesinde bazı özellikler arz ettiklerini ifade etmesi bir yana, açık olarak devlet olma niteliklerini haiz olduklarını belirtmiştir. Bkz. PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, II. Kitap, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Turhan, Ankara, 1999, s. 104-105.

12 *Anand* her ne kadar küçük devletlerin kabûl edilmiş bir tanımı olmadığının ve uluslararası topluma dâhil edilmeleri için belirli unsurlar oluşturulamadığının altını çizse de, uluslararası ilişkilerde çok küçük devletlerin varlığının yeni bir durum olmadığına işaret etmektedir. Bkz. ANAND, s. 170. Ayrıca, *Pazarcı* da, uluslararası hukukta genel bir minyatür devlet statüsünün oluşmamış olduğuna işaret etmektedir. Bkz. PAZARCI, 2014, s. 179.

kabûl gören resmî bir devlet tanımının bulunmaması, devletin unsurlarının tespitini de doğal olarak, zorlaştırmaktadır.[13] Buna karşılık, bölgesel bir sözleşme niteliğindeki 1933 tarihli *Devletlerin Hakları ve Ödevlerine Dair Montevideo Sözleşmesi*nin[14] 1. maddesinde yer verilen şu tanım doktrinde en fazla zikredilen tanımlardan[15] biri[16] konumundadır: "*Bir uluslararası hukuk*

---

13 Meselâ, "Devletlerin Hak ve Ödevlerine Dair Taslak Bildirge" (*Draft Declaration of Rights and Duties of States*) konusunda İngiltere ve Hindistan'ın devlet kavramının tanımlanmasına dair önerilerinin, bu görevle vazifelendirilen *Uluslararası Hukuk Komisyonu*nca bu şekilde bir çaba içerisine girmenin herhangi bir yarar sağlamayacağından bahisle dikkate alınmadığı ve böylelikle Komisyonun konuya ilişkin Genel Kurul'a sunduğu raporunda devlet kavramının "uluslararası uygulamada genel biçimde kabûl edildiği" (*in the sense commonly accepted in international practice*) anlamıyla ele alındığına yer verildiği aktarılmıştır. Bkz. KAMANDA Alfred M., **A Study of the Legal Status of Protectorates in Public International Law**, Les Presses Savoie, Genève, 1961, s. 175-176.

14 Sözleşmenin İngilizce tam metni için bkz. "Convention on Rights and Duties of States", **American Journal of International Law Supplement**, vol 28/2, 1934, s. 75-78. Uruguay'ın başkenti Montevideo'da 1933 yılında gerçekleştirilen Amerikan Devletleri'nin VII. Uluslararası Konferansı'nda imzalanan ve günümüzde sadece 16 devletin tarafı olduğu bu Sözleşme 26 Aralık 1934 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeye taraf olan 17 devlet ise şunlardır: Amerika Birleşik Devletleri, Brezilya, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Kolombiya, Kosta Rika, Küba, Meksika, Nikaragua, Panama, Paraguay, Şili ve Venezüella. Bkz. via http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-40.html (son ziyaret tarihi: 07/02/18). Ayrıca, bkz. HARRIS David J., **Cases and Materials on International Law**, 7th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2011, s. 92. Bundan sonra kısaca *1933 tarihli Montevideo Sözleşmesi* olarak anılacaktır.

15 Uluslararası hukuk doktrininde devlet tanımı bağlamında 1933 tarihli Montevideo Sözleşmesinin ilgili 1. maddesi genelde temel alınmaktadır. Bkz. MUGERWA Nkambo, Subjects of International Law, in **Manual of Public International Law**, edited by Sørensen, Palgrave MacMillan, London, 1968, s. 250; GREIG D.W., **International Law**, 2nd Edition, Butterworth, London, 1976, s. 93-99; OTT David H., **Public International Law in the Modern World**, Pitman, Avon, 1987, s. 47; PAZARCI, II. Kitap, 1999, s. 6 vd.; WALLACE Rebecca M.M., **International Law**, 4th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2002, s. 58; GARDINER Richard K., **International Law**, Pearson/Longman, Dorchester, 2003, s. 168-169 ve 172 (yazar bazı hususlarda bu unsurları eleştirmekten geri kalmamıştır, bkz. *ibid*., özellikle s. 182-183); BOCZEK Boleslaw Adam, **The A to Z of International Law**, The Scarecrow Press, Lanham, 2010, s. 119; HARRIS David, s. 92; LAPIDOTH Ruth, When Is an Entity Entitled to Statehood?, **Israel Journal of Foreign Affairs**, vol. 6/3, 2012, s. 77-78; AYBAY Rona & ORAL Elif, **Kamusal Uluslararası Hukuk**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 152-154; SUR Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Beta, İstanbul, 2018, s. 108-124. Belirtilmelidir ki, *Sur*, açıkça 1933 tarihli Montevideo Sözleşmesinden bahsetmemiştir. Öte yandan, işaret edilmelidir ki, *Pazarcı*, devleti tanımlarken, esas olarak, "bir insan topluluğu", "bir ülke" ve "kendi üstünde herhangi bir otoriteye bağlı olmayan siyasal bir yönetim" unsurları bağlamında hareket etmiş ve söz konusu 1933 tarihli

kişisi olarak devlet aşağıdaki şu niteliklere sahip olmalıdır: a) sürekli bir nüfus b) belirli bir ülke c) hükûmet d) diğer devletlerle ilişkiye girebilme kapasitesi".[17] Bu sözleşmede, görüldüğü üzere, devlet tanımı bağlamında

---

Montevideo Sözleşmesinin ilgili düzenlemesinin kendisinin yer vermiş olduğu üçüncü unsuru bir nebze değişik biçimde ikiye ayırarak ifade ettiğinin altını çizmiştir. Bkz. PAZARCI, II. Kitap, 1999, s. 6-7. *Aybay* ve *Oral* ise, 1933 tarihli Montevideo Sözleşmesinin dört unsurunun yaygınlığının altını çizmiş, ama daha sade olduğunu ifade ettikleri üçlü unsuru Pazarcı gibi tercih ettiklerini belirtmişlerdir. Bkz. AYBAY & ORAL, s. 152-154. *Harris* ise, söz konusu dört unsurun uluslararası örf ve âdet kuralı olarak devlet olmanın gereği biçiminde kabûl edildiğinin altını çizmekte, buna karşılık devlet olmak için günümüzde başka özelliklere de vurgu yapmaktadır. Bkz. HARRIS David, s. 92. Son olarak, *Kreijen* 1933 tarihli Montevideo Sözleşmesi m. 1'de sayılan unsurları klâsik unsurlar olarak mütalâa ettikten sonra, ilk üçünün uluslararası örf ve âdet hukukunda da benimsenmiş olduğunu, ancak dördüncü unsurun tartışmalı olduğunu belirterek, bunun bağımsızlıkla yakından alâkalı olduğuna işaret etmiştir. Bkz. KREIJEN Gerard, **State Failure, Sovereignty and Effectiveness: Legal Lessons from the Decolonization of Sub-Saharan Africa**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, s. 18-19. Doktrinin konuya ilişkin tutumu hariç, Amerika Birleşik Devletleri'nin 1987 tarihli *Dış İlişkiler Hukukuna Dair Üçüncü Restatement*'ında "*Uluslararası hukuk genel olarak bir devleti 'belirli bir ülkeye ve sürekli bir nüfusa sahip, kendi hükûmetinin kontrolü altında, kendi türündeki birimlerle ilişkiye giren veya girme kapasitesini haiz bir birim olarak' tanımlar*" şeklinde devletlerin tanımlandığı görülmektedir. Bu tanım, görüldüğü üzere Amerika Birleşik Devletleri'nin de tarafı olduğu 1933 tarihli Montevideo Sözleşmesi 1. maddesi ile paraleldir. Üçüncü Restatement ilgili kısmının aynen nakli için bkz. von GLAHN Gerhard & TAULBEE James Larry, **Law Among Nations: An Introduction to Public International Law**, 11th Edition, Routledge, New York, 2017, s. 198.

16 Doktrinde zikredilen bir diğer tanım Almanya-Polonya Karma Hakemlik Mahkemesi tarafından 1929 yılında verilen "*Deutsche Continental Gas Gesellschaft v. Polish State*" hakemlik kararında ortaya konulmuş olan şu tanımdır: "*Bir devlet ancak, bir ülke, bu ülke üzerinde yerleşmiş bir insan topluluğu ve bu topluluk ve ülke üzerinde geçerli olan bir kamu gücüne sahip olmak koşuluyla vardır*". *Pazarcı*'dan nakil için bkz. PAZARCI, II. Kitap, 1999, s. 6. Ayrıca, bkz. IJALAYE David A., Was "Biafra" at Any Time a State in International Law?, **American Journal of International Law**, vol. 65/3, 1971, s. 552.

17 Günümüzde devlet tanımına yeni unsurların eklenmesine ilişkin tartışmaların sürdüğü ifade edilmelidir. Bu çerçevede, devlet tanımına yeni unsurların eklenmesine dair tartışmalar ve eklenmesi veya göz önüne alınması önerilen yeni unsurlara ilişkin bazı değerlendirmeler için bkz. GRANT Thomas D., Defining Statehood: The Montevideo Convention and Its Discontents, **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 37/2, 1999, s. 403-457, özellikle s. 450-451; BROWNLIE Ian, **Principles of Public International Law**, 6th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2003, s. 75-76; CRAWFORD James, **The Creation of States in International Law**, 2nd Edition, Clarendon Press, Oxford, 2007, özellikle s. 4-195. Ayrıca, bkz. WALLACE-BRUCE Nii Lante, **Claims to Statehood in International Law**, Carlton Press, New York, 1994, s. 57-92; ÖZKAN Işıl, **Tanınmamış Devletlerin Yasa, Hukukî İşlem ve Kararlarının Tanınması**, On İki Levha, İstanbul, Mayıs 2017, s. 41-51.

dört temel unsura[18] yer verildiği gözlenmektedir. Bugün için bu unsurların yeterliliği tartışılsa ve doktrindeki birçok isim tarafından bu minvalde bazı yeni unsurlar önerilse de[19], yaygın olarak devlet tanımı için asgarî bu dört unsurun varlığının temel olarak arandığı mütalâa edilmelidir.[20]

Doğrudan minyatür devletlerin durumuna dair açıklamalara geçilmeden evvel, kısaca bu dört unsur değerlendirilmelidir. Bu minvalde, ülke, üzerinde yaşanılan az çok sınırları belirli bir coğrafî arazi parçasıdır.[21] Bu bağlamda, ülke üç temel bölüme ayrılmaktadır: nehirler, göller ve yeraltı sularının da dâhil olduğu "kara ülkesi", denize kıyısı varsa o kıyı bağlamında hesaplanacak içsular ve karasularının dâhil olduğu "deniz ülkesi"[22] ve gerek kara gerek varsa deniz ülkesinin üzerine denk gelen hava sahasından[23] teşkil "hava

---

18 Özellikle bu unsurlardan sonuncusu, yâni diğer devletlerle ilişkiye girebilme kapasitesi doktrinde en çok eleştiri alan unsurlardan biri olarak nitelendirilebilir. Meselâ, *Devine*, bu unsurlarla ilişkili olarak zaten bir devletin dengeli ve bağımsız bir hükûmeti/yönetimi varsa uluslararası ilişkilerde bulunma kapasitesini de otomatik olarak haiz olacağının altını çizmiştir. Bkz. DEVINE Derry J., The Requirements of Statehood Re-Examined, **Modern Law Review**, vol. 34/2, 1971, s. 410.

19 Doktrinde "self-determinasyon ilkesinin varlığı", "başka devlet tarafından tanınma", "Birleşmiş Milletler üyeliği", "hukuka aykırı şekilde oluşmuş olmama" vb. unsurların bir birimin devlet olarak nitelendirilmesi için aranılan unsurlar arasında sıralandığı gözlenmekteyse de, bugün için 1933 tarihli Montevideo Sözleşmesinde belirtilen unsurlar dışında unsurların hukukîliği kabûl edilmiş değildir. Montevideo unsurları dışında yeni unsurlar olmasını savunan yazarlar ve yer verdikleri bu yönlü değişik unsurlara ilişkin bkz. *supra* dipnot: 17.

20 *Lowe*, her ne kadar bu unsurlara zaman içerisinde eklemeler olsa da bunlardan birinden bile vazgeçilebilir olduğunun iddia edilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. LOWE A. Vaughan, **International Law**, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 153.

21 Uluslararası hukuk açısından ülkeye dair ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. BAŞGİL Ali Fuat, Devletin Ülke Unsuru, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 13 Sayı 4, 1947, s. 1261-1281; GÖZE Ayferi, **Devletin Ülke Unsuru (Sınırları ve Devletle Olan Münasebeti)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1959; GOTTMANN Jean, **The Significance of Territory**, The University Press of Virginia, Charlottesville, 1973; SHAW Malcolm N., Territory in International Law, **Netherlands Yearbook of International Law**, vol. 13, 1982, s. 61-91.

22 Eğer bir takımada devletinden bahsediliyorsa, bu durumda ülke kapsamına takımada suları da dâhil olacaktır. Bkz. 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 49.

23 Devletin ülke alanı üç boyutlu düşünüldüğünde hava ülkesinin yanal (yatay) sınırları kara ve varsa deniz ülkesinin sınırlarıyla sınırlıyken, hava ülkesinin üst (dikey) sınırının ise, her ne kadar doktrinde farklı öneriler ileri sürülmüş olsa da, bugün için uluslararası hukuk tarafından belirlenmemiş olduğu ifade edilmelidir. Hava ülkesinin üst sınırına dair ayrıntılı tartışma ve değerlendirmeler için bkz. REINHARDT Dean N., The Vertical Limit of State Sovereignty, **Journal of Air Law & Commerce**, vol. 72/1, 2007, s. 65-137; HOBE Stephan,

ülkesi". Ülkenin sınırlarının belirli olması sınırların istikrarı ilkesi ve buna bağlı olarak küresel barışın muhafazası açısından şüphesiz önemliyken, tüm sınırların kesin biçimde belirli olması şartının aranmadığı da belirtilmelidir.[24] Öte yandan, ülkenin büyüklüğü de önemli değildir. Devletin unsuru olarak ülke topraklarının büyüklüğünün öneminin olmayışı, ne kadar büyük veya küçük olursa olsun bir ülkeyi haiz olmanın yeterli oluşu, minyatür devletler açısından, kuşkusuz, önemli bir husustur. Ayrıca, son olarak belirtilmelidir ki, ülkenin fizikî olarak coğrafî bütünlüğü de uluslararası hukuk açısından bir zorunluluk teşkil etmemektedir.[25]

Airspace, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010, paragraf: 9-13 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 04/10/10); BAL Ali, **Uluslararası Hava Hukuku: Hava Sahasının Hukukî Rejimi**, Seçkin, Ankara, 2019, s. 251-255.

24 Bu konuda en fazla zikredilen örnekler I. Dünya Savaşı sonrası Arnavutluk sınırları ile II. Dünya Savaşı sonrası kurulan İsrail'in sınırlarıdır. Bkz. CRAWFORD James, The Criteria for Statehood in International Law, **British Yearbook of International Law**, vol. 48, 1976/77, s. 112-113; CRAWFORD James, **The Creation of States in International Law**, Clarendon Press, Oxford, 1979, s. 37-38 ve dipnot: 31; CRAWFORD, 2007, s. 48-50. Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın 1924 tarihli *Saint Naum Manastırı'na Dair Danışma Görüşü*nde 1914 yılında kurulan Arnavutluk'un 1920'den itibaren Milletler Cemiyeti ile ilişki içerisine girdiği ve aynı yılın Aralık ayında alınan bir kararla Cemiyete kabûl edildiği ve sınır sorunun ise bu durumdan hariç tutulduğu ifade edilmiştir. Bkz. "*Saint Naum Manastırı (Arnavutluk Sınırları) Danışma Görüşü*", 1924 tarihli Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Danışma Görüşü, s. 10 via https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_09/Monastere_de_Saint-Naoum_Avis_consultatif.pdf (ziyaret tarihi: 02/03/19). Yine bu konuya ilişkin olarak Arnavutluk'un Milletler Cemiyeti'ne katılmasına dair örnek 1969 tarihli *Kuzey Deniz Kıta Sahanlıkları Dâvası*nda Uluslararası Adalet Divanı tarafından da şu şekilde zikredilmiştir: "*Bir devletin kara sınırlarının sınırlandırılması ve belirlenmesi gerektiğine dair meselâ bir kural yoktur ve Arnavutluk'un Milletler Cemiyeti'ne girişi sırasında da görüldüğü üzere sıklıkla birçok yerde ve çok uzun sürelerle yapılmamıştır*". Bkz. "Kuzey Denizi Kıta Sahanlıkları Sınırlandırması" 1969 Uluslararası Adalet Divanı Kararı, s. 32 paragraf 46 via www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf (son ziyaret tarihi: 12/06/10). Ayrıca, bkz. WALLACE-BRUCE, s. 52-53 dipnot: 84. *Antonowicz* ve sonrasında *Crawford* konuya ilişkin eserinin ilk basımında, Arnavutluk ve İsrail örneklerinin yanı sıra Kuveyt sorununda Irak'ın başlangıçtaki duruşu ile Moritanya sorununda Fas'ın duruşunu da örnek olarak göstermişlerdir. Bkz. ANTONOWICZ Lech, Definition of State in International Law Doctrine, **Polish Yearbook of International Law**, vol. 1, 1966/67, s. 202; CRAWFORD, 1979, s. 38 (CRAWFORD, 1976/77, s. 112) Ayrıca, Kuveyt'e ilişkin benzer şekilde, bkz. RAPAPORT *et al*., s. 119; WALLACE, s. 59.

25 İfade edilmelidir ki, ülkesel bütünlük ile ülkenin coğrafî bütünlüğü birbirine karıştırılmamalıdır. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nin Alaska Eyaleti Hawaii hariç ülkenin diğer kesiminden Kanada ile ayrılmaktayken, Hawaii de açık deniz ile tüm eyaletlerden

Bir diğer unsur, sürekli bir nüfusa, bir başka ifadeyle halk niteliğini haiz insan topluluğuna sahip olunmasıdır. Bu açıdan, insan topluluğu, toplum yaşamının kendisini temsil etmeli ve devletin de halk olarak nitelendirilen bu bireylerin toplumsal yaşamını destekleme görevi olmalıdır; dahası halk olarak nitelendirilecek kişilerin beraber yaşamak ve yaşamlarını kümülatif bir biçimde sürdürmek niyeti bulunmalıdır.[26] Bu çerçevede, uluslararası hukukta insan topluluğunun sayısına dair alt veya üst bir sınır öngörülmemiştir. Dikkat edilmesi gereken hususlardan biri, kuşkusuz, devletin unsurlarından birisi olan insan topluluğunu oluşturan halkın bu bağlamda sürekliliğinin olmasıdır. Belirtilmelidir ki, insan topluluğunun sayısı önemli değilken, süreklilikten kast edilenin ise bireysel ayrılmaların olmaması değildir. Daha açık ifade etmek gerekirse, bireysel ayrılmalar devletin insan unsurunu teşkil eden sürekli nüfusun bulunması şartındaki sürekliliği etkileyen bir kıstas oluşturmamaktadır. Ayrıca, insan topluluğunu oluşturan bu bireylerin tümünün aynı ırk, din, dil veya kültürden olması da gerekmemektedir. İnsan topluluğu için bu bağlamda önemli olan ortak bir tarihî mirastan hareketle, gelecekte de beraberce yaşama ve böylelikle ortak değerleri paylaşma niyetidir.

Uluslararası alanda devletin sorumluluğunu üstlenebilecek siyasî bir otoritenin varlığı devlet olmanın aranan üçüncü koşulu olarak düzenlenmiştir. Bu minvalde, devletin ülkesi dâhilinde meydana gelen ve uluslararası sorumluluğu doğuran bir olayda sorumluluğu bu siyasî otorite devlet adına üstlenebilecektir. Bu açıdan bakıldığında, siyasî otoritenin devlet ülkesine hâkim olma hakkı bulunması bir yana, ülkeye etkin şekilde hâkim olması da gerekmektedir. Tabiî ki, siyasî otoritenin bu etkin hâkimiyetinin tüm zamanlarda ve devletin tüm ülkesinde eşit düzeyde olması beklenemez. Ancak, bu konuda siyasî otoritenin ülkede az çok uygulanabilmesi, şüphesiz, yeterli olacaktır. Bu minvalde, mevcut devletlerde bu koşulun varlığı araştırılmaz-

---

ayrılmaktadır. Benzer bir örnek, Rusya Federasyonu'nun ana ülkesi ile Baltık kıyısında bir anklav (bkz. *infra* dipnot: 56) konumundaki Kaliningrad için de söz konusudur. Bu toprak parçasıyla Rusya arasında Litvanya, Letonya ve hattâ Belarus girmiştir. Türkiye'de tek bir kara parçasından oluşmamakta, Anadolu ve Trakya şeklinde iki ayrı temel kara parçasından oluşmaktadır. Konuya ilişkin örnekleri çoğaltmak mümkündür.

26 *Sealand Dâvası*nda (In re-Duchy of Sealand) "Köln İdare Mahkemesi"nin verdiği kararda halk bu temellerle değerlendirilmiştir. Aktarım için bkz. ÇAMYAMAÇ Anıl, Yapay Adalar Üzerine Hayaller: Açık Denizlerde Yeni Devlet Projeleri, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018/I, s. 203.

ken, yeni bağımsızlığını kazanan devletler açısından bu koşulun araştırılabileceği bir gerçektir.[27]

1933 tarihli Montevideo Sözleşmesinde belirtilen dördüncü unsur konumundaki diğer devletlerle ilişkiye girebilme kapasitesi, esasen, egemenlikten başka bir şeye işaret etmemektedir.[28] Bu çerçevede, egemenlik, bir devletin kendisinden başka hiçbir üstün güce tâbi olmaması ve yetkilerinin sadece kendi rızası veya uluslararası hukukla sınırlandırılabilir olması olarak özetlenebilir.[29] Bu minvalde, diğer devletlerle serbestçe diplomatik ilişkiye girebilme, söz konusu 1933 tarihli Montevideo Sözleşmesinde, bunun bir yansıması olarak ortaya konulmuş görünmektedir.

3- Minyatür Devlet Tanımı

Yukarıda belirtildiği üzere, minyatür devletler de her şeyden evvel bir devlet olarak kabûl edildiklerine göre, öncelikle devlet olabilmenin gereği olan dört unsuru da haiz olmaları gereğine işaret edilmelidir. Daha açık ortaya koymak gerekirse, bu devletler de (belirli bir) ülke, (sürekli niteliği haiz) nüfus, hükûmet (siyasî otorite) ve egemenlik unsurlarına sahip olmalıdır.

Minyatür devletlerin *sine quo non* devlet olmanın klâsik unsurlarına sahip olmaları gerektiği belirtildikten sonra, bu devletler için, diğer devletlerle mukayese edildiğinde ayrım unsurlarının neler olabileceğinin belirlenmesi zarurî niteliktedir. Bu minvalde, yer verilen dört unsur üzerinden gitmek isabetli olacaktır. Bu unsurların doğrudan devlet olmanın bir gereğini teşkil

---

27 Bkz. SUR, s. 116. Öte yandan belirtilmelidir ki, bazı birimler (devletler), hükûmetleri etkin bir şekilde oluşmamışken bile devlet olarak kabûl edilebilmişlerdir. Bu minvalde, 1919 yılında Polonya'nın durumuyla birlikte, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 17. Oturumunda üyeliğe kabûl edilen Burundi ve Ruanda örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. BROWNLIE, s. 71.

28 Bazı kaynaklarda egemenlik ayrı tutularak, bağımsızlıktan bahsedilmektedir. Bkz. FAWCETT, s. 39-44; OTT, s. 48-53; BROWNLIE, s. 71-76; CRAWFORD, 2007, s. 62-89. Oysa, 1928 tarihli Las Palmas/Miangas Adası Dâvasında hakem *Max Huber*, devletler arasındaki ilişkilerde egemenliğin bağımsızlığı ifade ettiğini açıkça dile getirmiştir. Bkz. "The Island of Palmas Case (or Miangas)", **Award of the Tribunal**, 1928, s. 8 via www.pca-cpa.org (ziyaret tarihi: 14/12/17).

29 Benzer şekilde, *Pazarcı* da şu şekilde bir egemenlik tanımına yer vermektedir: "(Egemenlik) *devletin, hukuksal açıdan başka bir dış ya da üstün iktidara bağlı olmadan ve yalnızca uluslararası hukuk kuralları ya da kendi kabul ettiği bağlantılarıyla sınırlanan, serbestçe karar verme yetkisi*(dir)". Bkz. PAZARCI, II. Kitap, 1999, s. 22.

etmekle birlikte, ortaya konulacağı üzere bir ikisindeki belirli, belirleyici özellikler minyatür devletlerin diğer devletlerden ayırt edilmesinde kullanılacaktır. Böylelikle, minyatür devletleri diğerlerinden ayıran temel özellik iki unsurdaki aşırı küçüklük olarak mütalâa edilebilecektir.[30] Bunlar ülke ve nüfus unsurlarıdır.[31] Bunların ne kadar küçük olması gerektiği konusunda ise, yazarların farklı düşünceleri olduğu görülmektedir. Bu minvalde, *de Smith* eserinde küçüklüğün belirlenmesi konusunda nüfusun esas alacağını ifade ettikten sonra 150.000 ve altı nüfusu haiz devletlerin çok küçük devletler olarak nitelendirileceğini belirtmiştir.[32] Yine benzer şekilde, örneğin, *Harris* nüfus bağlamında bir milyon ve altını sınıflandırma için dikkate almıştır.[33] Paralel şekilde, *Harden* de, minyatür devletleri nüfusu bir milyonun altında olan ülkeler olarak tarif etmektedir.[34] *Günter* ise, birçok yazarın nüfus unsurunu göz önüne alarak sınıflandırma yaptığını, kişisel yazışma sonucu fikirlerine ulaşabildiği dönemin Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin

---

30 Nitekim doktrinde de bu görüş açıklıkla ifade edilmektedir. Bkz. AYBAY & ORAL, s. 162. Buna karşılık, *Broms* minyatür devletleri ele alırken sadece ülkesel küçüklük üzerinde durmaktadır. Bkz. BROMS Bengt, Subjects: Entitlement in the International Legal System, in **The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory**, 2nd Printing, edited by MacDonald & Johnston, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986, s. 390; BROMS Bengt, States, in **International Law: Achievements and Prospects**, edited by Bedjaoui, UNESCO/Martinus Nijhoff Publishers, Paris, 1991, s. 55. Öte yandan, *Antonowicz*, gerek ülke büyüklüğü, gerek nüfus konusunda asgarî belirlemelerin yapılmamasının anlaşılabilir olduğunu, ancak bunların bir devletin varlığını sürdürebilmesi için yeterli büyüklükte olması gerektiği yönlü görüşlerle sıklıkla karşılaşıldığını dile getirmektedir ki, yazar özellikle ele alınan devletleri organizmalar olarak niteleyerek, bunların varlığı için bu unsurların önemine de işaret etmekten geri kalmamıştır. Bkz. ANTONOWICZ, s. 202

31 *Adam* da, bu devletlerin bağımsızlıktan yararlanma oranlarının temelde onların egemen birer devlet olduğunu gösterdiğine işaret ederek, uluslararası hukuk süjeliğinin kazanılmasının hiçbir zaman tamamen ülkenin ve/veya nüfusun hacmine dayanmadığına işaret etmiştir. Bkz. ADAM, s. 86. Yazar müteakip açıklamalarında birçok hususu değerlendirdikten sonra bu devletlerin ortak belirleyici unsurunun ülke ve nüfus unsurlarının boyutundaki aşırı küçüklüklük olduğunu ifade etmiştir. Bkz. *ibid*., s. 97-98.

32 Bkz. de SMITH Stanley A., **Microstates and Micronesia: Problems of America's Pacific Islands and Other Minute Territories**, New York University Press, New York, 1970, s. vii ve 5.

33 Bkz. HARRIS William L., Microstates in the United Nations: A Broader Purpose, **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 9/1, 1970, s. 23 ve dipnot: 1.

34 Bkz. HARDEN Sheila (ed.), **Small Is Dangerous: Micro States in a Macro World**, Frances Pinter Publishers, Exeter, 1985, s. 9.

ise kafasında nüfus bağlamında 100.000 rakamının olduğuna işaret etmiş ve minyatür devlet nitelemesi için Amerika Birleşik Devletleri'nin ise o dönemde nüfus ile birlikte 500 km²'lik bir yüzölçümü alanı, yıllık 15 milyonluk bir bütçe ile birlikte dış ticaret hacmi aradığına işaret etmiştir.[35]

Ele alınan bu unsurlar dışında, minyatür devletler açısından egemenlik ve özellikle de diplomatik temsil gibi konularda bazı zorlukların yaşanabilir olması, bu devletlerin tespitinde veya tanımlanmasında dikkate alınabilir bir unsur yaratıp yaratmayacağı da düşünülebilir. Kanımızca, bu zorluklar, minyatür devletleri belirleyen nitelikler, unsurlar içerisinde sayılmamalıdır. Daha açık ifade etmek gerekirse, bu zorluklar tanımın bir niteliği, unsuru olmaktan çok, minyatür devlet olmanın kaçınılmaz *sonuçları*ndan birini teşkil etmektedir. Burada bir parantez açılarak vurgulanması gereken husus, bazı çalışmalarda ortaya konulan unsurlarda sadece devletler ele alınmamış, devlet niteliğini haiz olmayan ülke parçaları da işin içine dâhil edilmiştir.[36] Buna karşılık, hemen ilâve edilmelidir ki, öne sürülen bu unsurların devlet niteliğini haiz olmayan ülke parçaları için de öne sürülmüş olması, unsurların incelenip sıralanmasındaki tutumumuzu değiştirecek bir husus değildir.

Bu çerçevede, doktrinde, başka tür unsurlar yanında, temelde bir devletin minyatür devlet olarak kabûl edilmesi için özellikle nüfus ve kapladığı coğrafî alana ilişkin birçok önerinin ortaya konulmuş olduğu gözlenmektedir. Tamamen sübjektif olmakla beraber, bu çalışmanın da konusunu teşkil eden ve minyatür devlet tanımının temeli niteliğindeki Avrupa'da konumlanmış klâsik minyatür devlet örneklerinden yola çıkarak toprak/ülke büyük-

---

35 Bkz. GUNTER Michael M., The Problem of Ministate Membership in the United Nations System: Recent Attempts Towards a Solution, **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 12/3, 1973, s. 464 dipnot: 1. Konuya dair olarak UNITAR tarafından rapor hazırlamak için görevlendirilen *Yale Üniversitesi Dünya Veri Analiz Programı* Başkanı Profesör *Taylor*'un da nüfus, yüzölçümü unsurlarıyla birlikte GNP, enerji tüketimi, hukukî statü, siyasî açıdan iç yönetim (*political self-perception*), uzaklıklar/mesafeler vb. unsurları da göz önüne aldığı belirtilmiştir. Bkz. RAPAPORT *et al*., s. 30.

36 Bu konuda *Rapaport* ve diğerlerince hazırlanan çalışmanın başlığı "Küçük Devletler ve Ülkeler" adını taşımakta olup, söz konusu çalışmanın içerisindeki analizler sadece konu kapsamında yer alması gereken devletlerle sınırlı tutulmayıp, ülkesel birimleri de kapsamaktadır. Bkz. RAPAPORT *et al*., *supra* dipnot: 5. Bu yönlü başka çalışmalara örnek olarak bkz. HANDEL Michael, **Weak States in the International System**, Frank Cass, Cornwall, 1981, özellikle s. 47-49; ARMSTRONG & READ, s. 1229-1245.

lüğünün 1000 km^2'yi geçmediği ve nüfusunun da 100.000 kişiyi geçmediği devletleri minyatür devlet olarak mütalâa etmek yanlış olmasa gerektir.[37]

Tarafımızca minyatür devletlerin ayırıcı özellikleri olarak öne sürülen bu iki ortak unsuru beraberce taşıyan günümüzde 13 devlet tespit edilmiştir[38]: Vatikan, Nauru, Tuvalu, Palau, Monako, San Marino, Liechtenstein, Saint Kitts and Nevis, Marshall Adaları, Domenika, Andora, Antigua ve Barbuda[39], Seyşeller. Bu devletlerden klâsik minyatür devletler olarak da mütalâa edilebilecek beşi Avrupa Kıtasında konumlanmaktadır: Andora, Liechtenstein, Monako, San Marino ve Vatikan.[40] Ayrıca, belirtilmelidir ki, Avrupa Kıtasındaki bu beş minyatür devletten biri hariç, diğer dördü aynı zamanda denize kıyısı olmayan devlet konumundadır.[41] Böylelikle, minyatür devlet konumundaki devletlerin yaklaşık % 38'inin Avrupa Kıtasında konumlandıkları belirtilmelidir. Bu listede geriye kalan tüm devletler ise, ada devletleri konumundadır. Bunlar dördü Pasifik Okyanusunda (Nauru, Marshall Adaları, Palau, Tuvalu), üçü Karayiplerde (Antigua ve Barbuda, Domenika, Saint Kitts ve Nevis) ve biri Hint Okyanusunda (Seyşeller) konumlanmıştır.

---

37 Ele alınan beş devletin yüzölçümleri ve nüfusları sırasıyla şu şekildedir: Vatikan (0.44 km2; 842); Monako (2.02 km2; 39.000); San Marino (61 km2; 34.000); Liechtenstein (160 km2; 38.000) ve Andora (468 km2; 77.000). Bu bilgiler için genel olarak bkz. via http://data.un.org/en/index.html (son ziyaret tarihi: 07/08/19).

38 Hiç kuşku yoktur ki, tarafımızca belirlenen unsurlar ve onlar çerçevesinde gerçekleştirilen bu liste oldukça sübjektiftir. Nitekim yukarıda metin içerisinde de yer verildiği üzere, birçok yazar farklı unsurlar öne sürmekte veya aynı unsurları farklı nisaplarla ele alarak konuya ilişkin belirlemelerini gerçekleştirmektedir.

39 2018 nüfus tahminlerine göre nüfusun 103.000 civarı olacağı belirtilmiştir. Bkz. http://data.un.org/en/index.html (son ziyaret tarihi: 07/08/19).

40 Klâsik minyatür devlet terimiyle anlatılmak istenilen, metin içinde de işaret edildiği üzere, Avrupa Kıtasındaki minyatür devletlerdir ki, zaten minyatür devlet kavramı en başından itibaren bu devletler için var edilmiştir; diğer devletlerin ise bağımsızlıklarını kazandıktan sonra ancak Avrupa'daki bu devletlerle gerçekleştirilen mukayese neticesinde bu sınıflandırmaya dâhil edilebilmektedirler. Öte yandan, hatırlanacağı üzere, *Kokott* ve diğer bazı yazarlar da bu devletlerin bu şekildeki ayrımına işaret etmiştir. Bkz. *supra* dipnot: 3.

41 Denize kıyısı olmayan devletlere ilişkin genel olarak bkz. ÇAMYAMAÇ Anıl, **Denize Kıyısı Olmayan ve Coğrafî Açıdan Elverişsiz Devletlerin Hukukî Durumu**, Adalet, Ankara, 2012.

4- Ele Alınan Minyatür Devletlerin Devlet Olma Niteliklerinin Kısaca Değerlendirilmesi

Teorik olarak olması gereken, yâni minyatür devletlerin söz konusu unsurları taşımaları koşuluyla devlet olarak nitelendirilecekleri yukarıda kısaca belirtildikten sonra, doktrin açısından, en azında bir dönem durumun böyle olmadığı, bazı yazarların hukukî birtakım gerekçeler sunmak yoluyla bu birimlerin devlet olmadıklarını ileri sürdüklerine rastlanmıştır. Bu kapsamda, makalede daha fazla ilerlemeden evvel, öncelikle bir parantez açılmak suretiyle ele alınan bu minyatür devletlerin uluslararası hukuk açısından devlet olup olmadıklarına dair kısa bir değerlendirme yapılması, kuşkusuz, faydalı olacaktır. Tabiî ki, gerek bu makalenin konusu, gerek minyatür devletlerin gerçekte devlet olup olmadıklarına ilişkin sorunsalın analiz edilmesinin bir makale kapsamına sığamayacağı gerçeği gözden kaçırılmamalıdır ki, bu sebeple bu kapsamdaki değerlendirme oldukça kısa ve özet tutulacaktır.

Bu makale kapsamında ele alınan devletler, uzun bir süre, en azında belirli çevrelerce devlet olarak değerlendirilmemiş veya devlet olma nitelikleri sorgulanmıştır. Bu bağlamda konuya ilişkin en çarpıcı örneklerden biri, 1970'lerin başında konuyla ilgili *Plischke*'nin yayınladığı kitapta, bu devletlerin (Andora, Liechtenstein, Monako, San Marino) kendisinin saydığı ve devlet olmaya ilişkin temel unsurlar bir kenara dört ayrı unsurdan[42] birkaçını karşılayabilme koşuluna uymadıkları sebebiyle temel olarak değerlendirilmeyeceğini belirtmiş olmasıdır.[43]

A- San Marino

Doktrinde bazı yazarlar tarafından gerek San Marino, gerek Monako'nun himaye altında devlet olduğu görüşünün zikredildiği görülmektedir. Himaye altında devlet, *Kamanda* tarafından, her ne kadar kesin bir tanımın ortaya konulamayacağının altı çizilse de, dış ilişkilerinin kontrolünün önemli bir kısmını dış saldırılara karşı korunma garantisi karşılığında ve genellikle de

---

42 *Plischke*, bu bağlamda, şu dört unsuru ortaya koymaktadır: eski metropolitan veya koloniyal ülkece bağımsızlıklarının tanınması, diğer bazı devletlerce resmî tanıma, bir veya daha fazla hükûmetle olağan ikili diplomatik ilişkilerin kurulması ve sürdürülmesi; Birleşmiş Milletler ve/veya uzmanlık örgütlerinde gözlemci statüsü dışında üyeliklerinin bulunması.

43 Bkz. PLISCHKE Elmer, **Microstates in World Affairs: Policy Problems and Options**, AEI Press, Washington D.C., 1977, s. 12.

bir anlaşma marifetiyle bir başka devlet lehine terk eden devlet olarak tanımlanmıştır.[44] Bu çerçevede, San Marino'nun, özellikle İtalya ile gerçekleştirdiği anlaşmalar çerçevesinde himaye altında devlet konumunda olduğu doktrinde bazı yazarlarca iddia edilmiştir.[45] Buna karşılık, bizim de katıldığımız üzere, *Sereni*, San Marino'nun hiçbir şüpheye mahal vermeyecek şekilde uluslararası hukuk açısından devlet olduğunu belirtirken bağımsız bir biçimde uluslararası ilişkilerini yürüttüğünün altını çizmiş ve bu minvalde, birçok devletle diplomatik ve konsolosluk ilişkisi kurduğunu (diplomatik ajan ve konsolos gönderip, kabul ettiğini), uluslararası antlaşmalar imzaladığını ve savaşlarda taraf olarak yer aldığını ifade etmiştir.[46] *Giannini* ise, 1899 tarihli makalesinde San Marino'ya ilişkin, onun, Andora, Monako ve hattâ o dönemki Bulgaristan ile bir tutularak "yarı-egemen" (*semi-sovereign*) oldu-

---

44 Bkz. KAMANDA, s. 17. "Uluslararası himaye altında devlet" (*international protectorate*) kavramını irdeleyen bir başka yazarsa "tam bir himaye"nin (*complete protectorate*) genelde dış ilişkiler alanı olmak üzere bir anlaşmanın kapsadığı alanlarda, koruma altına giren devletin, koruma sağlayan devletin, onun adına ve hesabına hareket etmesine müsamaha göstermesi ve yine o alanlarda kendisinin herhangi bir faaliyette bulunmaktan imtina etmesi anlamını taşıdığını ifade etmiştir. Bkz. HOFFMANN Gerhard, Protectorates, **Encyclopedia of Public International Law: States-Responsibility of States-International Law and Municipal Law**, vol. 10, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Press, Amsterdam, 1987, s. 336. Himaye altında devletlere ilişkin Türk hukuk doktrinindeki açıklamalar için bkz. MERAY Seha L., **Devletler Hukukuna Giriş**, Birinci Cilt (Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı), Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1960, s. 157-162; PAZARCI, II. Kitap, 1999, s. 115-116.

45 Bkz. KELSEN Hans, **Principles of International Law**, Rinehart & Company, New Jersey, 1959, s. 111 dipnot: 9; BRIERLY James Leslie, **The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace**, 6th Edition (edited by Waldock), Oxford University Press, London, 1981, s. 136; BROMS, 1991, s. 56. Ancak, hemen belirtilmelidir ki, *Broms*, San Marino'nun yabancı devletlerle antlaşmalar yapmasının statüsünü güçlendirdiğini belirtmeyi de ihmal etmemiştir. Ayrıca, *D'Oliver Farran* da bazı yazarların San Marino'yu himaye altında devlet olarak nitelendirdiklerine işaret etmiştir. Bkz. D'OLIVER FARRAN Charles, The Position of Diminutive States in International Law, in **Internationalrechtliche und Staatsrechtliche Abhandlungen: Festschrift für Walter Schätzel zu seinem 70. Geburtstag**, edited by Brüel & Constantopoulos & Laun & Sader & Wehberg, Gebr. Hermes, Düsseldorf, 1960, s. 142. Türk doktrininde de bu konuda bkz. MERAY, s. 161-162.

46 Bkz. SERENI Angelo Piero, **The Italian Conception of International L**aw, Columbia University Press, New York, 1943, s. 290. Benzer şekilde, *Mendelson* da, San Marino'nun devlet olma durumunun şüpheli olmadığını ifade etmiştir. Bkz. MENDELSON, s. 616. Bu konuda *D'Oliver Farran* da San Marino'nun egemen bir devlet olduğuna işaret ederken sırasıyla şu hususları saymıştır: savaş ilân etmesi; antlaşmalar akdedebilmesi; elçilik hakkı. Bkz. D'OLIVER FARRAN, s. 143.

ğu veya "eksik egemenlik" (*incomplete sovereignty*) düzeyinde olduğu iddiasını eleştirerek, bunun doğru olmadığını, San Marino'nun kendisine ait bir yasama ve yargı düzeni olduğunu ve tam bir bağımsızlıktan yararlandığını belirterek bunların kanıtı olarak da hanedanlık armasını, para basma hakkını, diğer devletlerle barış, müttefiklik ve suçluların iadesi antlaşmaları akdetmesini ve Avrupa başkentlerinde ve İtalya'nın birçok kentinde maslahatgüzar ve konsolosluk seviyesindeki eşit temsilini göstermiştir.[47]

Verzijl[48] de San Marino'nun kesinlikle himaye altında bir devlet olmadığını belirtirken, ne kadar coğrafî konumu sebebiyle İtalya ile yakın ilişkiler içerisinde olsa da, her zaman egemenliğine saygı gösterildiğine[49] dikkat çekerek 1897 tarihli Anlaşmanın[50] 46. maddesinin[51] San Marino'nun doğrudan diplomatik ilişkilere girmesini engellemediği gibi diğer devletlerle anlaşmalar akdetmesine de engel olmadığına işaret etmiştir.[52] *Verzijl*, İtalya'nın, 1 Mart 1923 tarihli bir bildiri ile açıkça egemenliğini tanıdığı San Marino ile gerçekleştirdiği söz konusu anlaşmada sadece himayeden bahsedildiğine dikkat çekmiş, buna karşılık İtalya'nın bu devletin gerek iç özerkliğini gerek dış egemenliğini açıkça tanıdığına vurgu yapmıştır. *O'Connell*[53] da, San Marino'nun, her ne kadar İtalya ile himayeye yönelik anlaşmalar imzalanmış olsa da, klâsik anlamda himaye altında devlet olarak nitelendirilemeyeceğini

---

47 Bkz. GIANNINI Torquato C., The Legal Aspect of San Marino, **Law Magazine & Quarterly: A Quarterly Review of Jurisprudence**, vol. 25/1, 1899, s. 30-31.

48 Bkz. VERZIJL Jan Hendrik Willem, **International Law in Historical Perspective: International Persons**, vol. II, A.W. Sijthoff, Leyden, 1969, s. 418, 461-462.

49 *Verzijl*, bu çerçevede, Napolyon'un dahi San Marino'nun egemenliğine saygı gösterdiğini dile getirmiştir. İlâve edilmelidir ki, doktrinde yazarlar Papalık Devleti'nin San Marino'nun bağımsızlığını 1631 yılında tanıdığının altını çizmişlerdir. Bkz. SHAUDYS Vincent K., The External Aspects of the Political Geography of Five Diminutive European States, **Journal of Geography**, vol. 61/1, 1962, s. 27; SCHINDLER Dietrich, San Marino, **Encyclopedia of Public International Law: Geographic Issues**, vol. 12, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1990, s. 340.

50 Bu antlaşmanın İngilizce metni için bkz. "General Convention between Italy and the Republic of San Marino", **British & Foreign State Papers**, vol. 90, 1897/98, s. 960-969.

51 İlgili m. 46 şu şekildedir: "*San Marino Cumhuriyeti, kadim özgürlüğü ve bağımsızlığının korunması için İtalya Kralının himaye edici dostluğundan mahrum olmayacağına dair güvene ilişkin her nedeni haiz olarak, başka hiçbir gücün himayesini kabûl etmeyeceğini bildirir*".

52 *Verzijl*, bu çerçevede, Büyük Britanya (16 Ekim 1899), Hollânda (7 Kasım 1902) ve Belçika (15 Haziran 1903) ile gerçekleştirilen "suçluların iadesi" antlaşmalarını örnek göstermiştir.

53 Bkz. O'CONNELL Daniel Patrick, **International Law**, vol. I, 2nd Edition, Stevens & Sons, London, 1970, s. 290.

çünkü dış ilişkilerinde özerkliği haiz olduğunu ifade ederken, *Schindler*[54] de San Marino'nun hiçbir zaman İtalyan himayesi altına girmediğinin altını çizmiştir. Benzer şekilde, *Guido* da, San Marino'nun uluslararası hukuk açısından devlet olduğunun altını çizmeyi ihmal etmemiştir.[55]

San Marino açısından temel sorun, İtalyan topraklarıyla çevrili çok küçük bir anklav[56] teşkil etmesinden ötürü[57], İtalya'nın himayesinde olduğunun kabûl edilmesinden kaynaklanmaktadır.[58] Yukarıda da belirtildiği gibi bazı yazarlar[59] İtalya ile gerçekleştirilen antlaşmalarda yer verilen "koruyucu

---

54 Bkz. SCHINDLER, *San Marino*, s. 340.

55 Bkz. GUIDI Guido, San Marino, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 paragraf: 9-10 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 04/10/10).

56 Anklav, *Krenz* tarafından şu şekilde tanımlanmıştır: "*Anklav terimi, geniş olarak, tamamen veya sadece kısmen kendisine yabancı olan bir ülke tarafından sarılan herhangi bir araziyi veya ülkeyi belirtmek için kullanılmaktadır*". Bkz. KRENZ Frank E., **International Enclaves and Rights of Passage, with Special Reference to the Case Concerning Right of Passage over Indian Territory**, Librairie Droz, Genève, 1961, s. 19. Genel olarak anklav kavramı için bkz. VERZIJL Jan Hendrik Willem, **International Law in Historical Perspective: State Territory**, vol. III, A.W. Sijthoff, Leyden, 1970, s. 443-454; ÇAMYAMAÇ, 2012, s. 36-41.

57 *D'Oliver Farran*, açıkça San Marino belirlemesi yapmaksızın, bu tür devletlerin büyük bir devletin ülkesiyle tamamen çevrili olması durumunun kaçınılmaz olarak çevreleyen devletin *de facto* bağımlılığı altına girildiği izlenimini doğurduğuna işaret etmiştir. Bkz. D'OLIVER FARRAN, s. 135. San Marino Floransa'nın doğusunda Adriyatik'e oldukça yakın İtalya'nın Forli, Pesaro ve Urbino vilayetleri arasında sıkışmış Apeninler zincirinde yer alan Titano Dağında konumlanmış minyatür bir devlettir. Bkz. HAVEN J. Emmerson, San Marino, **American Foreign Service Journal**, vol. 5/1, (January) 1928, s. 1-2; CATUDAL Honoré M Jr., The Plight of the Lilliputians: An Analysis of Five European Microstates, **Geoforum**, vol. 6/3&4, 1975, s. 188; KLIEGER, s. 121.

58 İtalyan devletinin dış ilişkileri bağlamında San Marino'ya müdahale etmediği bir gerçektir. Bu çerçevede, meselâ dönemin İtalyan Dışişleri Bakanlığı müsteşarı *Cattanei*'nin Helsinki Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansına San Marino ve Monako gibi minyatür devletlerin katılımına dair Dışişleri Komisyonu'nda gerçekleştirmiş olduğu açıklamaları örnek olarak gösterilebilir: "*San Marino ve Monako gibi küçük devletlerin eşit haklarla katılımı, her ne kadar bazen ertelemelere ve karışıklıklara yol açsa da, genelde çok taraflı tartışmalardan dışlanan devletlerin etkin çıkarlarına karşılık gelen inisiyatifleri oluşturmalarına izin verir şekilde tüm katılımcıların etkin eşitliğini garanti etmiştir*". Aynen aktarım için bkz. CAGGIANO Giandonato, Diplomatic and Parliamentary Practice, **Italian Yearbook of International Law**, vol. 2, 1976, s. 407-408.

59 Bkz. *supra* dipnot: 45. Öte yandan, bir yazar, *Fenwick,* ilginç bir biçimde San Marino'nun himaye altında olan bir devlet olması hususu bir kenara, ülkesel küçüklüğünden dolayı ege-

dostluk" (*protective friendship*) kavramından yola çıkarak San Marino'nun himaye altında devlet olduğu yorumunu yapmışlardır.[60] Tüm bu anlaşmaların tekrarladığı husus San Marino devletinin eskiden beri süregelen özgürlüğünün ve bağımsızlığının muhafazasında İtalyan Krallığının koruyucu dostluğunun başarısız kılınamayacağının kesin olduğu ve bu minvalde San Marino'nun başka hiçbir devletin dostluğunu kabûl etmeyeceği yönündedir. *Sereni* bu hükmün sadece iki devlet arasında korumaya ilişkin basit bir hüküm olduğunun, daha da önemlisi hukuken veya fiilen hiçbir zaman İtalyan Devletinin San Marino'ya müdahale etmediğinin altını çizmiştir.[61] Bakıldığında, 1939 tarihli Sözleşmenin 2. maddesinde İtalya ve San Marino arasında elçi ve konsolos akreditasyonun yapılabileceği, 3. maddesinde ise San Marino vatandaşlarının ancak San Marino'nun temsil edilmediği bir devletin ülkesinde gerek duyduklarında İtalyan konsoloslarının yardımını alacağının

---

men bir devlet addedilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. FENWICK Charles G., **International Law**, 4th Edition, Appleton-Century-Crofts, New York, 1965, s. 134 dipnot: 27. Ayrıca, bkz. *supra* dipnot: 30. Yine benzer şekilde, *D'Oliver Farran* da bazı yazarlar tarafından ülkenin minimum belirli bir büyüklüğü haiz olması gereğine vurgu yapıldığını aktarmıştır. Bkz. D'OLIVER FARRAN, s. 133-134.

60 İtalya ve San Marino ile gerçekleştirilen Dostluk Antlaşmalarının tarihleri şu şekilde sıralanabilir: 1862, 1872, 1892, 1897, 1939. Bkz. SERENI, s. 290.

61 Bkz. SERENI, s. 290. Ayrıca, San Marino'nun İtalya'nın birleşmesi hareketinden (*Risorgimento*) ayrık tutulduğunun da kanımızca bu konuda göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Öte yandan, *Mendelson* da San Marino için "koruyucu dostluğun" ülkesel bütünlüğünü ve siyasî bağımsızlığını korumasının bir yolu olduğunu belirtmiştir. Bkz. MENDELSON, s. 616. Bu çerçevede, San Marino'nun, tıpkı ele alınan diğer minyatür devletlerin de beceri sahibi olduğu gibi, oldukça iyi bir denge politikası izlediği belirtilmektedir. Bu konuda *Eccardt*, San Marino'nun birçok olayı önceden sezinleyip ona göre davrandığının ve doğru zamanda doğru dostlar edindiğinin altını çizmiştir. Bu çerçevede, yazar, San Marino'nun, 13. yüzyılda kendisine saldıran komşularından korunmak için Urbino Düklerinin korumasına girdiğini, Papaların düşmanı olan Urbino düklerinin son varisinin ölümünden 30 yıl öncesinde Papalık devletiyle anlaşma imzalayarak, son dük de öldüğünde Urbino topraklarının önemli bir bölümünü alan Papalık'ın kendi topraklarını almasının önüne geçtiğini, İtalya'nın birleşmesine ilişkin savaşların süregeldiği 19. yüzyılda ise önemli kahramanlardan birini korumak suretiyle İtalya birleşmesinden kendisini kurtardığını aktarmıştır. Bkz. ECCARDT Thomas, **Secrets of the Seven Smallest States of Europe: Andorra, Liechtenstein, Luxembourg, Malta, Monaco, San Marino and Vatican City**, Hippocrene Books, New York, 2005, s. 31. San Marino'nun birkaç günlüğüne saklanacak yer sağladığı kişi İtalyan Birleşmesinin en önemli ismi *Galibardi*'dir. San Marino, Galibardi'yi saklamasını İtalya Birleşmesinden muaf tutulma şartına bağlamak istemiş ve bunu da kabûl ettirtmiştir. Bkz. KLIEGER, s. 127.

düzenlendiği görülmektedir.[62] Ayrıca, 1939 tarihli Sözleşmenin son maddesini teşkil eden 58. maddenin üçüncü paragrafında tarafların sözleşmeyi sonlandırma hakkına yer verildiği görülmektedir.

Duursma ise, 1939 tarihli Sözleşme ile yaşanan sorunları gündeme getirip incelemiş, İtalya'nın baskısıyla 1953 yılında gerçekleştirilen Sözleşmenin tadilini[63] ele almıştır.[64] Bunun dışında, yazar, müteakip açıklamalarında San Marino'nun devlet olup olmamasını değerlendirmiş ve devlet olmanın dört temel unsurunu tek tek göz önüne alıp, özellikle sonuncusunu, yâni bağımsızlık (egemenlik) unsurunu birçok yönden analiz etmiş; bu çerçevede özellikle İtalya'nın baskısıyla gerçekleşen değişiklere işaret ederek üçüncü bir devletin gerçek bir kontrole sahip olmasından dolayı fiilî olarak bağımsızlığın kullanılamamasıyla ekonomik ve işlevsel bağımsızlıktan yoksunluk sebebiyle üçüncü devletin hukuka aykırı baskısına maruz kalınması durumunun birbirinden ayırt edilmesi gerektiğini belirtmiş[65] ve tüm bu değerlendirmeler sonucunda, bizim de katıldığımız üzere, San Marino'nun uluslararası hukuk bağlamında bir devlet olduğu sonucuna ulaşmıştır.[66]

İlâveten belirtilmelidir ki, 1939 Sözleşmesine ek getiren 1971 Anlaşmasıyla "koruyucu dostluk" kavramı tamamen terk edilmiş ve böylelikle, yeni düzenlemeyle İtalya'nın ebedî dostluk ve iyi komşuluk ilişkileri çerçevesinde San Marino'nun eskiden beri süregelen özgürlüğü ve bağımsızlığının muhafazasında işbirliği içinde olunacağı düzenlenmiştir ki; bu düzenleme, bazı yazarlarca, *haklı olarak*, uluslararası arenada tam ve hiçbir koşula bağlanmaksızın San Marino'nun egemenliği ve tarafsızlığının ispatı olarak mütalâa edilmektedir.[67]

---

62 1939 tarihli Antlaşmanın İngilizce metni için bkz. "Treaty of Friendship and Bon Voisinage between Italy and San Marino", **British & Foreign State Papers**, vol. 143, 1939, s. 537-554.

63 San Marino'nun ülkesinde kumarhane kurmasını yasaklayan, yerleşik olmayan İtalyan vatandaşlarının boşanmalarını engelleyen, yine ülkesinde radyo ve televizyon istasyonu kurma hakkından feragat eden hükümler içeren bu yeni düzenlemelerde, İtalya da karşılık olarak Rimini-San Marino arasında demiryolu inşa etmeyi yükümlenmiştir.

64 Bkz. DUURSMA Jorri C., **Fragmentation and the International Relations of Micro-States: Self-Determination and Statehood**, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, s. 223-227.

65 Burada işaret edilen 1949 ilâ 1951 yılları arasında yaşanan ve 1939 tarihli Sözleşmede yukarıda da belirtilen (*supra* dipnot: 63) değişikliklerin getirilmesiyle sonuçlanan süreçtir.

66 Bkz. DUURSMA, s. 255-259.

67 Bkz. GUIDI, *San Marino*, paragraflar: 11-12.

Öte yandan, klâsik anlamda bir Anayasayı haiz olmayan San Marino'nun[68], bunun yerine mevcut 1974 tarihli "*Vatandaşların Hakları ve San Marino'nun Hukukî Düzeninin Temel İlkelerine Dair Bildiri*" adlı 59 Sayılı ve 8 Temmuz 1974 tarihli düzenlemesinin[69] 1. maddesinde San Marino'nun uluslararası hukukun genel ilkelerini kendi yasal düzeninin ayrılmaz bir parçası olarak tanıdığı, devletler arası uyuşmazlıkların çözümünde savaşı bir çözüm yolu olarak reddettiği, uluslararası insan hakları sözleşmelerini taahhüt ettiği ve siyasî sığınma hakkını hâkim kıldığı düzenlenirken, 2. maddede ise San Marino Cumhuriyeti'nin egemenliğinin San Marino halkına ait olduğu hükmüne açıkça yer verilmiştir.

B- Monako

Monako'nun ise, Fransa ile arasındaki karmaşık ilişki sebebiyle egemen bir devlet olup olmadığı konusunun tartışmaya sebep olduğu gözlenmektedir.[70] Bu tartışmaların temelini, 1918 tarihinde Fransa ve Monako arasında akdedilmiş olan[71] ve 1919 tarihli Versailles Barış Antlaşmasında da onayla-

---

68 Bkz. DUURSMA, s. 211; ÇINARLI & ÇAMYAMAÇ, s. 17.

69 Bkz. "*Law no: 59 of 8 July 1974: Declaration of Citizens' Rights and of the Fundamental Principles of the San Marinese Legal Order*", via http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un-dpadm/unpan040713~1.pdf (ziyaret tarihi: 05/04/16).

70 Meselâ, bu kapsam dâhilinde, *Brierly*'nin, Monako'yu Fransa'nın himayesi altında bir devlet olarak mütalâa ettiğini belirtmekte yarar vardır. Bkz. BRIERLY, s. 136. *Guidi* ise, Monako için, Fransa ile girilen özel bu anlaşmalar sebebiyle zayıflatılmış bir egemenlikten (*weakened sovereignty*) bahsetmektedir. Bkz. GUIDI Guido, Monaco, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 paragraf 2 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 04/10/10). Ayrıca, bkz. *infra* dipnot: 77. *Schindler* ise, Monako'nun genellikle "himaye altında devlete benzer" (*quasi-protectorate state*) bir devlet olarak nitelendirildiğine dikkat çekmiştir. Bkz. SCHINDLER Dietrich, Monaco, **Encyclopedia of Public International Law: Geographic Issues**, vol. 12, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1990, s. 227. *Starke* ise, Monako'yu, uluslararası hukuk süjeleri bağlamında bir ara sınıf olarak "devlet benzeri birim" (*state-like entity*) şeklinde mütalâa etmiştir. Bkz. STARKE Joseph Gabriel, **Introduction to International Law**, 10th Edition, Buttersworth, London, 1989, s. 114. Türk doktrininde *Altuğ* ise, henüz Fransa ile 2002 yılındaki anlaşma akdedilmemişken, Monako'yu himaye altında devletler başlığında incelemiş ve Monako'nun süregelen bir himaye anlaşması imzalamış olduğunu aktarmıştır. Bkz. ALTUĞ Yılmaz, **Devletler Umumi Hukuku**, Onuncu Baskı, Çağlayan Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 43. Paralel şekilde bkz. MERAY, s. 162.

71 Bundan önceki dönem(ler)e ilişkin olarak ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. VERZIJL, vol. II, s. 459-461; DUURSMA, s. 262-264

nan[72] "*Fransa Cumhuriyeti ve Monako Prensliği Arasındaki Mevcut İlişkileri Pekiştiren Fransa ve Monaco Arasındaki Antlaşma*" oluşturmaktadır.[73] Bu antlaşmanın 1. maddesinde Fransa'nın, Monako Prensliğinin bağımsızlığının ve egemenliğinin savunmasını güvence altına alacağı ve ülkesel bütünlüğünü Fransa ülkesinin bir parçasıymış gibi garanti edeceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise Monako Prensinin egemenlik haklarını Fransa'nın siyasî, askerî, donanmasal ve ekonomik çıkarlarıyla tam bir uyum içerisinde kullanacağı belirtilmiştir. Söz konusu Antlaşmanın ikinci maddesinde Monako'nun uluslararası ilişkilerine dair hususların iki devlet arasında önceden gerçekleştirilecek istişareye tâbi olacağı, aynı durumun tahtın varisleri için de söz konusu olduğu ve tahtın varislerinin ancak Monakolu ya da Fransız olabileceği hükmü yer almıştır. Üçüncü maddedeyse Monako Prensinin veya varislerinin bir başka devlet lehine Monako'yu Fransa'ya yabancılaştırmayacakları taahhütü getirilmişken, tahtın boş kalması (varisi bulunamaması) durumunda Monako'nun Monako Devleti adı altında özerk devlet statüsüyle Fransız himayesi altına gireceği (*under the protectorate of France*) düzenlenmiştir.

Tüm bu düzenlemeler bir bütün hâlinde ele alındığında görüldüğü üzere, Monako'nun himaye altında olan devlet statüsüyle karşılaşması ancak tahtın boş kalması (yâni varis bulunamaması) durumunda söz konusu edilmiş, diğer düzenlemelerde ise Fransa'nın Monako'nun bağımsızlığının ve egemenliğinin savunulmasını ve ülkesel bütünlüğünü garanti edeceği bir yanda düzenlenmişken, beri tarafta diplomatik ilişkilerde sadece önceden istişare gerçekleştirileceği öngörülmüştür. Daha açık ifade etmek gerekirse, Monako'nun diğer devletlerle diplomatik ilişkiye girmesi doğrudan yasaklanmamıştır. Nitekim, *Verzijl* Monako'ya ilişkin değerlendirmelerinde, Monako'nun her zaman egemen bir devlet olarak tanındığına işaret etmiştir.[74] Öte yandan, *Grinda* Monako'nun devlet olma unsurlarını taşıdığını ifade ederek günümüzde bağımsız bir devlet olarak tanındığını belirtmektedir.[75]

---

72 1919 tarihli Versailles Barış Antlaşması m. 436.

73 İlgili bu antlaşmanın metni için bkz. "Treaty Establishing the Relations of France with the Principality of Monaco", **United Nations-Treaty Series**, vol. 981, no: 734, 1975, s. 364-367 veya "Treaty between France and Monaco Confirming the Relations Existing between the French Republic and the Principality of Monaco", **British & Foreign State Papers**, vol. 111, 1917, s. 727-728.

74 Bkz. VERZIJL, vol. II, s. 461.

75 Belirtilmelidir ki, *Grinda* devlet olmanın üç temel unsurundan bahsetmektedir. Fransız İs-

Monako'nun Fransa ile 2002 tarihinde gerçekleştirdiği ve yukarıda anılan 1918 tarihli Antlaşmadaki öngörülen düzenin de yerini alan son anlaşma konumundaki "Monako Prensliği ve Fransız Cumhuriyeti Arasında Dostluk ve İşbirliği İlişkilerinin Kabûlü ve Onayı Amaçlı Antlaşma"nın (*Treaty Intended to Adapt and to Conform the Relations of Friendship and Cooperation between the Principality of Monaco and the French Republic*)[76] girişinde klâsik olarak önceki diğer antlaşmalarda yer verilen "korumacı dostluk" (protectoral friendship/*amitié protectrice*) ibaresi kullanılmamış, bunun yerine "geleneksel dostluk" (*traditional friendship/amitié traditionnelle*) kavramı tercih edilmiştir.[77] Ötesinde, söz konusu Antlaşmanın 1. maddesinde Fransa tarafından Monako'nun bağımsızlığının ve egemenliğinin savunmasına güvence verileceği, Monako ülkesinin bütünlüğünün garanti edileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Nitekim uluslararası hukuk doktrininde, yazarların Monako'nun egemen bir devlet olduğuna işaret ettiği gözlenmektedir.[78]

Tüm bu anlatılanlara ilâveten, 17 Aralık 1962 tarihli Monako Anayasası'nın[79] 1. maddesinde Monako Prensliğinin uluslararası hukuk genel ilkeleri ve Fransa ile imzalanan belirli sözleşmeler çerçevesinde egemen ve bağımsız bir devlet olduğu, ülkesinin ise devredilmez (*inalienable*) olduğu belirtilmiştir.

---

tinaf Mahkemesi kararından yola çıkarak bu unsurları "özerk bir ülke", "süreğen bir nüfus" ve "kamu güçlerinin örgütlenmesi" olarak saymaktadır. Öte yandan, yazar, Monako'nun statüsünün yüzyıllardır ikili anlaşmaların konusunu teşkil ettiğinin ve bu anlaşmalarda, her ne kadar Monako'yu Fransa'nın askerî koruması altına sokan hükümlere yer verilmiş olsa da, her daim Monako'nun bağımsızlığının ve egemenliğinin garanti edildiğinin altını çizmiştir. Ayrıca, Grinda, 28 Mayıs 1993 tarihinde Monako'nun Birleşmiş Milletler'in 183. üyesi olarak kabûl edilmesini Monako'nun uluslararası alanda tanınmasının onayı olarak nitelemiştir. Bkz. GRINDA Georges, **The Principality of Monaco: State, International Status, Institutions** (translated & edited by Duursma), T.M.C. Asser Press, The Hague, 2006, s. 7-9.

76 Bu Antlaşmanın resmî olmayan İngilizce çevirisi için bkz. GRINDA, s. 194-197.

77 Öte yandan, *Guidi*, bu düzenlemenin Monako'nun himaye altında devlet konumunu sonlandırmak için yeterli olmadığını belirtmektedir. Bkz. GUIDI, *Monaco*, paragraf: 10.

78 Bkz. VERZIJL, vol. II, s. 418 ve 461; O'CONNELL, s. 290-291; SCHNEIDER, *Monaco*, s. 227; LOWE, s. 156. Ayrıca, bkz. CATUDAL, s. 188.

79 2002 değişikliklerinin yansıtıldığı 1962 tarihli Monako Anayasası'nın İngilizce metni için bkz. GRINDA, s. 171-193.

C- Liechtenstein

Liechtenstein'ın uluslararası hukuk açısından devlet olup olmadığına dair dile getirilen sorunlar uluslararası antlaşmalar marifetiyle İsviçre ile kurmuş olduğu ilişkiye dayanmaktadır. Gerek uluslararası, gerek ulusal düzeydeki birçok alanda İsviçre'ye yetkiler vermiş olan Liechtenstein'in gerçek anlamda egemen bir devlet olup olmadığı tartışılabilir. Bu konuda *Raton* oldukça ikna edici bir biçimde Liechtenstein'in durumunu ortaya koymuştur.[80] Bu çerçevede, öncelikle Liechtenstein'in yetkilerinin kullanımı sınırlandırılmış bir devlet olup olmadığını ele alan yazar, bir dizi anlaşma marifetiyle İsviçre'ye yakınlaşarak oldukça hassas konularda dahi yetkilerinin kullanımını ciddî biçimde sınırlandırdığına işaret etmiştir. Örnek olarak ise, diğer devletlere mevcudiyetini gösteren diplomatik servisin sadece Bern büyükelçiliğiyle sınırlandırılmış olduğunu ve bu konuda İsviçre'ye güvenildiğini göstermiştir. Yine, Liechtenstein'in diğer devletlerle antlaşmalar yapma hakkını haiz olmasına karşılık, İsviçre ile ilişkilerinde iyiniyetini göstermek adına bu hakkından genelde imtina ettiğini dile getirmiştir. Raton, yargı açısından kapitülasyonlara benzer bir sistemin İsviçre lehine oluşturulduğunu ve sembolik altın para haricinde para basma hakkından da feragat edildiğini dile getirmiştir. Bu konuda en son iki devlet arasında gümrük birliği kuran 1923 tarihli Antlaşmayı[81] değerlendiren Raton, burada da anlaşma metninin Liechtenstein'in adeta İsviçre'nin bir kantonuymuşçasına oluşturulduğuna dikkat çekmiştir. Ancak, yazar tüm bu kısıtlamaların Liechtenstein tarafından gönüllü bir biçimde ve uluslararası anlaşmalarla sağlandığını ve her zaman geri alınabileceğini, esasen bakıldığında ancak egemen bir devletin bu şekilde davranabileceğini iddia etmiştir.[82] Bunu da desteklemek üzere, İsviçre Hükûmet temsilcisinin söz konusu antlaşmanın süreli olması ve Prensliğin bu antlaşmayı sonlandırma ve *ipso facto* tüm sınırlandırılan haklarını tekrar kendisi açısından tesis edebilmesi sebebiyle Liechtenstein'in egemenliğin-

---

80 *Raton*'un tüm bu açıklamaları için bkz. RATON, s. 95-101. Raton'un açıklamalarına paralel ayrıca bkz. D'OLIVER FARRAN, s. 140-142.

81 Bu antlaşmanın metni için bkz. "Treaty between Principality of Liechtenstein and the Switzerland Concerning the Union of the Latter with Swiss Customs Territory", **League of Nations-Treaty Series**, Cilt: 21, No: 545, 1924, s. 243-261.

82 Bu durum, Liechtenstein'in durumunu irdeleyen diğer yazarlar tarafından da *haklı olarak* vurgulanmıştır. Bkz. SCHINDLER Dietrich, Liechtenstein, **Encyclopedia of Public International Law: Geographic Issues**, vol. 12, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1990, s. 220-221; KELLER Lucy, Liechtenstein, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 paragraf: 3 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 08/10/10).

den kısmî bir terk edilişten dahi bahsedilemeyeceği yönlü açıklamasına yer vermiştir. Raton bundan sonra ise, Liechtenstein'in bağımsız bir devlet olduğunu belirterek, bunu da sonraki tarihli gerçekleştirdiği sınırlara ilişkin anlaşmalar ve iade antlaşmalarına, daha da önemlisi uluslararası örgütlere üye olarak kabûl edilmesine dayandırmıştır.

Raton'un açıklamaları bir kenara, yukarıda da değinildiği üzere, Milletler Cemiyeti'ne üyelik başvurusu değerlendirilip reddedilirken, Liechtenstein'in egemenliği tartışılmamış, sadece oldukça küçük yapısından ötürü Milletler Cemiyeti üyeliğinin gereklerini yerine getiremeyeceği ifade edilmiştir.[83] Daha da ötesinde, İsviçre öncesi yakınlaşılan Avusturya ile de bağların koparılması, Liechtenstein'in bağımsızlığına dair bir delil olarak mütalâa edilebilecektir.[84]

Son olarak, 1921 tarihli Liechtenstein Anayasası'nın 1. maddesinde Liechtenstein'in 11 komün ile iki bölgeden oluşan bir *devlet olduğu*nun, sınırları dâhilinde ikamet eden halkın barış ve özgürlük içinde yaşamasını muktedir kılacak bir ilkeye dayandığının belirtildiğine dikkat çekilmelidir.[85]

D- Andora

Fransa ve İspanya arasındaki Pirene Dağlarında konumlanmış Andora'nın, uzun bir süre uluslararası hukuk doktrini tarafından devlet olma niteliğinin ciddî biçimde sorgulandığı görülmektedir.[86] 1990'lara kadar

---

83 Bkz. *supra* dipnot: 7. Öte yandan, Liechtenstein başta olmak üzere, San Marino ve Monako'nun uluslararası örgütler nezdinde ilerleyişleri de oldukça dikkat çekicidir. Bu konuda kısa ancak oldukça aydınlatıcı açıklamalar için bkz. BARTMANN, s. 542-546.

84 Aynı minvalde bkz. RATON, s. 67.

85 Bkz. "*Liechtenstein Constitution*" 2013 Edition via http://hrlibrary.umn.edu/research/liechtenstein-constitution.pdf (son ziyaret tarihi: 17/09/19).

86 Bu konuda bkz. ROUSSEAU Charles, Les vallées d'Andorra: une survivance feodale dans le monde contemporain, in **Symbolae Verzijl**, edited by van Asbeck *et al*., Martinus Nijhoff, La Haye, 1958, s. 337-346; D'OLIVER FARRAN, s. 135-138; CRAWFORD James, The International Status of the Valleys of Andorra, **Revue de droit international, de sciences, diplomatiques et politiques**, vol. 55, 1977, s. 258-272. Yine *Schindler* örneğin Andora'nın devlet, hattâ uluslararası hukuk süjesi olarak dahi kabûl edilmediğini belirtmiştir. Bkz. SCHINDLER Dietrich, Andorra, ***Encyclopedia of Public International Law: Geographic Issues***, vol. 12, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1990, s. 9. Öte yandan, *Bos*, Schindler'in 1960 yılındaki bir eserinde Fransız-Urgel kondominyumundan bahsettiğini belirtmektedir. Bkz. BOS, s. 65. Schindler'e paralel şekilde Fransız Montpellier İstinaf Mahkemesi (*Montpellier Court of Appeal*) 23 Temmuz 1952 tarihinde verdiği kararda Andora'nın egemen bir devlet veya uluslararası hukuk ki-

1200'lü yılların ürünü bir statü ile varlığını sürdürmeye çalışan Andora bu çerçevede genelde kondominyum[87] olarak nitelendirilse de[88], buna dahi karşı çıkan yazarlar olduğu görülmektedir.[89] Kısaca özetlemek gerekirse, Andora,

---

şisi olmadığını belirtmiştir: "*Andorre constitue, non un Etat souverain ou une personne de droit international, ….*". Bkz. ROUSSEAU, s. 343; BOS, s. 65 dipnot: 13. Ayrıca, bkz. D'OLIVER FARRAN, s. 137. En ilginç tariflerden biri Andora'nın "feodal bir müstemleke" (*a feodal dependency*) olduğunu belirten *O'Connell* tarafından ortaya konulmuştur. Bkz. O'CONNELL, s. 291.

87 Uluslararası hukukta kondominyum *iki veya daha fazla devlet tarafından ortak olarak üzerinde hükûmetsel otoritenin kullanıldığı bir ülke olarak* tanımlanmaktadır. Bkz. MORRISON Fred L., Condominium and Coimperium, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 paragraf: 1 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 04/10/10). Benzer bir tanım için bkz. GAMBOA Melquiades J., A **Dictionary of International Law and Diplomacy**, Phoenix Press, Quezon City, 1972, s. 42. Uluslararası hukukta kondominyum müessesesine dair ayrıntılı değerlendirme ve açıklamalar için bkz. VERZIJL, vol. III, s. 429-443; SCHNEIDER Peter, Condominium, **Encyclopedia of Public International Law: States-Responsibility of States-International Law and Municipal Law**, vol. 10, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1987, s. 58-60; BANTZ Vincent P., The International Legal Status of Condominia, **Florida Journal of International Law**, vol. 12/1, 1998, s. 77-152; BROWNLIE, s. 113-114; BOCZEK, s. 212-213; MORRISON, *ibid.*

88 Fransız Mahkemelerinin Andora'yı Fransa ve İspanya arasında bir kondominyum olarak değerlendikleri aktarılmaktadır. Bkz. SCHNEIDER, s. 58. İlâveten, bazı hükûmet belgelerinde de kondominyumdan bahsedildiği görülmektedir. Bkz. ROUSSEAU, s. 342. Doktrinde özellikle 1993 öncesi dönem açısından değerlendirmelere bakıldığında bazı yazarlarca da açıkça Andora'nın kondominyum statüsünü haiz olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda meselâ bkz. DETTER Ingrid, **The International Legal Order**, Dartmouth Publishing Company, Cambridge, 1994, s. 85. *Boczek* ise, Andora'nın içinde bulunduğu hukukî statüyü "kondominyum benzeri ortaçağ feodal kurumu" (*medieval feudal institution similar to condominium*) olarak nitelendirmiştir. BOCZEK, s. 212. *Martens* de Andora'nın durumunu "özel bir kondominyum" (*special kind of condominium*) olarak tarif etmiştir. *Martens*'den aynen nakil için bkz. VERZIJL, vol. III, s. 3. *Verzijl*'in kendisi ise, Andora'yı "hâlihazırda mevcut co-imperium benzeri" (*a still existing co-imperium-like*) bir birim (feodal fosil) olarak nitelendirmiştir. Bkz. *ibid*., s. 431.

89 Bkz. SCHINDLER, *Andorra*, s. 9 (ayrıca, bkz. *supra* dipnot: 88); MORRISON, paragraf: 7. *Farré* ise, Andora'yı uluslararası toplumun ayrı veya özel bir birimi olarak mütalâa etmiştir. Bkz. FARRÉ Ramón Viñas, Andorra, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 paragraf: 1 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 04/10/10). Öte yandan, sadece kondominyum değil, bazı yazarlar Andora'nın himaye altında olan devlet (*protectorate*) olduğunu da ileri sürmüşlerdir. Meselâ, bkz. MERAY, s. 161; BRIERLY, s. 136. Yine bu yönlü bir değerlendirmenin *François* tarafından da gerçekleştirildiği belirtilmektedir. Nakil için bkz. BOS, s. 65. Bunlara ilâveten, 1992 tarihli *Drozd ve Janousek Dâvası*'nda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de açık bir biçimde Andora'nın

1278 yılındaki paréage'ye[90] dayanan ve zaman içerisinde yönetiminin İspanyol Urgel Başpiskoposu ile Fransa Cumhurbaşkanı arasında paylaşıldığı ülkesel bir birim olarak varlığını sürdürmüştür.[91] Tam da bu noktada, uluslararası hukuk doktrininden bazı yazarlar, belirtildiği üzere, Urgel Başpiskoposunun bir devlet teşkil etmemesi, hattâ Fransa Cumhurbaşkanın dahi Fransa adına değil kendi adına bu ödevi sürdürmesinden bahisle, daha açık ifade etmek gerekirse egemen olmayan birimler tarafından yönetimin paylaşıldığı iddiasıyla Andora'nın gerçek bir kondominyum teşkil etmediğini ileri sürmüşlerdir.

Andora'nın uluslararası hukuktaki bu tartışmalı durumu 1993 yılında tamamen değişmiş[92], bu tarihte Fransa, İspanya ve Andora arasında akdedilen *İspanya Krallığı, Fransız Cumhuriyeti ve Andora Prensliği Arasında İyi Komşuluk, Dostluk ve İşbirliğine Dair Antlaşma*nın[93] 1. maddesinde İspanya

---

bir Fransız-İspanyol kondominyumu teşkil etmediğini belirtmiştir. Bkz. "Judgment of the Case of Drozd and Janousek v. France and Spain", European Court of Human Rights (Application no. 12747/87), Strasbourg, 26 June 1992, s. 23 paragraf 89 via https:// hudoc.echr.coe.int/ eng#{"fulltext": ["case%20drozd"],"documentcollectionid2": ["GRANDCHAMBER", "CHAMBER"],"itemid":["001-57774"]} (son ziyaret tarihi: 11/11/19).

90 *Paréage* feodal hukuk düzeninde, iki veya daha fazla derebeyi için belirli bir ülke üzerinde hukuken eşitlik ve bölünmezlik içinde feodal bir ortaklık tesis eden sözleşme olarak ifade edilebilir. (*Le paréage est un contrat de droit féodal d'association entre deux ou plusieurs seigneurs, leur assurant une égalité de droits et une possession en indivision sur une même terre*). Bununla beraber, *D'Oliver Farran*, bu konuda önemli bir inceleme gerçekleştiren Roca'nın bu belgenin uluslararası bir hakemlik kararı olarak görülebileceğine işaret ettiğini aktarmıştır. Bkz. D'OLIVER FARRAN, s. 136 dipnot: 25.

91 Andora üzerindeki düzenin tarihî gelişimine dair bkz. ROUSSEAU, s. 337-339; DUURSMA, s. 317-320. Ayrıca, bkz. BOS, s. 64-65. İlâveten, Andora'nın tarihine dair ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. KLIEGER, s. 26-34.

92 Bu konuda 1981 tarihinden itibaren ciddî birtakım gelişmelerin söz konusu olduğu ifade edilmektedir. *Farré*, gerek 1981 öncesi ve sonrası gelişmeleri, gerek 1993 tarihli Anayasadaki bu yönlü düzenlemeleri oldukça ayrıntılı bir biçimde değerlendirmiştir. Bu çerçevede, özellikle tarihî açıdan Andora'nın hukukî statüsüne dair gelişmeler bağlamında, daha ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. FARRÉ Ramón Viñas, Andorran Diplomatic Practice, Treaties and Other International Agreements to Which Andorra Is a Party, **Spanish Yearbook of International Law**, vol. 4, 1995/96, s. 241-273. Ayrıca, bkz. FARRÉ, 2010, özellikle paragraflar: 6-7 ve 10.

93 Üç devlet arasında 3 Haziran 1993 tarihinde akdedilen ve 1 Aralık 1994 tarihinde yürürlüğe giren Antlaşmanın İngilizce metni için bkz. "Treaty of Good Neighbourliness, Friendship and Cooperation between the Kingdom of Spain, the French Republic and the Principality of Andorra", **United Nations-Treaty Series**, vol. 1872, no: 31980, 1995, s. 196-198.

Krallığının ve Fransız Cumhuriyetinin Andora Prensliğini egemen bir devlet olarak tanıdıkları hükmü kendisine yer bulmuştur.[94] Müteakip maddede ise, İspanya ve Fransa'nın Andora ile diplomatik ilişki tesis edeceği hükmü yer alırken, m. 3'te İspanya ve Fransa'nın Andora'nın egemenliğine, bağımsızlığına ve ülkesel bütünlüğüne saygı gösterecekleri düzenlemesinin getirildiği görülmektedir.

Öte yandan, bu Antlaşma sonrası, Andora, Anayasasını da yenilemiş ve böylelikle söz konusu Antlaşmayla da uyumlu hâle getirmiştir.[95] Bu itibarla, 1993 tarihli Andora Anayasası'nın giriş kısmı "*Andora Halkı, tam bir özgürlük ve bağımsızlıkla ve kendi egemenliğini kullanarak …*" şeklinde başlatılmışken, "*Egemenliklerini kullanmak suretiyle Anayasayı onaylarlar*" biçiminde sonlandırılmıştır. Yine, söz konusu Anayasanın ilk maddesinde ise, *Andora' nın hukukun üstünlüğüne riayet eden demokratik ve sosyal bağımsız bir devlet* olduğu açıkça düzenlenmiştir. Tüm bunlar, Andora'nın, 1993 öncesi durum ne olursa olsun ve o döneme ilişkin tartışmalar bir yana, egemen bir devlet olduğunun kabûlünü gerektirmektedir.[96]

---

94 Söz konusu Antlaşmanın girişinde ise "*Andora Prensliğinin komşu devletlerle geleneksel dengeli ilişkilerinde sürdürdüğü eşitlik ruhunu dikkate alarak*" ibaresinin de gözden kaçırılmaması gerekmektedir.

95 1993 tarihli Andora Anayasası'nın İngilizce metni için bkz. "*Andorran Constitution of 1*993" via https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ad/ad001en.pdf (son ziyaret tarihi: 10/07/19).

96 *Duursma* ise, Andora'nın uluslararası hukuk bağlamında devlet olup olmadığını, dört temel unsur çerçevesinde değerlendirirken, özellikle son unsur, yâni bağımsızlık (egemenlik) unsuru dâhilinde dört soruyu gündeme getirmiştir. Bunlardan ilki, Posta Birliği Antlaşmasının Andora'nın kendisi tarafından tek taraflı feshedilememesi iken, ikincisi diplomatik temsile ilişkindir ki, yazar burada Andora'nın serbestçe hareket edeceğine ve diğer devletlerin de buna saygı göstereceğine vurgu yapmıştır. Üçüncü husus, Andora'nın idaresindeki yabancı iki prensin ortak yönetiminin Antlaşmada ve Anayasada belirli seviyede korunmuş olmasıdır. Son husus ise, Andora'nın İspanya'nın ve Fransa'nın güvenliklerine ilişkin iç ve dış çıkarlarını gözeteceğine dair hükme ilişkindir. Buna rağmen, yazar 1993 tarihli Antlaşma ile Andora'nın resmî bağımsızlığının garanti altına alınmış olduğunu, gerçek anlamda bağımsızlığın ise gelecekte stabil hâle geleceğini vurgulamıştır. Tüm bu açıklamaları sonrası, *Duursma*, bizim de kabûl ettiğimiz üzere, Andora'nın, hukuken, 1993 tarihli Antlaşma ile devlet hâline geldiğine işaret etmiştir. Bkz. DUURSMA, s. 366-371.

E- Vatikan

Ele alınan beş minyatür devletten en farklısı ve statüsü belki de en tartışmalı olanı Vatikan olmaktadır. Bu çerçevede, birçok yazarın Vatikan'ı bir devlet olarak değil, *sui generis* bir uluslararası hukuk kişisi olarak nitelendirdiği görülmektedir.[97] Bunun nedeni, 1870 ilâ 1929 yılları arasında yaşanan döneme kayıtlanmaktadır. 1870 yılında İtalya birliğini sağlarken, son raddede Roma'yı tamamen alarak Papalık devletini ortadan kaldırmıştır. Ancak, ülkesini ve halkını kaybetmiş olan Kutsal Taht (*Holy See*)[98], buna

---

97 Bu itibarla, uluslararası hukuk doktrinde birçok yazar, Vatikan'ı bir devlet değil, *sui generis* bir hukuk süjesi olarak nitelendirmektedir. Vatikan'ı devlet olarak nitelendirmeyen görüşler için bkz. VALLIER Ivan, The Roman Catholic Church: A Transnational Actor, **International Organization**, vol. 25/3, 1971, s. 485 (yazar, Vatikan'ın hiçbir biçimde ulus devlet olarak nitelendirilemeyeceğinin altını çizmiştir); ABDULLAH Yasmin, The Holy See at United Nations Conferences: State or Church?, **Columbia Law Review**, vol. 96/5, 1996, s. 1860-1868, özellikle s. 1867; WALLACE, s. 74; BATHON Matthew N., The Atypical International Status of the Holy See, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, vol. 34/3, 2001, s. 609-617; BROWNLIE, s. 64; ACQUAVIVA Guido, Subjects of International Law: A Power-Based Analysis, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, vol. 38/2, 2005, s. 353-357, özellikle s. 356-357; BAŞLAR Kemal, **Uluslararası Hukukta Hükümetler Dışı Kuruluşlar: Vestfelya-Sonrası Süreçte Küresel Sivil Toplum**, Nobel, Ankara, 2005, s. 180-182. Kutsal Taht'ın *sui generis* niteliğinin ayrıntılı tartışılması için ayrıca bkz. MALUWA Tiyanjana, The Holy See and the Concept of International Legal Personality: Some Reflections, **Comparative & International Law Journal of Southern Africa**, vol. 19/1, 1986, s. 1-26. *Arangio-Ruiz* ise, bu denklemde en ilginç öneriyi ortaya koymaktadır. Yazara göre, Vatikan Şehir Devleti, Kutsal Taht'ın sadece bir organını teşkil etmektedir. Bkz. ARANGIO-RUIZ Gaetano, On the Nature of the International Personality of the Holy See, **Revue belge de droit international**, vol. 29/2, 1996, s. 366-367. Öte yandan, *Cismas* ise, Kutsal Taht ve Vatikan Şehir Devleti'ni uluslararası hukuk açısında aynı hukukî statüyü paylaşan (tek hukukî kişilik) bir yapı (*a construct*) olarak nitelendirirken, Kutsal Taht'ın dinî meşrûluğun tarihî açıdan tanınmasını temsil ederken, Vatikan Şehir Devleti'nin ise Latran Antlaşmasıyla devlet benzeri bir yapı olduğunu belirtmiştir. Bkz. CISMAS Ioana, **Religious Actors and International Law**, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 159.

98 Katolik Kilisesi'nin yürütme organı olarak nitelendirilen "Kutsal Taht", "Papalık" olarak da adlandırılabilir. Bkz. PAZARCI, II. Kitap, 1999, s. 107; BAŞLAR, s. 180. "Kutsal Taht" veya "Papalık", çalışmada, ancak gerektiği yerlerde kullanılacaktır. Bu eserde Vatikan Şehir Devleti kıstas alınmıştır ve kısaca Vatikan olarak ifade edilecektir. Öte yandan, Kutsal Taht'ın anlamına dair bkz. WESTDICKENBERG Gerd, Holy See, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 paragraf: 1 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 04/10/10). Ayrıca, bkz. BATHON, s. 598 dipnot: 1. Resmî olarak bakıldığında, Kutsal Taht/Papalık olarak birçok antlaşmaya taraf olan veya antlaşma akdeden Vatikan, ülkesel nitelikli antlaşmalarda (meselâ Dünya Posta Birliği Antlaşmasında) Vatikan Şehir Devleti olarak taraf olmaktadır. Bkz. via http://www.upu.int/en/the-upu/

karşılık sadece uluslararası hukuk süjelerine atfedilebilen bazı faaliyetleri gerçekleştirmeyi sürdürmüştür. Bu çerçevede, Kutsal Taht'ın uluslararası hukuk kişiliğini sürdürdüğünü gösteren ve böylelikle de uluslararası hukuk kişiliğinin kanıtlarını teşkil eden faaliyetler arasında bir yanda o dönemde bazı devletlerin Papa nezdinde elçi bulundurması ve Kutsal Taht'ın da bazı devletler nezdinde elçi ataması (aktif ve pasif elçilik hakkı) yer alırken, diğer yanda ise Kutsal Taht'ın gerçekleştirdiği ve temelde Konkordat[99] adı verilen ikili anlaşmalar olmak üzere Papalık'ın diğer devletlerle akdettiği anlaşmalar yer almaktadır.[100]

1929 yılına gelindiğinde, Avrupa'daki büyük devletlerin de çabalarıyla bu anomaliyi sonlandırmak[101] ve uluslararası hukuk açısından düzene sokmak adına Musolini İtalya'sı kendi konjonktürüne de uygun olması

---

member-countries.html#v (son ziyaret tarihi: 13/08/19). Bu konuda ayrıca, bkz. RYNGAERT Cedric, The Legal Status of the Holy See, **Goettingen Journal of International Law**, vol. 3/3, 2011, s. 844-849.

99 Kutsal Taht, konkordatlarla birlikte diğer uluslararası antlaşmaları da gerçekleştirebilmektedir. Bu çerçevede, *Arangio-Ruiz*, öngördükleri hak ve yükümlülüklerin dışında konkordatların da uluslararası bir antlaşma olduğunu vurgulamıştır. Bkz. ARANGIO-RUIZ, s. 365. Benzer şekilde, bkz. KUNZ Josef, The Status of the Holy See in International Law, **American Journal of International Law**, vol. 46/2, 1952, s. 310. Konkordatlar hakkında daha ayrıntılı değerlendirme ve açıklamalar için bkz. PLÖCHL Willibald M., Reflections on the Nature and Status of Concordats, **The Jurist**, vol. 7/1, 1947, s. 10-44; EHLER Sidney Z., The Recent Concordats, **Recueil des cours**, vol. 104, 1961-III, 1961, s. 1-68; KÖCK Heribert Franz, Concordats, **Encyclopedia of Public International Law: History of International Law-Foundations and Problems of International Law-Sources of International Law-Law of Treaties**, vol. 7, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1984, s. 44-47. Ayrıca, bkz. RYNGAERT, s. 941-945.

100 Bu konuda meselâ bkz. KUNZ, s. 310; FENWICK Charles G., The New City of the Vatican, **American Journal of International Law**, vol. 23/2, 1929, s. 372; D'OLIVER FARRAN, s. 138; O'CONNELL, s. 289; MALUWA, s. 3.

101 Bkz. HINSLEY Francis Harry, **Sovereignty**, 2nd Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 1986, s. 205. Bilindiği üzere, doktrin tarafından 20. yüzyılın başında uluslararası hukukun tek süjesinin devletler olduğu ifade edilmekteydi. Meselâ, bkz. OPPENHEIM Lassa, **International Law: A Treatise**, vol. I (Peace), 2nd Edition, Longman, Green & Co., London, 1912, s. 19. Yine belirtmek gerekir ki, 1927 tarihli Bozkurt-Lotus Dâvası'nda ise, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı *uluslararası hukuk bağımsız devletler arasındaki ilişkileri yönetir* şeklinde bir belirlemeye gitmek suretiyle konuya dair açık bir vurgu yapmıştır. Bkz. "The Case of the S.S. Lotus", Series A-No. 10, Judgment, 1927, s. 18 via https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf (son ziyaret tarihi: 13/08/19).

sebebiyle Latran Antlaşması çerçevesinde Vatikan'a Roma'da anklavlardan oluşan küçük bir toprak parçası vermiştir. Esas sorun da bundan sonra baş göstermiştir. Vatikan Şehir Devleti mi yoksa Kutsal Taht olarak da adlandırılan Papalık mı ya da ikisi ayrı ayrı mı uluslararası hukuk kişiliğini haiz olacaktır?[102] Bu minvalde, bazı yazarlar doğrudan Vatikan Şehir Devleti'nin bir devlet olduğunu belirtmektedir. Buna karşılık, doktrinde bazı yazarlar Vatikan Şehir Devleti'nin kesinlikle bir devlet olmadığının altını çizerken[103], bazı yazarlar ise[104], her iki birimin (Vatikan Şehir Devleti ve Kutsal Taht) de ayrı ayrı uluslararası hukuk kişiliğini haiz olduğunu öne sürmektedir. Bu tartışmanın söz konusu bu çalışmada incelenip değerlendirilmesi, ne çalışmanın konusu bağlamında, ne de çalışmada ayrılabilecek yer bağlamında imkân dâhilindedir. Bununla beraber, her devletin, egemenliği doğrultusunda ve sonuncunda diplomatik ilişkilerini serbestçe tesis edeceği ve bunun içeriğini de serbestçe belirleyeceği unutulmamalıdır. Yâni bu belirlemeyi devletlerin kendileri yapmalıdır ve yapacaktır da. Ancak, yine de, laik bir dünya düzeninde, uluslararası kamu hukuku düzleminde doğrudan dinî nitelikli bir birim olan Kutsal Taht'ın tanınıp muhatap alınmasının yerine, Va-

---

102 Birçok yazar Kutsal Taht'ın geleneksel olarak uluslararası hukukun bir süjesi olduğunu mütalâa etmektedir. Bkz. KUNZ, s. 309-310; GRZYBOWSKI Kazimierz, **Soviet Public International Law: Doctrines and Diplomatic Practice**, A.W. Sijthoff, Leyden, 1970, s. 65 (*Grzybowski*, her ne kadar SSCB'nin Kutsal Taht'a statü atfemekten kaçındığını belirtse de, uluslararası hukukta geleneksel statüsünün varlığına işaret etmiş ve bu statünün Sovyet yazarlarca sorgulanmadığını dile getirmiştir); BOCZEK, s. 65. Öte yandan, bazı yazarlar bu ikileme bir üçüncü süje daha eklemektedir: "Katolik Kilisesi". Bu konudaki tartışmalar için bkz. DIAS Noel, Roman Catholic Church and International Law, **Sri Lanka Journal of International Law**, vol. 13/1, 2001, s. 107-135. Ayrıca, bkz. VALLIER, s. 479-502. Katolik Kilisesinin uluslararası kişiliği haiz olduğu yönündeki düşünceye *haklı olarak* karşı çıkan yazarlar için meselâ bkz. CUMBO Horace F., The Holy See and International Law, **International Law Quarterly**, vol. 2/4, 1948/49, s. 605. Öte yandan, *Bos* da yanlış bir değerlendirme olarak nitelendirdiği, bazı yazarların Papayı ve Kiliseyi ayrı ayrı uluslararası hukuk kişileri olarak göstermeleri örneğini zikretmeyi ihmal etmemiştir. Bu yazarlar, Hollândalı *François* ile Fransız *Delbez*'dir. Bkz. BOS, s. 62 dipnot: 3.

103 Meselâ bkz. MENDELSON, s. 611; BOS, s. 62 (*Bos*, ayrıca Vatikan Şehir Devleti'nin uluslararası hukuk kişisi dahi olamayacağını ifade etmiştir). Ayrıca, bkz. *supra* dipnot: 97.

104 Meselâ, bkz. OTT, s. 58; RYNGAERT, özellikle s. 832-838 ve s. 858-859. Öte yandan, devlet uygulamaları açısından analiz edildiğinde, bu yönlü ikili tanımanın, yâni bir yanda Kutsal Taht'ın bir yanda Vatikan Şehir Devleti'nin ayrı ayrı tanınmasının olduça istisnaî olduğu ifade edilirken, konuya ilişkin örnek olarak *Franco* döneminde İspanya'nın ikili hukuk kişiliğini tanıdığı 1953 tarihli Konkordat gösterilmektedir. Bkz. CISMAS, s. 190.

tikan Şehir Devleti'nin tanınması ve muhatap alınmasının tercih edilebilir olduğu mütalâa edilebilir.

Tüm anlatılanlar ışığında düşüncemize göre, Kutsal Taht'ın ruhanî özellikleri bir yana[105], Vatikan Şehir Devleti'nin, basitçe bakıldığında, 1933 tarihli Montevideo Sözleşmesinde yer verilen ve yukarıda kısaca değinilen unsurları[106], *prima facie* karşılamasından ötürü Vatikan'ın bir devlet olarak kabûl edilmesinde bir sakınca gözükmemektedir.[107] Bu çerçevede, 1929 yı-

---

105 Bu konuda bkz. ÇAMYAMAÇ Anıl, A Brief Assessment about the Legal Status of Vatican, **A Presentation at the 34th International Academic Conference of IISES**, Florence, September 13 2017.

106 Vatikan'ın en tartışılan hususunun nüfusu olduğu, bu nüfusun münhasır ve sürekli niteliği haiz olmadığı, tamamen işlevsellik bağlamında şekillendiğine dikkat çekilmektedir. *Crawford* bu bağlamda, oldukça az sayıda nüfusa sahip devletler arasında nüfusunun sorgulandığı tek devletin Vatikan olduğunu, bunun da temel nedenini nüfusunun dinsel niteliğinden (*ecclesiastical character*) kaynaklandığını vurgulamıştır. Bkz. CRAWFORD, 2007, s. 52. Tabiî ki, nüfusun sürekliliğinden ne anlaşıldığı burada ön plâna çıkmaktadır. Öte yandan, devlet olma koşulu olarak nüfus unsurunda çifte vatandaşlığı yasaklayan genel bir hüküm olmadığı hatırlatılmalıdır. Bunun dışında, *O'Connell*, Vatikan'ın devlet olarak değerlendirilmesinde temelde ortaya çıkan sorunları şu şekilde sıralamıştır: Kutsal Taht'ın egemenliğinin devlet olmaktan farklı etmenlere bağlı ortaya çıkması; gerçek etkinliğin Kutsal Taht tarafından gerçekleştiriliyor olması; İtalya tarafından egemenliğinin tanınmasının başka devletlere bu konuda etkisinin olmayışı; Vatikan'ın devlet olmak için yeterli ülke toprağına sahip olmaması, yetkililer ve onların aileleri dışında yaşayanların olmaması ve vatandaşlığın işlevsel ve geçici olması ve hizmetin sona ermesi ve ikametgâhın kaybı ile son bulması; normal hükûmetsel işlevlerden sadece birkaçını görebiliyor olması. Bkz. O'CONNELL, s. 290. *Mendelson*, Vatikan için iki temel yönden devlet olmanın sorunlu olduğunu belirtmiştir. Yazar, bu itibarla bir yanda kendini sürdürmek ve üremekten yoksun ve süreli vatandaşlığın söz konusu olduğu sürekli nüfus unsurunu gündeme taşırken, diğer yanda hükûmetsel işlevlerini ileri sürmüştür. Bkz. MENDELSON, s. 612. Hemen belirtilmelidir ki, sürekli nüfus, her ne kadar kendini idameyi içerse de üreme işlevinin uluslararası hukuk açısından göz önüne alınması gerektiğini düşünmemekteyiz. Benzer biçimde, *Abdullah* da, Vatikan açısından sürekli nüfus unsurunu sorgularken, aynı zamanda Vatikan'ın Katolik Kilisesi'nin temel idarî organı olmasını ve İtalya'ya bağımlılığının egemenliğinin göz ardı edilmesine yol açtığını gündeme getirmiştir. Bkz. ABDULLAH, s. 1867.

107 Nitekim doktrinde, Vatikan'ı devlet olarak mütalâa eden yazarların sayısı azımsanmayacak düzeydedir: SERENI, s. 292-294; PARO Gino, **The Right of Papal Legation**, The Catholic University of America Press, Washington D.C., 1947, s. 20-29; D'OLIVER FARRAN, s. 138-140; VERZIJL, vol. II, s. 300; WOOD John R. & SERRES Jean, **Diplomatic Ceremonial and Protocol: Principles, Procedures, and Practices**, Palgrave MacMillan, London, 1971, s. 27; CATUDAL, s. 188; PAZARCI, II. Kitap, 1999, s. 107 (*Pazarcı*'nın Vatikan de-

lında İtalya ile Papalık arasında akdedilen ve Vatikan'a toprak vererek[108] onun egemenliğini açıkça tanıyan[109] *Latran Anlaşması*nın[110] aynı zamanda 12. maddesinde de Vatikan'ın (Kutsal Taht'ın) elçilik hakkına açıkça yer verilmiştir.[111]

F- Genel Değerlendirme

Çalışmada ele alınan Avrupa Kıtasında konumlanmış beş minyatür devlet için yaratılan devlet olup olmadıklarına dair tartışmalar 1990'lar hızlı bir değişim içine girmiş; bu devletlerin, gerek Birleşmiş Milletler üyesi hâline

---

ğil, Papalık'ı (*Holy See*) dikkate aldığı gözden kaçırılmamalıdır); MURRAY Fiona, Micro-States (Andorra, Monaco, San Marino and the Vatican City), in **The European Union and Its Neighbours: A Legal Appraisal of the EU's Policies of Stabilisation, Partnership and Integration**, edited by Blockmans & Łazowskı, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2006, s. 202; CRAWFORD, 2007, s. 222-225; WESTDICKENBERG, paragraf: 5; RYNGAERT, s. 833-836 (*Ryngaert*, Kutsal Taht'ı ayrı tutarak Vatikan'ın önce incelemiştir); ÇAMYAMAÇ, 2012, s. 8; AYBAY & ORAL, s. 164; von GLAHN & TAULBEE, s. 210; SUR, s. 109. Ayrıca, bkz. IRELAND G., The State of the City of the Vatican, **American Journal of International Law**, vol. 27/2, 1933, s. 271-289; NOONAN James Charles Jr., **The Church Visible: The Ceremonial Life and Protocol of the Roman Catholic Church**, Viking, New York, 1996, s. 91.

108 Latran Antlaşması m. 3.

109 Latran Antlaşması m. 2.

110 Latran Antlaşmasının İngilizce tam metni için bkz. "Treaty between the Vatican and Italy", **American Journal of International Law Supplement**, vol. 23/3, 1929, s. 187-195. Buna karşılık, *Morss*, Latran Antlaşmasının Vatikan/Kutsal Taht'ın uluslararası hukukî statüsünün belirlenmesinde kullanılamayacağını ifade etmiştir. Bkz. MORSS John R., The International Legal Status of the Vatican/Holy See Complex, **European Journal of International Law**, vol. 26/4, 2016, s. 941-945.

111 1929 tarihli Latran Antlaşması, akdedildiği tarihten sonra gerek İtalya'nın gerek Vatikan'ın kendi iç düzenlerinde yaşanan ciddî değişiklikler sonucu 1984 tarihinde gerçekleştirilen *1929 tarihli Latran Konkordatını Değiştiren Anlaşma* ile değiştirilmiştir. Söz konusu anlaşmanın düzenlemediği konulardaki 1929 tarihli Latran Antlaşmasının hükümlerinin ortadan kaldırıldığı belirtilmiş olsa da (m. 13/1), İtalyan Devleti ve Vatikan arasındaki ilişkileri düzenleyen kısımların korunduğu belirtilmektedir. Bkz. RAGAZZI Maurizio, Italy-the Holy See: Agreement to Amend the 1929 Lateran Concordat—Introductory Note, **International Legal Materials**, vol. 24, 1985, s. 1589. Söz konusu bu anlaşma hükümlerine dair genel bir değerlendirme için bkz. *ibid*., s. 1589-1591. Ayrıca, bu konuda bkz. BOCZEK, s. 66; von GLAHN & TAULBEE, s. 210. Öte yandan, toplam 14 maddeden oluşan bu anlaşma ve eki olan protokolün İngilizce çevirisi için bkz. "Agreement to Amend the 1929 Lateran Concordat", **International Legal Materials**, vol. 24, 1985, s. 1591-1597.

gelmeleri[112], gerekse himayesi altında oldukları iddia edilen devletlerle gerçekleştirdikleri yeni antlaşmalar ve bunlar çerçevesinde kendi iç sistemlerinde yaptıkları değişiklikler, devlet olma niteliklerini artık sorgulanamaz şekilde ortaya koymuştur.

II- ULUSLARARASI HUKUKTA DİPLOMASİ KURALLARI VE GENEL OLARAK MİNYATÜR DEVLETLER

Uluslararası hukukun en eski kurallarını ihtiva ettiği belirtilen diplomasi kurallarının[113], uzun bir süre genel bir kodifikasyondan yoksun, temelde de devletler arasındaki ikili anlaşmalar çerçevesinde yürütülmüş olduğu, II. Dünya Savaşı sonrasında ise Birleşmiş Milletler çatısı altında Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çabaları çerçevesinde 1961 yılında Avusturya'nın başkenti Viyana'da toplanan konferans sonucunda kabûl edilen ve 24 Haziran 1964 tarihinde yürürlüğe giren toplam 53 maddelik 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi*[114] tarafından yazılı hâle getirildiği

---

112 Bu konuya dair bkz. *supra* dipnot: 10.

113 Bu konuda bkz. CLARK Eric, **Corps Diplomatique**, Allen Lane, Bristol, 1973, s. 105; do NASCIMENTO e SILVA Geraldo E., Diplomacy, **Encyclopedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperation in General-Diplomacy and Consular Relations**, vol. 9, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1986, s. 82. Ayrıca, bkz. VISWANATHA S.V., **International Law in Ancient India**, Longmans, Green & Co., Bombay, 1925, s. 64-89; PREISER Wolfgang, History of the Law of Nations, Ancient Times to 1648, **Encyclopedia of Public International Law: History of International Law-Foundations and Principles of International Law-Sources of International Law-Law of Treaties**, vol. 7, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1984, özellikle s. 132-143.

114 Resmî Gazete 12.24.1984 Sayı: 18615. Söz konusu Sözleşmenin orijinal metinleri için bkz. "Vienna Convention on Diplomatic Relations", **United Nations-Treaty Series**, vol. 500, no: 7310, 1964, s. 95-221. 1961 tarihli Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesine ilişkin en kapsamlı yorum niteliğindeki eser *Denza* tarafından verilmiştir. Bkz. DENZA Eileen, **Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations**, Oceana Publications, New York, 1976; DENZA Eileen, **Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations**, 3rd Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008; DENZA Eileen, **Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations**, 4th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2016. Türk doktrinde de, en azından ağırlıklı olarak belirli maddelerin değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. REÇBER Kamuran, **Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku**, Dora, Bursa, 2011, s. 31-84. Bundan sonra kısaca "*1961 tarihli Viyana Sözleşmesi*" ibaresi kullanılacaktır.

görülmektedir.[115] Günümüzde 192 devletin tarafı olduğu[116] söz konusu sözleşmeyle diplomasiye ilişkin uluslararası örf ve âdet kurallarının önemli bir bölümünün yazılı hâle getirildiği ifade edilmelidir.

1961 tarihli Viyana Konferansına katılan 81 devlet gözetildiğinde makale kapsamında ele alınan devletlerden sadece ikisi, Liechtenstein[117] ve Vatikan'ın[118] doğrudan konferansta yer aldıkları görülmektedir.[119] Öte yandan, bu çalışmada ele alınan beş minyatür devletin, beşinin de 1961 tarihli Viyana Sözleşmesine taraf oldukları gözlenmektedir. Bu devletlerin söz konusu Sözleşmeyle bağlandıkları tarihler şu şekildedir: Liechtenstein (8 Mayıs 1964), Vatikan (17 Nisan 1964), San Marino (8 Eylül 1965), Andorra (3 Temmuz 1996) ve Monako (4 Ekim 2005).[120] Bu itibarla, Liechtenstein, Vatikan ve San Marino'nun imzalanmasından çok kısa süre sonrasında 1961 tarihli Viyana Sözleşmesine taraf oldukları gözlenirken, Andora kendisinin egemenliğini de ortaya koyan 1993 tarihli üçlü Antlaşma ve 1993 tarihli Anayasasının kabûlünden kısa süre sonra, Monako'nun ise yine 2002

---

115 Hemen belirtilmelidir ki, diplomasi hukukuna dair ilk çok taraflı sözleşme 1928 tarihinde Küba'nın başkenti Havana'da kabûl edilmiş olan bölgesel nitelikli 1928 tarihli *Diplomatik Görevlilere Dair Havana Sözleşmesi* olmaktadır. Bu konuda bkz. DENZA Eileen, Diplomatic Privileges and Immunities, in **The Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal**, edited by Grant & Barker, W.S. Hein Publishing, Washington D.C., 2007, s. 157. 20 Şubat 1928 tarihinde kabûl edilen, 21 Mayıs 1929 tarihinde yürürlüğe giren ve günümüzde sadece 15 devletin tarafı olduğu bu sözleşmenin metni için bkz. "Convention on Diplomatic Officers", **American Journal of International Law Supplement**, vol. 22/2, 1928, s. 142-147.

116 Bkz. via https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20III/III-3.en.pdf (son ziyaret tarihi: 05/07/18). Türkiye ise 6 Mart 1985 tarih itibarıyla *1961 tarihli Viyana Sözleşmesi*nin tarafı hâline gelmiştir.

117 Liechtenstein konferansa aynı zamanda devletinin İsviçre maslâhatgüzarı konumundaki Prens *Heinrich* ile sefaretin kâtibi görevinde bulunan Mr. *Hilbe*'den oluşan iki kişilik bir delegasyonla katılmıştır. Bkz. "*United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities: Official Records*", vol. I: Summary of Records of Plenary Meetings and of Meetings of the Committee of the Whole, Geneva, 1962, s. xv. (Bundan sonra kısaca "*Official Records*", vol. I olarak anılacaktır.)

118 Vatikan delegasyonu bir temsilci, iki vekil ve iki danışmadan oluşmuştur. Bkz. "*Official Records*", vol. I, s. xiii.

119 Bkz. **American Journal of International Law**, vol. 55/4, 1961, s. 1062. Ayrıca, bkz. HARDY Michael, **Modern Diplomatic Law**, Manchester University Press, London, 1968, s. 129.

120 Bkz. *supra* dipnot: 116.

tarihli Fransa ile gerçekleştirilen ve Anayasasında da değişiklikler getiren anlaşma sonrasında Sözleşmenin tarafı hâline gelmiş olduğu dikkatlerden kaçmamalıdır.

III- MİNYATÜR DEVLETLER VE 1961 TARİHLİ VİYANA SÖZLEŞMESİNİN ALÂKALI HÜKÜMLERİ

Minyatür devletlerin, gerek insan kaynağı yönünden, gerek malî kaynaklar yönünden oldukça güç durumda oldukları hatırlanacağı üzere daha önceden de belirtilmişti. Bu çerçevede ele alındığında, minyatür devletlerin diğer devletlerle diplomatik ilişkileri yürütmelerinin, onlar nezdinde diplomatik ajan atamalarının ve hattâ üyesi oldukları uluslararası örgütler nezdinde sürekli diplomatik temsilci bulundurmalarının, gerek malî, gerek insan yönünden bu devletler için oldukça zorlayıcı olduğu görülmektedir. Tam da bu noktada, 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinin belirli hükümlerinin minyatür devletlere avantajlar sunduğu mütalâa edilebilecektir. Bu çerçevede, minyatür devletlere avantajlar sağladığı düşünülen ilgili hükümlerin kısaca tanıtılması, kuşkusuz, faydalı olacaktır.

Bu düzenlemelerden ilki, m. 5/1'de şu şekilde yer almıştır: "*Gönderen Devlet, ilgili kabul eden Devletlere gerekli ihbarda bulunduktan sonra yerine göre bir misyon şefini veya diplomatik kadronun herhangi bir üyesini, kabul eden Devletlerden herhangi biri tarafından açıkça itirazda bulunulmadıkça birden fazla Devlet nezdinde akredite edebilir*".[121] Aynı maddenin üçüncü fıkrası ise şu şekildedir: "*Bir misyon şefi veya misyonun diplomatik kadrosunun herhangi bir üyesi, herhangi bir uluslararası kuruluş nezdinde gönderen Devletin temsilciğini yapabilir*".

Minyatür devletlerin lehine olabileceği mütalâa edilebilecek bir diğer düzenlemeye Sözleşmenin 6. maddesinde rastlanmaktadır: "*Kabul eden Devletçe itiraz edilmedikçe iki veya daha fazla sayıda Devlet, aynı şahsı, diğer bir Devlet nezdinde misyon şefi olarak akredite edebilirler*".

Minyatür devletlerin lehine uygulama içeren diğer bir Sözleşme düzenlemesine m. 8'de şu şekilde yer verilmiştir: "*1. Misyonun diplomatik kadro*

---

121 Maddenin müteakip fıkralarından ikinci fıkrası ise şu şekilde düzenlenmiştir: "*2. Gönderen Devlet bir misyon şefini, bir veya daha fazla sayıda başka Devlete akredite ettiği takdirde, misyon şefinin sürekli oturmadığı Devletlerin herbirinde bir ad interim maslahatgüzarın yönettiği bir diplomatik misyon kurabilir*".

üyeleri prensip itibarıyla gönderen Devletin vatandaşı olmalıdır. 2. Misyonun diplomatik kadro üyeleri, kabul eden Devletin her zaman geri alınabilecek rızası olmadıkça, bu Devletin vatandaşları arasından tayin edilmez. 3. Kabul eden Devlet, gönderen Devletin vatandaşı olmayan üçüncü bir Devletin vatandaşları için de aynı hakkı saklı tutabilir".

Görüldüğü üzere, bu hükümler, gerek insan kaynağı, gerek malî kaynak yoksunu minyatür devletler için oldukça faydalıdır. Bu itibarla, resmin bir tarafı minyatür devletler için avantajlar sağlarken, diğer taraftan söz konusu bu hükümler minyatür devletlerle ilişkiye girmek isteyen devletler için de avantajlar sağlamaktadır. Elçilik kadrolarının, maliyetleri sebebiyle zengin devletler tarafından dahi minimize edilmeye çalışıldığı bu dönemde, sadece minyatür devletler nezdinde atanabilecek misyon şefleri tüm devletlere, kuşkusuz, yük getirecektir. Nitekim bir alt bölümde gerçekleştirilecek değerlendirmelerin gösterdiği üzere, en azından bu makale kapsamında ele alınan beş minyatür devletin bu hükümlerden ciddî biçimde yararlandığı fark edilmektedir.

Öte yandan, 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinde makalede ele alınan beş devletten biri konumundaki Vatikan için bazı özel düzenlemelere yer verildiği gözlenmektedir. Söz konusu Sözleşmenin bu düzenlemeleri arasında kökeni 1815 tarihli *Viyana Kongresi Nihaî Senedi*[122] ve 1818 tarihli *Aix en Chappel Protokolü*ne[123] dayanan ve misyon şeflerini üç sınıfta kategorize eden m. 14/1 şu şekildedir. "*1. Misyon şefleri aşağıda gösterilen üç sınıfa ayrılır: a) Devlet başkanları nezdinde akredite edilen Büyükelçiler ve Nonslar ile muadili rütbedeki diğer misyon şefleri; b) Devlet başkanları nezdinde*

---

122 Sekiz Büyük Güç arasında 19 Mart 1815 tarihinde imzalanan ve aynı zamanda Viyana Kongresi Nihaî Senedi'nin 17. Ekini teşkil eden "Diplomatik Ajanların Rütbe ve Önceliğine İlişkin Sekiz Güç Arasındaki Düzenleme" (*Regulations of the Eight Powers, concerning the Rank and Precedence of Diplomatic Agents*) adlı antlaşma metninin "Diplomatik Karakterlerin Ayrılması" (*Division of Diplomatic Characters*) başlıklı 1. maddesinde Büyükelçiler, Sefirler ve Nonsların ilk sınıfı, Muharraslar, Elçiler ve diğer kişilerin ikinci sınıfı oluşturacağı ve egemenler arasında akredite edilecekleri, son sınıfın ise sadece Dışişleri Bakanları nezdinde akredite olunan Maslahatgüzarlardan oluşacağı düzenlenmiştir. Söz konusu Antlaşmanın metni için bkz. HERTSLET Edward, **The Map of Europe by Treaty Showing the Various Political and Territorial Changes Which Have Taken Place since the General Peace of 1814**, vol. I, Butterworths, London, 1875, s. 62-63.

123 1815 tarihli Viyana Nihaî Senedi'nin ilgili düzenlemesini tamamlayan bu düzenlemenin metni için bkz. HERTSLET, s. 575.

akredite edilen Murahhaslar, Elçiler ve Enternonslar; c) Dışişleri Bakanları nezdinde akredite edilen Maslâhatgüzarlar."[124] Yine, Vatikan için özel olarak yer verilen bir düzenlemeye ise, m. 16/3'te rastlanmaktadır ki, misyon şefleri arasındaki önceliğin belirlenmesine dair düzenlemeyi içeren bu maddenin ilgili fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır: "*3. Bu madde, kabul eden Devletin Papalık Temsilcisinin önceliği hakkındaki herhangi bir uygulamasını etkilemez*". Görüldüğü üzere, ilgili maddelerde Vatikan'ın misyon şeflerinin kendilerini belirtecek özel adları varken (Nons (*Nuncio*) ve Enternons (*Enternuncio*)), kabûl eden devlet bu misyon şeflerine kendi ülkesinde öncelik atfetmek istediğinde, bunun söz konusu sözleşmenin önceliğe ilişkin ilgili kurallarını etkilemeyeceği düzenlemesine açıkça yer verilmiştir.

IV- 1961 TARİHLİ VİYANA SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİ DIŞINDA MİNYATÜR DEVLETLER LEHİNE OLUŞAN BAZI UYGULAMALARIN TANITILMASI

1961 tarihli Viyana Sözleşmesinin yukarıda kısaca yer verilen minyatür devletler lehine olduğu düşünülen hükümleri bir yana, özellikle nispeten küçük devletler tarafından kendi lehlerine oluşturulan birtakım uygulamaların minyatür devletler için de oldukça yararlı olduğu ve doğal olarak onlar tarafından da uygulandığı gözlenmektedir. Bu çerçevede, bu uygulamalardan belki de en önemlileri arasında Malta ve Singapur tarafından geliştirildiği ve onlar tarafından etkin biçimde uygulandığı belirtilen ve gözlemlenen "yerleşik olmayan elçiler"in (*nonresident ambassadors*) atanması uygulaması olmaktadır. Esasen, 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinin yukarıda da belirtilen ilgili maddesinde[125] yerleşik olmayan elçilik kurumunun düzenlendiği

---

124 Diplomatik misyon şeflerine ilişkin sınıflandırma resmî olarak bu şekilde olsa da, uygulamada İngiliz Devletler Topluluğu'na (*Commonwealth*) dâhil devletlerin kendi aralarında gönderdikleri ve büyükelçiye denk diplomatik temsilcilere "Yüksek Komisyoner" (*High Commissioner*) adı verilmektedir. Bkz. GAMBOA, s. 137; BLUM Yehuda Zvi, Diplomatic Agents and Missions, **Encyclopedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperation in General-Diplomacy and Consular Relations**, vol. 9, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1986, s. 90; BERRIDGE G.R. & LLOYD Lorna (eds.), **The Palgrave Macmillan Dictionary of Diplomacy**, 3rd Edition, Palgrave MacMillan, New York, 2012, s. 182-185. *Blum*, Yüksek Komisyonerlere 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinin 14. maddesinde belirtilen sınıflandırmada yer verilmediğine özellikle işaret etmektedir. Bkz BLUM, s. 90.

125 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 5/1.

gözlenmektedir. Nitekim *Berridge* ve *Lloyd*'un yerleşik olmayan misyonlara ilişkin *şefinin ve üyelerinin kabûl eden devlet nezdinde akredite edilmiş olmalarına karşılık zorluk teşkil etmeyecek şekilde periyodik ziyaretlerin gerçekleştirileceği komşu devlette yerleşik olan bir diplomatik misyon* şeklinde yer vermiş oldukları tanım[126] doğrudan söz konusu maddeye işaret etmektedir. Ancak, yazarların müteakip açıklamalarında bu misyonun gönderen devletin ülkesinde de konumlanmış olacağına işaret ettikleri de gözden kaçırılmamalıdır. Gerçekte, ilgili maddedeki düzenlemenin içeriğine bakıldığında gönderen devletin ülkesinde konumlanma hususunun hükmün kaleme alınışından açıkça çıkartılamayacağı görülmektedir. Tam da bu noktada, büyükelçi *Rana*'nın açıklamalarına değinmekte yarar var. Rana, yerleşik olmayan elçileri, bu itibarla, atanmış oldukları ülkeyi kendi devletlerinin başkentlerinden idare eden temsilciler olarak tanımlamıştır.[127] Bir başka eserinde kavramı daha da açan yazar, bu minvalde, özellikle malî ve insan kaynağı açısından zorluk çeken Singapur'un yerleşik olmayan elçi kavramını oldukça yenilikçi bir biçimde kullanarak, tıpkı Malta gibi[128] yabancı devletler nezdinde kendi başkentinde yerleşik temsilciler akredite ettiğini aktarmıştır.[129] Özellikle malî yönden ve insan gücü açısından sıkıntı çeken minyatür devletler için biçilmiş kaftan olan bu uygulamanın, genelde, diğer devletler tarafından bir itiraza maruz kalmadığı da gözlenmektedir.

Minyatür devletler içerisinde bu çalışma kapsamında yer verilen Vatikan'ın diplomatik elçilerinin özellikle Katolik devletler nezdinde akredite olmuş büyükelçi konumundaki temsilcilerin (*Nuncio/Nons*) o devletler-

---

126 Bkz. BERRIDGE & LLOYD, s. 264.

127 Bkz. RANA Kishan S., **21st Century Diplomacy: A Practitioner's Guide**, Continuum, New York, 2011, s. 72.

128 *Rana* bir başka eserinde, atandıkları devlet ülkesinde yerleşik olmayan, bilâkis kendi başkentlerinde mukim elçilerin yaklaşık 30 yıl önce Singapur ve Malta tarafından atanmaya başlandığını aktarmıştır. Bkz. RANA Kishan S., **The Contemporary Embassy: Paths to Diplomatic Excellence**, Palgrave, New York, 2013, s. 105.

129 Bkz. RANA Kishan S., Singapore's Diplomacy: Vulnerability into Strength, **Hague Journal of Diplomacy**, vol. 1/1, 2006, s. 90-92. Yazar, her ne kadar bu uygulamanın çok verimli olmadığını kabûl etse de, hiç temsil edilmemekten daha iyi olduğunun da altını çizmeyi ihmal etmemiştir. Öte yandan, günümüzde Malta ve Singapur'un yanı sıra İskandinav Ülkelerince de sıklıkla kullanıldığını belirtilen bu uygulama çerçevesinde *Rana*'nın yerleşik olmayan elçilere dair ayrıntılı değerlendirmeleri için bkz. RANA, 2013, s. 33 ve özellikle s. 105-107.

deki *corps diplomatique* çerçevesinde *doyen* olarak kabûl edilmeleri[130], doğrudan 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde değil, ancak genelde nezaket kurallarına bağlanabilecektir.[131]

Tüm bunlar bir yana, bazı devletlerin 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde yön verdikleri kendi iç düzenlemelerini ise, minyatür devletler açısından gevşetebildikleri durumlara da rastlanılmaktadır.[132]

V- AVRUPA KITASINDAKİ BEŞ MİNYATÜR DEVLETİN İKİLİ DİPLOMASİ İLİŞKİLERİNE DAİR UYGULAMALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu başlık altında ele alınan beş devletin dış ilişkilerinin bir parçasını teşkil eden diplomatik ilişkilerinin tek tek ayrı alt başlıklar hâlinde değerlendirilmesi konunun ortaya konulması açısından önem arz etmektedir. Bir kez daha vurgulanmalıdır ki, ele alınan minyatür devletlerden bir kısmının statüsü konusunda geçen yüzyılda birtakım hususlar uluslararası doktrinde tartışılmış olsa da yukarıda ilgili bölümde açıkça ortaya konulduğu üzere[133], günümüzde gelinen noktada bu devletlerin 1933 tarihli Montevideo Sözleşmesinde ortaya konulan dört unsuru sağlanmasından ötürü devlet olup olmamalarına dair tartışmalar bu bölüm çerçevesinde bir kez daha gündeme alınmayacaktır.

---

130 Sembolik önemi haiz bu kurumların, esasen diplomatik işlevlerinin oldukça kısıtlı olduğu belirtilmelidir. Bu konuda açıklamalar için bkz. MERAY Seha L., **Devletler Hukukuna Giriş**, II. Cilt (Yeniden Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası), Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1965, s. 21; WOOD & SERRES, s. 29-31; do NASCIMENTO e SILVA, 1972, s. 163-167. Ayrıca, bkz. GAMBOA, s. 76 ve 93; BLUM, s. 91-92; BERRIDGE & LLOYD, s. 102-103. Bu konuda özellikle uygulamadan bir isim, San Marino'nun Tokyo Büyükelçisi *Manlio Cadelo*'nun anlatılarına bakılabilir. Bkz. *infra* dipnot: 204.

131 Bkz. SUR, s. 84. Tabiî ki, bu konuda yukarıda da değinilen 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 16/3 akıllara gelebilecektir. Ancak, söz konusu bu madde doğrudan devletlere bu şekilde bir uygulama yapmaları yönünde bir düzenleme içermemektedir, bilâkis sadece böyle bir uygulama gerçekleştirildiğinde, bunun söz konusu Sözleşme hükümlerine aykırılık taşımayacağı ortaya konulmuştur. Öte yandan, belirtilmelidir ki, *Walczak*, uzun yıllar uygulanan bu protokol kuralının 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinin ilgili bu düzenlemesiyle uluslararası ilişkilerin evrensel bir prensibine dönüştürüldüğünü ifade etmiştir. Bkz. WALCZAK Roman, Papal Diplomacy—Characteristics of the Key Issues in Canon Law and International Law, **The Jurist**, vol. 76, 2016, s. 525.

132 Bu konuya ilişkin bir örneğe/örneklere aşağıda makalede incelenen devletler ayrı ayrı ele alınırken yer verilecektir. Bkz. *infra* V. Bölüm A ilâ E Alt Başlıkları.

133 Bkz. *supra* I. Bölüm, D Alt Başlığı.

Öte yandan, çalışma, her ne kadar devletlerle olan ikili diplomatik ilişkiler çerçevesinde şekillendirilmiş olsa da kaçınılmaz olarak kâh konsolosluk ilişkilerine kâh bu beş münyatür devletin uluslararası örgütlerle olan ilişkilerine de yeri ve gereği olduğu müddetçe yer verilecektir. Bunlar dışında, ayrıca, ele alınan beş minyatür devletin kendi aralarındaki, diğer minyatür devletlerle aralarındaki, Avrupa Birliği ve Türkiye ile aralarındaki ilişkilere de kısaca değinilmeye çalışılacaktır.

1- Andora

Andora'nın günümüzde 139 devlet ile diplomatik ilişki içerisine girdiği görülmektedir.[134] Bu devletlerden 37'si ile diplomatik ilişki kurulmuş olmasına karşılık, henüz herhangi bir konsolosluk veya elçilik tesis edilmemiştir.[135] Bunun haricinde, geriye kalan 102 devletten aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 70 devlet İspanya'daki Madrid büyükelçilerini Andora nezdinde de akredite etmişken, 28 devlet Fransa'daki Paris büyükelçilerini Andora nezdinde atamayı tercih etmiştir.[136] Bu itibarla, sadece iki devlet Andora'nın

---

134 Andora'nın henüz diplomatik ilişki tesis etmediği 55 devlet şu şekilde sıralanmaktadır: Bahamalar, Barbados, Belize, Botswana, Çad, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Domenika, Ekvator Ginesi, Eritre, Eswatini, Etiyopya, Fildişi Sâhilleri, Gambiya, Gine, Gine-Bissau, Grenada, Guyana, Güney Sudan, Irak, Kenya, Kiribati, Kongo, Kuzey Kore, Lesotho, Liberya, Libya, Madagaskar, Malawi, Malezya, Mali, Mikronezya, Mozambik, Namibya, Nauru, Nijer, Nijerya, Orta Afrika Cumhuriyeti, Palau, Papua Yeni Gine, Ruanda, Saint Kitts ve Nevis, Saint Lucia, Samoa, Sierra Leone, Suriye, Solomon Adaları, Somali, Sudan, Surinam, Tanzanya, Tonga, Vanuatu, Yemen, Zambiya, Zimbabwe.

135 Bu 37 devlet ve diplomatik ilişkiye girilme tarihleri şu şekilde sıralanmaktadır: Afganistan (29 Mart 2006), Angola (20 Mart 2009), Antigua ve Barbuda (3 Haziran 2011), Bahreyn (4 Mayıs 2007), Bangladeş (9 Mayıs 2007), Benin (24 Mart 2006), Belarus (27 Eylül 2011), Bhutan (23 Mart 2011), Bolivya (14 Haziran 1995), Brunei (16 Haziran 2011), Burkina Faso (18 Mayıs 2005), Burundi (30 Mayıs 2007), Cibuti (17 Mart 2009), Fiji (27 Eylül 2013), Haiti (19 Ocak 2007), Jamaika (23 Eylül 2014), Kırgızistan (25 Eylül 2014), Laos (8 Haziran 2007), Liechtenstein (1 Eylül 1995), Maldivler (19 Mayıs 2008), Marshall Adaları (23 Şubat 1995), Mauritius (20 Aralık 2006), Moldovya (9 Ekim 1996), Nepal (22 Eylül 2006), Özbekistan (1 Aralık 2009), Saint Vincent ve Grenadin (1 Nisan 2010), Saõ Tome ve Príncipe (27 Mayıs 2009), Singapur (18 Eylül 1997), Tacikistan (9 Kasım 2007), Timor-Leste (20 Eylül 2011), Trinidad ve Tobago (26 Eylül 2014), Tunus (20 Kasım 2006), Türkmenistan (17 Nisan 2008), Tuvalu (9 Kasım 2012), Uganda (11 Mart 2008), Umman (10 Mart 2008) ve Ürdün (3 Mart 2000).

136 Fransa büyükelçilerini aynı zamanda Andora nezdinde atayan 28 devlet ise şu şekilde sıralanmaktadır: Bosna-Hersek, Cezayir, Endonezya, Ermenistan, Fas, Gabon, Hollânda, İzlanda, Japonya, Kamboçya, Kamerun, Karadağ, Kıbrıs (Güney Rum Kesimi), Komorlar, Kosova, Lübnan, Moğolistan, Monako, Moritanya, Myanmar, Panama, Romanya, Senegal, Seyşeller, Sri Lanka, Togo, Venezüella ve Vietnam.

başkenti Andora la Vella'da yerleşik elçi bulundurmaktadır: Fransa ve İspanya.[137] Geriye kalan iki devlet ise Andora nezdinde atadıkları büyükelçileri kendi başkentlerinde konumlandırmıştır: Malta (Valetta) ve San Marino (San Marino).[138]

Günümüzde sekiz şehirde yerleşik büyükelçisi olan Andora'nın bu büyükelçilerini nezdinde akredite ettiği devlet, devletler ve/veya uluslararası örgütler şu şekilde sıralanmaktadır: Paris (Fransa, UNESCO), Madrid (İspanya), Brüksel (Belçika, Hollânda, Lüksemburg ve Avrupa Birliği), Viyana (Avusturya, Çekya, Macaristan, Slovakya, OSCE[139], Birleşmiş Milletler Viyana Ofisi ve CTBTO[140]), Cenevre (Birleşmiş Milletler ve ilgili uzmanlık örgütlerinde sürekli temsilci olarak ve Dünya Ticaret Örgütünde Gözlemci statüsü ile), Strasbourg (Avrupa Konseyi)[141], Lizbon (Portekiz) ve New York (Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Meksika ve Birleşmiş Milletler örgütü daimî temsilciği).[142] Ayrıca, Andora kendi başkenti Andora la Vella'da mukim, yerleşik olmayan elçiler de kullanmaktadır. Bu çerçevede, Andora'nın kendi ülkesi dâhilinde (başkenti Andora de Vella) ikamet edilerek gerçekleştiren elçilik pozisyonlarına ilişkin gruplandırması 2018 Haziran'ına göre şu şekildedir: Büyükelçi *Serra Serra* (Portekiz, Vatikan); Maslahatgüzar *Gouveia* (Birleşik Krallık, Danimarka, Estonya, Fas, Finlandiya, İrlanda, İsveç, İzlanda, Letonya, Litvanya, Polonya, Norveç, Rusya), Maslahatgüzar *Berré* (Bulgaristan, Hırvatistan, İtalya, Kıbrıs (Güney Kıbrıs Rum Kesimi), Malta, Romanya, Yunanistan); Maslahatgüzar *Rovira* (Almanya, Liechtenstein, Monako, San Marino, İsviçre).[143]

---

137 *Farré*, İspanya ve Fransa'nın yanı sıra Portekiz'in de Andora la Vella'da sürekli diplomatik misyon kurduğunu belirtmiştir. Bkz. FARRÉ, 2010, paragraf: 18. Oysa, günümüzde Portekiz İspanya büyükelçisini ve elçiliğini bu görev için kullanmaktadır. Bkz. "*Bilateral Relations: Portugal*", via https://www.exteriors.ad/en/bilateral-and-consular-affairs/bilateral-affairs (son ziyaret tarihi: 16/08/19).

138 Tüm bu bilgiler için bkz. https://www.exteriors.ad/en/bilateral-and-consular-affairs/bilateral-affairs (son ziyaret tarihi: 01/09/19).

139 Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Örgütü.

140 Nükleer Denemelerin Kapsamlı Yasaklanması Antlaşması Örgütü.

141 Bkz. "*Permanent Representation of Andorra in Strasbourg*", via https://www.exteriors.ad/en/embassies-of-andorra/andorra-strasbourg-embassy (son ziyaret tarih: 13/08/19).

142 Bkz. "*Embassies of Andorra*", via https://www.exteriors.ad/en/embassies-of-andorra (son ziyaret tarihi: 13/08/19).

143 Bkz. "*Non Residents Ambassadors*" via https://www.exteriors.ad/en/non-residents-ambassadors (son ziyaret tarihi: 13/08/19).

Bu açıklamaların gösterdiği üzere, gerek Andora nezdinde akredite edilen büyükelçilerin, gerek Andora'nın akredite ettiği diplomatik temsilcilerin durumu incelendiğinde, hem 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 5/1'den sıklıkla yararlanıldığı, hem de bunun bir adım öteye götürülürek uygulamada benimsenen gönderen devletin kendi başkentinde görevlendirdiği temsilcilerin kullanıldığı fark edilmektedir.

Öte yandan, diplomasi hukuku çerçevesinde bazı devletlerin kendileri için önemli gördükleri birtakım iç düzenlemelerinden, spesifik bazı durumlarda, başta minyatür devletler olmak üzere belirli devletleri muaf tutabildikleri gözlenmektedir. Meselâ, İsviçre Hükûmetinin merkezleri Cenevre'de bulunan uluslararası örgütleri göz önünde bulundurarak İsviçre nezdinde atanan misyon şeflerinin ve üyelerinin bu ülkedeki diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarının tanınmasını ilgili misyonun Bern'de konumlandırılması şartına tâbi kıldığı aktarılmaktadır.[144] Buna karşılık, Andora Dışişleri Bakanlığının sayfasına girildiğinde İsviçre'nin Andora büyükelçisinin aynı zamanda Cenevre'de konumlanan başta Birleşmiş Milletler olmak üzere uzmanlık örgütleri nezdinde akredite edilmiş olduğu gözlenmektedir. Bu duruma ilişkin İsviçre Dışişleri Bakanlığına yönelttiğimiz soruya Dışişleri Bakanlığı yetkilisi *Caroline Kraege* verdiği cevapta[145] İsviçre hükûmeti nezdinde atanan misyon şeflerinin diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanması için Bern'de konumlanması temel kuralını teyit ettikten sonra iki hâlde İsviçre Hükûmeti olarak bunun istisnasını kabûl ettiklerini belirtmiştir. Bu istisnalardan ilki, Birleşmiş Milletler'in en az gelişmiş devletler listesinde yer alan devletlerin[146] Cenevre'deki uluslararası örgütler nezdinde atanmış sürekli temsilcilerini aynı zamanda İsviçre nezdinde de atamalarının kabûl edilmiş olmasıdır.[147] İkinci istisna ise, İsviçre'nin nezdinde resmî temsilci

---

144 Bkz. DEMBINSKI Ludwik, **The Modern Law of Diplomacy: External Missions of States and International Organizations**, UNITAR/Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, s. 79 ve 84; DENZA, 2008, s. 103-104; DENZA, 2016, s. 86. Ayrıca, bkz. ÇAMYAMAÇ Anıl, Uluslararası Hukukta Elçilik Binalarına Dair Bazı Teknik Konular Üzerine Bir İnceleme, **Terazi (Aylık Hukuk Dergisi)**, Cilt 13, Sayı 145, Eylül 2018, s. 80 dipnot: 64.

145 Dışişleri Bakanalığının resmî sorgulama sitesi üzerinden tarafımızca 19 Şubat 2019 tarihinde gönderilen soruya 20 Şubat 2019 tarihinde verilen cevaptır. Cevap yazarın dosyaları dâhiline alınmıştır.

146 Bkz. via www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/publication/ldc_list.pdf (ziyaret tarihi: 19/02/19).

147 Aralık 2018 itibarıyla bu listeye giren devletler şu şekilde sıralanabilir: Afganistan, Angola,

atamadığı devletlerin Cenevre'de mukim olacak elçilik oluşturmalarına, böylelikle Cenevre'de konumlanmak üzere misyon şefinin uluslararası örgüt/örgütler nezdinde ve ikili ilişkiler çerçevesinde İsviçre hükûmeti nezdinde atanmasına izin verildiği durumdur. İkinci durumun, sorunun konusunu oluşturan Andora ve diğer bazı minyatür devletler için geçerli olduğu böylelikle ifade edilebilecektir. Görüldüğü üzere, bu durum, yukarıda da belirtilen bazı devletlerin 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirdikleri iç düzenlemelerini gerektiğinde minyatür devletleri de kapsayacak bazı istisnaî durumlar için esnetebilmelerine örnek teşkil etmektedir.

Bu arada Andora'nın İsviçre büyükelçisi konumundaki *Tarrado Vives*'in durumunda dikkat çekici birtakım özellikler vardır. Büyükelçi, o dönemde, aynı zamanda Cenevre'deki Birleşmiş Milletler Ofisi sürekli temsilci sıfatını haizdir. Ancak, Andora Dışişleri Bakanlığı sitesi irdelendiğinde kendisinin Andora la Vella mukim olduğu görülmekteydi. Nisan sonu, Mayıs başında ise büyükelçi *Tarrado Vives* yerine maslahatgüzar konumundaki *Forner Rovira* atanmıştır. Bunun üzerine, tarafımızca, Andora Dışişleri Bakanlığına özet olarak şu üç soru yöneltilmiştir: "Eski Büyükelçi *Tarrado Vives* Cenevre'de mi yoksa Andora la Vella'da mı mukimdir?"; "Yeni diplomatik temsilci Forner Rovira da Cenevre'de mi, yoksa Andora la Vella'da mı ikamet etmektedir?"; ve son olarak "Maslahatgüzar olan Forner Rovira geçici olarak mı atanmıştır[148], eğer öyle değilse Andora neden İsviçre diplomatik temsilcisinin sınıfını düşürmüştür?". Sorularımıza Andora Dışişleri Bakanlığı Avrupa İlişkileri Bürosu yetkilisi *Guillem Zapatero Clarià* şu cevapları vermiştir[149]: Öncelikle, gerek *Tarrado Vives*, gerek *Forner Rovira*'nın yerleşik olmayan diplomatik temsilciler olduğu ve dolayısıyla da Andora'nın başkenti Andora la Vella'da ikamet ettikleri belirtilmiştir. Bunun dışında, *Zapatero Clarià*, Büyükelçi *Tarrado Vives*'in görevinden ülkesindeki seçim-

---

Bangladeş, Benin, Bhutan, Burkina Faso, Burundi, Cibuti, Çad, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Eritre, Etiyopya, Gambiya, Gine, Gine-Bissau, Güney Sudan, Haiti, Kamboçya, Kiribati, Komorlar, Laos, Lesotho, Liberya, Madagaskar, Malawi, Mali, Moritanya, Mozambik, Myanmar, Nepal, Nijer, Orta Afrika Cumhuriyeti, Ruanda, São Tomé e Príncipe, Senegal, Sierra Leone, Solomon Adaları, Somali, Sudan, Tanzanya, Timor-Leste, Togo, Tuvalu, Uganda, Vanuatu, Yemen, Zambiya.

148 Esasen burada açıkça yöneltilen soru maslahatgüzar *Forner Rovira*'nın 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 19/1'de yer verildiği üzere *ad interim* maslahatgüzar olup olmadığıdır.

149 Andora Dışişleri Bakanlığının resmî adresine elektronik posta yolu ile 27 Nisan 2019 tarihinde gönderilen sorulara 6 Mayıs 2019 tarihi itibarıyla cevap gelmiştir. Söz konusu cevaplar yazarın konuya dair dosyasına dâhil edilmiştir.

lere katılması dolayısıyla 27 Şubat 2019 tarihi itibarıyla istifa ettiğini, aynı gün maslahatgüzar Forner Rovira'nın atandığını, bu atamanın başta İsviçre olmak üzere Liechtenstein, Monako, San Marino'ya sonradan gerçekleştirilecek atamalara hâlel getirmeyeceğini ifade etmiştir. Diğer bir deyişle, üstü kapalı da olsa verilen cevap 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 19/1'de yer alan *ad interim* maslahatgüzar kurumunu[150] akıllara getirmektedir.[151] Ancak, *ad interim* maslahatgüzar olmasa bile, İsviçre başta olmak üzere nezdinde akredite edilen diğer devletlerin *Forner Rovira*'ya karşı müsama gösterilebileceği de düşünülebilecektir. Sonuç olarak, tüm bu anlatınlar, minyatür devletlere karşı diplomatik hukuk çerçevesinde esnekliğin bir kanıtı olarak mütalâa edilebilecektir.

2- Liechtenstein

Avusturya ve İsviçre arasında sıkışmış bu minyatür devlet, özellikle 20. yüzyılın başından itibaren İsviçre ile sıkı bağlar geliştirmiştir. Bu bağlar arasında diplomatik ilişkiler de söz konusudur. Liechtenstein'in bu ilişkilerine bakıldığında 1919 yılında Liechtenstein Prensi *Karl* ile o zamanki İsviçre Dışişleri Bakanı arasında gerçekleştirilen görüşme sonrasında şu üç nokta üzerinde mutabık kalındığı aktarılmaktadır: Bern'de bir elçilik kurulması, Liechtenstein'in dışarıdaki diplomatik temsilinin İsviçre tarafından gerçekleştirilmesi ve daha önce Avusturya ile geliştirilmiş olduğu gibi antlaşmalar yoluyla İsviçre ile yakın ilişkiler kurulması.[152] Daha öncede belirtildiği üzere, 1919'da Bern, Viyana ve Prag'da elçilikleri bulunan Liechtenstein'in daha fazlasını malî bakımından kaldıramayacağına zaten vurgu yapılmıştı.[153] Kısa sürede, İsviçre Liechtenstein'in tamamen dış temsilini üstlenmiş, ancak bu konsolosluk alanına tekabül etmemiştir.[154] Günümüzde, Liechtenstein'in

---

150 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 19/1'in ilgili kısmı şu şekildedir: "*Misyon şefinin görevi münhal olduğu veya misyon şefinin görevlerini yerine getiremediği takdirde, ad interim maslahatgüzar geçici olarak misyon şefinin görevlerini yapacaktır. …*"

151 Genelde devletler birbirleri nezdinde eşit sınıfta diplomatik misyon şefi atamaktadırlar, meğer ki aksi yönde anlaşmış olmasınlar.

152 Bkz. RATON, s. 73.

153 Bkz. *supra* dipnot: 1.

154 Bu çerçevede, *Raton* 1968 yılı itibarıyla şu 21 devletin Liechtenstein Hükûmetinden buyrultu (*exequatur*) aldığını belirtmiştir: Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Avusturya, Belçika, Birleşik Krallık, Brezilya, Danimarka, Finlandiya, Fransa, İspanya, İsrail, İsveç, İtalya, Kanada, Monako, Norveç, Peru, Portekiz, San Marino, Türkiye ve Yunanistan. Ancak, o dönemde sadece Avusturya, Monako ve Peru konsolosları ile İspanya ve İsveç'in

diplomatik ilişkilerini "Dışişleri, Adalet ve Kültür Bakanlığı" (*Ministry of Foreign Affairs, Justice and Culture/Ministerum Äusseres, Justis und Kultur*) yürütmektedir.[155]

Liechtenstein'in kurduğu diplomatik ilişkiler çerçevesinde, bu minyatür devletin nezdinde 103 yabancı elçi/elçilik akredite edildiği görülmektedir.[156] Bu devletlerin ağırlıklı olarak İsviçre büyükelçilerini aynı zamanda Liechtenstein nezdinde de akredite etmiş olması şaşırtıcı olmasa gerektir. Bu çerçevede, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 76 devlet ve Avrupa Birliği İsviçre elçilerini aynı zamanda Liechtenstein nezdinde de görevlendirmiştir.[157] Öte yandan, sekiz devlet (Benin, İzlanda, Kırgızistan, Laos, Moldavya, Moğolistan, Nijer ve Sudan) İsviçre'nin Cenevre kentinde bulunan Birleşmiş Milletler nezdindeki sürekli temsilciliklerinde görev yapan elçileri Liechtenstein nezdinde akredite etmiştir.[158] Bunlar dışında kalan devletlerden sekizi (Avusturalya, Bahreyn, Çad, Danimarka, Ermenistan, Gine, Ruanda ve Yeni Zelanda) Almanya (Berlin) elçilerini, üçü (Kıbrıs, Letonya ve Nikaragua) Avusturya (Viyana) elçilerini, biri (Panama) Fransa (Paris) elçisini, biri (Antigua ve Barbuda) de İspanya (Madrid) elçisini Liechtenstein nezdin-

---

muavin konsolosları Liechtenstein'de ikamet etmekteyken, Kanada (Bern) ve San Marino (Brüksel) harici diğer tüm konsoloslar İsviçre'nin Zürih konsolosluğuna bağlı olmaktadır. Bkz. RATON, s. 74 dipnot: 2. *Raton*, Monako'yu hariç bırakarak önce 20 konsolos buyrultusu saymış, Monako ile ilgili bilgiye (Liechtenstein'de ikamet ettiğine dair) müteakip açıklamalarında yer vermiştir.

155 Bkz. "*Ministry for Foreign Affairs, Justice and Culture*" via https://www.regierung.li/ministries/ministry-for-foreign-affairs-justice-and-culture (son ziyaret tarihi: 23/07/19).

156 Bkz. "*Diplomatic Missions to the Principality of Liechtenstein*" 26 June 2019 via https://www.regierung.li/media/attachments/Liste-Dipl-Corps--englisch--Internet-Version.pdf?t=636990770260356597 (ziyaret tarihi: 19/07/19). Oysa, 2012 itibarıyla bu sayının 79 olduğu aktarılmaktadır. Bkz. BEATTIE, s. 462.

157 Bu çerçevede, 26 Haziran 2019 tarihi itibarıyla 76 devletin Bern Büyükelçiliğini Liechtenstein nezdinde akredite ettiği görülmektedir. İsviçre'de Liechtenstein nezdindeki diplomatik temsilcisini Bern'de bulundurmaktadır. İlâveten belirtilmelidir ki, devletler genelde İsviçre Büyükelçilerini Liechtenstein Hükûmeti nezdinde akredite etmiş olsa da, bazıları herhangi bir kişiyi Liechtenstein nezdinde atamamıştır. Bu bağlamda, bu devletlerin misyon şefleri kısmında görev yerinde boş/münhal (*vacant*) ibaresi bulunmaktadır. Bu devletler şunlardır: Birleşik Arap Emirlikleri, Bosna-Hersek, Çekya, Ekvator, İtalya, Japonya, Kolombiya, Kosta Rika, Kuzey Makedonya, Meksika, Paraguay, Peru, Katar, Ukrayna ve Uruguay.

158 Bu sekiz devletten de sadece ikisi herhangi bir kişiyi Liechtenstein Hükûmeti nezdinde akredite etmemiş, görev kısmı bu bağlamda boş (*vacant*) olarak belirtilmiştir: Moldovya ve Sudan.

de de akredite etmiştir.[159] Öte yandan, beş devletin Liechtenstein nezdinde atadıkları elçilerinin, kendi başkentlerinde, Dışişleri Bakanlıklarında görev yaptığı gözlenmektedir. Bunlar İsviçre, Avusturya[160] ve Malta ile birlikte bu makalenin de kapsamında bulunan diğer iki minyatür devlet Andora ve San Marino'dur. Monako ve Vatikan'ın ise, İsviçre elçilerini Liechtenstein nezdinde akredite ettikleri görülmektedir. Son olarak, devlet niteliğini haiz olmayan ve uluslararası hukuk çerçevesinde *sui generis* hukukî kişiliği olan Malta Egemen Askerî Düzeni[161] de Viyana elçisini, aynı zamanda Liechtenstein nezdinde görevlendirmiştir. Tüm bu veriler irdelendiğinde, Liechtenstein toprakları üzerinde bir yerleşik elçilik bulunmadığı ve yerleşik bir elçinin Liechtenstein nezdinde akredite edilmediği fark edilmektedir.

Bu anlatılanlara ilâveten, özellikle 1990'larla birlikte Liechtenstein'ın diplomatik ilişkilerini geliştirdiği ifade edilmelidir. Öncelikle, Liechtenstein 1990 yılında Birleşmiş Milletler üyesi hâline gelmiştir. Bu çerçeveden bakıldığında, Liechtenstein'in kendisini yurtdışında temsil eden sekiz yerleşik elçiliği olduğu gözlenmektedir. Bunlardan üçü doğrudan uluslararası örgütlerin sürekli temsilcilikleri konumundadır. Bu itibarla, New York'ta Birleşmiş Milletler nezdinde sürekli temsilciği haiz olan Liechtenstein'in, Strasbourg'da Avrupa Konseyi nezdinde ve Cenevre'de[162] Birleşmiş Milletler nezdinde sürekli temsilcikleri bulunmaktadır. Bunlar haricinde, komşu-

---

159 Sayılan bu devletler içerisinde de herhangi bir kişiyi Liechtenstein nezdinde akredite etmemiş devletler de bulunmaktadır: Bahreyn, Gine, Nikaragua ve Andora.

160 Geleneksel olarak Avusturya Büyükelçisi olarak akredite edilen kişinin Viyana'da Dışişleri Bakanlığında görevli bir kişi olduğu aktarılmaktadır. Bkz. BEATTIE, s. 462.

161 Günümüzde uluslararası hukukun *sui generis* süjelerinden biri olarak nitelendirilen "Malta Egemen Askerî Düzeni" (*Sovereign Military Order of Malta*) ve özellikle hukukî statüsü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. VERZIJL, vol. II, s. 28-32; CREMONA J.J., Order of Malta, **Encyclopedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperation in General-Diplomacy and Consular Relations**, vol. 9, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Sceince Publishers, Amsterdam, 1986, s. 256-258; BOS, s. 63-64; BAŞLAR, s. 182-188; GAZZONI Francesco, Order of Malta, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 08/10/10); KLIEGER, s. 57-108. Ayrıca, bkz. WALLACE, s. 74.

162 Liechtenstein'in Cenevre'deki sürekli temsilciği, sadece Birleşmiş Milletler Cenevre Bürosuyla sınırlı değildir; aynı zamanda Liechtenstein'in kendisinin de bir parçası olduğu EFTA başta olmak üzere, "Dünya Ticaret Örgütü" (WTO), "Uluslararası Telekomünikasyon Birliği" (ITU) ve "Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü"nün (WIPO) de sürekli temsilciği konumundadır. Bu sürekli temsilcilik için ilâveten uluslararası hükûmetler dışı niteliği haiz "Uluslararası Kızılhaç Komitesi" (ICRC) temsilciliğinin de söz konusu olduğu belirtilmelidir.

ları İsviçre (Bern) ve Avusturya (Viyana)[163] nezdinde atanmış yerleşik elçileri bulunan Liechtenstein, ayrıca Amerika Birleşik Devletleri (Washington D.C.), Almanya (Berlin) ve Belçika (Brüksel) hükûmetleri nezdinde de yerleşik elçiliğe sahiptir. Sayılan devletler nezdinde atanan elçiliklerden Viyana ve Brüksel büyükelçilerinin aynı zamanda o şehirlerde merkezleri bulunan uluslararası örgütler nezdinde de atanmış oldukları gözlenmektedir. Bu minvalde, Brüksel elçiliği Avrupa Birliği, Viyana elçiliği AGİK, Birleşmiş Milletler Viyana Bürosu nezdinde de sürekli temsilcilik vazifesini görmektedir. Öte yandan, Viyana Büyükelçisi Çekya hükûmeti nezdinde de atanmıştır. 2012 yılında *Beattie* yurtdışındaki sekiz elçiliğin yanı sıra, iki de Vaduz'da yerleşik olmayan büyükelçinin Vatikan ve Çekya nezdinde akredite edildiğini aktarmıştır.[164] Her ne kadar Liechtenstein'in konuya dair kendi resmî sitelerinde ve yayınlarında rastlanmasa da[165] Vatikan nezdinde kendi başkenti Vaduz'da bir diplomatik temsilci akredite etmeye devam ettiği fark edilmektedir.[166] Öte yandan, görüldüğü üzere, Avusturya nezdinde akredite edilen Viyana Büyükelçisi artık Çekya nezdinde de görevli kılınmıştır.

Bu anlatılanlar dışında, Liechtenstein'in konsolosluk ilişkilerinin de yoğun olduğunun altı çizilmelidir. Liechtenstein nezdinde akredite edilen ve Liechtenstein'de ikamet eden konsolosların hemen hepsi fahrî konsolos niteliğini haizken, bazı devletlerin Liechtenstein'i geniş konsolosluk havzalarının bir parçası dâhilinde tutarak, her ne kadar Liechtenstein'de ikamet etmeseler de başkonsolos veya konsolos buyrultusu edindikleri görülmektedir.[167]

Liechtenstein ise, ikili ilişkilerin geliştirilmesinde önem atfettiği konsolosluk ilişkileri çerçevesinde beş devlet nezdinde fahrî konsoloslar akredite

---

163 Viyana Büyükelçiliğinin Strasbourg ile birlikte Orta ve Doğu Avrupa devletleri ile ilişkilerin geliştirilmesi açısından önemli olduğunun altı çizilmektedir. Bkz. BEATTIE, s. 462.

164 Bkz. BEATTIE, s. 461.

165 Liechtenstein'in "Dışişleri, Adalet ve Kültür Bakanlığı"nın resmî sitesi ile Bakanlığın bir departmanı konumundaki "Dış İlişkiler Bürosu" (*Office for Foreign Affairs/Amt für Auswärtige Angelegenheiten*) sitesinde konuya ilişkin bu yönlü herhangi bir bilgiye rastlanılmamıştır. Adı geçen siteler için sırasıyla bkz. via https://www.regierung.li/ministries/ministry-for-foreign-affairs/diplomatic-representations/ (son ziyaret tarihi: 28/07/19); via https://www.llv.li/inhalt/114775/amtsstellen/bilateral-relations (son ziyaret tarihi: 28/07/19).

166 Bkz. *infra* dipnot: 248.

167 Liechtenstein'e atanan konsolosların listesi için genel olarak bkz. "*Consular Missions to the Principality of Liechtenstein*" July 5 2019 via www.regierung.li/media/attachments/Liste-Kons-Corps--englisch--Internetversion.pdf?t=636997870748897053 (son ziyaret tarihi: 27/07/19).

etmiştir: Almanya, İngiltere (Avrupa Kıtası), Amerika Birleşik Devletleri (Kuzey Amerika) ve Hong Kong, Singapur (Asya Kıtası). Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Liechtenstein fahrî konsolosları Boston, Chicago, Houston, Los Angeles ve Macon'da konumlanmışken, Almanya'da Frankfurt ve Münih, İngiltere'de Londra'da bulunmaktadır.[168] Asya'da ise, sadece kıtanın değil, dünyanın önde gelen iki önemli ticaret merkezinde Hong Kong ve Singapur'dadır.[169]

Liechtenstein'in diplomatik ilişkileri çerçevesinde genel bir değerlendirmede bulunulduğunda, en önce belirtilmesi gereken husus, onu aynı zamanda ele alınan diğer minyatür devletlerden de ayıran bir unsurdur ki, bu unsur Vatikan hariç tutulduğunda, Liechtenstein'in kendi başkenti Vaduz'da konumlandırdığı yerleşik olmayan bir diplomatik temsilci kullanmaması olmaktadır. Buna karşılık, Liechtenstein'in diplomatik ilişki içerisine girdiği devletler arasında bazılarının kendi başkentlerinde mukim diplomatik misyon şefi atadıkları gözlenmektedir. Burada özellikle dikkat çeken ve yine ele alınan diğer minyatür devletlerden Liechtenstein'i ayıran özellikle hiçbir devletin, yakın ilişki içerisinde olduğu komşu devletlerin dahi, Liechtenstein nezdinde yerleşik misyon şefi atamış olmalarıdır. Öte yandan, diğer önemli bir husus, Liechtenstein'in kaçınılmaz olarak 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 5/1'i kendi diplomatik pratiğinde uyguluyor olmasıdır. Ancak, diğer minyatür devletlerin aksine, Liechtenstein, doğrudan Bern'de ve Washington D.C.'de büyükelçilik kurup, İsviçre ve Amerika Birleşik Devletleri nezdinde akredite ettiği misyon şeflerini bu şehirlerde mukim kılmıştır.

Öte yandan, Liechtenstein'in diplomatik temsilcilerine dair bir parantez açılarak, yaklaşık %50'sinin kadın olduğunun altı da çizilmelidir. Bu itibarla, Dışişleri Bakanlığının sitesinde büyükelçiliklerin/temsilciliklerin personellerine dair açıklamalar göz önüne alındığında toplam 33 yurtdışı personelden[170] 17'sinin kadın olduğu, toplam sekiz büyükelçi/sürekli temsilciden dördünün kadın olduğu (Berlin, Bern, Brüksel ve Viyana büyükelçileri) ve Berlin ve Bern büyükelçiliklerinin kadrolarının da, en azından Dışişleri Bakanlığı sitesinde yer aldığı üzere, sadece kadınlardan oluşmuş olduğu görül-

---

168 Bkz. "*Priorities and Objectives of Liechtenstein Foreign Policy*" **Report by the Government of the Principality of Liechtenstein**, June 2019, s. 15 dipnot: 2 via www.llv.li/files/aaa/aussenpolitischer-bericht-2019-en.pdf (ziyaret tarihi: 27/07/19). Liechtenstein'in Londra konsolosluğu oldukça yeni bir tarihte, Mayıs 2019'da hizmete girmiştir. Bkz. *ibid*.

169 Bkz. "*Priorities and Objectives of Liechtenstein Foreign Policy*", *supra* dipnot: 168.

170 2012 itibarıyla bu rakamın 14 olduğu dikkat çekicidir. Bkz. BEATTIE, s. 461.

mektedir. Dışişlerindeki bu dağılım, özellikle kadınlara seçme ve seçilme hakkının en geç tanındığı ülkelerden biri konumundaki Liechtenstein özelinde dikkatlerden kaçmamaktadır.[171]

3- Monako

Yukarıda değinilen Fransa ve Monako arasında akdedilen 2002 tarihli Antlaşmanın[172] 5. maddesinin ilk iki fıkrasında iki devlet arasındaki ilişkinin diplomatik seviyede kurulacağı, bu çerçevede de her bir devletin bir diğerinin ülkesinde sürekli temsilcilik bulunduracağı ve Monako tarafından talep edildiği takdirde Monako'nun Fransız Cumhuriyeti'nin kendisinin yer aldığı uluslararası örgüt ve kurumlara katılımını kolaylaştıracağı düzenlemelerine yer verildiği görülmektedir. Aynı maddenin müteakip fıkrasında ise, Monako'nun bir konsolos tarafından temsil edilmediği devletlerde ve diplomatik ve konsolosluk ilşkilerini yöneten uluslararası hukuk kurallarına tâbi olunan durumlarda, bir Monako vatandaşının, gereken hâllerde, bir Fransız diplomatik veya konsolosluk yetkilisiyle ya da temsilcisiyle iletişime geçebileceği düzenlemesine yer verilmiştir.[173] İki devlet arasındaki bu yönlü bir önceki hükmü teşkil eden 1918 tarihli Antlaşma m. 2'de diplomatik ilişkilerin düzenlenmesinde Fransa ile önceden gerçekleştirilecek bir istişareye tâbi olacağına hatırlanacağı üzere yer verilmiştir. Bu düzenleme bağlamında, Monako'nun aktif elçilik hakkını kullanmasının Fransa ile önceden gerçekleştirilecek bir anlaşmaya bağlı olduğuna işaret edilmiştir.[174] Görüldüğü üzere, iki antlaşma arasında oldukça ciddî bir fark söz konusudur.

Diplomatik ilişkiler çerçevesinde değerlendirildiğinde uzun bir süre doğrudan Fransa'ya tâbi olan Monako'ya 2006 yılı itibarıyla dört devletin büyükelçi akredite ettiği bildirilmiştir.[175] 2018 yılında bu rakamın, aşağıda

---

171 Bilindiği üzere, Liechtenstein'de kadınların oy hakkı 1984'te gerçekleştirilen bir referandum sonrası kabûl edilmiştir.

172 Bkz. *supra* dipnot: 76.

173 *Grinda*, bu çerçevede, Fransa tarafından Monako için pasif elçilik hakkının resmî olarak tanındığına işaret etmiştir. Bkz. GRINDA, s. 21.

174 Bkz. DUURSMA, s. 282.

175 Bu devletler Fransa, İtalya, Vatikan ve Çin Halk Cumhuriyeti olarak belirtilmiştir. Bkz. GRINDA, s. 19. Öte yandan, o dönemde Monako nezdinde buyrultu edinilen konsoloslardan ikisinin "*işgüder konsolos*" olduğu da ifade edilmiştir. Bkz. *ibid*., s. 21. İşgüder konsolosluk müessesesi 1963 tarihli *Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesi*nin "*Diplomatik Görevlerin Konsolosluk Memurları Tarafından Yerine Getirilmesi*" başlıklı 17. maddesin-

da görüleceği üzere, 120'ye çıktığı gözlenmektedir.

Nitekim 2005 yılında Dışişleri Bakanlığı kurulan Monako'nun günümüzde devletler dâhil ülkesel niteliği haiz 156 birimle[176] diplomatik ilişki tesis etmiş bulunduğu görülmektedir.[177] Bu devletlerden 14 ile şu ana kadar sadece diplomatik ilişki kurulmakla kalınmış, *de facto* herhangi bir konsolosluk veya elçilik ilişkisi tesis edilmemiştir ki, diplomatik ilişki kurulma tarihleri ile birlikte şu sıralama yapılabilir: Botswana (24 Şubat 2011), Kamboçya (11 Temmuz 2019)[178], Kiribati (20 Haziran 2014), Kırgızistan (9 Mart 2017), Laos (27 Kasım 2015), Maldivler (19 Mart 2001), Özbekistan (29 Kasım 2013), Saint Kitts ve Nevis (21 Nisan 2010), Samoa (4 Mayıs 2010), Solomon Adaları (6 Mart 2012), Tacikistan (13 Ocak 2017), Tuvalu (29 Mayıs 2012), Türkmenistan (27 Ağustos 2015) ve Umman (20 Şubat 2013). Bunun ötesinde, 20 devlet veya birimle sadece konsolosluk ilişkisi kurulmuştur: Bahamalar, Burundi, Cook Adaları, Gine, Kamerun, Kenya, Libya, Liechtenstein, Kuzey Makedonya, Madagaskar, Marshall Adaları,

---

de şu şekilde düzenlenmiştir: "*1. Gönderen Devletin diplomatik temsilciği bulunmayan ve üçüncü bir Devletin diplomatik temsilciliği tarafından da temsil olunmayan bir Devlette, konsolosluk memuru, kabul eden Devletin muvafakatı ile ve kendi konsolosluk statüsüne halel gelmeksizin diplomatik görevleri yerine getirmekle görevlendirilebilir. Bu görevlerin konsolosluk memuru tarafından yerine getirilmesi, ona hiçbir diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık hakkı vermez*". İşgüder konsolosluğa dair ayrıca bkz. LEE Luke T., **Consular Law and Practice**, 2nd Edition, Claredon Press, Oxford, 1991, s. 593-600; AYBAY Rona, **Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk**, T.C. İşbankası Yayınları, İstanbul, 2009, s. 174-177; SUR, s. 268.

176 "Birim" terimi burada özellikle tercih edilmiştir. Bunun sebebi, Kanada gibi federal bir devletin Quebec gibi federe biriminin, Cook Adası gibi Avusturalya ile sıkı ilişki içerisinde olup da henüz bağımsız bir devlet statüsünü haiz olmayan ülkesel nitelikte bir birimin veya Malta Egemen Askerî Düzeni gibi ülkesel niteliği dahi haiz olmayan *sui generis* nitelikli bir uluslararası hukuk süjesinin de işin içine katılmasıdır.

177 Monako Dışişleri Bakanlığı'nın sitesindeki harita üzerindeki listeleme göz önüne alındığında bu sayının 155 olduğu gözlenmektedir. "*Map of Bilateral Relations*" via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/Diplomacy-and-International-Presence/Map-of-Bilateral-Relations (ziyaret tarihi: 14/07/19). Oysa, aynı sitedeki haberler takip edildiğinde listede yer almayan Kamboçya ile ikili diplomatik ilişkilerin 11 Temmuz 2019 tarihi itibarıyla tesis edilmesi yönünde aynı tarihli bir anlaşma (communiqué) akdedildiği haberine yer verilmiştir. Bkz. "*Diplomatic Relations Established between Principality of Monaco and Kingdom of Cambodia*", July 15 2019 via http://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/Diplomacy-and-International-Presence/News/Diplomatic-relations-established-between-Principality-of-Monaco-and-Kingdom-of-Cambodia (son ziyaret tarihi: 25/07/19).

178 Bkz. *supra* dipnot: 175.

Mauritius, Mozambik, Nijer, Orta Afrika Cumhuriyeti, Palau, Saint Lucia, Saint Vincent ve Granidler, Singapur ve Ürdün. Bunlardan da Burundi, Kamerun, Liechtenstein ve Singapur'un Monako nezdinde hâlihazırda bir temsilcisi bulunmamakta, Monako'nun bu devletler nezdinde atanmış fahrî konsolosları bulunmaktadır. Geriye kalan devlet veya birimlerden 108'i Paris Büyükelçilerini/Büyükelçiliklerini Monako nezdinde de akredite etmiş/görevlendirmiş bulunmaktadır.[179] Bunun dışında, üç devlet (Fiji, Jamaika, Malawi) Brüksel büyükelçilerini Monako nezdinde akredite etmişken, bir devlet (Antigua ve Barbuda) Madrid büyükelçisini, bir devlet (Timor-Leste) Cenevre'deki Birleşmiş Milletler sürekli temsilciliğinde görevli büyükelçisini, bir devlet de Saraybosna (Vatikan) büyükelçisini (Nons)[180] Monako nezdinde akredite etmiştir. Bunun dışında, üç devlet ise kendi başkentlerinde ikamet edecek şekilde Monako nezdinde büyükelçi atamışlardır: Andora (Andora la Vella), Malta (Valetta) ve San Marino (San Marino). Tüm bunlar haricinde, sadece iki devlet ve ilâveten *sui generis* bir uluslararası hukuk süjesinin büyükelçilerini yerleşik şekilde Monte Carlo'da akredite ettikleri görülmektedir: Fransa, İtalya ve Malta Egemen Askerî Düzeni.

Monako ise, toplam 30 devlet nezdinde büyükelçi akredite etmiştir.[181]

---

179 27 devlet Monako nezdinde Paris Büyükelçiliklerini görevli kılmışken, herhangi bir kişiyi Monako nezdinde akredite etmemişlerdir. Bu çerçevede, misyon şefine dair ilgili kısımda "boş" (*vacant*) ibaresine yer verildiği görülmektedir. Bu devletler şu şekilde sıralanabilir: Afganistan, Angola, Arjantin, Avusturya, Belarus, Birleşik Arap Emirlikleri, Çin Halk Cumhuriyeti, Danimarka, Domenika, Endonezya, Ermenistan, Guatemala, Gürcistan, Karadağ, Katar, Kolombiya, Malezya, Moğolistan, Moldovya, Nepal, Norveç, Peru, Sırbistan, Slovenya, Şili, Tayland ve Ukrayna. Bkz. "*Map of Bilateral Relations*" via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/Diplomacy-and-International-Presence/Map-of-Bilateral-Relations (ziyaret tarihi: 14/07/19). Tabiî ki, bu boşluk çeşitli nedenlere dayanabilir (meselâ büyükelçinin görev süresinin dolması ve henüz yerine bir akreditasyonun gerçekleştirilmemesi gibi) ve her an doldurulabilir niteliktedir. Bunun dışında, her ne kadar büyükelçi kısmında "boş" ibaresi yer almasa da iki devletin büyükelçileri ismen belirtilmemiştir: Fas ve Yunanistan. Yunanistan'ın Dışişleri Bakanlığı sitesinde yer alan açıklama bağlamında Paris Büyükelçisinin aynı zamanda Monako nezdinde de akredite olduğunun belirtildiği görülmektedir. (*La Grèce est représentée à Monaco, en vertu d'une acrréditation parallèle, par l'Ambassadeur de Grèce en France*) Bkz. via www.mfa.gr/france/fr/the-embassy/sections/section-politique.html (ziyaret tarihi:28/07/19). Ancak, Fas ile ilgili bu konuda bir bilgiye erişilememiştir.

180 Vatikan, Saraybosna büyükelçiliğini Monako nezdinde görevlendirmiş, ancak Vatikan tarafından el'an herhangi bir kişi henüz Monako nezdinde akredite edilmemiştir.

181 Bkz. "*Map of Bilateral Relations*" via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worl-

Bunun dışında, Monako'nun uluslararası örgütler nezdinde atadığı sürekli temsilcileri bulunmaktadır. Bunların bazıları Monte Carlo'da yerleşik olmayan büyükelçi sıfatıyla akredite edilmiştir. Bu çerçevede, Avusturalya, Çin Halk Cumhuriyeti, Hindistan, Japonya ve Rusya Federasyonu nezdinde akredite edilen büyükelçiler yerleşik olmayan büyükelçilerdir ve başkent Monte Carlo'da ikamet etmektedir. Öte yandan, Monako'nun yurtdışında 13 büyükelçiliği/sürekli temsilciliği bulunmaktadır: Berlin, Bern, Brüksel, Cenevre, Londra, Lizbon, Madrid, New York, Paris, Roma (2), Strasbourg ve Washington D.C. Bunlardan bazıları, aşağıda da görüleceği üzere, sadece sürekli temsilcilik niteliğini haizdir: Cenevre[182], New York, Strasbourg. Bu minvalde, Monako'nun yurtdışı büyükelçileri ve nezdinde akredite edildikleri devletler şu şekildedir: Fransa nezdinde atanan Paris büyükelçisi aynı zamanda Andora nezdinde de akredite edilmişken, Almanya nezdinde atanan Berlin büyükelçisi Avusturya ve Polonya nezdinde, İtalya nezdinde atanan Roma büyükelçisi aynı zamanda Hırvatistan, Malta, Romanya, San Marino ve Slovenya nezdinde de akredite edilmiştir. Roma'da ayrıca Vatikan ve Malta Egemen Askerî Düzeni nezdinde akredite edilmiş bir Monako büyükelçisi daha vardır. Yine, Amerika Birleşik Devletleri nezdinde atanan Washington D.C. büyükelçisi Kanada nezdinde de akredite edilmişken[183], İngiltere nezdinde atanan Londra büyükelçisi aynı zamanda Kazakistan nezdinde, Belçika nezdinde atanan Brüksel büyükelçisi aynı zamanda Hollânda ve Lüksemburg nezdinde, İsviçre nezdinde atanan Bern büyükelçisi ise aynı zamanda Liechtenstein nezdinde de akredite edilmiştir. Bunlara ilâveten, İspanya nezdinde Madrid büyükelçisi ve Portekiz nezdinde de Lizbon büyükelçilerinin atadıkları görülmektedir.[184]

Monako'nun uluslararası örgütlerle olan diplomatik ilişkileri ele alınan bu beş minyatür devlet arasında yoğunluk bakımından öne çıkmakta-

---

dwide/Diplomacy-and-International-Presence/Map-of-Bilateral-Relations (ziyaret tarihi: 14/07/19).

182 Bu sürekli temsilcilikte akredite edilmiş büyükelçiye ilişkin açıklama için bkz. *infra* dipnot: 192.

183 Monako'nun ilk büyükelçiliğinin, *Grimaldi Ailesi*'nin yakın bağları sebebiyle, Washington D.C.'de açıldığı belirtilmektedir. Bkz. BARTMANN, s. 546.

184 Portekiz Büyükelçisi *Henrique de Polignac Mascarenhas de Barros*'un Portekiz vatandaşı olmasının yanı sıra Monako Kraliyet ailesi *Grimaldiler* ile de akraba olduğu aktarılmaktadır. Bu çerçevede, 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 8/2'nin uygulaması akıllara gelmektedir. Bkz. *supra* III. Bölüm.

dır.[185] Birleşmiş Milletler'e 28 Mayıs 1993 yılında üye olan Monako, Avrupa Konseyi'ne 5 Ekim 2004 tarihi itibarıyla üye olmuştur.[186] Bunun haricinde, birçok uluslararası örgüte üye konumundaki Monako, üye olduğu Birleşmiş Milletler'in uzmanlık örgütleri şu şekilde sıralanabilir[187]: Uluslararası Telekomünikasyon Birliği (ITU); Dünya Sağlık Örgütü (WHO); Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO); Evrensel Posta Birliği (UPU), Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı (IEAE), Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü (WIPO), Uluslararası Sivil Havacılık Teşkilâtı (ICAO), Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO), Kimyasal Silâhların Yasaklanması Örgütü (OPCW), Dünya Meteoroloji Örgütü (WMO), Nükleer Denemelerin Kapsamlı Yasaklanması Antlaşması Örgütü (CTBTO), Dünya Turizm Örgütü (UNWTO), Gıda ve Tarım Örgütü (FAO).[188] İlâveten belirtilmelidir ki, Monako'nun kendisi de aralarında Uluslararası Hidrografik Örgütü ile

---

185 Nitekim doktrinde de çeşitli vesilerle bu hususun altı çizilmektedir. Meselâ, *O'Connell*, Andora, Monako ve San Marino'ya dair gerçekleştirdiği açıklamalarında San Marino ve Monako arasında karşılaştırmalı bir değerlendirme yaparken bu hususun altını çizmiştir. Bkz. O'CONNELL, s. 291.

186 Sırasıyla bkz. "*International Organisations*" via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/International-Organisations (son ziyaret tarihi: 28/07/19); "*Council of Europe*" https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/International-Organisations/The-Council-of-Europe (son ziyaret tarihi: 28/07/19).

187 Bu konuda bkz. "*Monaco, the UN and Membership to Its Specialised Agencies*" via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/International-Organisations/Monaco-the-UN-and-Membership-to-its-Specialised-Agencies (son ziyaret tarihi: 29/07/19). Esasen, Monako Dışişleri Bakanlığı tarafından bu listede yer verilen bazı örgütlerin uzmanlık örgütü vasfı taşımadıkları görülmektedir: IEAE, OPCW ve CTBTO. Bu çerçevede, Birleşmiş Milletler uzmanlık örgütlerine dair açıklama ve değerlendirmeler için bkz. KLEIN Eckart, United Nations, Specialized Agencies, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, August 2006, via http://opil.ouplaw.com/abstract/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e562 (ziyaret tarihi: 01/07/17); HÜFNER Klaus, Specialized Agencies, in **A Concise Encyclopedia of the United Nations**, 2nd Revised Edition, edited by Volger, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, s. 670-675; SUR, s. 231-236, özellikle s. 231-234.

188 Monako, Birleşmiş Milletler ve uzmanlık örgütleri dışında aralarında "Akdeniz Bilimsel Araştırmalar Uluslararası Komisyonu" (ICSEM), "Uluslararası Soğutma Enstitüsü" (IIR), "Uluslararası Yardım Birliği" (IRU), "Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Örgütü'nün Akdeniz İçin Genel Balıkçılık Konseyi" (GFCM) gibi örgütlerin de yer aldığı birçok hükûmetlerarası uluslararası örgüte üyedir. Bunların tam bir listesi için bkz. "*Membership of Intergovernmental Organisations*" via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/International-Organisations/Intergovernmental-Organisations (son ziyaret tarihi: 29/07/19).

IEAE Çevre Laboratuvarları Bölümünün[189] olduğu bazı uluslararası örgütlere ev sahipliği yapmaktadır.[190] Monako, bazı başkentlere akredite etmiş olduğu büyükelçileri aynı zamanda belirli uluslararası örgütler nezdinde de atamıştır. Bu çerçevede, Roma büyükelçisi FAO, Londra büyükelçisi IMO, Paris büyükelçisi OSCE ve UNESCO nezdinde de atanmışken, Berlin büyükelçisi Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı ve OSCE'nin Berlin bürosu ve Brüksel büyükelçisi ise Avrupa Birliği[191] nezdinde akredite edilmiştir. İlâve etmek gerekir ki, Monako, Birleşmiş Milletler nezdinde New York'ta[192], Avrupa Konseyi nezdinde ise Strasbourg'da ayrı birer büyükelçi akredite etmiştir. Uluslararası örgütler nezdindeki sürekli temsilcilerle ilgili Monako açısından dikkat çekici bir diğer husus, Uluslararası Sivil Havacılık Teşkilâtı

---

189 Bkz. "*Division of IAEA Environment Laboratories*" via https://www.iaea.org/about/organizational-structure/department-of-nuclear-sciences-and-applications/division-of-iaea-environment-laboratories (ziyaret tarihi: 29/07/19). 16 Mayıs 1986 tarihli *Uluslararası Deniz Radyoaktivitesi Laboratuvarı ve Ajansın Prenslik Dâhilindeki Ayrıcalık ve Bağışıklıklarına İlişkin Yüce Haşmetmeapları Monako Prensi Hükûmeti ile Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı Arasındaki Anlaşma* çerçevesinde kurulacak bu yeni organın merkezinin Monako olması kararlaştırılmıştır (m. 1). Anlaşma metni için bkz. "Agreement between the Government of His Serene Highness the Prince of Monaco and the International Atomic Energy Agency Concerning the International Laboratory of Marine Radioactivity and the Privileges and Immunities of the Agency within the Principality" via https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc337.pdf (son ziyaret tarihi: 29/07/19).

190 Bu konuda tam bir liste için bkz. "*International Organisations and Bodies Which Have Their Headquarters in Monaco*" via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/International-Organisations/International-organisations-and-bodies-which-have-their-headquarters-in-Monaco (son ziyaret tarihi: 29/07/19).

191 Avrupa Birliği'nin Monako nezdinde akredite ettiği temsilcisi ise Paris'te konumlandırmıştır. Bkz. "*European Union*" via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/Diplomacy-and-International-Presence/Permanent-Membership-to-International-Organisations/European-Union (son ziyaret tarihi: 28/07/19).

192 Monako'nun Birleşmiş Milletler'in Cenevre Ofisi nezdinde de bir büyükelçiliği (sürekli temsilciliği) bulunmakla birlikte, sürekli temsilci olarak atanmış görünen Büyükelçi *Lanteri*, Monako'nun Bern büyükelçiliğinde ve hem İsviçre, hem Liechtenstein nezdinde atanmış görünmektedir. Sırasıyla bkz. via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/Diplomacy-and-International-Presence/Permanent-Membership-to-International-Organisations/UN (son ziyaret tarihi: 28/07/19); via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/Diplomacy-and-International-Presence/bilateral-relations/All-the-countries/Switzerland (son ziyaret tarihi: 28/07/19); via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/Diplomacy-and-International-Presence/bilateral-relations/All-the-countries/Liechtenstein (son ziyaret tarihi: 28/07/19).

nezdinde atanmış olan Montreal'deki temsilci, Monako'nun Montreal fahrî konsolosudur.[193]

Monako'nun diplomatik ilişkilerine dair anlatılanlar göz önüne alındığında, 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinin ilgili hükümleri başta olmak üzere, kendisi lehine olan düzenlemelerden başarı ile yararlandığı ve kendisi lehine olabilecek birtakım uygulamaları da benimsediği ve itirazsız uygulayabildiği gözlenmektedir.

4- San Marino

San Marino, günümüzde[194] 116 devlet ve *sui generis* uluslararası bir hukuk süjesi ile diplomatik ve/veya konsolosluk ilişkisini haizdir. Bu devletlerden veya *sui generis* süjelerden sadece üçü, İtalya, Vatikan ve Malta Egemen Askerî Düzeni San Marino nezdinde yerleşik elçi akredite etmişlerdir. Bunlar dışındaki devletlerden aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 82 devlet veya birimin İtalya büyükelçilerini aynı zamanda San Marino nezdinde akredite etmiş oldukları görülmektedir. Bununla birlikte, Kırgızistan Almanya büyükelçisini, İzlanda Belçika büyükelçisini, Nikaragua ise Avusturya büyükelçisini aynı zamanda San Marino nezdinde akredite etmiştir. Ele alınan diğer minyatür devletlerden olan Andora ise, San Marino nezdinde kendi ülkesinde bulunacak şekilde büyükelçisini atamıştır.

San Marino'nun diplomatik temsilciliklerine bakıldığında, oldukça karmaşık bir dağılımın söz konusu olduğu görülmektedir. Öncelikle, San Marino 57 devlet ve birim nezdinde diplomatik temsilci atamıştır ki, bu devletler

---

193 Bkz. via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/Diplomacy-and-International-Presence/Permanent-Membership-to-International-Organisations/ICAO (ziyaret tarihi: 28/07/19). Bu bir fahrî konsolosluk olduğu için yukarıda yer verilen sürekli temsilcilikler listesinde kendisine yer bulmamıştır.

194 San Marino'nun eski tarihlerden beri diplomatik ilişkilerini bağımsız bir biçimde yürüttüğü ifade edilebilir. Nihayetinde, hatırlanacağı üzere, *Giannini*, 1899 tarihli makalesinde San Marino'nun bağımsız bir devlet olduğunu iddia ederken öne sürdüğü dayanak noktalarından biri de San Marino'nun Avrupa'nın çeşitli başkentlerindeki maslahatgüzar seviyesindeki temsilcileri ile İtalya'nın birçok kenti başta olmak üzere Avrupa'daki konsoloslukları olmuştur. Bkz. *supra* dipnot: 47. Bir 75 yıl sonra diğer bir yazar, *Cathudal* da benzer bir belirlemeye gitmiş, Roma'da, bir başkonsolos atandığı, Vatikan nezdinde ise bir büyükelçi akredite edildiği, birçok Avrupa ve Amerika devletlerinin başkentlerinde maslahatgüzarlar ve konsolosluk bürolarının bulunduğunu aktarmıştır. Bkz. CATUDAL, s. 199. Ayrıca, bkz. D'OLIVER FARRAN, s. 143.

çerçevesinde akredite edilen diplomatik temsilcilerin büyük bir bölümü San Marino'nun kendi ülkesinde mukim (yerleşik olmayan) konumundadır.[195] Bunlarla birlikte, San Marino'nun kendisinin temsili açısından sadece konsolosluk ilişkisi içerisinde bulunduğu 10 devlet de ayrıca belirtilmelidir.[196] Bu genel bilgilendirmeden sonra, San Marino açısından özellikle yerleşik olmayan konumdaki diplomatik temsilcilere ilişkin dağınık bir düzenin söz konusu olduğu ifade edilmelidir. Bu itibarla, her ne kadar ağırlıklı olarak yerleşik konumda olmayan diplomatik temsilciler San Marino'da konumlanmış olsa da, aralarında bazıları başta Roma olmak üzere İtalya'nın diğer kentlerinde konumlanmıştır.[197] Bunlara ilâveten, Vietnam nezdinde akredite edilmiş San Marino büyükelçi ise Singapur'da yerleşik konumdadır. San Marino'nun, 13 sürekli konumda diplomatik temsilciliği bulunmaktadır. Bunlar New York (Amerika Birleşik Devletleri)[198], Tiran (Arnavutluk), Viyana (Avusturya),

---

195 Bu devletleri şu şekilde sıralanmaktadır: Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Arjantin, Arnavutluk, Avusturya, Belarus, Belçika, Birleşik Arap Emirlikleri, Birleşik Krallık, Bosna-Hersek, Brezilya, Bulgaristan, Çekya, Çin Halk Cumhuriyeti, Danimarka, Endonezya, Estonya, Fas, Finlandiya, Fransa, Güney Afrika Cumhuriyeti, Gürcistan, Hollânda, İrlanda, İsrail, İsveç, İsviçre, İspanya, İtalya, İzlanda, Japonya, Kanada, Karadağ, Katar, Kıbrıs (Güney Rum Kesimi), Kosova, Küba, Lüksemburg, Macaristan, Malezya, Malta, Malta Egemen Askerî Düzeni, Mısır, Monako, Norveç, Panama, Peru, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovenya, Tayland, Türkiye, Vatikan, Vietnam ve Yunanistan.

196 San Marino'nun diplomatik ilişki içerisinde olup da sadece konsolos akredite ettiği 10 devlet şu şekilde sıralanabilir: Azerbaycan, Dominik Cumhuriyeti, Filipinler, Hırvatistan, Kongo, Lübnan, Singapur, Uruguay, Ürdün ve Venezüella. Karşılaştırmalı olarak bkz. "*Diplomatic Representations of San Marino*", Ministry of Foreign Affairs-Republic of San Marino via www.esteri.sm/on-line/en/home/diplomatic-and-consular-corps/diplomatic-representations-of-san-marino.html (son ziyaret tarihi: 16/07/19); "*Consular Representations of San Marino*", Ministry of Foreign Affairs-San Marino, via www.esteri.sm/on-line/en/home/diplomatic-and-consular-corps/consular-representations-of-san-marino.html (son ziyaret tarihi:16/07/19).

197 Bu çerçevede, San Marino'nun Arjantin, Peru ve Türkiye nezdinde akredite ettiği büyükelçiler Roma'da yerleşik konumdayken, Panama nezdinde akredite edilen büyükelçi Torino'da, Gürcistan nezdinde akredite edilen büyükelçi ise Terni'de yerleşik konumdadır. Bkz. "*Diplomatic and Consular Corps: Complete List*", via www.esteri.sm/on-line/en/home/diplomatic-and-consular-corps/complete-list-for-printing.html (son ziyaret tarihi: 15/07/19).

198 San Marino Dışişleri Bakanlığı sitesinde Amerika Birleşik Devletleri büyükelçiliğinin New York'ta konumlandığı görülmektedir. Bkz. "*Diplomatic Representations of San Marino: United States*", via http://www.esteri.sm/on-line/en/home/diplomatic-and-consular-corps/diplomatic-representations-of-san-marino/scheda1000071.html (son ziyaret tarihi: 02/09/19). Buna karşılık, *Bartmann*, San Marino'nun Amerika Birleşik Devletleri Büyükelçiliğinin Washington D.C.'de konumlandığını aktarmaktadır. Bkz. BARTMANN, s. 547.

Brüksel (Belçika), Saraybosna (Bosna-Hersek), Cakarta (Endonezya), Paris (Fransa), Madrid (İspanya), Cenevre (İsviçre), Roma (İtalya), Tokyo (Japonya), Roma (Malta Egemen Askeri Düzeni)[199] ve Roma (Vatikan) şeklinde sıralanmaktadır.[200] Bunlar arasında henüz İspanya büyükelçisi (Madrid) olarak bir akreditasyon gerçekleştirilmediği gözlenmektedir. New York'taki büyükelçilik aynı zamanda Birleşmiş Milletler sürekli temsilciliği konumundadır ve atanan büyükelçi gerek Birleşmiş Milletler nezdinde sürekli temsilci, gerek Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada nezdinde akredite edilmiş bulunmaktadır. İsviçre büyükelçisi de benzer şekilde Birleşmiş Milletler Cenevre ofisinde sürekli temsilci olarak atanmışken, aynı zamanda İsviçre, Norveç ve Rusya Federasyonu nezdinde akredite edilmiştir. Belçika büyükelçisi ise, aynı zamanda Avrupa Birliği nezdinde atanmışken, bir tarafta Belçika ve Hollânda nezdinde de akredite edilmiştir.[201] Öte yandan, Endonezya Büyükelçisi dışında, Endonezya Büyükelçiliğinde ASEAN nezdinde sürekli temsilci konumunda bir büyükelçi daha konumlandırılmıştır. Strasbourg'da bulunan ve Avrupa Konseyi'nde sürekli temsilci konumunda atanan büyükelçi ise aynı zamanda Monako ve Karadağ nezdinde akredite edilmiş konumdadır. Avusturya nezdinde atanan Viyana büyükelçisi ise, kentteki Birleşmiş Milletler Ofisi başta olmak üzere bir dizi uluslararası örgüte sürekli temsilci konumunda atanmıştır. İtalya'nın başkenti Roma'da ise, görüldüğü üzere, üç ayrı büyükelçi akreditasyonu söz konusudur: İtalya, Malta Egemen Askerî Düzeni ve Vatikan. İtalya nezdinde atanan Roma büyükelçisi aynı zamanda FAO nezdinde sürekli temsilci konumundadır. Öte yandan, Vatikan nezdinde akredite edilen ve Roma'da ikamet ettiği bildirilen büyükelçi, aynı zamanda Malta ve Kıbrıs nezdinde de akredite edilmiştir, ancak mukimi olduğu yer

---

199 Bir kez daha hatırlatılmalıdır ki, Malta Egemen Askerî Düzeni bir devlet teşkil etmemekte, ülkesel bir yönü bulunmamakta, ancak uluslararası hukuk süjeliğinin önemli vasıflarından elçilik hakkını haiz bulunduğu genel olarak kabûl edilmektedir. Bkz. *supra* dipnot: 161.

200 Bkz. "*Diplomatic Representations of San Marino*", *supra* dipnot: 198.

201 Büyükelçinin Lüksemburg nezdinde de akredite edilmemiş olması ilginç bir detaydır. Nitekim, Lüksemburg nezdinde başka bir büyükelçi akredite edilmiştir. Ancak, Lüksemburg nezdinde akredite edilen büyükelçinin yerleşik olup olmadığı tarafımızca tespit edilememiştir. Sırasıyla, bkz. via http://www.esteri.sm/on-line/en/home/diplomatic-and-consular-corps/diplomatic-representations-of-san-marino/scheda1000033.html (son ziyaret tarihi: 16/08/19); via http://www.esteri.sm/on-line/en/home/diplomatic-and-consular-corps/diplomatic-representations-of-san-marino/scheda1001608.html (son ziyaret tarihi: 16/08/19).

Roma değil San Marino olarak aktarılmaktadır.[202] San Marino'nun akredite etmiş olduğu elçiler konusunda ilginç olan husus ise, İspanya nezdinde herhangi bir büyükelçi henüz akredite edilmemişken, İspanya'da konsolos konumundaki *José Manuel de Mollinedo Martinez* aynı zamanda Katar nezdinde San Marino büyükelçisi olarak akredite edilmiş olmasıdır.[203] Eklenmelidir ki, San Marino'nun Japonya büyükelçisi *Manlio Cadelo*, Japonya'daki *corps diplomatique*'nin başı, yâni *doyen* konumundadır.[204]

San Marino'nun, son olarak, uluslararası örgütler nezdindeki temsili konumunun kısaca değerlendirilmesinde mutlak yarar vardır. San Marino, günümüzde, hâlihazırda Birleşmiş Milletler ile birlikte 11 uzmanlık örgütüne üye konumdadır.[205] Bunun dışında, aralarında Avrupa Konseyi, Uluslararası Balinacılık Komitesi, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı da olmak

---

202 Bkz. "*Diplomatic and Consular Corps: Complete Lis*t", *supra* dipnot: 197.

203 Hatırlanacağı üzere, 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 8/2'de vatandaş olmayan kişilerin de, kabûl eden devletin rıza göstermesi koşuluyla, diplomatik temsilci olarak atanabileceği açıkça düzenlenmiştir.

204 Bkz. HARAKAWA T., A Conversation with the Dean of the Diplomatic Corps, Manlio Cadelo, **Japan Forward**, March 2 2017 via www.japan-forward.com/a-conversation-with-the-dean-of-the-diplomatic-corps-manlio-cadelo/ (ziyaret tarihi:03/07/18).

205 2 Mart 1992 tarihinde Birleşmiş Milletler üyesi hâline gelen San Marino'nun üye olduğu 11 uzmanlık örgütü ve üye olma tarihleri ise şu şekilde sıralanabilir: Dünya Bankası/WB (21/09/2000); Tarım ve Gıda Örgütü/FAO (12/11/1999); Uluslararası Para Fonu/IMF (23/09/1992); Uluslararası Sivil Havacılık Teşkilâtı/ICAO (13/05/1988); Uluslararası Çalışma Örgütü/ILO (12/03/2002); Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü/WIPO (26/03/1991); Dünya Sağlık Örgütü/WHO (12/05/1980); Dünya Turizm Örgütü/UNWTO (20/07/1971); Uluslararası Telekomünikasyon Birliği/ITU (31/08/1994); Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü/UNESCO (12/11/1974); Uluslararası Posta Birliği/UPU (23/06/1967). Bunlar dışında, Birleşmiş Milletler çatısı altında olup da uzmanlık örgütü niteliğini haiz olmayan Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı/IAEA (25/11/2013); Nükleer Denemelerin Kapsamlı Yasaklanması Antlaşması Örgütü/CTBTO (12/03/2002); Kimyasal Silâhların Yasaklanması Örgütü/OPCW (09/01/2000). Bkz. "*International Relations—International Organizations of Which the Republic of San Marino Is a Member State*", via http://www.esteri.sm/on-line/en/home/foreign-affairs/international-relations/multilateral-relations.html (son ziyaret tarihi: 03/08/19). San Marino'nun uluslararası örgütlere üyeliğine ilişkin kapsamlı tarihî bir perspektif için bkz. DUURSMA, s. 254-259. Ancak, burada bir düzeltmeye gidilmelidir. San Marino Dışişleri Bakanlığı sitesinde yer alan konuya ilişkin sunulan listeden alınan bu bilgilere rağmen, meselâ San Marino 2002 yılından beri Uluslararası Denizcilik Örgütü'nün (IMO) de üyesi konumunda olduğu görülmektedir. Bkz. "*International Maritime Organization: Member States*", via http://www.imo.org/en/About/Membership/Pages/MemberStates.aspx (ziyaret tarihi: 03/08/19).

üzere birçok hükûmetler arası uluslararası örgüte de üyedir.[206] San Marino sayılan bu örgütler ve sayılmayan bazıları nezdinde genelde büyükelçi konumunda sürekli temsilci atamıştır. Bu çerçevede, Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada nezdinde atanan San Marino büyükelçisi, aynı zamanda Birleşmiş Milletler nezdinde de sürekli temsilci olarak atanmışken, İsviçre nezdinde atanan San Marino büyükelçisi aynı zamanda Birleşmiş Milletler Cenevre Ofisi nezdinde sürekli temsilci olarak görevlendirilmiş, Avusturya nezdinde atanan Viyana büyükelçisi ise hem Birleşmiş Milletler Viyana Ofisi, hem CTBTO nezdinde sürekli temsilci olarak ve hem de OSCE nezdinde yardımcı konumunda atanmıştır.[207] Bunlar dışında, İtalya nezdinde atanan San Marino büyükelçisi aynı zamanda FAO nezdinde sürekli temsilci olarak, Belçika nezdinde atanan San Marino büyükelçisi aynı zamanda Avrupa Birliği nezdinde atanmışken, Endonezya nezdinde atanan San Marino büyükelçisi dışında bölgesel bir hükûmetler arası örgüt konumundaki ASEAN[208] nezdinde ayrı bir büyükelçinin sürekli temsilci olarak görevlendirildiği görülmektedir.[209] Ayrıca, San Marino, Avrupa Konseyi nezdinde de Strasbourg'da ikamet eden büyükelçi düzeyinde sürekli bir temsilci görevlendirmiştir. Burada esas dikkat çekici olan, bazı durumlarda, San Marino'nun, nezdinde sürekli temsilci atadığı uluslararası örgüte atamış olduğu temsilcilerin yerleşik olmayan temsilci olmasıdır. Daha açık bir ifadeyle, San Marino IMO[210] ve OPCW ile OSCE nezdinde atadığı büyükelçi veya elçi konumundaki sürekli temsilciler San Marino'da mukim bulunmaktadır. Bir devletçe uluslararası bir örgüt nezdinde atan sürekli temsilcinin örgütün merkezinin bulunduğu yerde değil de, atayan devletin ülkesinde yerleşik olmayan temsilci sıfatıyla akredite edilebilmesi, kuşkusuz, söz konusu örgüt tarafından izin verilmesine bağlı bir durumdur.[211]

---

206 Bkz. "*International Relations—International Organizations of Which the Republic of San Marino Is a Member State*", *supra* dipnot: 205.

207 Bkz. "*Delegations and Missions of San Marino*", via http://www.esteri.sm/on-line/en/home/diplomatic-and-consular-corps/delegations-and-missions-of-san-marino.html (son ziyaret tarihi: 03/08/19).

208 "Güneydoğu Asya Ulusları Birliği" (*Association of Southeast Asian Nations*).

209 Bkz. "*Delegations and Missions of San Marino*", *supra* dipnot: 207.

210 Uluslararası Denizcilik Örgütü nezdinde atanan San Marino temsilcisi büyükelçi değil, "elçi" (*minister*) sınıfındadır.

211 Konuya dair henüz yürürlüğe girmemiş olan evrensel düzeyde 1975 tarihli *Evrensel Nitelikli Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Devletlerin Temsiline Dair Viyana Sözleşmesi*'nde, tıp-

Tüm bu anlatılanları genel olarak ve kısaca değerlendirmek gerekirse, San Marino'nun ele alınan diğer minyatür devletlerden oldukça karışık bir Dışişleri yapılanmasını haiz olduğu görülmektedir. Bunun dışında, tıpkı diğerlerini irdelerken görüldüğü üzere, San Marino'nun 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinin hükümlerinden sıklıkla yararlandığı gözlenmektedir. Bu çerçevede, gerek kendisine gönderilen, gerek kendisinin gönderdiği diplomatik temsilcilerin yoğun olarak yerleşik olmayan elçi konumunda olduğu; bir yanda kendisi nezdinde diplomatik temsilci akredite eden devletlerin ağırlıklı olarak İtalya büyükelçilerini bu görevle yükümlü kıldıkları, kendisinin ise bunu birçok durumda bir adım ileriye taşıyarak San Marino'da mukim yerleşik olmayan diplomatik temsilcileri yabancı devletler nezdinde akredite ettiği görülmektedir. Ayrıca belirtilmelidir ki, San Marino'nun bu tavrı, sadece yabancı devletler nezdinde görevlendirdiği diplomatik temsilcilerle sınırlı tutmadığı, bunu uluslararası örgütler nezdinde akredite ettiği sürekli temsilciler de dahi kullandığı gözlenmektedir. Bunun dışında, yine 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinde istisnaî bir durum olarak kendisine yer bulan vatandaş olmayan diplomatik temsilcilerle ilgili olarak da San Marino'nun uygulamaya gittiği fark edilmektedir.

5- Vatikan

Vatikan'ın tartışmalı statüsü göz önüne alındığında, günümüzde diplomatik ilişkilerine dair açıklamalar getirmek bu kısa makale açısından oldukça güç görünmekle birlikte, kısa bir çerçeve çizmek, kuşkusuz, faydalı olacaktır.[212] Bu minvalde, öncelikle Vatikan'ın kendi düzleminde konuya dair genel bir çerçeve çizilmesi yararlı olabilecektir.

---

kı benzer düzenlemeleri ihtiva eden önceki tarihli 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinde olduğu gibi, açık bir düzenleme söz konusu edilmemiştir. Konuya dair yakın düzenlemeler ise, söz konusu Sözleşmenin "Çoklu Akreditasyon veya Atama" (*Multiple Accreditation or Appointment*) başlıklı 8. maddesinde yer almaktadır: "*1. Gönderen Devlet, aynı şahsı iki veya daha fazla uluslararası örgütün misyon şefi olarak akredite edebilir veya kendisine ait başka bir misyonun diplomatik personelinden bir kişiyi misyon şefi olarak atayabilir. 2. Gönderen Devlet, misyonun diplomatik personelinden bir üyeyi diğer bir uluslararası örgütü akredite edebilir veya kendisine ait başka bir misyonun personelinden bir üyeyi misyon personelinin bir üyesi olarak atayabilir. 3. İki veya daha fazla devlet aynı şahsı aynı uluslararası örgütün misyon şefi olarak akredite edebilir*". Görüldüğü gibi, söz konusu bu düzenlemeler de konuya doğrudan bir açıklık getirmemektedir.

212 Vatikan diplomasisine dair yazılan en önemli eserlerden biri kuşkusuz *Graham*'ın yazdıklarıdır. Her ne kadar tarihi eski de olsa, bu eserin konuya dair temel bilgiler bağlamında önemli

Uluslararası alanda sürdürülegelen en eski diplomasi hizmetlerinden birini kullanan Vatikan'ın, bu bağlamda, Hristiyanlığın yayılmasıyla birlikte ilk kez Konsüllerde elçilik hizmetinden yararlanmaya başladığı aktarılmaktadır.[213] Ancak, bunun tamamen ruhanî ve dinî niteliği dikkatleri çekmek-

---

bir yeri vardır. Bkz. GRAHAM Robert A., **Vatican Diplomacy: A Study of Church and State on the International Plane**, Princeton University Press, New Jersey, 1959. Vatikan, diplomasi ilişkilerinde farklı tutumlar sergileyebilmekte, aynı şekilde kendisine de farklı tutumlar sergilenebilmektedir. Bu itibarla, meselâ, Vatikan Filistin Kurtuluş Örgütü ile 25 Ekim 1994 tarihinde özel bir ilişki içerisine girmiş, Filistin Kurtuluş Örgütü Roma'da Vatikan nezdinde bir temsilcilik açmıştır. Bir başka durum ise, Vatikan'ın Çin Halk Cumhuriyeti yerine Çin Cumhuriyeti'ni (yâni Tayvan'ı) tanımakta ve hâlen onunla diplomatik ilişkilerini sürdürmekte oluşudur. Öte yandan, kendisine farklı davranıldığı örnekler arasında meselâ hâlen İsviçre'nin federal devletin dinî tarafsızlığını tehlikeye atmasından korkulduğu için Vatikan nezdinde sürekli bir diplomatik temsilci bulundurmaması gösterilebilir. Bkz. DENZA, 2008, s. 30; DENZA, 2016, s. 23. Ayrıca, bkz. *infra* dipnot: 239. İngiltere ise, kökeni Ortaçağ'daki anayasal düzenlemelere dayandırılan bir anlayıştan ötürü 1923 yılına kadar Vatikan'la sürekli diplomatik ilişki içerisine girmemiş; bu tarihten itibaren ise tek taraflı olarak ve elçilik düzeyinde bir temsili tercih etmişken, Vatikan kendisine diplomatik statü tanınmayan apostolik delegesini 1938'de İngiltere'ye gönderebilmiştir. Bu delegeye diplomatik statü ise, onu diplomatik misyonun başı olarak kabûl etmeksizin, ilk kez 1979 yılında tanınmış; iki devlet arasındaki tam diplomatik ilişki ise 1982'de tesis edilmiştir. Bkz. DENZA, 2008, s. 30; DENZA, 2016, s. 23-24. Amerika Birleşik Devletleri ise, Vatikan'la normal diplomatik ilişkileri ancak 1984 yılında tesis etmiştir. Bkz. WOOD James E. Jr., Editorial: U.S. Ambassador to the Vatican, **Journal of Church & State**, vol. 26/2, 1984, s. 197-207; CORIDEN James A., Diplomatic Relations between the United States and the Holy See, **Case Western Reserve Journal of International Law**, vol. 19/2, 1987, s. 361-373. Amerika Birleşik Devletleri ile normal ilişkilerin tesisine dair ayrıntılı değerlendirme ve açıklamalar için ayrıca bkz. CISMAS, s. 191-195.

213 Bkz. SODANO Angelo Cardinal, The Holy See's Presence in International Affairs, **Seton Hall Journal of Diplomacy & International Relations**, vol. 2/1, 2001, s. 89. Bu çerçevede, *Broglio* ilk olarak 314'te *Papa I. Sylvester*'in Arles'teki Konsüle iki rahip (*Clodio* ve *Vito*) ve iki diyakon (*Eugenio* ve *Ciriaco*) gönderdiğini aktarmaktadır. Bkz. BROGLIO Timothy P., The Pastoral Dimension of the Office of Papal Representatives, **The Jurist**, vol. 75/2, 2015, s. 298. Bir başka yazar, *Walczak* ise, konuya ilişkin ilk apostolik niteliği haiz naipin *Papa I. Damasus* tarafından İllirya Kilisesi nezdinde atanmış olan Selanik Piskoposu *Acolio* olduğunu aktarmıştır. Bkz. WALCZAK, s. 491. Konuya ilişkin benzer şekilde açıklamalar için bkz. ABBO J.A. & JOHNSON J.G., Legates, Papal, in **New Catholic Encyclopedia**, vol. 8 (Jul-Lyo), 2nd Edition, edited by Carson & Cerrito, Washington D.C., 2002, s. 450-451; TAURAN Jean-Louis, The Presence of the Holy See in the International Organizations, **Lecture in Catholic University of the Sacred Heart**, Milan, April 22 2003 (Monday) via https://web.archive.org/web/20140215051159/http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/documents/rc_seg-st_doc_20020422_tauran_en.html (ziyaret tarihi: 25/06/18); WALF Knut, The Nature of the Papal Legation: Delineation and Observations, **The Jurist**, vol. 63, 2003, s. 85.

tedir. Bu çerçevede, Vatikan diplomatlarının Kiliseyi ve Hristiyanlığı, daha belirgin anlatımla Katolik inancını temsil ettiği görülmektedir. Oysa sürekli diplomasinin 15. yüzyılda yaygınlaşmasıyla birlikte, Kutsal Taht'ın diplomatik niteliği de olan sürekli temsilcileri başta Fransa, Venedik ve İspanya olmak üzere ilgili egemenler nezdinde atadığı gözlenmektedir.[214] Hattâ, o dönemde biri ruhanî nitelikli, diğeri siyasî nitelikli iki ayrı temsilci gönderilmesi düşünülmüş, İsveç nezdinde bu uygulama denenmiş ancak başarılı bulunmayıp bu yönlü uygulamadan vazgeçilmiştir.[215]

Bakıldığında Vatikan Şehir Devleti'nin değil, Kutsal Taht'ın (Papalık) elçi gönderme ve kabûl etme hakkı olduğuna işaret edilmektedir.[216] Bu sebeple, doktrinde, Vatikan Nonslarının diğer devletlerin diplomatik temsilcilerinden farkına da işaret edilmektedir.[217] Vatikan Nonsları, bu minvalde, kabûl eden devletin ülkesinde, hem dünyevî (diplomatik/siyasî), hem ruhanî (dinî) temsil gerçekleştirmektedir. Bu çerçeveden bakıldığında, Vatikan'ın temsilcilerinde, diğer diplomatik temsilcilerde olmayan, kabûl eden devletin (Katolik) halkı üzerinde ruhanî etkilerinin oluşudur.

Diplomatik ilişkiler bakımından değerlendirildiğinde, Vatikan'ın kendi iç düzeninde konuyu ele alan günümüzde iki temel metin olduğu görülecektir. Bunlar, *Papa VI. Paul*'ün 24 Haziran 1969 tarihinde yayımladığı "*Sollicitudo omnium Ecclesiarum*" (Tüm Kiliselerin İlgisine) başlıklı Talimatnâmesi (*motu proprio*)[218] ile 1983 tarihli "Kilise Hukuku Kanunu" (*Code of Canon*

---

214 Bkz. SODANO, s. 90. Ayrıca, bkz. TAURAN, *supra* dipnot: 213 WALF, s. 86. Bir başka eserde ise, ilk sürekli Papalık elçiliğinin Venedik'te 1500'lerde oluşturuldığı aktarılmaktadır. Bkz. "Papal Diplomacy—God's Ambassadors", **The Economist**, July 19 2007 via www.economist.com/international/2007/07/19/gods-ambassadors (son ziyaret tarihi: 25/06/18). Ancak, *Walczak* Papalık tarafından ilk sürekli elçiliğin 1456 yılında Fransa'da açıldığı, bunu sonrasında sırasıyla 1492'de İspanya, 1500'de Venedik, 1510'da İsviçre ve 1530'da Portekiz sürekli elçiliklerinin izlediği şeklinde bir bilgiyi paylaşmıştır. Bkz. WALCZAK, s. 493. Bu konuda çok daha ayrıntılı bir liste ise *Graham* tarafından sunulmuştur. Bkz. GRAHAM, s. 117.

215 Bkz. PARO, s. 147.

216 Bkz. NOONAN, s. 91. Ayrıca, bkz. WALCZAK, s. 500. Öte yandan, bazı kaynaklarda diplomatik ilişki kurarak yabancı devletlere elçi gönderme hakkı "dış elçilik hakkı" (*right of external legation*) olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. ABBO & JOHNSON, s. 450.

217 Bkz. PARO, s. 139-149, özellikle s. 146-147.

218 24 Haziran 1969 tarihli söz konusu bu Talimatnâmenin İngilizce metni için bkz. "Papal Legates: Office of (Paul VI, 24 June, 1969) *AAS* 61-473" via www.clsadb.com/document/09f379ad-c01a-4d71-8cbd-7a715e6d4df8 (ziyaret tarihi: 02/07/19).

Law)[219] olmaktadır. Bunlardan Kilise Hukuku Kanunu m. 362 ilâ 367 arasında Vatikan'ın diplomatik ilişkilerine dair düzen genel çizgilerle belirlenmekteyken, 1969 tarihli söz konusu Talimatnâme ise toplam 12 maddeden oluşan ve diplomatik ilişkiler temelli ayrıntılı bir düzenleme içermektedir.[220] Bu kapsamda, bir yanda Vatikan için elçilik hakkı (aktif ve pasif) genel olarak kabûl edilmişken, bir yanda bu görevin ruhanî özellikleri de gözetilerek konuya dair yetkilerin sınırları da çizilmiş olmaktadır.[221]

Talimatnâmenin 1. maddesinde Vatikan'ın delegeleri arasında sınıfsal olarak "Nons", "Pronons" ve "Enternons" şeklinde üçlü bir ayrıma gidildiği gözlenmektedir. 1815 tarihli Viyana Konferansı Nihaî Senedi ile başlayan ve günümüze kadar gelen diplomatik temsilcilere dair sınıfsal kurallar açısından bakıldığında[222], Talimatnâme'nin klâsik olarak kabûl edilebilecek "Nons" ve "Enternons"[223] şeklinde genel ayrıma uygun sınıflar kabûl etmesinin yanı sıra, daha önce mevcut olmayan ara bir sınıf olarak "Pronons" şeklinde bir sınıfa da yer verdiği fark edilmektedir. Bununla birlikte, günümüzde, sadece Nons'ların kullanıldığı da bildirilmektedir.[224] Talimatnâmenin 3. maddesinde ise, Vatikan'ın elçilik hakkının doğal ve bağımsız bir hak olarak düzenlendiği görülmektedir.[225] Öte yandan, söz konusu Talimatnâmenin ancak 10.

---

219 İlgili metnin İngilizce çevirisi için bkz. "1983 The Code of Canon Law" via https://juiciobrennan.com/files/bishopselection/code_of_canon_law_1983.pdf (ziyaret tarihi: 01/01/07). Bu belgeye dair genel değerlendirme ve açıklamalar için bkz. MORRISEY F.G., Canon Law, 1983 Code, in **New Catholic Encyclopedia**, vol. 3 (Can-Col), 2nd Edition, edited by Carson & Cerrito, Washington D.C., 2002, s. 34-37.

220 *Broglio*, nitekim 1983 tarihli Kilise Hukuku Kanunu'nun ilgili maddelerinin bu Talimatnâmedeki düzenlemeleri içerdiğine dikkat çekmektedir. Bkz. BROGLIO, s. 302.

221 Söz konusu Talimatnâme ile ilgili ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. WALF, s. 88-94; BROGLIO, s. 300-311.

222 Konuya ilişkin 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinin ilgili 14. maddesine yukarıda yer verilmişti. Bkz. *supra* III. Bölüm. Bu yüzden, bir tekrara lüzum görülmemiştir. Ancak, 1961 tarihli Viyana Konferansında gerçekleştirilen tartışmalara ilişkin bkz. "*Official Records*", vol. I, s. 116-120. Ayrıca, bkz. WALF, s. 99-100.

223 Enternons, her ne kadar Nons ile birlikte sadece Vatikan'ın temsilcilerine atfedilen bir sınıf olarak belirtilse de, nadir olarak başka devletlerin de Enternons adıyla diplomatik temsilci atadıkları görülmektedir. Meselâ, Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun Osmanlı İmparatorluğu nezdinde İstanbul'da görevlendirdiği diplomatik elçilere, en azından bir dönem, Enternons adı verdiği aktarılmaktadır. Bkz. BOLSOVER G.H., The Meaning and History of the Term 'Internuncio', **Bulletin of the Institute of Historical Research**, vol. 12, 1934/5, s. 145-151.

224 Bkz. BROGLIO, s. 303 ve 311. Ayrıca, bkz. WALCZAK, s. 502.

225 Paralel şekilde 1983 tarihli Kiliseler Hukuku Kanunu m. 362.

maddesinde akredite olunan devlet ile ilişkilerin çerçevesi düzenlenmiştir.[226] Ele alınan konuyla ilişkili olarak Talimatnâmenin diğer önemli maddeleri arasında uluslararası örgütlere gönderilen temsilcilere dair düzenleme (m. 2), uluslararası örgütlerle ilişkilere dair düzenleme (m. 11) ve temsilcilerin hak ve ayrıcalıklarına dair düzenleme (m. 12) gösterilebilecektir.

Vatikan "Dışişleri Bakanlığı" (*Secretariat of State*)[227] iki temel kısımdan oluşmaktadır: İlki ulusal kiliselerle olan ilişkileri düzenlemekle görevli "Genel İlişkiler Bölümü" (*Section for General Affairs*) ve ikincisi ise çok daha küçük bir yapıda olan ve bizim de ele aldığımız konuyu, yâni Vatikan'ın hükûmetler nezdindeki ilişkileri düzenleyen "Devletlerle İlişkiler Bölümü" (*Section for Relations with States*).[228] Genelde, piskoposlardan seçilen Nons'ların[229], diğer devletlerin diplomatik temsilcileriyle mukayese edildiğinde, atandıkları devletlerde daha uzun süre görevde kaldıklarına, en az birkaç dili çok iyi konuşabildiklerine, tarihi çok iyi bildiklerine ve bulundukları yerle ilgili olarak çok iyi biçimde bilgilendirilmiş olduklarına işaret edilmektedir.[230]

---

226 1983 tarihli Kiliseler Hukuku Kanunu m. 365. Bu maddede, aynı zamanda bir devlet nezdinde temsilci olarak atanan Papa elçisinin görevleri arasında, atandığı devletin yetkilileri ile Kutsal Taht arasındaki ilişkileri teşvik edip ilerletmesi ve geliştirmesi; başta Konkordatlar olmak üzere benzeri nitelikli anlaşmaların gerçekleştirilmesi ve onlara etki verilmesi suretiyle, Kilise ve Devlet arasındaki ilişkilerle ilgili sorunlarla ilgilenmek sayılmıştır.

227 Bkz. "*Secretariat of States*" via http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/index.htm (son ziyaret tarihi: 31/08/19). Roma Küryası içerisinde yer alan Dışişleri Bakanlığı ile temsilciler arasında doğrudan bir bağlantı ve disiplin olduğu belirtilmelidir (Talimatnâme m. 4/5). Bu çerçevede, temsilcilerin Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla doğrudan Papa'ya karşı sorumlu olduğu aktarılmaktadır. Bkz. BROGLIO, s. 306.

228 Bkz. "God's Ambassadors", *supra* dipnot: 214. Öte yandan, *Graham* 1959 yılında bastırılan eserinde Vatikan'ın herhangi bir dışişleri bakanlığının bulunmadığını dile getirdiği görülmektedir. Bkz. GRAHAM, s. 140. Ancak, günümüzdeki yapı o dönem itibarıyla farklılaşmıştır. Esas olarak, sadece "Devletler Arası İlişkiler Bölümü"ne denk gelen kısım Dışişleri Bakanlığı olarak da mütalâa edilebilecektir.

229 Nons'ların seçimine dair genel düzenleme Talimatnâmenin 6. maddesinde gerçekleştirilmiştir. İlâveten, Nons'ların seçimine dair ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. METZ René, Papal Legates and the Appointment of Bishops, **The Jurist**, vol. 52/2, 1992, s. 259-284; WALF, s. 101-102; BROGLIO, s. 307.

230 Bkz. "God's Ambassadors", *supra* dipnot: 214. Bu durumu daha belirginleştirmek adına savaşın sürdüğü ülkelerden birinde Amerika Birleşik Devletleri büyükelçisinin hergün Vatikan Nons'una uğrayarak gelişmeler hakkında bilgi aldığı, çünkü savaş alanındaki rahibelerce Vatikan temsilcisinin her an bilgilendirildiği şeklinde bir anekdota da yer verilmektedir. Bkz. *ibid*.

Günümüzde, Vatikan'ın, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu, 183 devlet ile diplomatik ilişkisi vardır.[231] Bu rakam göz önüne alındığında hemen hemen dünyadaki birçok devletle diplomatik ilişki kurmuş olan Vatikan'ın sadece belirli birkaç devletle resmî diplomatik ilişki kurmadığı fark edilmektedir. Bu devletler arasında Afganistan, Bhutan, Brunei, Çin Halk Cumhuriyeti, Komorlar, Kuzey Kore, Kosova, Laos, Maldivler, Somali, Suudi Arabistan, Tuvalu, Umman ve Vietnam bulunmaktadır.[232] Ancak, resmî ilişki kurulmasa da bazılarıyla temas hâlinde olunduğu ifade edilmektedir.[233] Öte yandan, bazılarıyla birtakım ilişkiler de geliştirilmiştir. Meselâ, Brunei, Komorlar, Laos ve Somali'de dinî nitelikte atanmış Vatikan apostolik temsilcisi bulunmaktadır.[234] Bunun dışında, *Papa XVI. Benedictus* olarak bilinen *Ratzinger*'in göreve başlama törenine Afganistan, Suudi Arabistan, Umman ve Vietnam resmî temsilcilerini göndermişlerdir.[235] Yine, *Papa II. Jean Paul*'ün cenaze törenine ise Brunei ve Somali temsilci göndermiştir.[236]

Vatikan, kendisi nezdinde akredite edilecek diplomatik temsilcilerin

---

231 Vatikan'ın Dışişleri Bakanlığı sitesine girildiğinde belirtilen rakam 180 devlet olmakla birlikte (bkz. "*Bilateral Relations of the Holy See*" via http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/documents/rc_seg-st_20010123_holy-see-relations_en.html/son ziyaret tarihi: 31/08/19) yine Vatikan'ın kendi resmî haber bülteninde gerçekleştirilen bilgilendirmeye göre 183 devlet ile diplomatik ilişkiye girildiği aktarılmaktadır. Bkz. "Informative Note on the Diplomatic Relations of the Holy See", **Bollettino Sala Stampa della Santa Sede**, January 7 2019 via http://press.vatican.va/content/salastampa/en/bollettino/pubblico/2019/01/07/190107a.html (son ziyaret tarihi: 20/07/19).

232 Bkz. CARDINALE Gianni, The Sixteen States that haven't Answered the Summons. And the Latest Information on Ambassadors and Nuncios, **Chiesa Espresso Repubblica**, January 14 2010 via http://chiesa.espresso.repubblica.it/articolo/1341731bdc4.html?eng=y (son ziyaret tarihi: 31/08/19). Benzer şekilde, bkz. WESTDICKENBERG, paragraf: 8. Ayrıca, aşağıda belirtilen listeler ile de karşılaştırılma yapılmalıdır. Bkz *infra* dipnot: 239.

233 Vietnam ile bu konuda görüşüldüğü ifade edilmektedir. Bkz. CARDINALE, *supra* dipnot: 232. Vietnam ile görüşmelerin hangi aşamada olduğu veya hâlen devam edip etmediği bilgisine tarafımızca ulaşılamamıştır. Buna karşılık, *Westdickenberg* de Vietnam'ın Vatikan'la gizli ve düzenli bir iletişim içerisinde olduğunu, ancak bu ilişkinin resmîleştirileceğinin söylenmesinin spekülasyondan ibaret olacağını vurgulamıştır. Bkz. WESTDICKENBERG, paragraf: 30.

234 Bkz. CARDINALE, *supra* dipnot: 232. Bilindiği üzere, Vatikan temsilcisi sadece yerel kilise kapsamında atanmışsa "apostolik" sıfatıyla anılmaktadır. Buna karşılık, aynı zamanda bulunduğu devletin hükûmeti nezdinde de akredite edilmişse, o zaman sınıfına göre Nons veya Enternons olmaktadır. Bkz. ABBO & JOHNSON, s. 451; BROGLIO, s. 303.

235 Bkz. CARDINALE, *supra* dipnot: 232.

236 Bkz. *ibid*.

İtalya nezdinde atanan diplomatik temsilciler olmaması şartını öne sürmektedir.[237] Böylelikle, devletler İtalya nezdinde atadıkları diplomatik temsilcileri aynı zamanda Vatikan nezdinde atayamamaktadır. Bu yüzden de, gerek İtalya gerek Vatikan'la diplomatik ilişki kurup aktif eliçilik hakkını kullanan birçok devlet Roma'da iki ayrı diplomatik misyon şefi bulundurmaktadır. Bunlardan birisi, İtalya nezdinde atanmışken, diğeri Vatikan nezdinde atanmış olmaktadır. Bu konuda, meselâ, Birleşik Krallık 2006 yılında güvenlik ve maliyet sebebiyle Vatikan'a atadığı büyükelçisinin rezidansını aynı zamanda kendisinin hâlihazırdaki İtalya Büyükelçiliği binasının eklentisine taşıma plânı Papa'yı kızdırmış ve bu plândan vazgeçmek zorunda kalınmıştır.[238] Günümüzde 87 devletin ve *sui generis* bir hukuk sujesinin Roma'da Vatikan nezdinde görevlendirilmiş büyüelçileri/büyükelçilikleri bulunmaktadır.[239] Bunun dışında, Avrupa Birliği, başta olmak üzere başka uluslararası örgüt ve birimlerin de Roma'da Vatikan nezdinde temsilcileri/

---

237 Bkz. DENZA, 2008, s. 30; WESTDICKENBERG, paragraf: 8; DENZA, 2016, s. 24.

238 Bkz., DENZA, 2008, s. 30; DENZA, 2016, s. 24. Bu konuya dair, Dışişleri Bakanlığından İngiliz Parlâmentosu Lordlar Kamarası'na gönderilen açıklama için bkz. HARTMANN Jacques & SHAH Sangeete & WARBRICK Colin (eds.), United Kingdom Materials on International Law, 2010, **British Yearbook of International Law**, vol. 81, 2011, s. 641.

239 Roma'da büyükelçi bulunduran 87 devlet ve *sui generis* birim şu şekildedir: Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Angola, Arjantin, Arnavutluk, Avusturalya, Avusturya, Belçika, Belize, Benin, Birleşik Krallık, Bolivya, Bosna-Hersek, Brezilya, Bulgaristan, Burkina Faso, Çekya, Çin Cumhuriyeti (Tayvan), Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Dominik Cumhuriyeti, El Salvador, Ekvator, Ekvator Ginesi, Endonezya, Ermenistan, Fas, Fildişi Sâhilleri, Filipinler, Filistin, Finlandiya, Fransa, Gabon, Gana, Guatemala, Gürcistan, Güney Afrika Cumhuriyeti, Güney Kore, Haiti, Hırvatistan, Hollânda, Honduras, Irak, İran, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İtalya, Japonya, Kamerun, Kanada, Karadağ, Kıbrıs (Rum Kesimi), Kolombiya, Kosta Rika, Kuzey Makedonya Cumhuriyeti, Küba, Libya, Litvanya, Lübnan, Lüksemburg, Macaristan, Malezya, Malta Egemen Askerî Düzeni, Meksika, Mısır, Monako, Nijerya, Nikaragua, Panama, Paraguay, Peru, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, San Marino, Senegal, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Şili, Timor-Leste, Türkiye, Ukrayna, Uruguay, Venezüella, Yunanistan. Bkz. "*List of Diplomatic Corps Accredited to the Holy See*", January 2019 via https://www.sdsofficium.va/cd/corpsdiplomatique.html (son ziyaret tarihi: 31/08/19). Ayrıca, bu liste 2013'te yayınlanan şu liste ile de karşılaştırılabilir. Bkz. "*Liste du corps diplomatique pres le Saint-Siège*", September 10 2013 via www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2013/documents/rc_seg-st_20130910_cd.pdf (ziyaret tarihi: 30/08/19). Belirtilmelidir ki, Vatikan'ın Ocak 2019 tarihi itibarıyla yayınladığı basın bülteninde de Roma'da Vatikan nezdinde görevlendirilmiş Malta Egemen Askerî Düzeni ve Avrupa Birliği de dâhil olmak üzere 89 büyükelçilik olduğunun altı çizilmektedir. Bkz. "*Informative Note on the Diplomatic Relations of the Holy See*", *supra* dipnot: 231.

temsilcilikleri bulunmaktadır.[240] Ayrıca, başka devletler nezdinde akredite edilmiş, ancak aynı zamanda Vatikan nezdinde de görevlendirilmiş misyonlar/misyon şefleri de söz konusudur. Bu bağlamda, 16 devlet Almanya (Berlin) büyükelçilerini/büyükelçiliğini Vatikan nezdinde görevli kılmışken[241], 13 devlet Fransa (Paris)[242], dokuz devlet Birleşik Krallık (Londra)[243], yedi devlet Belçika (Brüksel)[244], altı devlet İsviçre (Bern)[245], iki devlet ise İspanya (Madrid)[246] büyükelçilerini/büyükelçiliklerini Vatikan nezdinde atamıştır. Ayrıca, yedi devlet hem Birleşmiş Milletler sürekli temsilcileri, hem de İsviçre büyükelçiliği konumundaki Cenevre temsilciliklerini Vatikan nezdinde akredite etmiştir.[247] İlâveten, Botswana İsveç (Stockholm), İsviçre Slovenya (Ljubljana), Katar Hırvatistan (Zagreb), Moldovya Çekya (Prag), Myanmar Avusturya (Viyana), Surinam Hollânda (La Haye) ve Yeşil Burun Adaları ise Portekiz (Lizbon), büyükelçiliklerini/büyükelçilerini aynı zamanda Vatikan nezdinde de atamıştır. Ayrıca, kendi başkentlerinde yerleşik konumunda Vatikan nezdinde büyükelçi atayan devletlerin sayısı ise 11'i bulmaktadır.[248]

---

240 Avrupa Birliği ile birlikte Roma'da Vatikan nezdinde temsilci bulunduran uluslararası örgütler arasında şunlara yer verilebilir: "Arap Devletleri Birliği", "Birleşmiş Milletler Göçmenler Yüksek Komiserliği" ve "Uluslararası Göç Örgütü" yer almaktadır. Bkz. "*List of Diplomatic Corps Accredited to the Holy See*", *supra* dipnot: 239.

241 Bu 16 devlet şu şekilde sıralanbilir: Burundi, Eritre, Gine, Jamaika, Kenya, Kırgızistan, Kuveyt, Lesotho, Malawi, Mozambik, Namibya, Nepal, Nijer, Tanzanya, Uganda, Yemen. Bkz. "*List of Diplomatic Corps Accredited to the Holy See*", *supra* dipnot: 239.

242 Bu 13 devlet şu şekilde sıralanabilir: Azerbaycan, Çad, Etiyopya, Gine-Bissau, Kongo, Madagaskar, Mali, Moritanya, Saint Lucia, Saint Vincent ve Grenidler, Sudan, Ürdün, Zimbabwe. Bkz. "*List of Diplomatic Corps Accredited to the Holy See*", *supra* dipnot: 239.

243 Bu dokuz devlet şu şekilde sıralanabilir: Barbados, Belarus, Fiji, Gambiya, Grenada, Guyana, Liberya, Mauritius, Zambiya. Bkz. "*List of Diplomatic Corps Accredited to the Holy See*", *supra* dipnot: 239.

244 Bu yedi devlet şu şekilde sıralanabilir: Domenika, eSwati, Papau Yeni Gine, Seyşeller, Sierra Leone, Togo, Trinidad ve Tobago. Bkz. "*List of Diplomatic Corps Accredited to the Holy See*", *supra* dipnot: 239.

245 Bu altı devlet şu şekilde sıralanabilir: Hindistan, Kazakistan, Norveç, Pakistan, Tayland, Tunus. Bkz. "*List of Diplomatic Corps Accredited to the Holy See*", *supra* dipnot: 239.

246 Vatikan nezdinde İspanya büyükelçilerini akredite eden iki devlet Birleşik Arap Emirlikleri ve Yeni Zellanda'dır. Bkz. "*List of Diplomatic Corps Accredited to the Holy See*", *supra* dipnot: 239.

247 Bu yedi devlet Bangladeş, Cezayir, Moğolistan, Ruanda, Sri Lanka, Suriye ve Türkmenistan'dır. Bkz. "*List of Diplomatic Corps Accredited to the Holy See*", *supra* dipnot: 239.

248 Vatikan nezdinde atadıkları büyükelçileri kendi başkentlerinde konumlandıran 11 devlet şu

Vatikan'ın ikili ilişkileri bir yana uluslararası örgütlerle de ilişkileri mevcuttur. Bu çerçevede, Vatikan, başta Birleşmiş Milletler olmak üzere birçok uzmanlık örgütüne daimî gözlemci statüsünü[249] haizken[250], birçok uluslararası hükûmetler arası örgüte de üye konumundadır. Bu çerçevede, "Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü" (WIPO), "Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı" (IAEA), "Kimyasal Silâhların Yasaklanması Örgütü" (OPCW), "Nükleer Denemelerin Kapsamlı Yasaklanması Antlaşması Örgütü" (CTBTO), "Uluslararası Askerî Tıp Komitesi" (ICMM)[251], "Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Örgütü" (OSCE) gibi hükûmetler arası uluslararası örgütlere Kutsal Taht olarak üye iken, "Evrensel Posta Birliği" (UPU), "Uluslararası Telekomünikasyon Birliği" (ITU), "Uluslararası Telekomünikasyon Uyduları Örgütü" (ITSO), "Avrupa Telekomünikasyon Uyduları Örgütü" (EUTELSAT) ve "Uluslararası İdarî Bilimler Enstitüsü"ne (IISA) ise Vatikan olarak tam üyedir.[252] Bunun dışında, aralarında "Tarım ve Gıda Örgütü" (FAO), "Uluslararası Çalışma Örgütü" (ILO), "Dünya Sağlık Örgütü" (WHO), "Dünya Meteoroloji Örgütü" (WMO), "Amerikan Devletleri Örgütü" (OAS) gibi hükûmetler arası örgütler de olmak üzere birçok uluslararası örgütte belirtildiği üzere gözlemci statüsünü haizdir.[253]

şekilde sıralanabilir: Andora (Andora la Vella), Antigua ve Barbuda (St. John), Bahamalar (Nassau), Cibuti (Cibuti), Domenika (Roseau), Estonya (Talinn), İzlanda (Reykjavik), Letonya (Riga), Liechtenstein (Vaduz), Malta (Valetta), Singapur (Singapur). Bkz. "*List of Diplomatic Corps Accredited to the Holy See*", *supra* dipnot: 239.

249 Gözlemci statüsüne dair bkz. SUY Eric, The Status of Observers in International Organizations, **Recueil des cours**, vol. 160, 1978-II, 1978, s. 75-179; GRABOWSKA Genowefa, Observers of States in International Organizations of a Universal Character, **Polish Yearbook of International Law**, vol. 10, 1980, s. 233-255; SYBESMA-KNOL Renera Gertrudis, **The Status of Observers in the United Nations**, Leiden, 1981 (basılmamış doktora tezi); RENSMANN Thilo, International Organizations or Institutions, Observer Status, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Rudiger Wolfrum, June 2007, http://opil.ouplaw.com/abstract/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e506 (ziyaret tarihi: 01/07/17).

250 Vatikan'ın kendi işlevinin de bir sonucu olarak Birleşmiş Milletler'e kendi tercihi ile üye olmadığı bildirilmektedir. Bkz. ABDULLAH, s. 1837-1844; TAURAN, *supra* dipnot: 213; RYNGAERT, s. 840-841 ve özellikle dipnot: 45.

251 *International Committee of Military Medicine*.

252 Bu konudaki ayrıma ilişkin açıklamalar için bkz. *supra* dipnot: 98.

253 Vatikan'ın uluslararası örgütlerle ilişkilerine dair tüm bu listeler için bkz. "*Diplomatic Relations of the Holy See*", **The Permanent Observer Mission of the Holy See to the United Nations**, 2018 via http://holyseemission.org/contents/mission/diplomatic-relations-of-the-

Tüm bu anlatılanlar bir yana, Vatikan'la ilişkili 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinin yukarıda da yer verilen 16. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen düzenlemeye dair Viyana Konferansında ciddî tartışmaların gerçekleştirildiği ve en önemlisi Vatikan'ın kendisi tarafından gerçekleştirilen başta olmak üzere birtakım önerilerin göz önüne alınarak maddeye son hâlinin verilmiş olduğu dikkatlerden kaçırılmaması gereken bir husustur. Hatırlanacağı üzere, *corps diplomatique*'nin başında olan *doyen*'in, normalde kabûl eden devlette en uzun süre görev yapan diplomatik misyon şefi olduğu kabûl edilmekle birlikte, özellikle Katolik tandaslı ülkelerde mevcut olan uygulamayı da yansıtan biçimde bir düzenleme getirilmiş ve böylelikle uluslararası nezaket kuralları çerçevesinde *doyen* Vatikan temsilcisi olarak kabûl edilmiştir. Esasen bakıldığında, 1958 tarihli Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun ortaya koyduğu taslak metindeki[254] ilk düzenleme şu şekilde oluşturulmuştur: "*Bu madde, kabûl eden devletteki Papa temsilcisinin önceliğine ilişkin mevcut herhangi bir uygulamaya halel getirmez*".[255] Belirtildiği üzere, 1961 yılında Viyana'da toplanan Konferansta üzerinde oldukça tartışılan bu maddenin temelde Vatikan tarafından verilen şu değişiklik önerisine uygun olarak tekrar düzenlendiği görülmektedir[256]: "*Mevcut madde, kabûl eden devletin Papa'nın temsilcisinin önceliği hakkındaki herhangi bir uygulamasını etkilemez*".[257] Vatikan temsilcisi bu değişikliği savunurken, maddede yer verilen "*mevcut herhangi bir uygulama*" ibaresiyle Papa lehine olan bu istisnanın sadece söz konusu sözleşmenin onaylanması veya kabûlü esnasında bunu uygulayan devletlerle sınırlı kalınacağı anlamına geldiğini belirtmiş, oysa hâlihazırda bu istisnayı uygulamasa da gelecek bir tarihte uygulamak isteyen devletler

---

holy-see.php (son ziyaret tarihi: 02/07/19). Ayrıca, bkz. "*Bilateral Relations of the Holy See*", *supra* dipnot: 231.

254 Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun "*Diplomatik İlişki ve Bağışıklıklara Dair Taslak Maddeler*" başlıklı metni için bkz. "Draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities", **Yearbook of the International Law Commission 1958**, vol. II, New York, 1958, s. 89-105, özellikle s. 93.

255 "*The present article is without prejudice to any existing practice in the receiving State regarding the predecence of the representative of the Pope*".

256 Bkz. "Holy See: Amendment ot Article 15", Document A/CONF.20/C.1/L.120, in **"United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities-Official Records"**, vol. II: Annexes, Final Act, Vienna Convention on Diplomatic Relations, Optional Protocols, Resolutions, New York, 1962, s. 19.

257 "*The present article is without prejudice to any practice accepted by the receiving State regarding the predecence of the representative of the Pope*".

olabileceğine işaret etmiştir.[258] Kardinal açıklamalarını Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun diplomatik sınıfa ilişkin Viyana Düzenlemesini[259] devam ettirmek istediğini ifade ettiğini ve oradaki düzene getirilen tek istisnanın Papalık lehine getirilen istisna olduğunu ve bunun da genel bir düzenleme olup, herhangi bir sınırlama içermediğini dikkat çekerek sürdürmüştür.[260] Delege, tüm bu hususlara Konferansın mevcut uygulamaları yazılı hâle getirmek için toplandığını, ilgili bu istisnanın ise devletlerin kabûl edip reddetmekte serbest olduğu, kendilerine zorlayıcı bir hüküm teşkil etmeyen ve çok uzun zamandır uygulanagelen bir teamül teşkil ettiğini ifade etmiş ve ayrıca bu önerinin hâlihazırda seçimini yapabilmiş eski devletlerle yeni veya müstakbel devletler arasında eşitlik kriterini de karşıladığını ilâve etmiştir.[261] Vatikan'ın bu önerisi birçok devlet tarafından kabûl görüp desteklenirken[262], Doğu Bloku devletleri ise[263], tıpkı daha önce de itiraz etmiş oldukları gibi[264], bu öneriye karşı çıkmışlardır.[265]

Öte yandan, Vatikan'ın anılan önerisi tartışılırken, Tunus delegesi *Bouziri*, bir yanda öneriyi desteklerken, diğer yanda "Papa" kelimesi yerine resmî tanımlamalara da uygun olarak "Kutsal Taht/Papalık" teriminin kullanılmasını teklif etmiş, Vatikan temsilcisi ise, önerilerinde "Papa" terimine Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun ilgili taslağında kullanılmasında dolayı yer verdiklerini, "Kutsal Taht/Papalık" ibaresinin kullanımına dair Tunus'un

---

258 Bkz. "*Official Records*", vol. I, s. 120.

259 Bkz. *supra* dipnot: 122.

260 Bkz. "*Official Records*", vol. I, s. 121.

261 Bkz. *ibid*., s. 121.

262 İspanya, Federal Almanya, İtalya, Kolombiya, Venezüella, Lübnan, Ekvator, Arjantin, Belçika, Guatemala, Avusturya, Şili, Fransa, Liechtenstein, Liberya, Lüksemburg, Birleşik Krallık, Portekiz, Tunus, İrlanda, Yunanistan, İsveç, İsrail, Etiyopya, Honduras, Türkiye, Nijerya, Filipinler, Burma.

263 SSCB, Macaristan, Ukrayna, Bulgaristan, Romanya, Arnavutluk, Çekoslovakya.

264 Bkz. "*Official Records*", vol. I, s. 14-15. (Polonya, Belarus, SSCB, Çekoslovakya, Romanya, Yugoslavya, Bulgaristan).

265 Bkz. "*Official Records*", vol. I, s. 121-123. Doğu Bloku devletleri, özelde Vatikan'ın teklifi, genelde ise böyle bir düzenleme getirilmesine karşı çıkarken, bu düzenlemenin günümüz koşullarını karşılamadığı, 1815 tarihinden beri diplomasinin oldukça ilerlediği ve değiştiği, o dönemde anılan Konferansa katılan devletlerin Katolik tandanslı oldukları artık günümüzde bu durumun değiştiği, bu uygulamanın antik dönemden kalıntıları teşkil eden bir uygulama olduğu ve günümüzdeki devletlerin egemen eşitliği evrensel ilkesini karşılamadığını dile getirmişlerdir.

önerisini kabûl ettiklerini bildirmiştir.[266] Sonuç olarak, Tunus'un değişiklik önerisinin de yansıtıldığı Vatikan teklifi oylanmış, 59'a 1 ve 17 çekimser oyla kabûl edilerek, metne dâhil olmuştur.[267]

6- Minyatür Devletler Arasındaki Diplomatik İlişkilere Bakış

Yukarıda aktarılan bilgiler çerçevesinde, önce Avrupa Kıtasında konumlanmış ve makalenin de nüvesini oluşturan beş minyatür devlet arasındaki diplomatik ilişkileri kısaca ele alarak toparlamakta fayda vardır. Monako dört devlette de büyükelçilik görevlendirmiş, Andora hariç diğerlerine de büyükelçi akredite etmiştir. Bu çerçevede, İtalya Büyükelçisini San Marino nezdinde, İsviçre Büyükelçisini Liechtenstein nezdinde akredite ederken, ayrıca Roma'da Malta Egemen Askerî Düzeni ile birlikte Vatikan'a da büyükelçi atamıştır. San Marino, Roma'da, Vatikan nezdinde, Strasbourg'da da Monako nezdinde büyükelçi akredite etmiştir. San Marino, Liechtenstein ve Andora nezdinde bir temsilci atamamıştır. Andora'nın ise, dört devletten üçü nezdinde akredite ettiği temsilcileri, kendi başkenti Andora la Vella'da mukimdir ve sınıflarıyla birlikte şu şekilde sıralanabilir: Vatikan nezdinde büyükelçi, San Marino ve Liechtenstein nezdinde maslahatgüzar (aynı kişi). Bunlar dışında, Andora Fransa nezdinde akredite ettiği Paris Büyükelçisini aynı zamanda Monako nezdinde de akredite etmiştir. Vatikan ise, Andora nezdinde Madrid (İspanya) Nons'unu, Liechtenstein nezdinde Bern (İsviçre) Nons'unu ve Monako nezdinde Saraybosna (Bosna-Hersek) Nons'unu akredite etmiştir. Sadece San Marino'ya doğrudan San Marino nezdinde bir Nons akredite etmiştir. Bu konuda en belirgin tutum, Liechtenstein'in Vatikan harici üç devlet nezdinde de hiçbir biçimde diplomatik temsilci akredite etmemiş olmasıdır. Bu konuda, ilâveten dikkat çekici durum, Liechtenstein'in, görüleceği üzere, Vatikan hariç, yabancı devletler nezdinde kendi başkenti Vaduz'da mukim herhangi bir diplomatik temsilci de atanmamış olmasıdır.[268]

Öte yandan, geriye kalan sekiz minyatür devlet ile ele alınan Avrupa'daki beş minyatür devlet arasındaki ilişkileri kısaca değerlendirmek de kuşku-

---

266 Bkz. "*Official Records*", vol. I, s. 122.

267 Bkz. *ibid*., 123.

268 Bkz. "*Diplomatic Representations*", via https://www.regierung.li/ministries/ministry-for-foreign-affairs/diplomatic-representations/ (son ziyaret tarihi: 05/08/19) ve bkz. via "*List of Diplomatic Corps Accredited to the Holy See*", *supra* dipnot: 239. Ayrıca, bkz. BEATTIE, s. 461.

suz yararlı olacaktır. Hemen belirmek gerekir ki, söz konusu sekiz devletten ne yazık ki Tuvalu ile ilgili bu konuda resmî bir bilgiye erişilememiştir. Ancak, ele alınan beş minyatür devletin kendi dışişleri bakanlıkları siteleri irdelendiğinde, Andora ile 9 Kasım 2012 tarihinde, Monako ile 29 Mayıs 2012 tarihinde diplomatik ilişki tesis edildiği, ancak henüz herhangi bir diplomatik temsilci akredite edilmediği görülmektedir.[269] Benzer şekilde, San Marino'nun da Tuvalu ile diplomatik ilişki tesis ettiği, ancak her iki devlet arasında herhangi bir diplomatik temsilci akreditasyonu gerçekleştirilmediği takip edilmektedir.[270] İlâve etmek gerekir ki, Vatikan da Tuvalu ile diplomatik ilişki kurmamış, bu çerçevede herhangi bir diplomatik temsilci atamamıştır.[271] Nauru'nun dış ilişkileri konudan sorumlu bakan (aynı zamanda başbakan konumunda) ve başında bir Sekreter bulunan "Dış İlişkiler ve Ticaret Müdürlüğü"nce (*Department of Foreign Affairs and Trade*) yürütülmektedir.[272] Nauru'nun bu bağlamda, sadece beş dış temsilciğinin olduğu aktarılmaktadır.[273] Ele alınan Vatikan hariç dört minyatür devletin kendi dışişleri bakanlıkları başta olmak üzere, ilgili kaynaklar göz önüne alındı-

---

269 Bkz. "*Bilateral Relations*" via https://www.exteriors.ad/en/bilateral-and-consular-affairs/bilateral-affairs (son ziyaret tarihi: 04/08/19); "*Tuvalu*", via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/Diplomacy-and-International-Presence/bilateral-relations/All-the-countries/Tuvalu (son ziyaret tarihi: 04/08/19).

270 Bkz. "*Relazioni Internazionali-Relazioni bilaterali della Repubblica di San Marino*" via http://www.esteri.sm/on-line/home/affari-esteri/relazioni-internazionali.html (ziyaret tarihi: 04/08719). Ancak, sitenin İngilizce versiyonunda bu bilgi yoktur. Bkz. "*International Relations-Bilateral relations of the Republic of San Marino*" via http://www.esteri.sm/on-line/en/home/foreign-affairs/international-relations.html (son ziyaret tarihi: 04/08/19).

271 Bkz. CARDINALE, *supra* dipnot: 232.

272 Bkz. "*Department of Foreign Affairs and Trade*" via http://www.naurugov.nr/government/departments/department-of-foreign-affairs-and-trade.aspx (son ziyaret tarihi: 14/07/19).

273 Bkz. *ibid*. Nauru'nun bu beş temsilciğinin Fiji ve Tayvan'da elçilik, New York'ta Birleşmiş Milletler nezdinde sürekli temsilcilik ve Tayland ve Avusturalya'da ise başkonsolosluk düzeyinde olduğu görülmektedir. Nauru'da sadece iki elçilik bulunmaktadır. Bunlardan biri Avusturalya diğeri Tayvan elçilikleridir. Bunun dışında, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 27 devlet ise yerleşik olmayan elçiliklerle temsil edilmektedir. Bu çerçevede, bu 27 devletten 13'ü aynı zamanda Avusturalya büyükelçilerini Nauru nezdinde de akredite etmişken, sekizi Fiji büyükelçilerini, ikisi Japonya, biri Filipinler, biri Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Birleşmiş Milletler sürekli temsilciğindeki büyükelçisini Nauru nezdinde akredite etmiştir. Sırasıyla bkz. "*List of Diplomatic Missions of Nauru*" via https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_diplomatic_missions_of_Nauru (ziyaret tarihi:14/07/19); "*List of Diplomatic Missions in Nauru*" via https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_diplomatic_missions_in_Nauru (ziyaret tarihi: 14/07/19).

ğında, Nauru ile herhangi bir diplomatik ilişki kurulmadığı gözlenmektedir. Bu minvalde, sadece Vatikan Nauru ile 1 Haziran 1992 tarihinde diplomatik ilişki tesis etmiştir.[274]

Palau'nun diplomatik ilişkileri irdelendiğinde[275], bu devletin, çalışmanın konusunu teşkil eden beş minyatür devletten dördü ile diplomatik ilişki kurduğu gözlenmektedir. Bu çerçevede, 17 Aralık 1998 tarihi itibarıyla Vatikan'la[276], 26 Ekim 2011 tarihinde Monako'yla[277], 25 Eylül 2018 tarihinde Andora[278] ile ve son olarak 27 Eylül 2018 tarihinde San Marino'yla[279] Palau arasında diplomatik ilişki tesis edildiği görülmektedir. Ancak, diplomatik ilişki tesis edilmiş olmasına karşılık, bu nitelikli sürekli bir temsil ilişkisinin en azından henüz bu devletlerle Palau arasında mevcut olmadığı da belirtilmelidir. Palau'nun Monako nezdinde görevlendirdiği Monte Carlo'da bir fahrî konsolosu olduğu bilinmektedir.[280]

Saint Kitts ve Nevis'in denizaşırı toplam sekiz temsilciliği bulunurken, bunlardan altısında büyükelçi akredite edilmiş[281], birinde maslahatgüzar akredite edilmişken sadece birisi başkonsolos olarak akredite edilmiştir ve şu şekilde sıralanmaktadır: Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Ja-

---

274 Bkz. "*Diplomatic Relations of the Holy See*", via https://holyseemission.org/contents/mission/diplomatic-relations-of-the-holy-see.php (son ziyaret tarihi: 02/07/19).

275 Palau biri Amerika Birleşik Devletleri biri Japonya ve biri de Tayvan nezdinde olmak üzere üç büyükelçi atamışken, Filipinler nezdinde maslahatgüzar akredite edilmiştir. Öte yandan, Palau tarafından New York'ta da Birleşmiş Milletler nezdinde sürekli temsilci konumunda bir büyükelçi akredite edildiği görülmektedir. Palau'nun İngiltere Londra'da, Hawaii, Guam ve Saipan'da (Amerika Birleşik Devletleri'ne ait Mariannas Adalarının başkenti) da birer konsolosluğu bulunmaktadır. Bunlardan Hawaii ve Londra'dakiler fahrî konsolosluklardır. Bkz. "*Embassies and Consulates*" via https://www.palaugov.pw/executive-branch/ministries/state/embasies-consulates/ (ziyaret tarihi: 14/07/19).

276 Bkz. "*Diplomatic Relations of the Holy See*", *supra* dipnot: 253.

277 Bkz. via https://digitallibrary.un.org/record/1306903?ln=en (ziyaret tarihi: 14/07/19).

278 Bkz. via https://digitallibrary.un.org/record/1652212?ln=en (ziyaret tarihi: 14/07/19).

279 Bkz. "Bilateral and multilateral agreements in the margins of the UN General Assembly Debate", **Segreteria di Stato Affari Esteri**, September 27 2018 via http://www.esteri.sm/on-line/en/home/news/articolo1012728.html (ziyaret tarihi: 14/07/19).

280 Bkz. "*Palau*" via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/Diplomacy-and-International-Presence/bilateral-relations/All-the-countries/Palau (son ziyaret tarihi: 04/08/19).

281 İngiliz Devletler Topluluğuna üye devletler açısından büyükelçi konumunda "Yüksek Komisyoner" (*High Commissioner*) akredite edilmektedir. Bkz. *supra* dipnot: 124.

maika, Kanada, Küba, Tayvan, Belçika (maslahatgüzar)[282] ve Birleşik Arap Emirlikleri (başkonsolos).[283] Öte yandan, Saint Kitts ve Nevis'in başkenti Basseterre'de sadece dört yerleşik elçilik bulunmakta ve bunlardan üçünün misyon şefi büyükelçi iken, birininki ise maslahatgüzar olmaktadır: Brezilya, Küba, Tayvan ve Venezüella (maslahatgüzar).[284] Saint Kitts ve Nevis toplamda 94 devlet ile diplomatik ilişki tesis etmiştir.[285] Bunlardan üçü çalışmada analiz edilen beş minyatür devlettir ki, Vatikan ile 19 Temmuz 1999 tarihinde, Monako ile 21 Nisan 2010 tarihinde ve son olarak San Marino ile 25 Eylül 2018 tarihinde diplomatik ilişki tesis edilmiştir.[286] Ancak, bu devletlerle Saint Kitts ve Nevis arasından doğrudan bir temsilci akreditasyonu henüz yaşanmış değildir.

Marshall Adaları 13 Şubat 2019 tarihi itibarıyla 95 devlet ve diğer birimler ile diplomatik ilişki tesis etmiş durumdadır.[287] Söz konusu bu devlet ve birimlerden Amerika Birleşik Devletleri, Japonya ve Tayvan'ın başkent Majuro'da büyükelçiliği varken, Birleşik Krallık, Çekya, Filipinler, İsrail, Palau, Portekiz, Rusya Federasyonu ve Türkiye'nin ise konsoloslukları bulunmaktadır.[288] Marshall Adaları, Vatikan (30 Aralık 1994), Andora (23 Şubat 1995) ve Monako (29 Eylül 2015) ile diplomatik ilişkiye girmiştir.[289] Marshall Adaları'nın Monako nezdinde atanmış Monte Carlo'da konumlanan bir fahrî konsolosu vardır.[290]

---

282 Belçika'da akredite edilmiş olan maslahatgüzar esasen doğrudan Saint Kitts ve Nevis tarafından akredite edilmemiş, bilâkis bu temsilcilik 12 Doğu Karayip devletinin oluşturduğu ortak bir diplomatik temsilciliktir ve hem Belçika, hem AB nezdinde akreditasyon söz konusudur. Konu hakkında bkz. "*Embassies of Eastern Carribean States and Missions to the European Union*", via https://www.oecs.org/embassies-about (ziyaret tarihi: 14/07/19). Bu çerçevede, 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 6'dan yararlanıldığı görülmektedir.

283 Bkz. "*Missions Located Overseas*", via http://foreign.gov.kn/embassies-overseas/ (ziyaret tarihi: 14/07/19).

284 Bkz. "*Foreign Embassies in St. Kitts and Nevis*", via http://foreign.gov.kn/foreign-embassies/ (ziyaret tarihi: 14/07/19).

285 Bkz. "*Diplomatic Relations*", via http://foreign.gov.kn/2906-2/ (ziyaret tarihi: 14/07/19).

286 Bkz. *ibid*.

287 Bkz. "*Listing of All Countries Which Have Established Diplomatic Relations with the Republic of the Marshall Islands*", February 13 2019 via www.rmiembassyus.org/index.php/about/rmi-relations/diplomatic-relations (ziyaret tarihi: 25/07/19).

288 Bkz. *ibid*.

289 Bkz. *ibid*.

290 Bkz. "*Marshall Islands*" via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/

Domenika ise, birçok devletle diplomatik ilişki tesis etmiş olmasına rağmen, başkentinde sınırlı sayıda yabancı büyükelçiliği haizdir: Çin Büyükelçiliği, Küba Büyükelçiliği ve Venezüella Büyükelçiliği.[291] Öte yandan, Domenika'nın yerleşik elçilikleri ise, 2005 yılı itibarıyla şu şekilde sırlanmaktadır: Beijing (Çin Halk Cumhuriyeti nezdinde), Brüksel (Belçika ve Avrupa Birliği nezdinde)[292], Ottowa (Kanada nezdinde)[293], New York (Birleşmiş Milletler nezdinde sürekli temsilcilik, Amerika Birleşik Devletleri nezdinde büyükelçilik ve ayrıca Amerikan Devletleri Örgütü nezdinde sürekli temsilcilik).[294] Çalışmada ele alınan minyatür devletlerle ilişkisi değerlendirildiğinde, Domenika'nın Monako nezdinde Paris'teki UNESCO sürekli temsilciliğini yetkili kıldığı görülmektedir.[295] Bunun dışında, Domenika'nın, çalışmada ele alınan diğer minyatür devletlerden Andora, Liechtenstein ve San Marino ile herhangi bir diplomatik ilişkisine rastlanılmamıştır. Vatikan ise, Domenika ile 1 Eylül 1981 tarihinde diplomatik ilişki tesis etmiştir.[296]

Antigua ve Barbuda'nın dış ilişkileri hakkında yeterli bilgiye ulaşılamasa da[297], 2018 yılında açılan İspanya Büyükelçiliğinin başı konumundaki büyükelçinin aynı zamanda Monako ve Liechtenstein nezdinde de akredite

---

Diplomacy-and-International-Presence/bilateral-relations/All-the-countries/Marshall-Islands (son ziyaret tarihi: 04/08/19).

291 Bkz. "*Domenica Diplomatic Relations*", via www.dominicaembassy.com/dominica_diplomatic_relations/ (ziyaret tarihi: 15/07/19); "*Foreign Embassies in Dominica*", via www.dominicaembassy.com/embassies_in_dominica/ (ziyaret tarihi: 15/07/19). Hemen belirtilmelidir ki, *Braveboy-Wagner*, Küba Büyükelçiliğinden bahsetmemektedir. Öte yandan, yine yazar, bağlı olduğu büyükelçiliğin Barbados'ta olduğu bir İngiliz temsilcinin de başkentte konumlandırıldığını belirtmektedir. Bkz. BRAVEBOY-WAGNER Jacqueline Anne, **Small States in Global Affairs: The Foreign Policies of the Caribbean Community (CARICOM)**, Palgrave MacMillan, New York, 2008, s. 131 ve 134. Ayrıca, başkent ve çevresinde Belçika, Hollânda, İsveç ve Norveç fahrî konsoloslukları da bulunmaktadır. Fransa'nın ise, konsolosluğunu kapattığı, ancak adada bir temsilci bulundurduğu aktarılmaktadır. Bkz. "*Domenica Diplomatic Relations*"; "*Foreign Embassies in Dominica*".

292 Doğu Karayip Devletleri Örgütü'nün ortak temsilciliği konumundadır.

293 Doğu Karayip Devletleri Örgütü'nün ortak temsilciliği konumundadır.

294 Bkz. BRAVEBOY-WAGNER, s. 131.

295 Bkz. "*Domenica*" via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/Diplomacy-and-International-Presence/bilateral-relations/All-the-countries/Dominica (ziyaret tarihi: 04/08/19). Ancak, hâlihazırda görev boşta (*vacant*) bırakılmış, herhangi bir kişi Monako nezdinde akredite edilmemiştir.

296 Bkz. "*Diplomatic Relations of the Holy See*", *supra* dipnot: 253.

297 Bu konuda bkz. BRAVEBOY-WAGNER, s. 130.

edilmiş olduğu belirtilmektedir.[298] Öte yandan, daha öncede belirtildiği üzere, Antigua ve Barbuda'nın Andora ile 3 Haziran 2011 tarihi itibarıyla diplomatik ilişki tesis ettiği bilinmektedir.[299] Vatikan'ın ise, Antigua ve Barbuda ile diplomatik ilişki tesis tarihi 15 Aralık 1986 olarak belirtilmektedir.[300]

Seyşeller'in toplam 12 yabancı misyonu bulunmaktadır. Bu çerçevede, Belçika (Brüksel) nezdinde atanan Seyşeller büyükelçisi aynı zamanda Lüksemburg, Hollânda, Vatikan ve Malta Egemen Askerî Düzeni nezdinde, Çin Halk Cumhuriyeti (Beijing) nezdinde atanan büyükelçi aynı zamanda Japonya ve Güney Kore nezdinde, Küba (Havana) nezdinde atanan Seyşeller maslahatgüzarı aynı zamanda Arjantin, Barbados, Brezilya, Curaçao[301], Dominik Cumhuriyeti, Guyana, Haiti, Jamaika, Kolombiya, Meksika, Saint Kitts ve Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent ve Grenadinler ile Trinidad ve Tobago nezdinde, Etiyopya (Addis Ababa) nezdinde atanan Seyşeller büyükelçisi aynı zamanda Cezayir, Kenya ve Mısır nezdinde, Fransa (Paris) nezdinde atanan Seyşeller büyükelçisi aynı zamanda Andora, Avusturya, Estonya, Fas, İspanya, İsviçre, İtalya, Monako, Portekiz, Rusya Federasyonu, São Tomé ve Príncipe, Tunus, Türkiye ve Yeşil Burun Adaları nezdinde, Hindistan (Delhi) nezdinde atanan Seyşeller Yüksek Komisyoneri (büyükelçisi) aynı zamanda Avusturalya, Bangladeş, İsrail, Katar, Nepal ve Yeni Zellanda nezdinde, Güney Afrika Cumhuriyeti (Pretoria) nezdinde atanan Seyşeller Yüksek Komisyoneri (büyükelçi) aynı zamanda Angola, Botswana, eSwatini, Mozambik, Namibya, Ruanda, Tanzanya, Zambiya ve Zimbabwe nezdinde, Birleşik Arap Emirlikleri (Abu Dabi) nezdinde atanan Seyşeller Büyükelçisi aynı zamanda Bahreyn, Kazakistan, Kuveyt, Umman ve Suudi Arabistan nezdinde, Birleşik Krallık (Londra) nezdinde atanan Seyşeller Yüksek Komisyoneri (büyükelçi) aynı zamanda Almanya, Danimarka, Finlandiya, Gana, İrlanda, İsveç, Kıbrıs, Macaristan, Malta, Nijerya ve Norveç nezdinde, Amerika Birleşik Devletleri (New York) nezdinde atanan

---

298 Bkz. via https://www.darioitem.com (ziyaret tarihi: 04/08/19). Ayrıca, bkz. "*Antigua and Barbuda*" via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/Diplomacy-and-International-Presence/bilateral-relations/All-the-countries/Antigua-and-Barbuda (son ziyaret tarihi: 04/08/19); "*Diplomatic Missions to the Principality of Liechtenstein*", s. 2.

299 Bkz. "*Bilateral Relations*", via https://www.exteriors.ad/en/bilateral-and-consular-affairs/bilateral-affairs (son ziyaret tarihi: 04/08/19).

300 Bkz. "*Diplomatic Relations of the Holy See*", *supra* dipnot: 253.

301 Genel anlamda Hollânda Antillerine bağlı olan bu ülkesel birim, bağımsız değildir. Hollânda'nın bir parçasıdır.

Seyşeller Büyükelçisi aynı zamanda Kanada nezdinde de akredite edilmiştir. Sri Lanka (Kolombo) nezdinde de bir büyükelçi ile Birleşmiş Milletler'in Cenevre Ofisi nezdinde de (Cenevre'de) Seyşel maslahatgüzar seviyesinde sürekli temsilci akredite etmiştir.[302] Bunun haricinde, Seyşeller'in başkenti Mahe'de 11 yerleşik diplomatik temsilcilik vardır: Birleşik Arap Emirlikleri, Birleşik Krallık, Çin Halk Cumhuriyeti, Fransa, Hindistan, Japonya, Küba, Libya, Malta Egemen Askerî Düzeni, Rusya Federasyonu ve Sri Lanka.[303] Çalışmada ele alınan beş minyatür devletten sadece Vatikan, Seyşeller nezdinde Apostolik Nons (büyükelçi) seviyesinde Madagaskar (Antananarivo) diplomatik temsilcisini akredite etmiştir.[304] Seyşeller ise, görüldüğü üzere, Andora ve Monako[305] nezdinde Paris büyükelçisini akredite etmişken, Vatikan nezdinde ise Brüksel büyükelçisini akredite etmiştir.

Tarafımızca gerçekleştirilen sınıflandırma doğrultusunda geriye kalan sekiz minyatür devletin de hesaba katılması sonucunda tüm bu devletlerin kendi arasındaki diplomatik ilişkileri ele alındığında, böyle bir ilişkinin genelde mevcut olmadığı veya olduğunda da sıkı tutulmadığı gözlenmektedir. Bu devletlerin malî güçlerinin yeterli olmaması ve insan gücünden de yararlanma aşamasında yaşadıkları zorluklar hesaba katıldığında şaşırtıcı olmayan bu durum karşısında, belki kendi seslerini daha iyi duyurabilmek ve güçlerini daha da pekiştirebilmek için ortak hareket edebilecekleri diplomatik bir platform oluşturma yoluna gitmeleri doğru bir yaklaşım olarak kabûl edilebilecektir. Her ne kadar coğrafî uzaklıklar söz konusu olsa ve Pasifik'te yer alan bu nitelikli devletlerin Birleşmiş Milletler düzeninde kendi platformları olsa da[306], bu şekilde bir başka platform oluşturulmasının bir (oy)

---

302 Tüm bu bilgiler için bkz. "*Diplomatic Directory: Seychelles Diplomatic Missions and Representation Abroad*" via http://www.mfa.gov.sc/static.php?content_id=24 (son ziyaret tarihi: 04/08/19).

303 Bkz. "*Diplomatic Directory: Resident Diplomatic Missions*" via http://www.mfa.gov.sc/static.php?content_id=25 (son ziyaret tarihi: 04/08/19).

304 Bkz. "*Diplomatic Directory: Non-Resident Diplomatic Mission*", via http://www.mfa.gov.sc/static.php?content_id=27 (son ziyaret tarihi: 04/08/19).

305 Seyşeller, aynı zamanda, Monako nezdinde Monte Carlo'da fahrî bir konsolos da atamıştır. Bkz. "*Seychelles*" via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/Diplomacy-and-International-Presence/bilateral-relations/All-the-countries/Seychelles (son ziyaret tarihi: 04/08/19).

306 Kalkınmakta Olan Küçük Ada Devletleri (*Small Island Developing States*) 1992 yılında Brezilya'nın Rio Kentinde gerçekleştirilen "Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma

blok(u) oluşturmak ve daha etkin çözümler elde edebilmek açısından faydalı olacağını mütalâa etmek abartılı bir sonuç olmasa gerektir.

Son tahlilde tüm anlatılanlar analiz edilirse, Avrupa Kıtasında konumlanmış ve bu çalışmanın da konusunu teşkil eden beş minyatür devletin, konumları, komşularıyla ilişkileri bağlamında daha fazla diplomatik temsilcinin kendileri nezdinde akredite edilmesine ve yine bu konum ve komşularla ilişkiler sebebiyle akredite edilen misyon şeflerinin genelde en üst sınıfı haiz büyükelçilerin olmasına yol açtığı gözlenmektedir.

7- Ele Alınan Minyatür Devletlerin Avrupa Birliği'yle İlişkileri

Ele alınan beş minyatür devletin de Avrupa Kıtasında konumlanmasının bir sonucu olarak söz konusu bu devletlerin Avrupa Birliği ile olan ilişkilerine de kısaca değinilmesi kaçınılmaz olmaktadır. Ele alınan beş devletten durumu en farklı olanı, kuşkusuz, Liechtenstein'dır. EFTA üyesi olmanın da bir sonucu olarak, Liechtenstein doğrudan "Avrupa Ekonomik Alanı"na (*European Economic Area*) dâhildir. Daha açık değerlendirmek gerekirse, Avrupa Birliği'ne üye olmasa da, Liechtenstein dört serbestiden yararlanmaktadır.[307]

Diğer dört devletten üçü, Andora, Monako ve San Marino ile "ortaklık anlaşması" (*association agreement*)[308] için Avrupa Birliği ile ortak görüş-

---

Konferansı"nca (*United Nations Conference on Environment and Development*) özellikle iklim ve kalkınma konularında özel durumları tanınan devletlerin oluşturduğu bir topluluktur. Konuya ilişkin meselâ bkz. "*Small Island Developing States: Small Islands Big(ger) Stakes*", **Office of the High Representative for the Least Developed Countries, Landlocked Developing Countries and Small Island Developing States**, New York, 2011 via http://unohrlls.org/custom-content/uploads/2013/08/SIDS-Small-Islands-Bigger-Stakes.pdf (ziyaret tarih: 21/08/19).

307 Liechtenstein'in de bir parçasını teşkil ettiği EFTA ve "Avrupa Ekonomik Alanı"na dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. ÇAMYAMAÇ Anıl, Uluslararası Hukuk Çerçevesinde EFTA'nın Kurumsal Yapısı, in **Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA): Tarihçe, Kurumlar, Ticaret Anlaşmaları ve Avrupa Birliği ile İlişkiler**, edited by Yıldız, Detay, Ankara, 2019, 33-90.

308 Ortaklık anlaşmaları Avrupa Birliği/Avrupa Toplulukları tarafından ikili ilişkilerin yönetilmesi için genel kapsayıcı bir çerçeve oluşturma amacıyla üçüncü ülkelerle akdedilen uluslararası antlaşmalar olarak nitelendirilmektedir. Bkz. "*Association Agreements*", **European Union External Action Service**, 2011 via http://eeas.europa.eu/archives/docs/association/docs/agreements_en.pdf (ziyaret tarihi: 19/07/19). Öncelikle, ortaklık anlaşmaları üye olmak isteyen ancak yeteri kadar ekonomik kalkınmayı sağlayamamış devletlerle

meler sürdürülmektedir. Ortaklık anlaşmasına ilişkin görüşmelerin hukukî dayanağı ise, 2007 tarihli Lizbon Antlaşması'nın komşu ülkelerle ilişkileri düzenleyen 8. maddesine[309] atfen gerçekleştirilen 3 no'lu Bildiri[310] olmaktadır.[311] Bu bildiride, *Birliğin, kendisiyle yakınlığa dair özel ilişkiler sürdüren küçük boyutlu ülkelerin özellikli durumunu dikkate alacağı* düzenlenmiştir.[312] Ortaklık anlaşmasına dair resmî görüşmelere 18 Mart 2015 tarihi itibarıyla başlandığı ve üç devletin de bu görüşmeleri Dışişleri Bakanlıkları aracılığıyla sürdürdüğü ifade edilmelidir. Bu itibarla, Andora Dışişleri Bakanlığı bünyesinde kurulmuş olan Avrupa Birliği İlişkileri Departmanının başında müdür sıfatıyla bir büyükelçi olduğu, bu departmanın temel görevinin ise, Andora'nın Avrupa Birliği ile dış ilişkilerini koordine etmek ve izlemek şeklinde belirlendiği ki, bu itibarla da departmanın bu konuda temel muhatap konumundaki Andora'nın Avrupa Birliği nezdindeki temsilciği ile yakın temas içerisinde bulunduğu aktarılmaktadır.[313] Monako'da ortaklık anlaşmasına dair baş müzakereci olarak büyükelçi *Tornelli* görevlendirilmişken, diğer temsilcilerin ise hükûmet ve kabine temsilcileri arasından seçileceği ve mü-

---

gerçekleştirilmiştir. Bu çerçevede, ilk ortaklık anlaşmaları Yunanistan (1961) ve Türkiye (1963) ile imzalanmıştır. Bu tür antlaşmalarda gümrük birliğinin kurulması başta olmak üzere çok geniş bir alanda işbirliği hedeflenmiştir. Bunları, sadece serbest ticaret alanı oluşturmak için imzalanan ortaklık antlaşmaları izlemiştir. Günümüzde EFTA devletleri ile imzalanan ve Avrupa Ekonomik Alanını kuran da dâhil çok geniş bir yelpazede ortaklık anlaşmalarına rastlanmaktadır. Konuya ilişkin olarak bkz. PHINNEMORE David & McGOWAN Lee, **A Dictionary of the European Union**, 2nd Edition, Europa Publications, London, 2004, s. 15-16.

309 2007 tarihli Lizbon Antlaşması m. 8 şu şekildedir: "*1. Birlik, komşu ülkelerle, Birliğin değerleri üzerine kurulu olan ve işbirliğine dayalı yakın ve barışçıl ilişkilerle belirginleşen bir refah ve iyi komşuluk alanı oluşturmak amacıyla özel ilişkiler geliştirir.*

2. *Birlik, birinci paragrafın amaçları doğrultusunda, ilgili ülkelerle özel antlaşmalar akdedebilir. Bu antlaşmalar karşılıklı hak ve yükümlülüklerin yanı sıra ortak faaliyetlerin yürütülmesi imkânını da içerebilir. Bu antlaşmaların uygulanması konusunda düzenli olarak istişarede bulunulur.*"

310 Bu bildiri için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX: 12016L/AFI/DCL/03 (ziyaret tarihi: 01/08/19).

311 Avrupa Birliği ve Avrupa'da konumlanmış minyatür devletlerin ilişkilerine dair genel olarak bkz. MURRAY, s. 185-205; DÓZSA Dániel, EU Relations with European Micro-States: Happily Ever After?, **European Law Journal**, vol. 14/1, 2008, s. 93-104.

312 "*The Union will take account the particular situation of small-sized countries which maintain specific relations of proximity with it*".

313 Bkz. "*European Affairs*", via https://www.exteriors.ad/en/european-affairs (son ziyaret tarihi: 02/08/19).

zakerelere yön verme ve düzenleme temel görevinin ise *Prens II. Albert*'in başkanlığındaki bir komite tarafından üstlenileceği belirtilmektedir.[314] San Marino için ortaklık anlaşmasının görüşmelerinde San Marino'nun müzakere grubunu bir yanda Dışişleri Bakanlığı bünyesinde kurularak faaliyet gösteren Avrupa İlişkileri Müdürlüğü, diğer yanda San Marino'nun Avrupa Birliği nezdindeki Brüksel temsilciliği oluşturmaktadır ve bu çerçevede de San Marino adına temel müzakereci Brüksel misyon şefi büyükelçi *Benedettini*'dir.[315]

Hemen belirtilmelidir ki, bu görüşmeler öncesinde de Avrupa Birliği ile bu devletlerin ilişkileri kaçınılmaz olarak mevcuttu. Bu çerçevede, Andora, ortaklık anlaşması görüşmeleri ve müteakip süreç haricinde, ilk olarak 1990 yılında Avrupa Ekonomik Topluluğu ile bir ticaret anlaşması imzalamış[316], 2004 yılında ise Avrupa Birliği ile işbirliği anlaşmasıyla tasarruf gelirlerinin vergilendirilmesi anlaşmasını[317] imzalamış, son olarak 2011 yılında para anlaşmasını imzalamıştır.[318] Monako ile Avrupa Birliği arasındaki ilişkiler temelde Fransa üzerinden yürütülmüş[319], buna karşılık 2003 ve 2011 yıllarında

---

314 Bkz. "*Monaco and the European Union: Foire aux Questions*", via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/Monaco-and-the-European-Union (son ziyaret tarihi: 05/08/19).

315 Bkz. "*San Marino and the EU: The Ongoing Negotiations*" via http://www.esteri.sm/online/en/home/foreign-affairs/san-marino-and-the-eu/ongoing-negotiations.html (son ziyaret tarihi: 02/08/19).

316 Andora ve Avrupa Birliği arasında 1997 yılında bu anlaşmaya ek bir *Veterinerlik Protokolü* akdedilmiştir.

317 "Tasarruf Gelirlerinin Vergilendirilmesine Dair Anlaşma"nın (*Agreement on Taxation of Savings Income*) tadili için Andora ile birlikte Liechtenstein, Monako, San Marino ve İsviçre ile 2013 yılında Avrupa Birliği arasında görüşmeler başlatılmış, 12 Şubat 2016 tarihinde ise "Uluslararası Vergi Uyumunun İyileştirilmesi İçin Finansal Muhasebe Bilgilerinin Otomatik Değişimine Dair Andora ve Avrupa Birliği arasında yeni bir anlaşma" (*Agreement between the Principality of Andorra and the European Union on the Automatic Exchange of Financial Account Information to Improve International Tax Complience*) imzalanmıştır.

318 Bkz. "*History of the Relations*" via https://www.exteriors.ad/en/european-affairs/relations-between-andorra-and-the-european-union (son ziyaret tarihi: 02/08/19). Ayrıca, Andora ve Avrupa Birliği'nin arasındaki bu yönlü ilişkilerin ayrıntılı değerlendirilmesi ve analizi için bkz. MURRAY, s. 187-193; DÓZSA, s. 96-97.

319 Bu çerçevede, her şeyden evvel, Fransa ile gümrük birliği sayesinde, Monako, 1968 yılından beri Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun gümrük alanına dâhildir. Gerek 18 Mayıs 1963, gerek 26 Mayıs 2003 tarihlerinde Fransa ve Monako arasında akdedilen antlaşmalar vesilesiyle Monako'da toplanan "katma değer vergisi"nin (VAT) Fransa'da belirlenen aynı temel ve aynı

Prenslik ile Avrupa Birliği arasında iki sektörel anlaşma imzalanmışken[320], 29 Kasım 2011 tarihinde Monako, Fransa ve Avrupa Birliği arasında Para Antlaşması imzalanmış[321] ve son olarak 2018 itibarıyla hüküm doğurması öngörülen "Vergilere İlişkin Otomatik Bilgi Değişimi Anlaşması"[322] imzalanmıştır.[323] Avrupa Ekonomik Topluluğuyla 1983 yılında diplomatik ilişki kuran San Marino, 16 Aralık 1991 tarihinde imzalanan ve 9 Temmuz 1992 tarihinde Avrupa Parlâmentosu'nca onaylanan Gümrük Birliği ve İşbirliği Anlaşması dışında, 2004 yılında Faiz Ödemeleri Şeklinde Tasarruf Gelirlerinin Vergilendirilmesi Anlaşmasını[324] akdetmiş ve son olarak 1 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe giren 2012 tarihli Para Anlaşmasını[325] imzalamıştır.[326]

---

değerler üzerinden hesap edilip toplanacağının öngörülmesi sonucu Monako bu çerçevede Avrupa VAT Sisteminin bir parçası hâline otomatik olarak gelmiştir. Ayrıca, Monako Avro Bölgesinin bir parçası konumundadır. Egemen para basma hakkını korumak da dâhil, Monako'da basılacak Avro miktarının (kotanın) da belirlendiği ilgili Antlaşmalardan ilki Topluluk adına hareket eden Fransa ile Monako arasında 26 Aralık 2001 tarihinde imzalanmış, ikincisi ise Fransa, Monako ve Avrupa Birliği arasında 29 Kasım 2011'de imzalanmıştır. Bu antlaşmalardan ilkinde metal para basma hakkı saklı tutulurken, ikincisinde kota belirlenmiştir.

320 Bunlardan ilki 4 Aralık 2003 tarihinde imzalanan "İnsan ve Hayvan Kullanımı İçin Tıbbî Ürünlere, Kozmetik Ürünlerine ve Tıbbî Cihazlara İlişkin Belli Topluluk Yasal Araçlarının Monako Prensliği Dâhilinde Uygulanmasına Dair Avrupa Topluluğu ve Monako Prensliği Arasındaki Anlaşma" (*Agreement between the European Community and the Principality of Monaco on the Application within the Principality of Monaco of Certain Community Legal Instruments Relating to Medicinal Products for Human and Veterinary Use, Cosmetic Products and Medical Devices*) iken diğeri ise 6 Mayıs 2011 tarihinde imzalanan "Avrupa Polis Bürosuyla Operasyonel ve Stratejik İşbirliği Anlaşması" (*Agreement on Operational and Strategic Cooperation with European Police Office*) olmaktadır.

321 Bkz. *supra* dipnot: 319.

322 Bu anlaşma Andora ve San Marino'yla imzalanan ilgili anlaşmalara paraleldir. Bkz. *supra* dipnot: 317 ve *infra* dipnot: 326.

323 Bkz. "*Monaco and the European Union: Relations with the European Union*" via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/Monaco-and-the-European-Union (son ziyaret tarihi: 02/08/19). Ayrıca, Monako ve Avrupa Birliği'nin arasındaki bu yönlü ilişkilerin ayrıntılı değerlendirilmesi ve analizi için bkz. MURRAY, s. 193-199; DÓZSA, s. 99-100.

324 Bu anlaşma 2015 yılında imzalanan ve 1 Haziran 2016 tarihinde yürürlüğe giren bir Protokol ile tadil edilmiştir.

325 Bu Antlaşma 2014 yılından başlayarak 2018 yılı da dâhil her yıl güncellenmiştir.

326 Bkz. "*San Marino and the European Union*", via http://www.esteri.sm/on-line/en/home/foreign-affairs/san-marino-and-the-eu.html (son ziyaret tarihi: 02/08/19); "Agreements with the European Union", via http://www.esteri.sm/on-line/en/home/foreign-affairs/san-marino-and-the-eu/agreements.html (son ziyaret tarihi: 02/08/19). Ayrıca, San Marino ve Avrupa Birliği'nin arasındaki bu yönlü ilişkilerin ayrıntılı değerlendirilmesi ve analizi için bkz. MURRAY, s. 199-202; DÓZSA, s. 97-99.

Vatikan'ın Avrupa Birliği ilişkileri değerlendirildiğinde, ilk ilişkinin 1970 yılında sağladığı ve bu ilişki bağlamında da malî ve parasal konular dışında öteye gidilmediği ifade edilmelidir.[327] Bu minvalde, Vatikan ile Avrupa Birliği arasındaki ilişkiler çerçevesinde, İtalya'nın Avrupa Birliği adına yürüterek sonlandırdığı ve Vatikan'ın Avro'yu kendi ulusal para birimi olarak kullanmasını ve sadece belirli koşullarda ve sınırlı olarak Avro madeni parası basmasını düzenleyen "Para Anlaşması" gerçekleştirdiği de ilâve edilmelidir.[328]

Schengen alanı açısından değerlendirildiğinde, Liechtenstein[329] hariç diğer devletlerden Monako'nun Schengen Antlaşmasının tarafı olmamasına karşılık, Fransa ile ilişkisini göz önüne alan "Schengen Yürütme Komitesi" (*Schengen Executive Committee*) Haziran 1998 tarihinde Monako limanını ve helikopter alanını Fransa ülkesine giriş noktaları arasında tanımlamak suretiyle Monako Prensliğini de Schengen alanına dâhil kılmıştır.[330] San Marino[331] ve Vatikan'ın ise, *de jure* olmamakla birlikte, en azından bir düzeye kadar *de facto* Schengen alanı dâhilinde yer aldıkları kabûl edilmektedir.[332] Andora ise, her ne kadar Schengen Antlaşması ile uyumlu vize uygulasa da[333], Schengen ağının ve alanının dışında kalmıştır.[334]

---

327 Vatikan'ın Avrupa Birliği'ne yaklaşımına dair genel olarak bkz. CHELINI-PONT Blandine, Papal Thought on Europe and the European Union in the Twentieth Century, **Religion, State & Society**, vol. 37/1&2, 2009, s. 131-143.

328 Bkz. MURRAY, s. 203.

329 Liechtenstein de doğrudan Schengen Antlaşmasının bir tarafı değildir. Ancak, Liechtenstein EFTA ve Avrupa Ekonomik Alanı münasebetiyle Schengen alanına dâhildir.

330 Bkz. "*Monaco and the European Union: Relations with the European Union*", *supra* dipnot: 323; MURRAY, s. 195.

331 San Marino'ya giriş çıkışlarda herhangi bir sınır kontrolü gerçekleşmemektedir. Buna ilâveten, San Marino vatandaşları için Avrupa Birliği'nin dış sınırlarında giriş çıkışlar için kolaylıklar sağlanmaktadır. Bkz. "*Annex: Concise Information on the Principality of Andorra, the Republic of San Marino and the Principality of Monaco and Their Relations with the EU*", **Council of the European Union**, 11466/11, Brussels, June 14 2011, s. 12 via http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11466-2011-INIT/en/pdf (son ziyaret tarihi: 03/08/19).

332 Bkz. "*Schengen Countries List 2019*", 2019 via www.etiaseurope.eu/schengen-countries/ (ziyaret tarihi: 02/08/19).

333 Andora'nın, kendi verdiği vizeler için Schengen gereklerini araması bir yana, ülkesinde girişlerde de Schengen vizesini kabûl etmektedir.

334 Bkz. "*Annex: Concise Information ...*", s. 9. Ayrıca, bkz. "*Schengen Countries List 2019*", *supra* dipnot: 332.

Bu konuda son olarak belirtilebilecek husus, Vatikan'ın "Avrupa Tek Ödeme Alanı"na (*Single Euro Payments Area*/SEPA) katılımının Kasım 2018'de "Avrupa Ödemeler Konseyi" (*European Payments Council*)[335] tarafından onanması sonucunda söz konusu devletin finans sisteminin de Avrupa Birliği tarafından tanındığı hususu olmalıdır.[336] Vatikan'ın, 28 Avrupa Birliği üyesi ve aralarında makalede ele alınan Andora, Liechtenstein, Monako ve San Marino'nun da bulunduğu devletlerin parçalarını oluşturduğu Avrupa Tek Ödeme Alanına Mart 2019 tarihi itibarıyla dâhil olacağı belirtilmiştir.[337]

8- Ele Alınan Minyatür Devletler ve Türkiye Arasındaki İlişkilere Genel Bir Bakış

Türkiye Avrupa Kıtasında konumlanan ve bu çalışmanın konusunu teşkil eden beş minyatür devletle de diplomatik ilişki kurmuştur. Yukarıda da belirtildiği üzere, Türkiye tarafından Andora nezdinde Madrid Büyükelçisi, Liechtenstein nezdinde Bern Büyükelçisi, Monako nezdinde Paris Büyükelçisi[338] ve San Marino nezdinde Roma Büyükelçisi[339] akredite

---

335 "Avrupa Ödemeler Konseyi" (EPC) üye devletlerin bankalarının dâhil olduğu ve Avrupa'daki elektronik olarak gerçekleştirilen Avro ödemelerinin uyumlaştırılmasını amaçlayan Avrupa Birliği'nin ödemeler konusunda entegrasyonun sağlanması yönündeki girişimi olarak tarif edilebilir. Bkz. via www.europeanpaymentscouncil.eu (ziyaret tarihi:20/07/19).

336 Konu hakkında bkz. "The Vatican City State/Holy See Join the Single Euro Payments Area (SEPA)", **Bollettino: Sala Stampa della Santa Sede**, November 30 2018 via http://press.vatican.va/content/salastampa/en/bollettino/pubblico/2018/11/30/181130c.html (ziyaret tarihi: 20/04/19). Ayrıca, bkz. GAGLIARDUCCI A., EU Recognizes Financial System of Vatican City State, **National Catholic Register**, December 3 2018 via www.ncregister.com/site/print/58872 (ziyaret tarihi: 20/04/19); "Europe Says Yes, Even the Vatican Will Use the Iban", **La Stampa**, November 30 2018 via www.lastampa.it/2018/11/30/vaticaninsider/europe-says-yes-even-the-vatican-will-use-the-iban-dmZUMWk1wOVasLAt7OpjaN/pagina.html (ziyaret tarihi: 20/04/19).

337 Bkz. GAGLIARDUCCI, *supra* dipnot: 336.

338 Bunun haricinde, Türkiye'nin Marsilya Başkonsolosluğunun resmî görev alanı içerisine Monako'da dâhil edilmiştir. Ayrıca, Türkiye'nin Monte Carlo'da bir fahrî konsolosu da bulunmaktadır. Bkz. "*Turkey*" via https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/Diplomacy-and-International-Presence/bilateral-relations/All-the-countries/Turkey (son ziyaret tarihi: 16/09/19).

339 Bunun haricinde, San Marino Türkiye'nin Milano Başkonsolosluğunun havzası dâhilindedir. Bkz. via http://www.esteri.sm/on-line/en/home/foreign-diplomatic-and-consular-corps-accredited-to-san-marino/consular-representations-accredited-to-san-marino/scheda1000224.html (son ziyaret tarihi: 22/07/19).

edilmiştir.[340] Vatikan nezdinde ise, Vatikan'ın yukarıda da aktarılmış olan tutumunun bir sonucu olarak, Türkiye ayrıca Roma'da bir büyükelçi daha akredite etmektedir.[341]

Ele alınan beş minyatür devletten sadece Vatikan'ın Ankara'da bir büyükelçiliği bulunmaktadır. Vatikan ile diplomatik çerçevede ikili resmî ilişkilerin 25 Ocak 1960 tarihinde tesis edildiği ve Vatikan nezdinde akredite edilen ilk büyükelçimizin ise 31 Mart 1960 ilâ 9 Mayıs 1961 tarihleri arasında görev yapan *Nureddin Vergin* olduğu aktarılmaktadır.[342] Oysa, Türkiye'nin, öncesinde Osmanlı İmparatorluğu'nun, Vatikan'la diplomatik ilişki tesis edilmemiş olsa da, münsabetlerinin bu tarihten önceye dayandığı bilinmektedir. Bu çerçevede, 1847 yılında Osmanlı İmparatorluğu'nun Viyana Büyükelçisi *Şekip Efendi* özel görevle Roma'ya gönderilmişken, 21 Ocak 1848 yılında ise Padişah'ın Vatikan'ın elçisini İstanbul'da kabûl ettiği, *II. Abdülhamit*'in ise *Papa 13. Leo*'nun altın jübile törenine özel temsilci gönderdiği belirtilmektedir.[343] Cumhuriyet döneminde ise, örneğin daha sonra 1958 yılında *23. Ioannes (John)* ismiyle Papa olan ve 2001 yılında azizlik mertebesine yükseltilen *Roncalli* 1934 ilâ 1944 yılları arasında İstanbul'da Vatikan'ın temsilcisi olarak bulunmuştur.[344]

Geriye kalan diğer dört minyatür devletten sadece San Marino Türkiye nezdinde Roma'da mukim bir büyükelçi akredite etmiştir. Bunun dışındaki, diğer üç devlet, Andora, Liechtenstein ve Monako, Türkiye nezdinde, en azından henüz, bir diplomatik temsilci akredite etmemiştir.

---

340 Bu konuda bkz. via http://www.mfa.gov.tr/yurtdisi-teskilati.tr.mfa (son ziyaret tarihi: 21/08/19).

341 Bkz. via http://vatikan.be.mfa.gov.tr/Mission (son ziyaret tarihi: 21/08/19).

342 Bkz. "*Büyükelçilik Tarihi ve Önceki Büyükelçilerimiz*" 2019 via http://vatikan.be.mfa.gov.tr/Mission/MissionChiefHistory (son ziyaret tarihi: 21/08/19).

343 Bkz. GRAHAM, s. 85. *Graham*, Müslüman devletlerin Papalık'la diplomatik ilişkiye girmemesinin nedeninin dinî olgulardan çok, bu devletleri etkisi altına alan koloniyal güçler olduğunu dile getirerek, özellikle de Fransa'nın bu konudaki rolüne işaret etmiştir. Bkz. *ibid*., s. 85-86.

344 Bkz. "*Misyon Tarihindeki Önemli Olaylar*" Şubat 20 2019 via http://vatikan.be.mfa.gov.tr/Mission/ShowInfoNote/130707 (son ziyaret tarihi: 21/08/19). Ayrıca, bkz. SODANO, s. 90.

SONUÇ

Diğer devletlerle diplomatik ilişkilere girmek suretiyle uluslararası arenadaki rollerini arttırmak isteyen minyatür devletler açısından bakıldığında 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinin bu devletlerin lehine oldukça büyük fırsatlar sunduğu görülmektedir. Özellikle minyatür devletlerin yapısal özellikleri bağlamında insan gücü ve finansman konusundaki ciddî eksiklikleri göz önüne alındığında 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinde yer verilen ilgili hükümlerin bu devletler için oldukça işe yarar olduğunu mütalâa etmek abartılı olmasa gerektir. Ha keza, ilgili hükümler onlarla diplomatik ilişkiye giren devletler için de avantajlar sunmaktadır. Nitekim bu makale çerçevesinde ele alınan Avrupa Kıtasında konumlanmış beş minyatür devletin bir yanda kendileri diğer yanda onlarla diplomatik ilişkiye giren devletlerin uygulamaları değerlendirildiğinde, Sözleşmenin ilgili lehe hükümlerinin tüm bu devletler tarafından ciddî şekilde kullanıldığı gözlenmektedir. Bu devletler lehine olan hükümler ve bu devletlerin bu hükümlerden yararlanıyor olmaları bir yana, küçük devletlerin kendi eksikliklerini gözeterek diplomasi alanında birtakım yeni uygulamalar geliştirdikleri ve bunları da diğer devletlerden itiraz görmeksizin uyguladıklarını vurgulamakta da yarar vardır. Bir başka deyişle, yüzyıllar boyu süren uygulamaların bir yansıması olan 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi hükümleri bir yana, bu devletlerin beşerî ve iktisadî yapılarının gereksinimlerini karşılayacak ve ilgili Sözleşmenin hükümleriyle düzenlenmeyen uygulamalar geliştirerek bunların kabûlünü sağlayabilmelerinin bir başarı olarak hanelerine yansıtılabileceği muhakkaktır.

Öte yandan, Avrupa Kıtasında konumlanan bu beş minyatür devlet açısından, en azından Vatikan hariç dördü açısından bir değerlendirme yapıldığında, coğrafî konumlarının, belirgin olarak da komşu büyük devletlerin dünyanın önde gelen devletleri arasında olması sebebiyle nezlerinde daha fazla sayıda devletin diplomatik temsilci akredite ettiği görülmektedir.

Sonuç olarak, geçtiğimiz yüzyılda devlet nitelikleri dahi sorgulanabilen ve uluslararası örgütlere üye olarak kabûl edilmeleriyle ilgili en azından belirli bir dönem ve belirli örgütler açısından ilgili örgütlerin gereklerini yerine getiremeyecekleri dahi öne sürülebilen minyatür devletlerin uzun bir yol kat ederek diplomatik ilişkiler konusunda üzerlerindeki ataleti attıkları mütalâa edilmelidir. Bunun sebepleri arasında, kuşkusuz değişen dünya düzeni çerçevesinde bir biçimde yeniden şekillendirilen statüleri ile birlikte

ilgili alanda akdedilen başta 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi olmak üzere konuya ilişkin sözleşmelerin lehe hükümler içermesi ve minyatür devletlerin de lehe olan bu hükümleri kendileri açısından işler hâle getirebilmeleri gösterilebilir. Hattâ, diplomatik ilişkiler çerçevesinde bakıldığında kendi ihtiyaçları doğrultusunda yeni birtakım uygulamaları geliştirmekten de geri kalmadıkları yine bu sebepler arasında sıralanabilecektir.

KAYNAKÇA

Makalede Değinilen Uluslararası Antlaşma, Anayasa, Belge ve Mahkeme Kararları

1815 tarihli Diplomatik Ajanların Rütbe ve Önceliğine İlişkin Sekiz Güç Arasındaki Düzenleme. (Viyana Nihaî Senedi 17. Eki)

1818 tarihli Aix en chappel Protokolü.

1897 tarihli İtalya ve San Marino Cumhuriyeti Arasındaki Genel Sözleşme.

1918 tarihli Fransa Cumhuriyeti ve Monako Prensliği Arasındaki Mevcut İlişkileri Pekiştiren Fransa ve Monaco Arasındaki Antlaşma.

1919 tarihli Versailles Barış Antlaşması.

1919 tarihli Saint Germain-en-Laye Antlaşması.

1921 tarihli Liechtenstein Anayasası.

1923 tarihli Liechtenstein ve İsviçre Arasındaki Gümrük Birliği Anlaşması.

1924 tarihli Saint Naum Manastırı (Arnavutluk Sınırları) Danışma Görüşü. (Uluslararası Sürekli Adalet Divanı)

1927 tarihli Bozkurt-Lotus Dâvası. (Uluslararası Sürekli Adalet Divanı)

1928 tarihli Las Palmas (Miangas) Adası Hakemliği.

1929 tarihli Deutsche Continental Gas Gesellschaft v. Polish State Hakemlik Mahkemesi Kararı.

1929 tarihli Latran Antlaşması.

1933 tarihli Devletlerin Hak ve Yükümlülüklerine Dair Montevideo Sözleşmesi. (1933 tarihli Montevideo Sözleşmesi)

1939 tarihli İtalya ve San Marino Arasındaki Dostluk ve İyi Komşuluk Antlaşması.

1945 tarihli Birleşmiş Milletler Şartı.

1961 tarihli Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi.

1962 tarihli Monako Anayasası.

1963 tarihli Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesi.

1969 tarihli Kuzey Denizi Kıta Sahanlıkları Dâvası. (Uluslararası Adalet Divanı Kararı)

1969 tarihli *Sollicitudo omnium Ecclesiarum* başlıklı Talimatnâme.

1974 tarihli Vatandaşların Hakları ve San Marino'nun Hukukî Düzeninin Temel İlkelerine Dair Bildiri.

1975 tarihli Evrensel Nitelikli Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Devletlerin Temsiline Dair Viyana Sözleşmesi.

1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi.

1983 tarihli Kilise Hukuku Kanunu.

1984 tarihli Latran Antlaşmasına Ek Konkordat.

1986 tarihli Uluslararası Deniz Radyoaktivitesi Laboratuvarı ve Ajansın Prenslik Dâhilindeki Ayrıcalık ve Bağışıklıklarına İlişkin Yüce Haşmetmeapları Monako Prensi Hükûmeti ile Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı Arasındaki Anlaşma.

1987 tarihli III. Restatement.

1992 tarihli Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya Dâvası. (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi)

1993 tarihli İspanya Krallığı, Fransız Cumhuriyeti ve Andora Prensliği Arasındaki İyi Komşuluk, Dostluk ve İşbirliğine Dair Antlaşma.

1993 tarihli Andora Anayasası.

2002 tarihli Monako Prensliği ve Fransız Cumhuriyeti Arasında Dostluk ve İşbirliği İlişkilerinin Kabûlü ve Onayı Amaçlı Anlaşma.

2007 tarihli Lizbon Antlaşması.

Kitaplar

ALTUĞ Yılmaz, **Devletler Umumi Hukuku**, Onuncu Baskı, Çağlayan Kitabevi, İstanbul, 1995.

AYBAY Rona, **Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk**, T.C. İşbankası Yayınları, İstanbul, 2009.

AYBAY Rona & ORAL Elif, **Kamusal Uluslararası Hukuk**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.

BAL Ali, **Uluslararası Hava Hukuku: Hava Sahasının Hukukî Rejimi**, Seçkin, Ankara, 2019.

BAŞLAR Kemal, **Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar: Vestfelya-Sonrası Süreçte Küresel Sivil Toplum**, Nobel, Ankara, 2005.

BEATTIE D., **Liechtenstein: A Modern History**, 2nd Augmented Edition, van Eck Publishers, Vaduz, 2012.

BERRIDGE G.R. & LLOYD Lorna (eds.), **The Palgrave Macmillan Dictionary of Diplomacy**, 3rd Edition, Palgrave MacMillan, New York, 2012.

BOCZEK Boleslaw Adam, **The A to Z of International Law**, The Scarecrow Press, Lanham, 2010.

BRAVEBOY-WAGNER Jacqueline Anne, **Small States in Foreign Affairs: The Foreign Policies of the Caribbean Community (Caricom)**, Palgrave MacMillan, Hampshire, 2008.

BRIERLY James Leslie, **The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace**, 6th Edition (edited by Waldock), Oxford University Press, London, 1981.

BROWNLIE Ian, **Principles of Public International Law**, 6th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2003.

CISMAS Ioana, **Religious Actors and International Law**, Oxford University Press, Oxford, 2014.

CLARK Eric, **Corps Diplomatique**, Allen Lane, Bristol, 1973.

CRAWFORD James, **The Creation of States in International Law**, Clarendon Press, Oxford, 1979.

CRAWFORD James, **The Creation of States in International Law**, 2nd Edition, Clarendon Press, Oxford, 2007.

ÇAMYAMAÇ Anıl, **Denize Kıyısı Olmayan ve Coğrafî Açıdan Elverişsiz Devletlerin Hukukî Durumu**, Adalet, Ankara, 2012.

de SMITH Stanley A., **Microstates and Micronesia: Problems of America's Pacific Islands and Other Minute Territories**, New York University Press, New York, 1970.

DEMBINSKI Ludwik, **The Modern Law of Diplomacy: External Missions of States and International Organizations**, UNITAR/Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988.

DENZA Eileen, **Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations**, Oceana Publications, New York, 1976.

DENZA Eileen, **Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations**, 3rd Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008.

DENZA Eileen, **Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations**, 4th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2016.

DETTER Ingrid, **The International Legal Order**, Dartmouth Publishing Company, Cambridge, 1994.

do NASCIMENTO e SILVA Geraldo E., **Diplomacy in International Law**, A.W. Sijthoff, Leiden, 1972.

DUURSMA C. Jorri, **Fragmentation and the International Relations of Micro-States: Self-Determination and Statehood**, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

ECCARDT Thomas, **Secrets of the Seven Smallest States of Europe: Andorra, Liechtenstein, Luxembourg, Malta, Monaco, San Marino and Vatican City**, Hippocrene Books, New York, 2005.

FAWCETT James Edmund Sandford, **The Law of Nations**, 2nd Edition, Penguin Books, Harmondsworth, 1971.

FENWICK Charles G., **International Law**, 4th Edition, Appleton-Century-Crofts, New York, 1965.

GAMBOA Melquiades J., **A Dictionary of International Law and Diplomacy**, Phoenix Press, Quezon City, 1972.

GARDINER Richard K., **International Law**, Pearson/Longman, Dorchester, 2003.

GOTTMANN Jean, **The Significance of Territory**, The University Press of Virginia, Charlottesville, 1973.

GÖZE Ayferi, **Devletin Ülke Unsuru (Sınırları ve Devletle Olan Münasebeti)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1959.

GRAHAM Robert A., **Vatican Diplomacy: A Study of Church and State on the International Plane**, Princeton University Press, New Jersey, 1959.

GRANT Thomas D., **Admission to the United Nations: Charter Article 4 and the Rise of Universal Organizations**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.

GREIG D.W., **International Law**, 2nd Edition, Butterworths, London, 1976.

GRINDA Georges, **The Principality of Monaco: State, International Status, Institutions**, translated & edited by Duursma, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2006.

GRZYBOWSKI Kazimierz, **Soviet Public International Law: Doctrines and Diplomatic Practice**, A.W. Sijthoff, Leyden, 1970.

HANDEL Michael, **Weak States in the International System**, Frank Cass, Cornwall, 1981.

HARDEN Sheila (ed.), **Small is Dangerous: Micro States in a Macro World**, Frances Pinter Publishing, Exeter, 1985.

HARDY Michael, **Modern Diplomatic Law**, Manchester University Press, London, 1968.

HARRIS David J., **Cases and Materials on International Law**, 7th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2011. (reprint of the 2010 edition)

HERTSLET Edward, **The Map of Europe by Treaty Showing the Various Political and Territorial Changes since the General Peace of 1814**, vol. I, Butterworths, London, 1875.

HINSLEY Francis Harry, **Sovereignty**, 2nd Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 1986.

KAMANDA Alfred M., **A Study of the Legal Status of Protectorates in Public International Law**, Les Presses Savoie, Genève, 1961.

KELSEN Hans, **Principles of International Law**, Rinehart & Company, New Jersey, 1959.

KLIEGER P. Christiaan, **The Microstates of Europe: Designer Nations in a Post-Modern World**, Lexington Books, Lanham, 2014.

KREIJEN Gerard, **State Failure, Sovereignty and Effectiveness: Legal Lessons from the Decolonization of Sub-Saharan Africa**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004.

KRENZ Frank E., **International Enclaves and Rights of Passage, with Special Reference to the Case Concerning Right of Passage over Indian Territory**, Librairie Droz, Genève, 1961.

LEE Luke T., **Consular Law and Practice**, 2nd Edition, Clarendon Press, Oxford, 1991.

LOWE A. Vaughan, **International Law**, Oxford University Press, Oxford, 2007.

MERAY Seha L., **Devletler Hukukuna Giriş**, Birinci Cilt (Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı), Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1960.

MERAY Seha L., **Devletler Hukukuna G**iriş, İkinci Cilt (Yeniden Gözen Geçirilmiş Üçüncü Bası), Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1965.

NOONAN James Charles Jr., **The Church Visible: The Ceremonial Life and Protocol of the Roman Catholic Church**, Viking, New York, 1996.

O'CONNELL Daniel Patrick, **International Law**, vol. I, 2nd Edition, Stevens & Sons, London, 1970.

OPPENHEIM Lassa, **International Law: A Treatise**, vol. I (Peace), 2nd Edition, Longman, Green & Co., London, 1912.

OTT David H., **Public International Law in the Modern World**, Pitman, Avon, 1987.

ÖZKAN Işıl, **Tanınmamış Devletlerin Yasa, Hukukî İşlem ve Kararlarının Tanınması**, On İki Levha, İstanbul, Mayıs 2017.

PARO Gino, **The Right of Papal Legation**, The Catholic University of America Press, Washington D.C., 1947.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, II. Kitap, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Turhan, Ankara, 1999.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, III. Kitap, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Turhan, Ankara, 1999.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Turhan, Ankara, 2014.

PHINNEMORE David & McGOWAN Lee, **A Dictionary of the European Union**, 2nd Edition, Europa Publications, London, 2004.

PLISCHKE Elmer, **Microstates in World Affairs: Policy Problems and Options**, AEI Press, Washington D.C., 1977.

RANA Kishan S., **21st Century Diplomacy: A Practitioner's Guide**, Continuum, New York, 2011.

RANA Kishan S., **The Contemporary Embassy: Paths to Diplomatic Excellence**, Palgrave, New York, 2013.

RAPAPORT Jaques & MUTEBA Ernest & THERATTIL Joseph J., **Small States and Territories: Status and Problems**, UNITAR/Arno Press, New York, 1971.

RATON Pierre, **Liechtenstein: History and Institutions of the Principality**, Verlag AG, Vaduz, 1970.

REÇBER Kamuran, **Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku**, Dora, Bursa, 2011.

SERENI Angelo Piero, **The Italian Conception of International Law**, Columbia University Press, New York, 1943.

STARKE Joseph Gabriel, **Introduction to International Law**, 10th Edition, Buttersworth, London, 1989.

SUR Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Beta, İstanbul, 2018.

SYBESMA-KNOL Renera Gertrudis, **The Status of Observers in the United Nations**, Leiden, 1981 (basılmamış doktora tezi).

VERZIJL Jan Hendrik Willem, **International Law in Historical Perspective: International Persons**, vol. II, A.W. Sijthoff, Leiden, 1969.

VERZIJL Jan Hendrik Willem, **International Law in Historical Perspective: State Territory**, vol. III, A.W. Sijthoff, Leyden, 1970.

VISWANATHA S.V., **International Law in Ancient India**, Longmans, Green & Co., Bombay, 1925.

von GLAHN Gerhard, **Law Among Nations: An Introduction to Public International Law**, 7th Edition, Longman, New York, 1996.

von GLAHN Gerhard & TAULBEE James Larry, **Law Among Nations: An Introduction to Public International Law**, 11th Edition, Routledge, New York, 2017.

WALLACE Rebecca M.M., **International Law**, 4th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2002.

WALLACE-BRUCE Nii Lante, **Claims to Statehood in International Law**, Carlton Press, New York, 1994.

WOOD John R. & SERRES Jean, **Diplomatic Ceremonial and Protocol: Principles, Procedures and Practices**, Palgrave MacMillan, London, 1971.

Makaleler

ABBO J.A. & JOHNSON J.G., Legates, Papal, in **New Catholic Encyclopedia**, vol. 8 (Jul-Lyo), 2nd Edition, edited by Carson & Cerrito, Washington D.C., 2002, s. 450-452.

ABDULLAH Yasmin, The Holy See at United Nations Conferences: State or Church?, **Columbia Law Review**, vol. 96/5, 1996, s. 1835-1875.

ACQUAVIVA Guido, Subjects of International Law: A Power-Based Analysis, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, vol. 38/2, 2005, s. 345-396.

ADAM Roberto, Mini-States and the United Nations, **Italian Yearbook of International Law**, vol. 2, 1976, s. 80-101.

ANAND Ram Prakash, Sovereign Equality of States in International Law, **Recueil des cours**, vol. 197, 1986-II, 1986, s. 9-228.

ANTONOWICZ Lech, Definition of State in International Law Doctrine, **Polish Yearbook of International Law**, vol. 1, 1966/67, s. 195-207.

ARANGIO-RUIZ Gaetano, On the Nature of the International Personality of the Holy See, **Revue belge de droit international**, vol. 29/2, 1996, s. 354-369.

ARMSTRONG Harvey & READ Robert, Western European Micro-States and EU Autonomous Regions: The Advantages of Size and Sovereignty, **World Development**, vol. 23/7, 1995, s. 1229-1245.

BANTZ Vincent P., The International Legal Status of Condominia, **Florida Journal of International Law**, vol. 12/1, 1998, s. 77-152.

BARTMANN Barry, From the Wings to the Footlights: The International Relatioıns of Europe's Smallest States, **Commonwealth & Comparative Politics**, vol. 50/4, 2012, s. 535-554.

BAŞGİL Ali Fuat, Devletin Ülke Unsuru, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 13 Sayı 4, 1947, s. 1261-1981.

BATHON Matthew N., The Atypical International Status of the Holy See, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, vol. 34/2, 2001, s. 597-632.

BLUM Yehuda Zvi, Diplomatic Agents and Missions, **Encyclopedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperation in General-Diplomacy and Consular Relations**, vol. 9, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1986, s. 89-94.

BOLSOVER G.H., The Meaning and History of the Term 'Internonce', **Bulletin of the Institute of Historical Research**, vol. 12, 1934/5, s. 145-151.

BOS Maarten, Further Ancient Law Analogies in International Law, in **International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne**, edited by Dinstein, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, s. 61-71.

BROGLIO Timothy P., The Pastoral Dimension of the Office of Papal Representatives, **The Jurist**, vol. 75/2, 2015, s. 297-311.

BROMS Bengt, Subjects: Entitlement in the International Legal System, in **The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory**, 2nd printing, edited by MacDonald & Johnston, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986, s. 383-423.

BROMS Bengt, States, in **International Law: Achievements and Prospects**, edited by Bedjaoui, UNESCO/Martinus Nijhoff Publishers, Paris, 1991, s.41-66.

CAGGIANO Giandonato (ed.), Diplomatic and Parliamentary Practice, **Italian Yearbook of International Law**, vol. 2, 1976, s. 401-439.

CATUDAL Honoré M.Jr., The Plight of the Lilliputians: An Analysis of Five European Microstates, **Geoforum**, vol. 6/3&4, 1975, s. 187-204.

CHELINI-PONT Blandine, Papal Thought on Europe and the European Union in the Twentieth Century, **Religion, State & Society**, vol. 37/1&2, 2009, s. 131-146.

CORIDEN James A., Diplomatic Relations between the United States and the Holy See, **Case Western Reserve Journal of International Law**, vol. 19/2, 1987, s. 361-373.

CRAWFORD James, The Criteria for Statehood in International Law, **British Yearbook of International Law**, vol. 48, 1976/77, s. 93-182.

CRAWFORD James, The International Legal Status of the Valleys of Andorra, **Revue de droit international, de sciences, diplomatiques et politiques**, vol. 55, 1977, s. 258-272.

CREMONA J.J., Order of Malta, **Encyclopedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperation in General-Diplomacy and Consular Relations**, vol. 9, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1986, s. 256-258.

CUMBO Horace F., The Holy See and International Law, **International Law Quarterly**, vol. 2/4, 1948/49, s. 603-620.

ÇAMYAMAÇ Anıl, A Brief Assessment about the Legal Status of Vatican, **A Presentation at the 34th International Academic Conference of IISES**, Florence, September 13 2017.

ÇAMYAMAÇ Anıl, Yapay Adalar Üzerine Hayaller: Açık Denizlerde Yeni Devlet Projeleri, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018/I, s. 171-220.

ÇAMYAMAÇ Anıl, Uluslararası Hukukta Elçilik Binalarına Dair Bazı Teknik Konular Üzerine Bir İnceleme, **Terazi (Aylık Hukuk Dergisi)**, Cilt 13, Sayı 145, Eylül 2018, s. 73-92.

ÇAMYAMAÇ Anıl, Uluslararası Hukuk Çerçevesinde EFTA'nın Kurumsal Yapısı, in **Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA): Tarihçe, Kurumlar, Ticaret Anlaşmaları ve Avrupa Birliği ile İlişkiler**, edited by Yıldız, Detay, Ankara, 2019, s. 33-98.

ÇINARLI Serkan & ÇAMYAMAÇ Anıl, Minyatür Devletler ve İdarî Yapıları, ***Terazi (Aylık Hukuk Dergisi)***, Cilt: 11 Sayı 121, Eylül 2016, s. 14-22.

DENZA Eileen, Diplomatic Privileges and Immunities, in **The Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal**, edited by Grant & Barker, Washington D.C., 2007, s. 155-178.

DEVINE Derry J., The Requirements of Statehood Re-Examined, **Modern Law Review**, vol. 34/2, 1971, s. 410-417.

DIAS Noel, Roman Catholic Church and International Law, **Sri Lanka Journal of International Law**, vol. 13/1, 2001, s. 107-135.

do NASCIMENTO e SILVA Geraldo E., Diplomacy, **Encyclopedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperation in General-Diplomacy and Consular Relations**, vol. 9, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1986, s. 78-87.

D'OLIVER FARRAN Charles, The Position of Diminutive States in International Law, in **Internationalrechtliche und Staatsrechtliche Abhandlungen: Festschrift für Walter Schätzel zu seinem 70. Geburtstag**, edited by Brüel & Constantopoulos & Laun & Sader & Wehberg, Gebr. Hermes, Düsseldorf, 1960, s. 131-147.

DÓZSA Dániel, EU Relations with European Micro-States: Happily Ever After?, **European Law Journal**, vol. 14/1, 2008, s. 93-104.

EHLER Sidney Z., The Recent Concordats, **Recueil des cours**, vol. 104, 1961-III, 1961, s. 1-68.

FARRÉ Ramón Viñas, Andorran Diplomatic Practice, Treaties and Other International Agreements to Which Andorra Is a Party, **Spanish Yearbook of International Law**, vol. 4, 1995/96, s. 241-273.

FARRÉ Ramón Viñas, Andorra, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 04/10/10).

FENWICK Charles G., The New City of the Vatican, **American Journal of International Law**, vol. 23/2, 1929, s. 371-374.

GAZZONI Francesco, Order of Malta, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 08/10/10).

GIANNINI Torquato C., The Legal Aspect of San Marino, **Law Magazine & Quarterly: A Quarterly Review of Jurisprudence**, vol. 25/1, 1899, s. 30-43.

GRABOWSKA Genowefa, Observers of States in International Organizations of a Universal Character, **Polish Yearbook of International Law**, vol. 10, 1980, s. 233-255.

GRANT Thomas D., Defining Statehood: The Montevideo Convention and Its Discontents, **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 37/2, 1999, s. 403-457.

GRANT Thomas D., States Newly Admitted to the United Nations: Some Implications, **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 39/1, 2000, s. 177-192.

GRANT Thomas D., Micro-States, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 04/10/10).

GUIDI Guido, Monaco, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 04/10/10).

GUIDI Guido, San Marino, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 04/10/10).

GUNTER Michael M., The Problem of Ministate Membership in the United Nations System: Recent Attempts Towards a Solution, **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 12/3, 1973, s. 464-486.

GUNTER Michael M., Liechtenstein and the League of Nations: A Precedent for the United Nation's Ministate Problem?, **American Journal of International Law**, vol. 68/3, 1974, s. 496-501.

HARRIS William L., Microstates in the United Nations: A Broader Purpose, **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 9/1, 1970, s. 23-53.

HARTMANN Jacques & SHAH Sangeeta & WARBRICK Colin (eds.), United Kingdom Materials on International Law, **British Yearbook of International Law**, vol. 81, 2011, s. 453-817.

HAVEN J. Emmerson, San Marino, **American Foreign Service Journal**, vol. 5/1, (January) 1928, s. 1-3.

HOBE Stephan, Airspace, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 04/10/10).

HOFFMANN Gerhard, Protectorates, **Encyclopedia of Public International Law: States-Responsibility of States-International Law and Municipal Law**, vol. 10, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1987, s. 336-339.

HUDSON Manley O., Membership in the League of Nations, **American Journal of International Law**, vol. 18/3, 1924, s. 436-458.

HÜFNER Klaus, Specialized Agencies, in **A Concise Encyclopedia of the United Nations**, 2nd Revised Edition, edited by Volger, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, s. 670-675.

IJALAYE David A., Was "Biafra" at Any Time a State in International Law?, **American Journal of International Law**, vol. 65/3, 1971, s. 551-559.

IRELAND Gordon, The State of the City of the Vatican, **American Journal of International *Law***, vol. 27/2, 1933, s. 271-289.

KELLER Lucy, Liechtenstein, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 08/10/10).

KLEIN Eckart, United Nations, Specialized Agencies, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, August 2006 via http://opil.ouplaw.com/abstract/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e562 (ziyaret tarihi: 01/07/19).

KOKOTT Juliane, Micro-States, **Encyclopedia of Public International Law: States-Responsibility of States-International Law and Municipal Law**, vol. 10, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1987, s. 297-299.

KÖCK Heribert Franz, Concordats, **Encyclopedia of Public International Law: History of International Law-Foundations and Principles of International Law-Sources of International Law-Law of Treaties**, vol. 7, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1984, s. 44-47.

KUHN Walter S.G., The Sovereignty of Liechtenstein, **American Journal of International Law**, vol. 61/2, 1967, s. 547-557.

KUNZ Josef L., The Status of the Holy See in International Law, **American Journal of International Law**, vol. 46/2, 1952, s. 308-314.

LAPIDOTH Ruth, When Is an Entity Entitled to Statehood?, **Israel Journal of Foreign Affairs**, vol. 6/3, 2012, s. 77-81.

MALUWA Tiyanjana, The Holy See and the Concept of International Legal Personality: Some Reflections, **Comparative & International Law Journal of Southern Africa**, vol. 19/1, 1986, s. 1-26.

MENDELSON Maurice H., Diminutive States in the United Nations, **International & Comparative Law Quarterly**, vol. 21/4, 1972, s. 609-630.

METZ René, Papal Legates and the Appointment of Bishops, **The Jurist**, vol. 52/2, 1992, s. 259-284.

MORRISEY F.G., Canon Law, 1983 Code, in **New Catholic Encyclopedia**, vol. 3 (Can-Col), 2nd Edition, edited by Carson & Cerrito, Washington D.C., 2002, s. 34-37.

MORRISON Fred L., Condominium and Coimperium, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 04/10/10).

MORSS John R., The International Legal Status of the Vatican/Holy See Complex, **European Journal of International Law**, vol. 26/4, 2016, s. 927-946.

MUGERWA Nkambo, Subjects of International Law, in **Manual of Public International Law**, edited by Sørensen, Palgrave MacMillan, London, 1968.

MURRAY Fiona, Micro-States (Andorra, Monaco, San Marino and the Vatican City), in **The European Union and Its Neighbours: A Legal Appraisal of the EU's Policies of Stabilisation, Partnership and Integration**, edited by Blockmans & Łazowski, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2006, s. 185-205.

PLÖCHL Willibald M., Reflections on the Nature and Status of Concordats, **The Jurist**, vol. 7/1, 1947, s. 10-44.

PREISER Wolfgang, History of the Law of Nations, Ancient Times to 1648, **Encyclopedia of Public International Law: History of International Law-Foundations and Principles of International Law-Sources of International Law-Law of Treaties**, vol. 7, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1984, s. 132-160.

RAGAZZI Maurizio, Italy-the Holy See: Agreement to Amend the 1929 Lateran Concordat—Introductory Note, **International Legal Materials**, vol. 24, 1985, s. 1589-1591.

RANA Kishan S., Singapore's Diplomacy: Vulnerability into Strength, **Hague Journal of Diplomacy**, vol. 1/1, 2006, s. 81-106.

REINHARDT Dean N., The Vertical Limit of State Sovereignty, **Journal of Air Law & Commerce**, vol. 72/1, 2007, s. 65-137.

RENSMANN Thilo, International Organizations or Institutions, Observer Status, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Rudiger Wolfrum, June 2007, http://opil.ouplaw.com/abstract/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e506 (ziyaret tarihi: 01/07/17).

ROUSSEAU Charles, Les vallées d'Andorra: une survivance feodale dans le monde contemporain, in **Symbolae Verzijl**, edited by van Asbeck *et al*., Martinus Nijhoff, La Haye, 1958, s. 337-346.

RYNGAERT Cedric, The Legal Status of the Holy See, **Goettingen Journal of International Law**, vol. 3/3, 2011, s. 829-859.

SCHINDLER Dietrich, Andorra, **Encyclopedia of Public International Law: Geographic Issues**, vol. 12, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1990, s. 8-10.

SCHINDLER Dietrich, Liechtenstein, **Encyclopedia of Public International Law: Geographic Issues**, vol. 12, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1990, s. 220-222.

SCHINDLER Dietrich, Monaco, **Encyclopedia of Public International Law: Geographic Issues**, vol. 12, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1990, s. 227-228.

SCHINDLER Dietrich, San Marino, **Encyclopedia of Public International Law: Geographic Issues**, vol. 12, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1990, s. 340-341.

SCHNEIDER Peter, Condominium, **Encyclopedia of Public International Law: States-Responsibility of States-International Law and Municipal Law**, vol. 10, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1987, s. 58-60.

SHAUDYS Vincent K., The External Aspects of the Poticial Geography of Five Diminutive European States, **Journal of Geography**, vol. 61/1, 1962, s. 20-31.

SHAW Malcolm N., Territory in International Law, **Netherlands Yearbook of International Law**, vol. 13, 1982, s. 61-91.

SODANO Angelo Cardinal, The Holy See's Presence in International Affairs, **Seton Hall Journal of Diplomacy & International Relations**, vol. 2/1, 2001, s. 87-91.

SUY Eric, The Status of Observers in International Organizations, **Recueil des cours**, vol. 160, 1978-II, 1978, s. 75-179.

TAURAN Jean-Louis, The Presence of the Holy See in the International Organizations, **Lecture in Catholic University of the Sacred Heart**, Milan, April 22 2003 (Monday) via https://web.archive.org/web/20140215051159/http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/documents/rc_seg-st_doc_20020422_tauran_en.html (ziyaret tarihi: 25/06/18).

VALLIER Ivan, The Roman Catholic Church: A Transnational Actor, **International Organization**, vol. 25/3, 1971, s. 479-502.

WALCZAK Roman, Papal Diplomacy—Characteristics of the Key Issues in Canon Law and International Law, **The Jurist**, vol. 76, 2016, s. 489-529.

WALF Knut, The Nature of the Papal Legation: Delineation and Observations, **The Jurist**, vol. 63, 2003, s. 85-105

WESTDICKENBERG Gerd, Holy See, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 04/10/10).

WOOD James E.Jr., Editorial: U.S. Ambassador to the Vatican, **Journal of Church & State**, vol. 26/2, 1984, s. 197-207.

Internet Üzerinden Ulaşılan Kaynaklar

"Association Agreements", *European Union External Action Service*, 2011 via http://eeas.europa.eu/archives/docs/association/docs/agreements_en.pdf (ziyaret tarihi: 19/07/19).

CARDINALE Gianni, The Sixteen States that haven't Answered the Summons. And the Latest Information on Ambassadors and Nuncios, **Chiesa Espresso Repubblica**, January 14 2010 via http://chiesa.espresso.repubblica.it/articolo/1341731bdc4.html?eng=y (son ziyaret tarihi: 31/08/19).

"Diplomatic Relations Established between Principality of Monaco and Kingdom of Cambodia", July 15 2019 via http://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/Diplomacy-and-International-Presence/News/Diplomatic-relations-established-between-Principality-of-Monaco-and-Kingdom-of-Cambodia (son ziyaret tarihi: 25/07/19).

"Europe says yes, even the Vatican will use the Iban", **La Stampa**, November 30 2018 via www.lastampa.it/2018/11/30/vaticaninsider/europe-says-yes-even-the-vatican-will-use-the-iban-dmZUMWk1wOVasLAt7OpjaN/pagina.html (ziyaret tarihi: 20/04/19)

GAGLIARDUCCI A., "EU Recognizes Financial System of Vatican City State", ***National Catholic Register***, December 03 2018 via www.ncregister.com/site/print/58872 (ziyaret tarihi: 20/04/19).

"Informative Note on the Diplomatic Relations of the Holy See", **Bollettino Sala Stampa della Santa Sede**, January 7 2019 via http://press.vatican.va/content/salastampa/en/bollettino/pubblico/2019/01/07/190107a.html (son ziyaret tarihi: 20/07/19).

"Papal Diplomacy—God's Ambassadors", **The Economist**, July 19 2007 via www.economist.com/international/2007/07/19/gods-ambassadors (ziyaret tarihi: 25/06/18).

HARAKAWA T., "A Conversation with the Dean of the Diplomatic Corps, Manlio Cadelo", **Japan Forward**, March 2 2017 www.japan-forward.com/a-conversation-with-the-dean-of-the-diplomatic-corps-manlio-cadelo/ (ziyaret tarihi:03/07/18).

"Priorities and Objectives of Liechtenstein Foreign Policy", **Reports-Government Principality of Liechtenstein**, Vaduz, June 2019 via www.llv.li/files/aaa/aussenpolitischer-bericht-2019-en.pdf (ziyaer tarihi: 28/07/19).

"The Vatican City State/Holy See Join the Single Euro Payments Area (SEPA)", **Bollettino: Sala Stampa della Santa Sede**, November 30 2018 via http://press.vatican.va/content/salastampa/en/bollettino/pubblico/2018/11/30/181130c.html (ziyaret tarihi: 20/04/19).

https://en.gouv.mc/Government-Institutions/The-Government/Ministry-of-Foreign-Affairs-and-Cooperation

http://www.esteri.sm/on-line/en/home.html

https://www.exteriors.ad/en/

http://www.mfa.gov.tr/default.tr.mfa

https://www.regierung.li/ministries/ministry-for-foreign-affairs-justice-and-culture

http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/index.htm

BİLGİ SUİİSTİMALİ SUÇU

Doç. Dr. Ali Hakan EVİK[*]

Öz: Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda (ESerPK) olduğu üzere, 6362 sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu'nda da (YSerPK) çeşitli borsa suçlarına yer verilmiştir. Bu çalışmada bunlardan, uygulamada sıklıkla karşılaşılanı ESerPK döneminde "İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu", YSerPK'da ise "Bilgi Suiistimali Suçu" olarak isimlendirilen suç incelenmektedir. Suç; pek çok ekonomik suçta olduğu üzere "birden çok hukuki yararı koruyan (çok konulu) bir suçtur. Suçun faili herkes olabilir. Suçun mağduru yönünden Kanun'da özel bir belirleme yoktur. Mağdur, gayrimuayyen olup, madde kapsamındaki zarar ile karşı karşıya kalan toplum ve onu oluşturan tüm bireyler ile suçtan doğrudan zarar gören belirli bir şahıs veya şahıslardır. Suçun konusu, sermaye piyasası araçlarıdır. Suçun hareket unsuru; sermaye piyasası araçlarına yönelik alım ya da satım emri vermek veya verdiği alım veya satım emrini değiştirmek veya iptal etmektir. Suç, ancak özel kastla işlenebilen suçlardandır. Hukuka aykırılık unsuru açısından bir özellik söz konusu değildir. Kanunda suçu etkileyen herhangi bir ağırlatıcı veya hafifletici nedene yer verilmemiştir. Teşebbüs ve suça iştirak açısından herhangi bir belirleyici özellik bulunmamakta, bu konuda genel kurallar geçerlidir.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası, Sermaye Piyasası Kanunu, Borsa, Suç, Borsa Suçu, İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu, Bilgi Suiistimali Suçu

CRIMINAL MISUSE OF INFORMATION

Abstract: Various stock market offences are regulated under the New Capital Market Code numbered 6362 (hereinafter YSerPK), just as they were regulated within the abrogated Capital Market Code numbered 2499 (hereinafter ESerPK). In this article, one of the most encountered stock market crime entitled as "insider trading" under the

[*] Makale Gönderim Tarihi: 18.09.2019. Makale Kabul Tarihi: 05.12.2019.

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-0032-7754; *ahevik@yahoo.com*).

abrogated Code and named as "misuse of information" under the YSerPK will be analyzed. Just as many other economic crimes, the mentioned crime protects more than one legal interest (has multiple legal scopes). Anyone can be a perpetrator. As per the victim, the Code does not require any special traits. The victim is not a specifically identifiable person, thus the society facing the damage caused by the crime and the individuals who form the society and/or directly aggrieved due to the committed crime can be considered as victim(s). The subject of the crime is the capital market instruments. The actus reus of the crime is to give a purchase or sale orders, or to change the previously given orders, or to cancel them. This crime can only be committed by a specific intent. The crime does not contain any special indications for the element of illegality. Nor does it contain any mitigating or aggravating circumstances. With regard to the attempt and the conspiracy, the general rules of criminal law apply, since they are not explicitly regulated.

Key Words: Capital Market, Capital Market Code, Stock Market, Offence, Stock Market Offence, Insider Trading, Criminal Misuse of Information.

I) GENEL OLARAK

Yasama Organınca birçok kez gözden geçirilerek[1] pek çok maddesi değiştirilen 28.07.1981 tarih ve 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu (ESerPK), ülkemizdeki tasarrufların artırılması ve mevcut kaynakların ülke ekonomisi için en etkin şekilde kullanılmasında sermaye piyasalarımızın daha aktif bir rol üstlenebilmesi amacıyla Avrupa Birliği Müktesebatına (*Acquis Communautaire*) tam uyum hedefi doğrultusunda[2] 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu[3] (YSerPK) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

YSerPK'da da, ESerPK'da olduğu üzere çeşitli borsa suçlarına yer verilmiş olup, çalışmanın konusunu bunlardan; Kanun koyucu tarafından YSerPK'da "Bilgi suiistimali"[4] olarak isimlendirilen suç oluşturmaktadır. Kanunun 106'ncı maddesinde düzenlenmiş suçun yürürlüğe girdiği 2012 yılından bu yana değiştirilmeyen madde metni şu şekildedir:

---

1 2499 sayılı ESerPK; 28.05.1986 tarih ve 3291 sayılı; 29.04.1992 tarih ve 3794 sayılı; 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı; 21.02.2001 tarih ve 4629 sayılı; 30.01.2002 tarih ve 4743 sayılı; 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı; 13.02.2011 tarih ve 6111 sayılı Kanunlar ile ve 14.01.1988 tarih ve 311 sayılı; 24.06.1995 tarih ve 558 sayılı; 660 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerle değiştirilmiş.

2 http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?submenuheader=-1 (Erişim Tarihi: 10.03.2013).

3 Bakınız: 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı Resmî Gazete.

4 ESerPK'da ve öğretide benimsenen adıyla; "İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu".

Madde 106- Bilgi suiistimali

(1) Doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında, ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış bilgilere dayalı olarak ilgili sermaye piyasası araçları için alım ya da satım emri veren veya verdiği emri değiştiren veya iptal eden ve bu suretle kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden;

a) İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri,

b) İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler,

c) İş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler,

d) Bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler,

e) Sahip oldukları bilginin bu fıkrada belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler,

iki yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı adli para cezasına hükmedilmesi hâlinde verilecek ceza elde edilen menfaatin iki katından az olamaz.

Çalışmada bahsi geçen suç; gerektiğinde YSerPK'nun konumuzla ilgili hükümlerine değinilerek, yeri geldiğinde de ESerPK hükümleriyle karşılaştırma yapmak suretiyle ceza özel hukukunda benimsenen suç inceleme metodu çerçevesinde incelenecektir.

1. Suça Yönelik Terim-Kavram ve Tanımlar

YSerPK'nun 106'ncı maddesindeki suçun kanun koyucu tarafından "*bilgi suiistimali*" şeklinde isimlendirildiğini, ancak, Kanunun genel gerekçesinde[5] ve suçun düzenlendiği madde gerekçesinde[6] bu ismin yanında parantez içerisinde; "*içeriden öğrenenlerin ticareti*"nin de kullanıldığını görmekteyiz.

---

5 http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?submenuheader=-1 (Erişim Tarihi: 10.12.2018).

6 https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/sermaye-piyasasi-kanunu-madde-gerekceleri/1/madde-105 (Erişim Tarihi: 10.12.2018).

Hatırlanacağı üzere ESerPK'da yer alan suçların düzenlendiği 47'nci maddenin başlığının "cezai sorumluluk" olmasına karşılık, suçların herhangi bir ismi bulunmamaktaydı. ESerPK'da 1992 yılında 3794 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrasında incelediğimiz suçun bulunduğu 47'nci maddenin (A–1 nolu) bendindeki suç tanımlanırken "*içerden öğrenenlerin ticareti*" kavramı kullanılmıştı. Yine 3794 sayılı Kanun ile değişik ESerPK'nun 47'nci madde değişikliklerin gerekçesinden bahseden 34'üncü maddede de; "*Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47 inci maddesinin (A) bendinde yapılması öngörülen değişiklikle, sağlıklı ve dürüst bir sermaye piyasasının işlemesini engelleyen iki fiil; "kamuya açıklanmamış bilgiye dayalı ticaret" (insider trading) ve "fiyat manipülasyonları" suç olarak tanımlanmıştır. Uluslararası literatürde "insider trading" olarak anılan, "kamuya açıklanmamış bilgiye dayalı ticaret" , kamuyu aydınlatma ilkesini zedeleyen, sermaye piyasalarında eşitlik ve dürüstlüğü bozan, haksız kazançlara ve şirket el değiştirmelerine yol açan bir işlemler zinciridir*"[7] denilmekteydi. Yani suçun isminin karşılığı olarak dolaylı da olsa; "kamuya açıklanmamış bilgiye dayalı ticaret (insider trading)" isimleri kullanılmıştı.

Sözlük anlamı itibariyle *"Insider"*; içeriden birisi, içerden kimse, iç yüzünü bilen kimse, *"Insider Trading*" ise; içeriden öğrenenlerin ticareti, şirketin mali durumu hakkındaki bilgileri başka yatırımlar edinmeden kullanmak, rekabete ve dürüstlüğe aykırı hisse senedi alışverişinde bulunmak şeklinde ifade edilmektedir[8].

Yabancı literatürde, "İçeriden Öğrenenlerin Ticareti" terimine karşılık olmak üzere kullanılmakta olan "*Insider Trading*"[9] (Insider

---

7 www.spk.gov.tr/mevzuat/Doc/Spk01.doc (Erişim Tarihi: 09.02.2004).

8 http://www.zargan.com/goster.asp?DisplayLang=1&dil=2&sozcuk=%FDNS%DDDER&imageField.x=73&imageField.y=11 (Erişim Tarihi: 23.12.2018).

9 CONRY Edward J./FERRERA Gerald R./FOX Karla H, **The Legal Environment Of Business,** 3. baskı, Allyn and Bacon, USA, 1993, s. 528; YÜCE Ayşe, **An Examination Of An Emerging Stock Exchange: The Case Of Turkish Stock Market,** No: 39, Ankara, SPK, 1996, s. 28; SHARPE William F./ALEXANDER Gordon J./BAİLEY Jeffery V, **Investments,** 5. baskı., Prentice Hall International Inc., y.y., t.y., s. 522; TEZCANLI Meral, **Insider Trading and Market Manipulation,** İstanbul, İMKB, s. 8 vd.; **English-Turkish Modern Business World Dictionary,** s. 466; TİKVEŞ Özkan, **Bankalar Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu Şerhi,** İstanbul, Alfa, 1992, s. 413; **Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat**, İMKB, İstanbul, 1997, s. 608 vd.; KILINÇ Kazım, **200 Soruda A'dan Z'ye Borsa**, 3. bs., İstanbul, Alfa, 1995, s. 97; **Sermaye Piyasalarında Kamu**

Muameleleri)[10] teriminin ilk kez Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve İngiltere'de kullanıldığı, buna ilişkin en eski düzenlemenin de 1934 tarihli *Securities Exchange Act*'in 10, 12 ve 16. maddelerinde yer aldığı görülmektedir. İngiltere'de konuyla ilgili yasalarda "*Insider Dealing*" terimi kullanılmış, öğreti ve yargıçlar ise "*Insider Trading*" terimini kullanmayı tercih etmişlerdir[11]. Bu terim, Almanya ve İsviçre Hukuk sistemlerinde bazı yazarlarca aynen İngilizce'deki şekliyle (*Insider Trading* olarak) benimsenerek kullanılmış[12], bazı yazarlarca "*Insiderhandels*", diğer bazılarınca da "*Insiderrecht*" olarak ifade edilmiştir[13]. Fransa'da da yine aynen İngilizce'deki şekliyle *Insider Trading*" terimi benimsenerek kullanılmıştır[14].

Hem mülga, hem de YSerPK'da kullanılan "İçerden Öğrenenlerin Ticareti" terimi, Türk öğretisinde ilk olarak Tekinalp tarafından kullanılmıştır[15]. Bu terim sonradan kimi yazarlarca[16] da benimsenmiş, kimileri de bunun ye-

---

Otoritesi ve Yatırımcıların Korunması, SPK Uluslararası Semineri, 31 Ekim-2 Kasım 1990, No: 16, SPK, Ankara, 1995, s.166 vd.

10 TURANBOY Asuman, **Insider Muameleleri (Şirkete Ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı)**, Ankara, BTAE, 1990, s. 6.

11 TURANBOY, **Insider Muameleleri,** s. 30.

12 Öğretide kimi yazarlar da bu terimi bazen İngilizce olarak aynen, bazen de "içerden ticaret" olarak kullanmıştır. Örneğin bkz: KABAALİOĞLU Haluk, **Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi,** İstanbul, İktisadi, 1985, s. 184.

13 FELLMAN M, Rechtliche Erfassung von Insidertransactiönen in der Schweiz, Zürich, 1981, s. 1; HOPT, K. J./WILL M.R., Europaesches Insiderrecht, Stutgart, 1978. (Zikreden: TURANBOY, **Insider Muameleleri,** s. 30, dn. 68 ve 69.

14 GUYENOT Jean, "İmtiyazlı Bilgilere Sahip Olabilen ve Bu Bilgileri Borsada Kullanabilen Şahıslar: Fransa'da İçeriden Öğrenen veya Insider Trading", (çev. Ö. Selçuk) **BATIDER**, Haziran, 1984, c. XII, No: 2-3, s. 99-122.

15 TEKİNALP Ünal, "İçerden Öğrenenlerin Ticareti Sorunu", **İktisat ve Maliye Dergisi**, Aralık 1986, No: IX, s. 310-319; TEKİNALP Ünal, **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları,** İstanbul, Es, 1982, s. 58; **Borsa Uyuşmazlıkları,** s. 608 vd.

16 TEZCANLI Meral, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Manipülasyonlar,** İstanbul, İMKB, 1996, s. 11; **Menkul Kıymetler ve Borsalarla İlgili Avrupa Topluluğu Düzenlemeleri,** SPK, No: 85, Ankara, 1997, s. 243 vd.; TANÖR Reha, **Türk Sermaye Piyasası: Taraflar,** C. I, İstanbul, Beta, 1999, s. 187; KÜÇÜKSÖZEN Cemal, **Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi**, Ankara, SPK, 1999, s. 177; TANÖR Reha, **Türk Sermaye Piyasası: Halka Arz,** C: II, İstanbul, Beta, 2000, s. 576; TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, **Açıklamalı Notlu ve Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat,** 10. bs., İstanbul, Beta, 2000, s. 601; Kılınç, **200 Soruda,** s. 97; **Sermaye Piyasalarında Kamu Otoritesi,** s.165.

rine eserlerinde; "içerden edinilen bilgilerle kazanç sağlamak"[17], "içerden ticaret"[18], "içerdekilerin ticareti"[19], "içerden bilgi ticareti"[20], "içerdekilerin istihbaratı ve içerdekilerin ticareti"[21], [22] terimini kullanmışlardır. Biz de ESerPK dönemindeki bir ortak çalışmamızda, gerek bu terimin, hem ticaret ve sermaye piyasası hukuku ile hem de ceza hukuku ile ilgilenenler tarafından benimsenmiş olması, hem de İngilizce karşılığı ile birebir örtüşmesinden dolayı, "içeriden öğrenenlerin ticareti" terimini kullanmayı tercih etmiştik[23].

Ancak, bu çalışmamızda YSerPK'daki yeni düzenleme (suça verilen isim) gereği "Bilgi Suiistimali Suçu" terimini kullanmayı tercih ettik.

İçeriden öğrenenlerin ticareti kavramından hareketle; "sermaye piyasası aracının değerine etki edebilecek ilgili şirket içindeki gizli bilginin kullanılarak, menfaat sağlayıcı menkul kıymet işlemi yapılması" olarak tanımlanabilen bilgi suiistimali suçu, ESerPK'daki düzenlemenin aksine genelde ilgili kanunlarda açık bir şekilde tanımlanmamakta (ki YSerPK'daki düzenleme bu şekildedir), uygulamadaki örnekler, öğreti görüşlerine göre bir tanım getirilmeye çalışılmaktadır. Örneğin ABD mevzuatına göre, içeriden öğrenenlerin ticareti; "menkul kıymetlere ilişkin kamuya açıklanmayan bilgiye doğrudan sahip olma veya içerdeki bilgiyi tüyo olarak başkalarına

---

17 ERMAN Sahir, **Şirketler Ceza Hukuku: Ticari Ceza Hukuku**, C: VII, İstanbul, y.y., 1993, s. 148 vd.

18 YASAMAN Hamdi, **Menkul Kıymetler Borsası Hukuku**, İstanbul, y.y., 1992, s. 213; SUMER Ayşe, **Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat**, 2. bs., İstanbul, Alfa, 1999, s. 94; TİKVEŞ, **Bankalar Kanunu**, s. 413.

19 BOZKURT Ünal, "Tasarrufların Yatırıma Dönüşmesinde Menkul Değer Borsalarının Rolü (Gelişmeler ve Sorunlar)", **Menkul Kıymetlerin Halka Arzı ve Borsada Piyasa Açılması**, İAV, İstanbul, 1994, s. 44; ÇAPANOĞLU Birol, **Türkiye'de ve Dış Ülkelerde Sermaye Piyasaları, Özelleştirme Uygulamaları ve Menkul Kıymetler Borsaları**, İstanbul, Beta, 1993, s. 63.

20 AKBULUT Esin, "Uluslararası Borsalarda Menkul Kıymetlerin İşlem Görme Kuralları ve Türkiye'deki Uygulama", **Tasarrufların Yatırıma Dönüşmesinde Borsanın Rolü**, İstanbul, İAV, 1995, s. 31.

21 KARSLI Muharrem, **Sermaye Piyasası Borsa Menkul Kıymetler**, İstanbul, y.y., 1989, s. 454.

22 KOCASAKAL Ümit, "Ceza Hukukundaki Son Gelişmelerin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Etkisi", **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, TCHD ve Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Ortak Yayını, C: II, Ankara, 2008, s. 1006.

23 EVİK Ali Hakan/EVİK Vesile Sonay, "İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXIII, sayı: 1–2, 2005, İstanbul, 3–56, s. 3 vd.

veren kişinin güven ve sadakat yükümlülüğünün ihlali"[24], Türk öğretisinde de; "*şirket içindekilerinin yaptığı hisse senedi ticareti*" şekillerinde tanımlanmaktadır[25].

Kanaatimizce Kanundaki düzenlemeden hareketle incelediğimiz suç; "sermaye piyasası aracının değerine etki edebilecek olup da, henüz kamuya açıklanmamış/herkes tarafından bilinmeyen, bu nedenlerden dolaylı imtiyazlı olduğu kabul edilen birtakım bilgilerin, bir şekilde bilinip/öğrenilip/elde edilip, sermaye piyasasının olmazsa olmazlarından "rekabet ve dürüstlük ilkelerine" aykırı şekilde, sermaye piyasası aracı alışverişinde kullanılarak menfaat elde edilmesi" olarak tanımlanabilir.

2. Karşılaştırmalı Hukuk

Tarihsel süreçte önceleri suç olarak kabul edilmemesine ve halen suç olmaması gerektiğine yönelik tartışmalar bulunsa da, günümüzde sermaye piyasaları gelişmiş hemen hemen tüm ülkelerin mevzuatlarında bilgi suiistimali suçuna, "hem yatırımcılar arasında olması gereken fırsat eşitliğini bozduğu ve dürüst ticaret kurallarını ihlal ettiği, hem de sermaye piyasalarının saygınlığını ve güvenilirliğini azalttığı"[26] gerekçelerine dayanılarak yer verilmektedir[27].

Bu bölümdeki ilk değerlendirmemiz; içeriden öğrenilen imtiyazlı bilgiye dayalı olarak gerçekleştirilen menkul kıymet alışverişini cezalandırma yoluna giden gelişmiş tüm ülkelerin bunu, aynen bizde olduğu gibi genel ceza kanununda veya özel bir ceza kanununda değil, bünyesinde sermaye piyasasının diğer alanlarına yönelik düzenlemelerin de yer aldığı farklı kanun veya kanunlarda yapmış olmalarıdır.

Bizde ve bizim gibi Kara Avrupası Sistemini benimsenmiş ülkelerde bu kanunun; "Sermaye Piyasası Kanunu", Almanya'da Menkul Kıymetler Ticareti Kanunu, Fransa'da; "Para ve Finans Kanunu", İtalya'da; "Finans Kanunu", Japonya'da; "Finansal Araçlar ve Menkul Kıymetler Kanunu"

---

24 TEZCANLI, **Insider Trading**, s. 14; SHARPE/ALEXANDER/BAİLEY, **Investments**, s. 522.

25 YILDIRIM Abdurrahman, **Borsanın ABC'si Ayılar, Boğalar ve Paranız**, İstanbul, Bilgi, 1990, s. 38.

26 KÜÇÜKSÖZEN, **Sermaye Piyasasında**, s. 178.

27 EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 8 vd.

olduğu görülmektedir. Anglo Sakson Sistemini benimsenmiş ülkelerde ise birden fazla kanunda örneğin; ABD'de, "Mavi Gök Kanunları", "Menkul Kıymetler Kanunu", "Menkul Kıymetler Borsası Kanunu", "İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Cezaları Kanunu" vs, İngiltere'de de "Ceza Adalet Kanunu" ve "Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu" olduğu anlaşılmaktadır[28].

Ülkemizdeki sermaye piyasaları alanındaki en etkili bağımsız kamu otoritesi olan Sermaye Piyasası Kurulu'nun, ABD'deki muadili SEC (*Securities Exchange Commission*), İngiltere'deki FSA (*Financial Services Agency/ Authority*), Japonya'daki JFSA (*Japon Financial Services Authority*), İtalya'daki CONSOB (*Commissione Nazionale Per Le Societa E La Borsa*", Fransa'daki de AMF (*The Autorité Des Marchés Financiers*)[29] olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bizdeki düzenlemenin aksine bazı ülkelerde suçun faili olabilecekler (içeriden öğrenenler) çeşitli ayrımlara tabi tutulmuşlardır: ABD'de bu ayrım; "içeridekiler ve dışarıdakiler", birinci derece içerdekiler (işi, mesleği ya da görevi gereği içerdeki bilgiye ulaşabilecek olanlar), ikinci derece içerdekiler (birinci derecedeki içerdekilerden bunları öğrenenler) veya şirkete yakın olan içerdekiler ve şirkete uzak olan içerdekiler (şirketle dışardan herhangi bir sebeple irtibat kuran şahıslar)"[30] şeklindedir. ABD'dekine benzeyen Japonya'da; birincil (imtiyazlı bilgiyi meslek, konum, iş, yönetici olmaktan dolayı ilk elden öğrenenler) ve ikincil içerdekiler (imtiyazlı bilgiyi birincil içeridekilerden öğrenenler) şeklindedir. Buna karşılık Almanya, Fransa, İtalya ve İngiltere'de bu tarz bir ayrım yapılmamaktadır.

Yine tüm düzenlemelerde fail olarak hemen hemen aynı kimselerin; "imtiyazlı bilgileri doğrudan elde edebilecek konumdakiler olarak hisseleri halka açılan ve borsada işlem gören şirketin yöneticisinin, temsilcisinin, personelinin, denetçisinin, mali müşavirinin, hukuk danışmanının vs, imtiyazlı bilgileri dolaylı şekilde elde edebilecek konumdakiler olarak da bu bilgileri suç işleyerek elde edenlerin, bir şekilde elde edenlerin, tesadüfen vakıf olan-

---

28 Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve diğer düzenlemeler için bkz: AKSOY, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu**, Ankara, Seçkin, 2018, s. 44-64.

29 **EVİK Ali Hakan,** Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, Ankara, Seçkin, 2004, s. 65; **Kesici,** Bilgi Suiistimali Suçu, s. 24-34. Bkz: file:///Users/imac/Downloads/SSRN-id2876337.pdf, (Erişim Tarihi: 07.01.2019.)

30 TURANBOY, **Insider Muameleleri**, s. 75-101, TEZCANLI, **Insider Trading**, s. 11.

ların, elindeki bilginin imtiyazlı olduğunu bildiği ispat edilenlerin" sayıldığı görülmektedir.

Karşılaştırdığımız tüm bu mevzuatlarda suçun özgü suç niteliğinde olmadığı da görülmektedir. Çünkü başlangıçta suçun faili olarak imtiyazlı bilgilere erişebilecek kişiler belirli şekilde sıralanmakta, ancak neticede dolaylı da olsa bunlarla bir şekilde ilişkili olup da imtiyazlı bilgiye ulaşan, imtiyazlı bilgiyi bir şekilde öğrenen ve kullanan herkesin suç faili olabileceği ifade edilmektedir. Hatta bizim kanunumuzda; bu bilginin herhangi bir kimse tarafından suç işlemek suretiyle elde edilip kullanılması durumunda da suçun gerçekleşeceği ifade edilmektedir. Bizdeki düzenlemeye benzer şekilde İngiltere'de de "elindeki bilginin bu türden imtiyazlı bir bilgi olduğunu bilen herkesin suçun faili olabileceği" ifade edilmiştir.

Tüm bu düzenlemelere göre bilgi suiistimali suçunun işlenebilmesi için öncelikle ortada bizim "imtiyazlı bilgi", diğerlerinin "içsel bilgi" vs şeklinde isimlendirdikleri bir bilgi bulunmalıdır. Bu bilgi dolaylı ya da doğrudan ilgili halka açık şirket hakkında olmalı ve bu bilgi halka açık şirketin sermaye piyasası aracının değeri, fiyatı veya yatırımcı kararlarına etkili olabilecek mahiyette olmalıdır. Ayrıca bilgi bazlı manipülasyon suçundaki düzenlemenin aksine bu bilginin doğru/gerçek de olması gereklidir. *Dirks v. SEC* Davası'nda ABD Yüksek Mahkemesinin bir kararında; "anılan suçu işlemek amacıyla başkalarına iletilen kamuya açıklanmamış gerçek bir bilgi olması gerektiği"[31] şeklindeki yorumu ile buna vurgu yaptığı görülmektedir.

Bu bilgi, fail tarafından hukuka uygun (yönetici veya personel olarak, meslek ya da görev gereği) ya da hukuka aykırı (çalınarak, tehditle, gizli dinleme ile) bir şekilde elde edilmiş olabilir. Bu şekilde elde edilen bilgi sermaye piyasası aracı alışverişinde kullanılmalı ve netice itibariyle failce maddi bir yarar/ menfaat de sağlanmış olmalıdır. Bundan hareketle, suçun tüm bu ülkelerde diğer borsa suçlarının (örneğin; bilgi veya işlem bazlı manipülasyon) aksine neticesi bakımından zarar suçu olarak düzenlendiği söylenebilir.

Yine bu düzenlemelerde suçun yaptırımı olarak hem hapis, hem de para cezası öngörülmüştür: Bizde; 2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve adli para cezası, ABD'de son düzenleme sonrasında 10 yıla kadar hapis ve 1.000.000-USD

---

31 Dirks v. SEC, 463, U.S. 646 (1983). (Zikreden: CONRY/FERRERA/FOX, **The Legal Environment**, s. 555; JENNINGS, R. W./MARSH, H.-COFFEE, J. C.: **Securities Regulations: Cases and Materials**, 7. baskı, Mineola-New York, Foundation Press, 1982, s. 778 vd.

para cezası, İngiltere'de 7 yıla kadar hapis ve üst sınırı belli olmayan para cezası, Almanya'da 5 yıla kadar hapis ve para cezası, İtalya'da 2 yıla kadar hapis ve para cezası, Fransa'da 2 yıla kadar hapis ve elde edilen menfaatin 10 katına kadar para cezası, Japonya'da da 5 yıla kadar hapis ve 5.000.000-JP para cezasıdır.

3. YSerPK eni ESerPK Hükümlerinin Karşılaştırması

İncelediğimiz suç yukarıda da belirttiğimiz üzere; herhangi bir madde başlığı olmaksızın 2499 sayılı ESerPK'nun[32] 47. maddesinin (A–1 nolu) alt bendinde şu şekilde düzenlenmişti:

"**Madde 47-**Diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde;

A) 1. Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak, sermaye piyasasında işlem yapanlar arasında fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek içeriden öğrenenlerin ticaretidir. Bu fiili işleyen 11'inci madde kapsamındaki ihraççılarla, sermaye piyasası kurumlarının veya bunlara bağlı veya bunlara hâkim işletmelerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri, yöneticileri, denetçileri, diğer personeli ve bunların dışında meslekleri veya görevlerini ifa etmeleri sırasında bilgi sahibi olabilecek durumunda olanlarla, bunlarla temasları nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumundaki kişiler her bir alt bent kapsamına giren fiillerden dolayı iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

YSerPK ve ESerPK'daki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde; ESerPK'da "içeriden öğrenenlerin ticareti" olarak belirtilen suçun önce tanımlandığı, ardından bu suçun faillerinin kimler olabileceğinin sayıldığı, en sonunda da suçun yaptırımına yer verildiği görülmektedir. Buna karşılık suç için YSerPK'da "bilgi suiistimali" isminin kullanıldığı, suça ilişkin herhangi bir tanımın yapılmadığı, önce suçun faili dışındaki maddi unsurlarından bahsedildiği, sonra suçun faillerinin kimler olabileceğinin sayıldığı, en sonun-

32 Bkz: 30.07.1981 tarih ve 17416 sayılı RG.

da da suçun yaptırımına yer verildiği belirlenmiş bulunmaktadır. İlk önemli farklılığın suçun isimlendirilmesinde olduğu görülmektedir.

Bunun yanı sıra; ESerPK'da suçun düzenlendiği normun başında yer alan "*Diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde*" şeklindeki ibarenin Yeni Kanunda yer almadığı anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere; kanunlarda meydana gelebilecek boşlukların önüne geçmek açısından normlar arasında açık veya örtülü bir biçimde asli norm-tali (yardımcı) norm ilişkisi kurulabilmektedir. Bu ilişki gereği; asli normun uygulanabilir olduğu durumlarda tali normun uygulanması mümkün değildir[33]. Yani tali norm, ancak asli normun uygulanamadığı hallerde uygulanabilir. Asli-tali norm ilişkisi kanunda bazen gerek mülga Türk Ceza Kanunu (TCK), gerek 5237 sayılı TCK'da düzenlenen "Görevi Kötüye Kullanma Suçu"nda olduğu gibi açık bir şekilde gösterilir. Bazen de kanunda yer alan örtülü bir ifadeden, zımnen anlaşılabilir, ESerPK'da yer alan "*diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde*" şeklindeki düzenlemede olduğu gibi. Bu yeni düzenlemeden; YSerPK'da yer alan "bilgi suiistimali suçunun", ESerPK'dakinin aksine tali (yardımcı) norm olarak düzenlenmediği sonucu çıkmaktadır.

Suçun faili açısından her iki norma ilk baktığımızda sanki "*özgü suç*" niteliğinde düzenlenmiş gibi görünmekle birlikte daha ayrıntılı değerlendirmede böyle olmadığı; diğer bir deyişle suçun failinin herhangi bir kimse olabileceği anlaşılmaktadır. Zira her iki kanunda da önce suçu işleyebilecek belirli nitelik ve özelliklere sahip kimseler (örneğin; ihraççılar, ihraççıların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri, iş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler, sermaye piyasası kurumlarının veya bunlara bağlı veya bunlara hâkim işletmelerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri, yöneticileri, denetçileri vs) sayılmış, ancak hemen ardından da; "bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler, sahip oldukları bilginin bu fıkrada belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler, meslekleri veya görevlerini ifa etmeleri sırasında bilgi sahibi olabilecek durumunda olanlarla temasları nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumundaki kişiler" denilerek, özel faillik niteliği taşımayan herhangi bir kimsenin de suçun faili olabileceği belirtilmiştir.

---

33 ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul, Beta, 2016, s. 491.

Suçun failleri arasında her iki kanunda da sayılan "ihraççıların" ve "iş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişilerin" ortak olduğu, YSerPK'da diğerinin aksine sadece ihraççıların değil, "ihraççıların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticilerinin, ihraççılarda veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişilerin" de fail olarak gösterildiği anlaşılmaktadır. ESerPK'da fail olarak sayılan; "sermaye piyasası kurumlarının veya bunlara bağlı veya bunlara hâkim işletmelerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri, yöneticileri, denetçilerinin" ise YSerPK'da yer almadığı görülmektedir. Yine ESerPK'da bulunan; "iş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişilerle temasları nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumundaki kişilerin" YSerPK'ya alınmadığı, buna karşılık ESerPK'da olmayan "bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler" ile "sahip oldukları bilginin bu fıkrada belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişilerin" YSerPK'da fail olarak düzenlendiği görülmektedir.

Bunun dışında fail olarak ESerPK'da sayılanlar arasında tüzel kişi olarak ihraççılar da bulunmaktaydı. Bu da akla; tüzel kişilerin suç faili olup olmayacakları tartışmasını[34] getirmekteydi. YSerPK'da yerinde bir uygulamayla bu tartışmaya son verildiği, "ihraççı" yerine "ihraççıların yöneticileri" denilerek, sayılanların hepsinin, "cezaların şahsiliği prensibi" gereği olması gerektiği biçimde gerçek kişiler olduğu görülmektedir.

Suçların "*sermaye piyasası araçları*" şeklindeki konularına[35] gelince; her iki kanundaki normda da aynı oldukları, tek farkın bunun YSerPK'da açıkça ifade edildiği halde, ESerPK'da madde metninden zımni olarak tespit edilebiliyor olmasıydı.

Suçların hareketlerine baktığımızda YSerPK'dakinin; "alım ya da satım emri vererek ve bu suretle kendisine veya bir başkasına menfaat temin etmek" ya da "verdiği emri değiştirerek veya iptal ederek bu suretle kendisine veya bir başkasına menfaat temin etmek" olduğu görülmektedir. Bundan, yeni kanundaki suçun; hareketin sayısı bakımından hem seçimlik hem de çok hareketli bir suç olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık

34 EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 39-41.

35 Suçun konusunun "İçsel Bilgi" olduğu yönündeki görüş için bkz. AKSOY, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 178.

ESerPK'daki suçun hareketinin sadece "kullanmak" olduğu, bundan da suçun tek hareketli bir suç olarak düzenlenmiş olduğu sonucu çıkmaktadır.

Yine her iki suçun da neticelerinin aynı olduğu, eskisinde "menfaat temin etmek" veya "zararı bertaraf etmek", yenisinde ise sadece "menfaat temin etmek" denilerek, suçla korunan hukuki yarar açısından salt tehlikenin değil, zararın da gerçekleşmiş olmasının şart olduğuna vurgu yapıldığı anlaşılmaktadır.

Farklı olan manevi unsurlara baktığımızda; ESerPK'daki suçun manevi unsurunun madde metninde yer alan "bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak" şeklindeki vurgu nedeniyle "özel kast", YSerPK'da da bu yönde açık bir vurgu olmamasına karşın, menfaat temininin şart olduğu yönündeki zımni düzenlemeden kanaatimizce, yine "özel kast" olduğu sonucu çıkmaktadır.

Hukuka aykırılık unsuru bakımından ESerPK'da herhangi bir özel hukuka uygunluk nedeni bulunmamasına karşın, YSerPK madde 108'de hem incelediğimiz suç, hem de piyasa dolandırıcılığı (manipülasyon) suçları açısından geçerli olacak özel bir takım hukuka uygunluk nedenlerine yer verildiği görülmektedir.

Son olarak her iki suçun yaptırımının da görünüşte benzer olduğu ama aslında esaslı farklılıkların bulunduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki; hapis ve para cezası açısından YSerPK'da artık seçimlik yaptırım uygulama alanı bulmaktadır. Zira madde metninde; "iki yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılırlar" denilmektedir. Buna karşılık hatırlanacağı üzere ESerPK'da; "iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır" denilmişti. Yani hapis ve para cezası birlikte uygulanmak durumundaydı.

Aynı şekilde her iki suçun para cezasına yönelik yaptırımı açısından da farklılık söz konusudur. ESerPK'daki; "verilecek para cezası elde edilen menfaatin üç katından az olamaz" şeklindeki hükmün YSerPK'da; "verilecek para cezası elde edilen menfaatin iki katından az olamaz" şeklinde değiştirildiği, menfaat elde edilmesi durumunda verilecek para cezasının azaltıldığı görülmektedir.

ESerPK'da herhangi bir güvenlik tedbirine yer verilmemişken, yenisinde bu suç açısından ayrıca "güvenlik tedbirinin de uygulanacağı", hükme bağlanmıştır.

Son olarak da, ESerPK'nun 47. maddesinin ilk halinin üçüncü fıkrasında yer alan; "*Bu maddede öngörülen cezaların verilmesini gerektiren fiillerin tekrarı halinde, verilen cezalar yarı oranında arttırılarak hükmolunur. Cezaların arttırılabilmesi için daha önce verilen cezanın infazı şartı aranmaz*" şeklindeki "özel tekerrür" hali YSerPK'da artık bulunmamaktadır.

II. Korunan Hukuki Yarar

Bilgi suiistimali suçu ile dolaylı ya da doğrudan sermaye piyasası araçları[36] veya bu araçları sermaye piyasasında arz etmeye/sunmaya/satmaya yetkili ihraççılar[37] ile ilgili olup da, maddede ayrıntılı şekilde sayılan kimselerce elde edilen bilgilerin sermaye piyasası aracı alım-satımında kullanılarak hukuka aykırı şekilde maddi menfaat temin edilmesinin önüne geçilmek istenmektedir. Bu nedenle de artık günümüzde, aksini savunanlar olsa da hemen hemen tüm ülkelerce, suç olarak düzenlenmektedir[38].

Söz konusu suç tipi en ile en başta sağlıklı ve dürüst bir sermaye piyasasının işlemesini engelleyen, kamuyu aydınlatma ilkesini zedeleyen, sermaye piyasasındaki eşitliği ve dürüstlüğü bozan, haksız kazançlara ve şirket el değiştirmelerine yol açan işlemler zincirinin önüne geçilmek arzu edilmektedir[39].

Hükmün amaçları arasında; sermaye piyasasının işleyişi bakımından tasarruf sahiplerine/yatırımcılara güven telkin edilmesi, bunun için de yatırımcıların eşit durumda olmasının sağlanması, herkesin eşit durumda olduklarının garanti altına alınması bulunmaktadır. Bu garanti de; herkes tarafından elde edilemeyecek, sadece nüfuzları gereği bu bilgilere ulaşabilecek kişilerin, elde ettikleri imtiyazlı bilgileri kullanarak başkalarının zararına haksız bir menfaat temini içerisine girmelerinin önlenmesi ile sağlanabilecektir. Halka açık şirketlerde yaşanacak olası değişikliklerden (örneğin; başka bir şirket ile birleşme, ortaklık yapma, şirket CEO'sunu değiştirme vs gibi) öncelikle o şirkette en üst düzeyde yönetici konumunda olanlar, sonrasında o değişimle ilgili personel şirket çalışanları haberdar olmaktadır. Herkesten önce haberdar olunan ve henüz kamuya açıklanmamış bilginin menkul kıy-

---

36 Sermaye piyasası araçları hakkında aşağıda suçun konusundan bahsedilen kısımda açıklamalarda bulunulacaktır.

37 İhraççılar hakkında aşağıda failden bahsedilen kısımda açıklamalarda bulunulacaktır.

38 KÜÇÜKSÖZEN, **Sermaye Piyasasında,** s. 178.

39 EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 35; ERMAN, **Şirketler Ceza,** s. 149.

met alışverişinde kullanılması da yatırımcılar arasında esasında olması gereken eşitliği ihlal etmektedir.

Bu itibarla suçla korunmak istenen bir diğer hukuki yarar; sermaye piyasasından beklenen ve olması umulan şeffaflıktan tüm yatırımcıların eşit biçimde yararlanmalarını sağlamaktır[40]. Suça ilişkin madde gerekçesinde yer alan; "sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf bir şekilde çalışması ile yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması açısından içeriden öğrenenlerin ticareti kritik önemi haizdir. Sermaye piyasası araçlarının fiyatının ve değerinin oluşmasında özellikle; söz konusu sermaye piyasası aracı ve ilgili ihraççıyla ilişkin olarak ortaya çıkan bilgiler büyük önem taşımaktadır. Bu bilgilerin şeffaf ve adil bir şekilde tüm yatırımcılara sunulması ilkesi göz önüne, alınmıştır."[41] yönündeki değerlendirmeler de yukarıdaki görüşümüzü desteklemektedir.

Yine madde metninden anlaşılacağı üzere bu suç tipinde; gerçekte var olan, ancak kamuya açıklanmadığı için henüz herkesçe bilinmeyen failin, durumu, mevkii, işi veya herhangi bir şekilde elde ettiği (öğrendiği) doğru/gerçek imtiyazlı bilgiler, sadece fail veya diğer kimseler yararına, borsaya yatırım yapmış diğer yatırımcıların zararına olarak kullanılmaktadır. Bu şekilde öğrenilen ve kullanılan bilgi ile milli ekonomi yani Devlet ve borsada yatırım yapmakta olan küçük-büyük tüm yatırımcılar yerine, sadece fail konumundaki belirli kişiler haksız kazanç sağlamaktadırlar[42]. Amaç hem bunun önüne geçmek hem de caydırıcılığı sağlamaktır. Madde gerekçesinde de; "*yapılan düzenleme ile; içsel bilgilere kamuya duyurulmadan önce sahip bulunan kişilerin, bilgiye diğer yatırımcılardan daha önce sahip olma ve bulundukları konumun verdiği avantaj ile haksız menfaat elde etmeleri önlenmesi ve caydırıcılığın temini amaçlanarak, "bilgi suiistimali fiili" cezai müeyyideye bağlanmıştır*"[43] denilerek bu hususa açık bir vurgu yapıldığı görülmektedir.

Tüm bunlara ek olarak; bilgi esaslı piyasalarda, söz konusu imtiyazlı bilgiye sahip olmaksızın sermaye piyasası aracı alışverişi yapan kişilerle, suça konu imtiyazlı bilgiyi bir şekilde öğrenen/elde eden kişiler arasında, asimet-

---

40 EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 36.

41 http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?submenuheader=-1 (Erişim Tarihi: 10.12.2018).

42 ERMAN, **Şirketler Ceza,** s. 149-150.

43 http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?submenuheader=-1 (Erişim Tarihi: 10.12.2018).

rik bilgi[44] nedeniyle, farklılıklar oluşmaktadır. Bu farklılık da etkin piyasanın oluşamaması ve fiyatların gösterge olma fonksiyonunun bozulmasına neden olmaktadır. İşte bu suç ile önüne geçilmek istenen bir diğer önemli husus da; bilgi asimetriğinin yaratacağı olumsuz etkileri en aza indirerek[45], yatırımcıları korumaktır.

ABD mevzuatında da; suç ve *SEC*'in neyin imtiyazlı bilgi olup olmadığı, hangi bilgi açısından istisna tanınıp tanınmayacağına yönelik belirlemeleri ile yukarıda ortaya konulan benzer nedenlerle "hem yatırımcıların hem de borsada işlem gören halka açık şirketlerin korunmak istendiği"[46] ifade edilmektedir. Burada; "yöneticilerinin elde ettikleri imtiyazlı bilgileri kullanarak haksız kazanç sağladıkları öğrenilen bir halka açık şirketin menkul kıymetlerine yönelik ilgi gittikçe azalacağından, o şirketin belki de iflasına neden olunabileceği, bu itibarla suçla aynı zamanda şirketlerin de korunduğu ifade edilmektedir.

Son olarak; esasında suçla nihai hedef olarak günümüzde ülke ekonomisi için olmazsa olmazlardan olan sermaye piyasası korunmak istenmektedir. Zira yatırımcılar, başkalarının hukuka aykırı bir biçimde elde ettikleri imtiyazlı bilgileri kullanılarak haksız kazanç, bu bilgi sayesinde kendilerinden çok fazla kazanç sağladıklarını öğrense, görse belki de bir daha sermaye piyasasında yatırım yapmayacak, böylelikle nihai zarar gören piyasa ve ülke ekonomisi olacaktır.

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; bilgi suiistimali suçu, pek çok ekonomik suçta olduğu üzere "birden çok hukuki menfaati koruyan/çok konulu" bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır[47].

---

44 Asimetrik bilgi; "*alıcı ve satıcıların piyasadaki malların niteliği konusunda farklı bilgiye sahip olması*" şeklinde tanımlanmaktadır. Böyle bir durumda piyasa mekanizmasının etkinliğinin sağlanamayacağı, sermaye piyasasında; "ters seçim (bilgi eksikliğinden dolayı kötü mal satan satıcının ödüllendirilmesi)" ve "ahlaki tehlike (herhangi bir sözleşme dolayısıyla yükümlü tarafın yapması gerekeni yapmaması veya yapmaması gerekeni yapmasının yol açabileceği risk" denilen durumlara yol açacağı ifade edilmektedir. Bkz:https://ekonomihukuk.com/mikro-iktisat/asimetrik-bilgi-nedir/ (Erişim Tarihi: 01.08.2019).

45 TEZCANLI, **İçeriden Öğrenenlerin**, s. 33. Asimetrik bilgi dağılımı yaklaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: KÜÇÜKSÖZEN, **Sermaye Piyasasında,** s. 12-14.

46 https://www.encyclopedia.com/social-sciences-and-law/economics-business-and-labor/money-banking-and-investment/insider-trading (Erişim Tarihi: 10.24.2018).

47 EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 37; ÜNVER Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 1011–1013.

III) SUÇUN UNSURLARI

1. Maddi Unsur

A- Fail

İncelediğimiz suçun faili olarak YSerPK'nun 106'ncı maddesinde şu kişiler sayılmaktadır:

a- İhraççıların veya Bunların Bağlı veya Hâkim Ortaklıklarının Yöneticileri

aa-İhraççıların Yöneticileri

YSerPK'nun Sermaye Piyasası Kanunu'nun 3-(1)-ğ maddesinde ihraç'ın; "sermaye piyasası araçlarının ihraççılar tarafından çıkarılıp, halka arz edilerek veya halka arz edilmeksizin satışı" şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Borsa Terimleri Sözlüğüne göre kanun kapsamındaki ihraç işlemini gerçekleştirecek olan ihraççılar da; "sermaye piyasası araçlarını ihraç eden anonim ortaklıklar, mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınanlar dahil kamu iktisadi teşebbüsleri, mahalli idareler ile bunlarla ilgili özel mevzuatları uyarınca faaliyet gösteren kuruluş idare ve işletmeler"[48]; Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliğ hükümlerine göre de; "sermaye piyasası araçlarını ihraç eden, ihraç etmek üzere Kurula başvuruda bulunan veya sermaye piyasası araçları halka arz edilen tüzel kişilerdir".

Yukarıda belirtilen türden faaliyetleri yerine getiren şirketlerin yöneticileri, suçun faili olabilecektir. Yöneticiden kasıt; aynı zamanda işletmenin sahibi olunmadığı hallerde kâr ve riski başkalarına ait olmak üzere, mal ve hizmet üretmek için üretim elemanlarını bir araya getiren ve işletmeyi çalıştırma sorumluluğu olan kişi veya kişilerdir.

Bu kişileri şirket, idare ve işletmenin büyüklüğüne göre; Yönetim Kurulu Başkanı, Yönetim Kurulu Üyesi, Genel Müdür, Daire Başkanı, Şube Müdürü, Bölüm Müdürü, Birim Şefi vs vs şeklinde sıralamak mümkündür.

bb-İhraççıların Bağlı Ortaklıklarının veya Hâkim Ortaklıklarının Yöneticileri

Ülkemiz uygulamasında "holding ya da grup şirketleri" kavramları ile

---

48 http://www.terimleri.com/borsa/Ihracci.html (Erişim Tarihi: 25.12.2018).

ifade edilen ve birden fazla şirketin ilişkilerini ihtiva eden iktisadi olgu, "şirketler topluluğu" kavramı adı altında Türk hukuk sistemine 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile girmiştir. Öğretide; "şirketler topluluğu müessesesinin düzenlenme amacının yeni TTK'nın tüm maddelerinde hissedilen şeffaflık ve hesap verilebilirlik ilkelerinin bir gereği"[49] olduğu belirtilmektedir. Bu da akla hemen Sermaye piyasası mevzuatındaki amacı getirmektedir.

Ticaret hukuku özellikle "ortaklıklar hukuku" kapsamında; "bir işletmenin %50 ve fazlası oranında sermaye sahibi olduğu ya da yönetim çoğunluğunu seçme hakkına sahip olduğu ortaklıklara"[50] bağlı ortaklık denilmektedir. Bu ortaklık dolaysız veya dolaylı yollarla gerçekleşmiş olabilmektedir. Genel tanım bu olmakla birlikte sermaye piyasası mevzuatında bunun ayrıca tanımlandığı görülmektedir: Sermaye Piyasası Kurulu'nun yayınladığı XI/1 Seri No' lu "Sermaye Piyasasında Mali Tablo ve Raporlara İlişkin İlke ve Kurallar Hakkında Tebliğ" hükümlerine göre Bağlı Ortaklıklar; "işletmenin doğrudan veya dolaylı olarak en az %50 oranında oy hakkına veya en az bu oranda yönetim çoğunluğunu seçme hakkına sahip olduğu iştiraklerdir."

Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 195/1-b uyarınca Hâkim Ortaklıklar da; "bir toplulukta TTK'nın kabul ettiği kontrol ilkesi anlamında diğer ticaret ortaklıklarını ve/veya onlarla birlikte teşebbüsleri hakimiyeti altında tutan ortaklıklardır."

Bu düzenlemelerden anlaşılacağı gibi; ihraççıların şirket topluluğu olarak faaliyet göstermesi yani hâkim ve/veya bağlı ortaklıklarının bulunması hukuken mümkün olup, sadece ihraççıların değil, bu türden ortaklıkların yöneticilerinin de henüz kamuya açıklanmamış imtiyazlı bilgilere kolayca sahip olabileceği düşüncesinden hareketle, onların hakim ve/veya bağlı ortaklıklarının yöneticilerinin de fail olabileceklerini kabul etmiş bulunmaktadır.

---

49 GEZMİŞ Şeyma/BAŞARAN Mustafa, **6335 sayılı Kanunla değişik 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirketler Rehberi**, Bilge Yayınevi, Ankara 2012, s. 204'den zikreden: KARATAŞ DURMUŞ Neslihan, "Ticaret Kanunu Kapsamındaki Şirket Toplulukları ve Bunların Vergi Hukuku Karşısındaki Durumları", **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, Sayı: 2015/2, Ankara, s. 72, dn: 1.

50 http://piyasarehberi.org/sozluk/bagli-ortaklik (Erişim Tarihi: 25.12.2018). Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: KARATAŞ DURMUŞ, "Ticaret Kanunu Kapsamındaki", s. 72 vd.

b- İhraççıların veya Bunların Bağlı veya Hâkim Ortaklıklarında Pay Sahibi Olmaları Nedeniyle Bu Bilgilere Sahip Olan Kişiler

Kanun koyucunun incelediğimiz suçla etkin mücadeleyi temin açısından cezalandırma alanını alabildiğince genişlettiği, yukarıda açıklanan yöneticilerin dışında bir önceki kısımda bahsi geçen ortaklıklardan (ihraççılar veya bunların bağlı ya da hâkim ortaklıklarında) daha önce menkul kıymet alışverişi yapanların (örneğin; hisse senedi alanların) da mevcut pay sahipliği nedeniyle suça konu imtiyazlı bilgilere önceden sahip olabileceklerini değerlendirdiği ve bu kimselerin de fail olabileceklerini belirlediği anlaşılmaktadır. Gerçekten de, kimi pay sahipleri, ortaklıkta yönetici olmasalar da, pay sahibi olmanın gereği bir hak olarak ortaklığın imtiyazlı bilgilerinden (örneğin; yabancı bir şirket ile ortaklık kurulma çalışmalarına başlandığından, ortaklık sözleşmesi imzalandığından) kamuya açıklanmadan önce haberdar olup, bunu fırsata çevirmek istemektedirler. ABD uygulamasından buna *Cady Roberts&Co v. SEC* Davası'nda Mahkemenin verdiği; "kâr payı ödemelerinin azaltılması yönündeki kamuya açıklanmamış bilginin şirket ortağına iletilmesinin suç teşkil edeceği"[51] örneği verilebilir.

İşte bu nedenle ihraççılar veya bunların bağlı ya da hâkim ortaklıkların pay sahipleri de karşımıza suçun faili olarak çıkmaktadır.

c- İş, Meslek ve Görevlerinin İcrası Nedeniyle Bu Bilgilere Sahip Olan Kişiler

Önceki kısımlarda bahsedilen ortaklıklarla (ihraççılar veya bunların bağlı ya da hâkim ortaklıklar) yönetici veya pay sahibi olmadıklarından esasında herhangi bir ilgileri olmamakla birlikte, iş, meslek veya görevlerinin icrası sırasında bilgi sahibi olan kimseler de suçun faili olabilir. Örneğin; iki şirket arasında yapılan birleşme görüşmelerine yönelik toplantılara katılan avukat, mali müşavir, yönetici asistanı, yazman, denetçi gibi kimseler ve herhangi bir şirket personeli de suça konu imtiyazlı bilgiden önceden haberdar olabilir. Bu şekilde edinilen bilginin hukuka aykırı biçimde kullanılmasının suç teşkil edeceğine yönelik ABD Yüksek Mahkemesinin *Dirks v. SEC* Davası'nda verdiği "Amerikan Yasalarına göre *Dirk*'in işi nedeniyle öğrendiği bilgileri açıklamama, bu bilgilerle ilgili olarak hisse senedi işlemi

---

51 Cady Roberts&Co, 40, SEC 907, 1961. (Zikreden: TEZCANLI, **Insider Trading**, s. 26.)

yapmama gibi bir sorumluluğu olup, kamuya açıklanmamış gerçek bilginin açıklanana kadar geçen sürede, dolaylı ya da dolaysız olarak yarar sağlamak amacıyla başkalarına iletilemeyeceği"[52] şeklindeki kararı dikkat çekicidir.

Bilginin bu kapsamdaki failce elde edilme şeklinin kanaatimizce herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Kullanılan bilgi tesadüfen öğrenilmiş olsa bile suçun gerçekleşmemesi açısından herhangi bir önemimin bulunmadığına yönelik ABD Yüksek Mahkemesi'nin *USA v. Chestman* Davası'ndaki; "kişisel kazanç sağlamaya yönelik her türlü bilgi kullanımının ihlal kapsamında olduğu, bilgi başkasından alınmamış, çalışan tarafından bulunmuş olsa bile durumun değişmeyeceğine"[53] şeklindeki kararı da, bu görüşümüzü destekler mahiyettedir.

Öğretide iş, meslek, görev veya pozisyonları icabı, kamuya açıklanmamış, bilinmesi durumunda menfaat sağlanması bakımından tüyo olarak kabul edilebilecek şirkete ait imtiyazlı bilgilere ulaşma imkânına sahip kişiler "içerdekiler", içerdekiler aracılığıyla, söz konusu bilgi sayesinde sermaye piyasasında işlem yaparak haksız bir menfaat temin edebilecek durumunda olanlar ise, "dışardaki içerdekiler" veya sadece "dışardakiler" olarak isimlendirilmektedir[54].

d- Bu Bilgileri Suç İşlemek Suretiyle Elde Eden Kişiler

"Dışardaki içerdekiler" veya "dışardakiler" olarak isimlendirilen bu faillerin özelliği de; yukarıda açıklananlar dışında biri olup, suça konu imtiyazlı bilgiyi yukarıdaki şekilde değil, suç işlemek suretiyle elde etmiş kimse olmasıdır. Örneğin; şirkete yerleştirdiği gizli dinlemeye ilişkin kayıt cihazı sayesinde iki şirket arasında birleşmeye yönelik toplantıların yapıldığından, birleşmeye yönelik sözleşme imzalandığından haberdar olunması, şirketle ilgili imtiyazlı bilgilerin yer aldığı tutanağın çalınması, şirket yöneticisinin tehdit edilerek ya da cebir-şiddet kullanılarak bilgilerin elde edilmesi gibi.

---

52 Dirks v. SEC, 463, U.S. 646 (1983). (Zikreden: CONRY/FERRERA/FOX, **The Legal Environment**, s. 555; JENNİNGS/MARCH/COFFEE, **Securities Regulations**, s. 778 vd.

53 United States Court of Appeals, Second Circuit, 1991, 947, r, 2d, 551. (Zikreden: TEZCANLI, **İçeriden Öğrenenlerin**, s. 65-66.)

54 TURANBOY, Insider Muameleleri, s. 75-101, TEZCANLI, **Insider Trading**, s. 11.

e- Sahip Oldukları Bilginin Bu Fıkrada Belirtilen Nitelikte Bulunduğunu Bilen veya İspat Edilmesi Hâlinde Bilmesi Gereken Kişiler

Öğretide; "ticari ve ekonomik suçlarda failin kasten hareket etmediğini ve mücbir nedenlerden dolayı belirli şekilde hareket etmek zorunda kaldığını ispatlamadıkça kasıtlı olduğunu benimsemek yönünde kast karinesi kabul etmenin yaygın olduğu"[55] ifade edilmektedir. Gerçekten de ESerPK'daki düzenlemeye bu açıdan baktığımızda suçun faili olarak sayılanlar arasında; "bunların dışında meslekleri veya görevlerini ifa etmeleri sırasında bilgi sahibi olabilecek durumda olanlarla, bunlarla temasları nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumdaki kişilerin" yer aldığı, adeta bu görüşü destekler mahiyette bir kast karinesinin oluşturulmuş olduğu görülmekteydi. Zira düzenlemede; bilgi sahibi olan kimselerden değil, "olabilecek kimselerden" bahsedilmekteydi.

YSerPK'daki yeni düzenleme ile bu yanlış uygulamadan vazgeçildiği anlaşılmaktadır. Çünkü md 106'da artık bilmesi gereken, bilebilecek durumda olan kimseden değil, "bilen veya ispat edilmesi halinde bilmesi gereken kimseden" bahsedilmektedir. Peki acaba; "sahip oldukları bilginin bu fıkrada belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler" kimlerdir? Kanaatimizce maddedeki bu düzenleme, suçta ve cezada kanunilik prensibi kapsamında olması gereken "belirlilik ilkesine" aykırıdır. Zira muğlak bir ifade tarzıdır.

Tahminimize göre burada kastedilenler; bir önceki kısımlarda sayılanların dışında olup da, bu kişilerle işleri ya da ailevi temasları sebebiyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek kişilerdir. Temastan maksadımız sadece fiili bir yakınlığın bulunması değil, bu fiili yakınlıktan dolayı bazı bilgilere ulaşılmasının daha kolay, elverişli olmasıdır[56]. Örneğin; şirket yöneticisinin arkadaşı ile yediği bir yemek esnasında tesadüfen bu bilgiye sahip olan, şirket yönetici olan eşinden bu bilgiyi sohbetleri esnasında öğrenen kimseler gibi. Görüldüğü üzere bu son düzenleme ile içerdeki kişilerle temas halinde bulunabilecek, doğrudan veya dolaylı bilgi sahibi olabilecek

---

55 ERMAN, ERMAN Sahir, **Ticari Ceza Hukuku: Genel Kısım**, C: I, İstanbul, 1992. ERMAN Sahir, **Şirketler Ceza Hukuku: Ticari Ceza Hukuku,** C: VII, İstanbul, 1993, s. 114.

56 ERMAN, **Şirketler Ceza**, s. 153.

herkesi suç faili olarak öngörmekte, diğer bir deyişle anılan suçun fail bakımından "özgü suç" olduğu izlenimini ortadan kaldırmaktadır.

B- Mağdur

Kanaatimizce mağdurun, ekonomik suçlarda kendine has bir özelliği bulunmaktadır. O özellik de; işlenen suçlar ile toplum düzeni ihlal edildiğinden, genel menfaatin ihlali söz konusu olduğundan, işlenen ekonomik suçların genel mağdurunun Devlet olarak kabul edilmesidir.

Yukarıda; incelediğimiz suçun da "ekonomik suçlardan" olduğunu, bu itibarla korunmak istenen hukuki yararın birden fazla olduğunu ifade etmiştik. Bu düşünceden hareketle kanaatimizce ekonomik düzen, piyasalar, özellikle de sermaye piyasası ile yakından ilgili olan bu suçun mağdurunun; özelde suça konu işlemler neticesinde zarar gören bireysel yatırımcılar, halka açık şirketler, genelde de Devlet kavramı içerisinde yer alan "toplum, toplumun tüm bireyleri" olduğu söylenebilir[57].

Suçun mağduru yönünden Kanun'da özel bir belirleme yoktur. Mağdur, gayrimuayyen olup, madde kapsamındaki zarar ile karşı karşıya kalan toplumun (milli ekonominin, sermaye piyasasının) bizatihi kendisi ve onu oluşturan tüm bireylerdir.

Bunun yanı sıra; suçtan doğrudan zarar gören/haksızlığa uğramış belirli bir şahıs veya şahıslar da örneğin; sermaye piyasasında yatırım yapan bireysel ve kurumsal yatırımcıların da mağdur sıfatını kabul etmek gerekmektedir.

C- Suçun Konusu

Bilgi suiistimali suçunun konusu, maddedeki belirlemeye göre; "sermaye piyasası araçları"dır[58]. Finansal piyasalara fon akışını sağlayan sermaye piyasası araçlarını kabaca; "sermaye piyasasına özgü hukuk normlarının belirlemiş olduğu araçlar"[59] şeklinde tanımlayabiliriz. Bu kısa tanımdan hareketle; "menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil

---

57 ERMAN, **Genel Kısım**, s. 57.

58 Suçun konusunun "İçsel Bilgi" olduğu yönündeki görüş ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. AKSOY, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 178-195.

59 EVİK, **Manipülasyon Suçları**, s. 142; TANÖR, **Halka Arz**, s. 81

olmak üzere SPK'ca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları" olarak ifade edebiliriz.

Menkul kıymetler; paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikaları ile borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikalarıdır. Buna karşılık, para piyasası araçlarından olan "para, çek, poliçe ve bono" birer sermaye piyasası aracı değildir.

"Paylar; ortaklığın sermayesini temsil eden ve sahibine ortaklık hakkı veren menkul kıymetler, Katılma İntifa Senedi; sahiplerine, ortaklık hakkına sahip olmaksızın kardan pay alma, tasfiye bakiyesinden yararlanma, halka açık olmayan ortaklık tarafından yeni çıkarılacak payları alma hakkı veren sermaye piyasası araçları, Tahviller, Bonolar, Kıymetli Maden Bonoları, Paraya Dönüştürülebilir Tahviller, Değiştirilebilir Tahviller birer Borçlanma Aracı niteliğindeki sermaye piyasası aracıdır. Ortaklık Varantları; sahibine, vade tarihine kadar ya da vade tarihinde payları borsada işlem gören veya görecek olan kayıtlı sermaye sistemine tabi ihraççı paylarına veyahut payları borsada işlem gören herhangi bir ortaklığın paylarını satın alma hakkı veren, Yatırım Kuruluşu Varantları ve Sertifikaları; elinde bulunduran kişiye, dayanak varlığı ya da göstergeyi önceden belirlenen bir fiyattan belirli bir tarihte veya belirli bir tarihe kadar alma veya satma hakkı veren ve bu hakkın kaydi teslimat ya da nakdi uzlaşı ile kullanıldığı sermaye piyasası araçlarıdır. Gayrimenkul Sertifikası; ihraççıların inşa edilecek veya edilmekte olan gayrimenkul projelerinin finansmanında kullanılmak üzere ihraç ettikleri, gayrimenkul projesinin belirli bağımsız bölümlerini veya bağımsız bölümlerin belirli bir alan birimini temsil eden nominal değeri eşit menkul kıymetler, Varlığa Dayalı Menkul Kıymetler; varlık finansmanı fonu (VFF) veya ipotek finansmanı kuruluşunun (İFK) devralacağı varlıklar karşılık gösterilerek ihraç edilen menkul kıymetler, İpoteğe Dayalı Menkul Kıymetler; ipoteğe dayalı menkul kıymetler (İDMK), konut finansmanı fonunun (KFF) veya ipotek finansmanı kuruluşunun devralacağı varlıklar karşılık gösterilerek ihraç edilen menkul kıymetlerdir. Teminatlı Menkul Kıymetler; ihraççının genel yükümlülüğü niteliğinde olan ve teminat varlıklar karşılık gösterilerek ihraç edilen borçlanma aracı niteliğinde bir sermaye piyasası aracı, Kira Sertifikası; her türlü varlık ve hakkın finansmanını sağlamak amacıyla varlık kiralama şirketi (VKŞ) tarafından ihraç edilen ve sahiplerinin bu varlık veya haktan elde edilen gelirlerden payları oranında hak sahibi olmalarını sağla-

yan menkul kıymet ve Yabancı Sermaye Piyasası Araçları da; yabancı yatırım fonu payları hariç olmak üzere yabancı ortaklıklar veya yabancı devletler ve mahalli idareler tarafından ihraç edilen sermaye piyasası araçlarıdır."[60]

D- Hareket

a- Genel Olarak

YSerPK md 106/1'de hareketler; "ilgili sermaye piyasası araçları için **a)** Alım ya da satım emri vermek veya **b)** Verdiği alım veya satım emrini değiştirmek veya iptal etmek" şeklinde belirtilmiştir. ESerPK'da "bilgiyi kullanmak" şeklinde tek bir hareket söz konusuydu[61].

Türk Dil Kurumu Sözlüğünde bilgi; "insan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütününe verilen ad, malumat, gözlem yolu ile elde edilen malumat, insan zekâsının çalışması sonucu ortaya çıkan düşünce ürünü"[62], kullanmak da; "bir şeyden belli bir amaçla yararlanmak, birinden veya bir şeyden amacına ulaşmak için yararlanmak, onu amacına alet etmek, sömürmek, istismar etmek" şeklinde tanımlanmaktadır[63].

ESerPK'da yer alan "bilgiyi kullanmak" hareketi kanaatimizce; söz konusu bilginin kullanılması suretiyle maddi bir çıkar sağlamak, bir zararı bertaraf etmek anlamına gelmekteydi. Yoksa bilginin başkasına satılarak menfaat elde edilmesi durumunda, madde kapsamında bir kullanma söz konusu olmadığından, içeriden öğrenenlerin ticareti suçunun maddi unsurunun gerçekleştiğini söylemek mümkün değildi[64]. Yeni düzenlemenin daha açık/net anlaşılabilir olduğu, soyut kullanmak hareketi yerine, yerinde bir uygulama ile bunun nasıl olması gerektiğinin (alım ya da satım emri vermek veya verdiği alım veya satım emrini değiştirmek veya emri iptal etmek şeklinde olması gerektiğini) ortaya konulduğu görülmektedir.

---

60 Sermaye piyasası araçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: https://www.ziraatyatirim.com.tr/documents/sermaye%20araclari%20borsa%20ve%20piyasa%20bilgileri.pdf (Erişim Tarihi: 27.12.2018); EVİK, **Manipülasyon Suçları**, s. 142-158.

61 EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 42 vd.

62 http://tdk.org.tr/tdksozluk/SOZBUL.ASP?KELIME=kullanmak&YENIARAMA=+++Ara+++&GeriDon=0&EskiSoz= (Erişim Tarihi: 28.12.2018).

63 http://tdk.org.tr/tdksozluk/SOZBUL.ASP?KELIME=kullanmak&YENIARAMA=+++Ara+++&GeriDon=0&EskiSoz= (Erişim Tarihi: 28.12.2018).

64 EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 42.

Maddedeki düzenlemeden de anlaşılacağı gibi incelediğimiz suç, hareketin önemi bakımından; sadece maddede sayılan seçimlik hareketlerden biri ile işlenebildiğinden, "bağlı hareketli bir suç", hareketin şekli bakımından; yine kural olarak sadece maddede sayılan icrai hareketlerle işlenebildiğinden "icrai bir suç", hareketin sayısı bakımından da; "seçimlik hareketli bir suç" niteliğindedir. Maddede öngörülen seçimlik hareketlerden (alım emri vermek, satım emri vermek, emri iptal etmek ya da emri değiştirmek) birinin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu bakımından yeterli olup, bu hareketlerden birden fazlası gerçekleştirildiğinde de yine tek bir suç oluşacaktır. Örneğin, imtiyazlı bilgiyi elinde bulunduran fail önce alım emri verse, sonra emrini değiştirse, en sonunda da iptal etse bile tek bir "bilgi suiistimali suçundan" dolayı sorumluluğuna gidilecektir.

Ancak, bu seçimlik hareketlerin incelediğimiz suça sebebiyet verebilmesi için failin kullandığı ve bizim tarafımızdan "imtiyazlı bilgi" olarak isimlendirilen bilginin bazı özelliklerinin bulunması da gerekmektedir. Söz konusu özellikler de bilginin; "**a)** Doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında olması, **b)** İlgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikte olması **ve c)** Henüz kamuya duyurulmamış bilgi olması"dır. Bu demektir ki; kullanılan bilginin bu niteliklere haiz olmaması durumunda gerçekleştirilen eylem tipik olmayacak ve suç teşkil etmeyecektir.

ESerPK'da "imtiyazlı bilgi" hakkında sadece sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek bir nitelikten bahsedilmişken, YSerPK'da bunun yanı sıra fiyatları, yatırımcının kararlarını etkileyebilme özelliğinden de bahsedilmektedir. Bu bölümde hem bu seçimlik hareketlerden hem de bilginin bu özelliklerinden bahsedilecektir.

aa- Alım veya Satım Emri Vermek

Sermaye piyasasında sermaye piyasası alışverişi (alım ve satımı) yapabilmek için her şeyden önce bir aracı kurum seçmeli ve yatırım hesabı açtırmak, sonra da bu hesaba belirli bir miktar para yatırmak gerekmektedir. Borsada fiyatlar piyasa esaslarına göre arz ve talep dengesine göre oluşmaktadır. Belirlenen fiyat esasına göre borsada alım ve satım, arz ve talebin elektronik ortamda birbiriyle karşılaşması, eşleşmesi suretiyle gerçekleşmektedir. Bu eşleşme olmadıkça bu alışveriş de gerçekleşmemektedir. Örneğin; (A) ya-

tırımcısı (X) hissesi satın almak istese bile bunu satan bir başka yatırımcı yoksa alabilmesi mümkün değildir.

Alış yapmak isteyen yatırımcının önce sisteme belirli bir fiyattan talep emri girmesi, satış yapmak isteyenin de belirli bir fiyattan arz emri girmesi şarttır. Ancak, bu da yeterli olmayıp önce emirlerin birbiri ile karşılaşması, sonrasında da fiyatların uyuşması lazım ki, istenen eşleşme (alım ve satım işlemi) gerçekleşebilsin. Karşılaşan bu emirler anında gerçekleşir ve emirlerin gerçekleşmesinden 2 gün sonra ise almak isteyen parayı, satmak isteyen de hisse senedini transfer eder. Borsada alım ve satım işlemleri internet üzerinden elektronik ortamda gerçekleşmekte, işlemlere yatırım hesabı açtırılan aracı kurum nezdinde gerçekleşmektedir. Normal bir alım-satımda olduğu şekilde alıcı ve satıcının fiziken bir araya gelerek işlem gerçekleştirmesi gibi bir durum söz konusu değildir.

İncelediğimiz suçun ilk seçimlik hareketi bu anlamda elektronik ortamda sisteme alım ya da satım emri vermektir. Suç olan alım veya satım emri vermek; şirket içerisinden öğrenilen/sahip olunan imtiyazlı bilginin (sermaye piyasası aracına veya onu piyasaya ihraç edecek ihraççıya yönelik olan ve henüz kamuya açıklanmamış bilginin) kullanılarak sermaye piyasası aracı alışverişi gerçekleştirilmesidir. Örneğin; halka açık (X) şirketinin dünyaca tanınan başka bir şirket ile ortaklık sözleşmesi imzalayacağını bilen birinin, sözleşmenin imzası sonrasında hisse senedi fiyatının artacağı düşüncesiyle haksız bir menfaat temin etmek için hissesi satın almak için emir vermesi gibi. Ya da bahsi geçen (X) şirketinin konkordato talep etmek üzere olduğunu ve bu durumda elindeki şirket hisselerinin değerinin düşeceğini anlayan birinin bu hisseleri satmak için emir vermesi gibi.

Tabi bunun için öncelikle failin bir şekilde o imtiyazlı bilgiye vakıf olması da gerekmektedir. Bu vakıf olma, içeriden öğrenme/edinme yukarıda fail kısmında da açıklandığı üzere çeşitli şekillerde olabilir: Örneğin; imtiyazlı bilgiye konu şirkette yönetici olarak edinmek, pay sahibi olarak haberdar olmak, şirket personeli olarak edinmek, anılan suçu işlemek için suç işleyerek (çalarak veya gizli dinleme yaparak) edinmek vs şeklinde olabilir. Ancak, suç işlemek suretiyle olsun, hile ile veya gizlice edinilmiş olsun elde edilen bu imtiyazlı bilginin mutlaka borsada alım veya satım emri vermek, emri değiştirmek ya da iptal etmek için kullanılması da şarttır. Borsada bu şekilde kullanmak yerine başka şekilde, başka yerde kullanılması durumun-

da (şirketin buluşunun çalınması ve başkasına satılması, verilmesi gibi) diğer şartları da bulunmak koşuluyla TCK md 239'da düzenlenen "ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu" meydana gelebilecektir[65].

bb- Verdiği Alım veya Satım Emrini Değiştirmek veya İptal Etmek

Diğer bir seçimlik hareket de; yukarıdaki çerçevede verilen bir alım veya satım emrini değiştirmek ya da iptal etmektedir. Değiştirmek sözlükte; "başka bir biçime sokmak, değişikliğe uğratmak"[66] şeklinde tanımlanmaktadır. Burada kastedilen alım veya satım emri fiyatında değişikliğe gitmektir. Örneğin; fail esasında önceden sisteme belirli bir fiyattan alım emri vermekte, ancak edindiği imtiyazlı bilgi doğrultusunda fiyatın düşeceğini ya da artacağını düşünerek emrini değiştirmektedir.

İptal etmek de; "kullanıştan kaldırmak, hükümsüz bırakmak" demek olup, burada kastedilen de verilen alım veya satım emrini tümden ortadan kaldırmak, hükümsüz kılmaktır. Örneğin; fail esasında önceden sisteme belirli bir fiyattan satım emri vermekte, ancak edindiği imtiyazlı bilgi doğrultusunda elindeki hisselerin fiyatının daha da artacağını düşünerek belirli bir fiyattan verdiği satım emrini adeta o emir hiç verilmemiş gibi iptal etmekte, tümden geri çekmektedir.

b- Kullanılan Bilginin Özellikleri

İçeriden elde edilerek kullanılan bilginin söz konusu suçu gerçekleştirebilmesi için, öncelikle "imtiyazlı bir bilgi" olması gerekir. Kamuya açıklanmamış, doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili sermaye piyasası aracı veya ihraççı hakkındaki ve ilgili sermaye piyasası aracının fiyatını, değerini veya yatırımcı kararlarını etkileyebilecek bilgi, bu nitelikte kabul edilmektedir.

aa- Kullanılan Bilginin Doğrudan veya Dolaylı Olarak Sermaye Piyasası Araçları veya İhraççılar Hakkında Olması

İncelediğimiz suç ile imtiyazlı bilginin sermaye piyasası alışverişinde kullanılarak menfaat temin edilmesinin önüne geçilmek istendiğinden, suça

---

65 EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 30-31; ERMAN, **Şirketler Ceza,** s. 153.

66 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c25eede856c61.32673350 (Erişim Tarihi: 28.12.2018).

konu bilginin her şeyden önce sermaye piyasası araçları veya ihraççılar ile ilgili olması gerekmektedir. Kanundaki düzenleme gereği bu ilgi sermaye piyasası aracı ile doğrudan ya da dolaylı olabilmektedir. Doğrudan bilgiye örnek; (X) şirketinin ekonomik açıdan güçlü bir şirketle birleşme sözleşmesi imzalaması ya da daha önceden birleşen şirketlerin ayrılma kararı alması, dolaylıya bilgiye örnek de; (X) şirketinin tanınmış/saygın CEO'sunun kanser olup tedavi gördüğü verilebilir.

Kanun koyucu muhtemelen cezalandırma alanını genişletmek/herhangi bir boşluk ortaya çıkmaması için imtiyazlı bilgi açısından bu şekilde dolaylı veya doğrudan ayrımı yapmıştır. Ancak, kanaatimizce bu ayrım çok da gerekli değildir. Zira sermaye piyasaları zaten tamamen bilgi endeksli piyasalar olup, kanaatimizce sermaye piyasası aracı ile ilgili her türlü bilgi, yatırımcıların kararlarını, sermaye piyasası aracının fiyatını ya da değerini etkileyebilecek nitelikte olmak durumundadır.

bb-Kullanılan Bilginin Sermaye Piyasası Araçlarının Fiyatını, Değerini veya Yatırımcı Kararlarını Etkileyebilecek Nitelikte Olması

Yukarıdaki özelliğin yanı sıra suça konu bilginin, sermaye piyasasında yatırım yapan diğer yatırımcıların menkul değerlerinin azalması ya da artması yönünde bir sonucun oluşmasını sağlayacak nitelikte bir bilgi olması da gerekmektedir[67]. Örneğin; yukarıdaki örnekleri hatırlayacak olursak, "halka açık (X) şirketinin CEO'sunun kanser olması veya konkordato isteyecek olması" konularını ihtiva eden bilgi bu niteliktedir. Zira elinde (X) şirketinin hisselerini bulunduran yatırımcıların sahip olduğu hisselerin değeri bu bilgiler kamuoyuna açıklandığında muhtemelen düşecek, satım talebinde ya hisselere alıcı çıkmayacak ya da daha düşük fiyattan alıcı çıkacak ve yatırımcı açısından maddi kayıp söz konusu olacaktır. Buna karşılık bu bilgiyi suç kapsamında kamuya açıklanmadan önce edinen/öğrenenler ise elindeki hisseleri daha yüksek fiyata veya kolayca satabilecek ve olası maddi kayıptan/zarardan da kurtulmuş olacaklardır.

Kanun koyucunun bu özelliği belirlemek açısından maddede; bilginin sermaye piyasası aracının fiyatını, değerini veya yatırımcının kararlarını etkileyebilecek nitelikte olmasına vurgu yaptığı görülmektedir. Hemen belirt-

---

67 EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 46; SUMER, **Türk Sermaye**, s. 95.

mek gerekir ki; hem fiyata, hem de değere, ardından da yatırımcı kararlarına etki edecek olmasına ilişkin bu vurgu gereksiz bir tekrardır. Zira değer ve fiyat aynı şeyler olduğu gibi, yukarıdaki örneklerdeki bir bilginin, hissenin değerini, aynı zamanda fiyatını, hatta yatırımcı kararlarını da etkileyecek olması kaçınılmazdır. Konkordato isteyecek bir şirketin sermaye piyasası araçlarının değeri ve fiyatının olumsuz etkileneceği aşikâr olduğu gibi, bu şirkete yatırım yapmayı düşünenlerin kararlarını da etkileyecektir.

Yalnız bir bilginin, bu özelliklere sahip olduğunu söyleyebilmek için her şeyden önce doğru, güvenilir ve kesin bir bilgi olması da gerekmektedir[68]. Bu suçla korunmak istenen; hukuka aykırı nitelikteki içeriden öğrenmelerin önüne geçmek olduğundan, dedikoduya dayalı olan, somut birtakım kaynaklarca desteklenmeyen bilgilerin kullanılması ile bu suçun ihlal edilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

cc- Kullanılan Bilginin Henüz Kamuya Açıklanmamış Olması

Sermaye piyasaları bilgiye dayalı olduklarından, yatırımcıların işlenmesi olası sermaye piyasası suçlarından, hukuka aykırı ve kötü niyetli yatırımcı hareketlerinden korunması, yukarıdaki özellikleri haiz doğru ve güncel bilgilerin etkin ve çabucak piyasa ve tüm yatırımcılar ile paylaşılması ile sağlanabilecek bir husustur. Bu amaca yönelik olarak SerPK'da, tıpkı ESerPK'da olduğu üzere sermaye piyasasını gözetmek, kollamakla yükümlü SPK'ya bazı yükümlülükler, görevler öngörülmüştür. Bunlardan birisi de; bu türden bilgilerin idari otorite konumundaki SPK ile paylaşılarak kamuya duyurulmasını sağlamaktır. Bu nedenle SerPK'da ilgili şirketler açısından bu niteliği haiz bilgilerin usulüne uygun şekilde derhal açıklanması/kamuoyu ile paylaşılması yükümlülüğü, SPK açısından da bu bilgilerin doğruluğu ve istenildiği şekilde, zamanında kamuoyu ile paylaşılıp paylaşılmadığını denetlemek yükümlüğü bulunmaktadır.

İşte bu kapsamdaki açıklanmamış bilgiden; sadece belirli kimselerin haberdar olduğu, henüz kamuya açıklanmadığı için herkes tarafından bilinmeyen ya da bilinme durumunda olmayan, gizli olan ve açıklanması durumunda da sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının/değerinin ve de yatırımcı kararlarının etkilenme tehlikesini yaratabilecek mahiyette bir bilgi anlaşılmalı-

---

68 EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 46; TURANBOY, **Insider Muameleleri**, s. 55 vd.

dır[69]. Söz konusu bilgi, halka açık şirketin mali durumuna, şirketin menkul kıymetlerinin piyasadaki durumuna, genel olarak sermaye piyasasına, hatta idarenin bir tasarrufuna, politik ve iktisadi bilgilere yönelik olabilir[70]. *Cady Roberts&Co v. SEC* Davası'nda ABD Yüksek Mahkemesinin buna örnek olarak; "kâr payı ödemelerinin azaltılması yönündeki kamuya açıklanmamış bilginin"[71] bu tarz bir bilgi olduğunu zikrettiği görülmektedir.

E- Netice

Kanundaki düzenlemeye göre; bilgi suiistimali suçunun gerçekleşebilmesi için seçimlik hareketlerden birinin yapılmış olması yeterli olmayıp, failin kendisine veya bir başkasına menfaat temin etmiş olması da gerekmektedir. Dolayısıyla somut olayda fail, imtiyazlı bilgiye dayalı olarak gerçekleştirdiği menkul kıymet alışverişi ile maddi bir yarar sağlamalı, yani hareket ile maddi yarar şeklindeki netice arasında nedensellik bağı da olmalıdır[72]. Aksi takdirde suçun tamamlandığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ancak, suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olduğundan, dolandırıcılık veya hırsızlık suçunda olduğu üzere mağdur açısından bir zararın gerçekleşmiş olması da şart değildir.

Yine düzenleme gereği bu maddi yararın bizzat fail tarafından elde edilmiş olması da gerekmemektedir. Zira kanunda; kendisine veya bir başkasına menfaat temin edilmesinden bahsedilmiştir. Örneğin; fail edindiği imtiyazlı bilgileri kullanarak bizzat kendi yatırım hesabı üzerinden menkul kıymet alışverişinde bulunabileceği gibi, çoğu somut olayda olduğu şekilde bir başkasının (eşinin, çocuğunun, hatta bir çalışanının) hesabı üzerinden de gerçekleştirebilir[73].

Menfaat temini açısından kanunda açıklık olmamakla birlikte, bunun maddi bir menfaat, yarar olması gerektiği aşikardır. Zira suç bağlı hareketli olup, sadece maddede sayılan hareketlerin yapılması (menkul kıymet alışve-

---

69 SHARPE/ALEXANDER/BAILEY, **Investments,** s. 522.

70 EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 44-45; TURANBOY, **Insider Muameleleri**, s. 51-54, TANÖR, **Taraflar**, s. 187.

71 Cady Roberts&Co, 40, SEC 907, 1961. (Zikreden: TEZCANLI, **Insider Trading**, s. 26.)

72 Yargıtay 7. CD'nin 07.06.1995 tarih ve 95/4308 E., 1995/5261 K. sayılı kararı. (Zikreden: **ÜNAL Oğuz K., Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Aracı Kurumlar**, Menkul Ankara, Yaklaşım, 1997, s. 305, dn. 482)

73 EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 49.

rişinde bulunulması) neticesinde elde edilen menfaate bağlı olduğundan, bu ancak belirli maddi yararın elde edilmesi ile oluşabileceği anlamına gelmektedir. Öğrendiği imtiyazlı bilgiyi kullanarak verdiği alım veya satım emirlerini iptal ederek, değiştirerek olası bir zarardan kurtulan kişi de menfaat sağlamış olur. Salt rakibi alt etmeye yönelik "manevi bir menfaat" ile bu suçun ihlali mümkün değildir. SerPK'nunda, ESerPK'dakinin aksine imtiyazlı bilginin kullanılması değil, belirli hareketlerin (alım, satım emri vermek, değiştirmek, iptal etmek) yapılması gerektiğinden elde edilen imtiyazlı bilgi sayesinde şirkette gerçekleşen bir yükselme, daha iyi bir konuma gelme, müşteri portföyünü arttırma gibi durumların oluşması halleri ya da bilginin başkasına satılması sonucu bir menfaat elde edilmesi, kanaatimizce bu kapsamda değerlendirilmemelidir.

Suçun oluşması menfaatin sağlanmasına bağlı olduğundan, somut olayda failin elde ettiği menfaatin somut bir biçimde saptanması da şarttır. Bu düzenlemeden; suçun netice bakımından "zarar suçu"[74] olduğu sonucu çıkmaktadır. Tüm bunlara ek olarak, Kanun maddesinde suçun neticesi yukarıda açıkladığımız üzere ayrı olarak gösterildiğinden, ihlali belirten hareket yapılır yapılmaz değil, ancak netice gerçekleştiğinde suç da tamamlanmış olacağından, inceleme konumuzu teşkil eden suçun neticesi hareketten ayrılabilen bir suç olarak düzenlendiği de anlaşılmaktadır.

F- Teşebbüs

İncelediğimiz suçun netice bakımından zarar ve neticesi hareketten ayrılabilen bir suç olarak düzenlenmiş olmasından, teşebbüse müsait olduğunu değerlendirmekteyiz[75]. Failin, içeriden edindiği bilgiyi kullanarak elverişli hareketlerle suçun icrasına başlamış olmasına rağmen icra hareketlerinin yarıda kalması nedeniyle ya da icra hareketlerini tamamlamasına rağmen çeşitli nedenlerden dolayı bir yarar sağlayamadığı veya doğabilecek zararı önleyemediği durumlarda teşebbüs söz konusu olmaktadır. Birinci duruma örnek olarak; failin edindiği bilgiye dayalı olarak alım veya satım emri vermiş olmasına karşın emrin işleme dönüşmemesi (aracı kurumun emirden

---

74 FIORE Carlo, **Diritto Penale-Parte Generale**, Torino, Cedam, 1993, s. 180; ANTOLISEI Francesco, **Manuale di Diritto Penale: Parte Generale**, Milano, Giuffre, 1989, s. 228.

75 EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 50; ARSLAN/ÖZDEMİR, **Bilgi Suiistimali Suçu**, s. 408.

şüphelenerek gerçekleştirmemesi) nedeniyle, ikincisine de emrin işleme dönüşmesine karşın failin elinde olmayan dışsal birtakım nedenlerden (Suriye krizinin patlak vermesi, iki şirketin birleşeceği yönündeki bilginin kullanılması durumunda son anda birleşmeden vazgeçilmesinden) dolayı neticenin gerçekleşmemesi verilebilir.

TCK md 35/2 gereği, fail tarafından somut olayda yaratılan tehlike derecesine göre, teşebbüsün cezası da Kanunda gösterilen sınırlar içerisinde belirlenmek durumundadır.

Failin suçu işlemekten kendi isteğiyle vazgeçmesi, yani icra hareketlerine başlamasına ve neticeyi elde etme imkanına sahip olmasına karşın kendi isteği ile buna son vermesi durumunda "gönüllü vazgeçme" söz konusu olacak ve suçtan dolayı cezalandırılmayacaktır. Elde ettiği imtiyazlı bilgiyi kullanarak hisse senedi alım emri vermesine karşın, emir gerçekleşmeden ve maddi menfaat elde etmeden bundan vazgeçerek emrini iptal etmesi örneğinde olduğu gibi. Yeter ki o ana kadar gerçekleştirdiği eylemleri başka bir suça sebebiyet vermesin.

2. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru; cürmü kast olup, failin, kamuya açıklanmamış gizli bilginin içeriden elde edildiğinin bilinmesi şeklindeki genel kastı ve her ne kadar Kanundaki düzenlemede bir açıklık olmasa da, elde edilen bu bilginin kendisine veya üçüncü bir kişiye bir menfaat sağlamak amacıyla kullanılmak istenmesi yönündeki özel kastıdır[76]. Kanaatimizce hem özel kastla işlenebilecek olmasından hem de öğretideki yaygın görüşün aksine hemen hemen her suçun olası kastla işlenme imkânı olmadığını değerlendirdiğimizden, bu suçun da diğer sermaye piyasası suçları gibi olası kastla işlenmesi mümkün değildir[77]. Ayrıca Kanunda suçun taksirle işlenebileceği yönünde özel bir düzenleme bulunmadığından taksirle de işlenmesi söz konusu olamaz[78].

---

76 KOCASAKAL, "Ceza Hukukundaki Son Gelişmelerin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Etkisi", s. 1016; Genel kastın yeterli olduğu yönündeki görüş için bkz: ARSLAN-ÖZDEMİR, **Bilgi Suiistimali Suçu**, s. 408.

77 AKSOY, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 222; KOCASAKAL, "Ceza Hukukundaki Son Gelişmelerin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Etkisi", s. 1016.

78 KOCASAKAL, "Ceza Hukukundaki Son Gelişmelerin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Etkisi", s. 1015.

Failin kullanmak istediği bilginin kamuya açıklanmış olduğu yönünde esaslı hataya düşmesi, maddi bir hata olup kastı ortadan kaldırır[79], bununla birlikte bilgiye yalnız kendisinin değil herkesin ulaşabileceğini sanması yönündeki hata ise, hukuki hata olup kastı etkilemeyecektir, zira fail, mesleği, konumu, kendi durum ve fonksiyonu hakkında hataya düşmüş olmaktadır[80].

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

ESerPK'da ve diğer kanunlarda bilgi suiistimali suçuna ilişkin özel bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktaydı[81]. Buna karşılık YSerPK madde 108/1'e göre aşağıdaki hâller birer özel hukuka uygunluk nedeni olup, bilgi suiistimali veya piyasa dolandırıcılığı suçlarına sebebiyet vermemektedir:

"a) TCMB ya da yetkilendirilmiş başka bir resmî kurum veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikalarının uygulanması veya finansal istikrarın sağlanması amacıyla işlem yapılması,

b) Kurul düzenlemelerine göre uygulanan geri alım programları, çalışanlara pay edindirme programları ya da ihraççı veya bağlı ortaklığının çalışanlarına yönelik diğer pay tahsis edilmesi,

c) Kurulun bu Kanun kapsamındaki fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ve piyasa yapıcılığına ilişkin düzenlemelerine uygun olarak icra edilmeleri kaydıyla, münhasıran bu araçların piyasa fiyatının önceden belirlenmiş bir süre için desteklenmesi amacıyla sermaye piyasası araçlarının alım veya satımının yapılması yahut emir verilmesi veya emir iptal edilmesi".

Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere; YSerPK'da bu suça ilişkin üç tane özel hukuka uygunluk nedenine yer verilmiştir. Aşağıda önce öğretide "Kamu Politikası İşlemleri", "Geri Alım Programları" ve "Fiyat İstikrarı İşlemleri" olarak adlandırılan[82] bunlara ve TCK'daki hukuka uygunluk nedenleriyle olası ilişkilerine, ardından da TCK'da yer alan diğer genel hukuka uygunluk nedenlerinin bu suçta uygulama alanı bulup bulamayacağına kısaca değinilecektir.

---

79 AKSOY, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 222; EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 52.

80 ERMAN, **Şirketler Ceza**, s. 156.

81 EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 50 vd.

82 AKSOY, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 215-219.

YSerPK madde 108/1-a'ya göre; kamu otoriteleri tarafından, para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikalarının gereği olarak yapılması gerekenleri yapmak veya olması gereken finansal istikrarı sağlamak amacıyla suçun seçimlik hareketlerinden "alım veya satım yapılması yahut emir verilmesi veya emir iptal edilmesi" hukuka aykırı sayılmayacaktır.

Bilindiği üzere; olduğu pek çok ülkede olduğu gibi ülkemizde de özellikle Merkez Bankası veya Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu ya da veya SPK veyahut sayılanlar hep birlikte yukarıdaki amaçlarla bir takım eylem planları hayata geçirilmektedir. Örneğin; Merkez Bankası yüksek döviz kurunda istikrar sağlanması için görevi gereği zaman zaman piyasaya döviz satarak ya da alarak müdahale etmektedir. Bu türden müdahaleleri de muhtemelen elde ettiği imtiyazlı bilgilere göre gerçekleştirmesi de ihtimal dahilindedir. İşte böyle bir durumda esasında kanaatimizce Merkez Bankası; Kanunda kendisi için öngörülmüş görevleri çerçevesinde hareket etmekte, bu itibarla da TCK madde 24/1'de düzenlenen "kanunun hükmünü icra" hukuka uygunluk nedeni kapsamında bir hareket sergilemiş olmaktadır. Uygulamada halkın doğrudan veya dolaylı olarak ulaşabileceği piyasaların dışında gerçekleştirilen işlemlerin (örneğin; "*buy-back* programları"[83] uyarınca gerçekleştirilenlerin) de bu kapsamda olduğu ifade edilmektedir[84].

Bu türden programlar; hızlı düşen piyasa ortamında kaygıya düşen şirketlerin kendileri ve yatırımcılar açısından bazı avantaj sağlayacağı düşüncesinden hareketle hisselerini geri satın alması, kendi hisselerine yatırım yapması"[85] şeklinde olabilmektedir. Geri satın almanın sağlayacağı avantajlar arasında; "vergi avantajı, hisse fiyatında istikrar sağlanması, pay sahiplerine nakit akışı sağlanması, hissedarlara güven tesis etmek, ele geçirilme tehditlerine karşı önlem, finansal getirilerde iyileşme sağlama vs" gibi çeşitli nedenler bulunmaktadır.

---

83 Konu için bkz: Kesici, Bilgi Suiistimali Suçu, s. 18. http://blog.isyatirim.com.tr/sirketlerin-kendi-paylarini-geri-almasi-buyback 08.01.2019; https://www.finansgundem.com/haber/sirketler-hisse-senetlerini-neden-geri-share-buyback-alirlar/1369162 (Erişim Tarihi: 08.01.2019); http://www.businessdictionary.com/definition/buy-back-agreement.html (Erişim Tarihi: 08.01.2019).

84 Kesici, Bilgi Suiistimali Suçu, s. 18.

85 Kesici, Bilgi Suiistimali Suçu, s. 18. http://blog.isyatirim.com.tr/sirketlerin-kendi-paylarini-geri-almasi-buyback 08.01.2019; https://www.finansgundem.com/haber/sirketler-hisse-senetlerini-neden-geri-share-buyback-alirlar/1369162 (Erişim Tarihi: 08.01.2019)

YSerPK madde 108/1-b'ye göre; bir önceki paragrafta anlatılan ve kamu politikaları gereği yapılması gerektiği işlemlerin bu sefer SPK düzenlemeleri uyarınca yine aynı amaçlar doğrultusunda gerçekleştirilmesi de hukuka uygun kabul edilmektedir. Maddeye göre; SPK'nun uyguladığı geri alım, çalışanlara pay edindirme veya pay tahsisi gibi programlar çerçevesinde çeşitli menkul kıymet alışverişinde bulunulmasını yine TCK madde 24/1 kapsamında değerlendirmek gerekmektedir.

Son olarak YSerPK madde 108/1-c'ye göre; SPK'nun, SerPK kapsamında fiyat istikrarını sağlamak ve sadece yine SPK tarafından belirlenmiş süre içerisinde ilgili sermaye piyasası fiyatının desteklenmesi amacıyla suça konu eylemleri gerçekleştirmek de, TCK madde 24/1 gereği hukuka aykırı olmayacağı için suç teşkil etmeyecektir.

Kanunun hükmünü icra dışındaki bir hukuka uygunluk nedeninin (örneğin; ilgilinin rızasının ya da haklı savunmanın) bu suç açısından uygulanamayacağını, buna karşılık bazı durumlarda TCK md 26/1'de düzenlenen "hakkın icrası" hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanı bulacağını değerlendirmekteyiz. Yatırımcılarına danışmanlık hizmeti veren finans analistlerinin yaptıkları faaliyetler (örneğin; yabancı literatürde "*Merchant Banks*" şeklinde isimlendirilen Ticaret Bankaları) bu bakımından özellik göstermektedir. Bu kapsamdaki faaliyetleri gerçekleştiren şirket uzmanları bağımsız olarak, hukuka uygun şekilde piyasanın analizi yoluyla elde ettikleri şirketlere ilişkin bilgileri değerlendirir, birleştirirler ve bunun sonucunda yatırımcılara birtakım tavsiyelerde ve yardımlarda bulunurlar[86]. Bu kişilerin, piyasada faaliyet göstermekte olan şirketler hakkında herkesin sahip olabileceği bilgileri teknik ve mesleki özel becerileri sayesinde analiz ederek müşterilerine tavsiyede bulunmaları, bunu mesleklerinin gereği hakkın icrası çerçevesinde yaptıklarından, bilgi suiistimali suçuna sebebiyet vermez[87].

Erman'ın ESerPK döneminde ifade ettiği; "ıztırar halinin şartlarının var olduğu bir durumda eylemin hukuka uygun sayılabileceği" yönündeki görüşün[88], bugün de geçerli olduğu fikrine[89], yeni TCK sisteminde "ıztırar

---

86 EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 51.

87 AMATO Astolfo, **Diritto Penale Dell'impresa**, Giuffre, Milano, 2005, s. 377

88 ERMAN, **Şirketler Ceza**, s. 156. ESerPK döneminde de bu görüşe neden katılmadığımız hakkındaki gerekçe için bkz: EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 51.

89 AKSOY, **İçeriden Öğrenenlerin**, s. 220.

halinin" artık bir hukuka uygunluk nedeni değil de, kusurluluğu kaldıran bir hal olarak düzenlendiğinden katılmamaktayız.

4. Suçu Etkileyen Nedenler

YSerPK'da; ESerPK'dakinin aksine[90] bilgi suiistimali suçunu etkileyen herhangi bir ağırlatıcı veya hafifletici nedene yer verilmemiştir. TCK'daki genel takdiri indirim nedenleri şartları varsa bu suç açısından da somut olayda uygulanabilecektir.

IV. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN NEDENLER

Suçu etkileyen nedenlerde olduğu üzere YSerPK'da; kusurluluğu tümden ortadan kaldıran veya etkileyen özel bir neden düzenlenmemiştir. Somut olayda şartlarının gerçekleşmesi kaydıyla, TCK'da yer alan kusurluluğu kaldıran veya etkileyen hallerden birinin uygulanması söz konusu olabilecektir. Örneğin; şirket CEO'sunun elindeki imtiyazlı bilginin korkutma veya tehdit edilerek bir başkası tarafından kullanılması veya tehdit edilerek kullanmak zorunda bırakılması durumunda TCK madde 28/1 hükmünün uygulanabilecek olması gibi.

ESerPK'da düzenlenen içerden öğrenenlerin ticareti suçuna yönelik incelememizde de belirttiğimiz üzere[91]; Erman'ın, "failin bilerek sebebiyet vermediği bir iflas tehlikesini bertaraf etmek zorunda kalması halinde diğer tüm şartların da gerçekleşmesi koşuluyla ve başka hukuki çarelere de başvurmak imkânının kaybedilmesi durumunda ıztırar halinin bu suç bakımından geçerli olabileceği"[92] yönündeki görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira bu yöndeki değerlendirme hem "yasak koyan veya emir veren hukuk kuralı (hukuk düzeni) ile çelişecek" hem de ıztırar halinin uygulanma alanı bir hukuk devletine uygun olmayacak şekilde alabildiğince genişletilmiş olacaktır.

---

90 ESerPK'daki bu konudaki düzenlemeler için bkz: EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 52-55; KOCASAKAL, "Ceza Hukukundaki Son Gelişmelerin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Etkisi", s. 1011.

91 EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 51.

92 ERMAN, **Şirketler Ceza**, s. 156.

V-SUÇLARIN BİRLEŞMESİ VE İŞTİRAK

1. Suçların Birleşmesi

Kanaatimize göre; YSerPK'da düzenlenmiş suçların prensipte tıpkı ESerPK'dakiler gibi, başka suçlarla içtima etmesi pek mümkün olmayıp, bu kural, incelediğimiz suç açısından da geçerlidir. Akla bir ihtimal, diğer şartları da bulunmak kaydıyla sadece TCK madde 43/1'de yer alan zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği gelmektedir. Edindiği imtiyazlı bilgiye dayalı menkul kıymet alışverişi tek bir günde değil de, farklı günlerde gerçekleştiren ve her seferinde maddi bir menfaat elde eden fail örneğinde olduğu gibi. Buna karşılık pek tabi ki, elde ettiği farklı şirketlere ait imtiyazlı bilgileri farklı günlerde kullanarak işlem gerçekleştiren fail hakkında TCK md 43/1 hükmü uygulanmayacaktır[93].

Hile ile gizlice veya başka hukuka aykırı yollardan edinilen imtiyazlı bilginin hem menkul kıymet alışverişinde hem de başka bir yerde kullanılması durumunda diğer şartları da bulunmak koşuluyla hem TCK md 239'da düzenlenen "ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması", hem de bilgi suiistimali suçu meydana gelebilecektir. Halka açık bir ilaç şirketi tarafından kanser aşısı geliştirildiği bilgisini ve aşının içeriğini çalan failin, bu bilgiyi borsada kullanması ve aynı zamanda başka bir ilaç firmasına satması örneğinde olduğu üzere. Bu durumda gerçek içtima kuralları gereğince fail her iki suçtan dolayı sorumlu olacaktır[94].

2. İştirak

Bilgi suiistimali suçunun, tek bir faille veya iştirak halinde birden fazla faille gerçekleştirilmesi herhangi bir özellik göstermemekte, suç ortaklığı durumunda TCK'daki genel kuralların uygulanması gerekmektedir[95]. Örneğin; şirket CEO'su olan failin öğrendiği imtiyazlı bilgiyi menkul kıymet alışverişinde bizzat kullanarak menfaat elde etmesi ya da bilgiyi kullanması için kasten bir başkasına iletmesi ve elde edilen menfaatin paylaşılması gibi. Buna karşılık imtiyazlı bilginin kasten değil de, dikkatsizlik neticesinde bir sohbet

---

93 AKSOY, **İçeriden Öğrenenlerin**, s. 223.

94 ERMAN, **Şirketler Ceza**, s. 153; EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 55.

95 EVİK/EVİK, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 55; ARSLAN/ÖZDEMİR, **Bilgi Suiistimali Suçu**, s. 409.

ortamında ağızdan kaçırılması ve sohbette bulunan bir başkası tarafından kullanılması durumunda suçun taksirle işlenmesi söz konusu olamayacağından bilgiyi ağzından kaçıran kişi değil, sadece kullanan kişi sorumlu olacaktır.

Uygulamada menkul kıymet alışverişinin bazen bizzat yatırımcı değil, aracı kurum yetkilisi aracılığıyla da yapıldığı görülmektedir. Bu son durumda, aracı kurum yetkilisinin henüz kamuya açıklanmamış bir bilginin hukuka aykırı şekilde kullanıldığından haberdar olmasına karşın verilen emirlerin yerine getirilmesi açısından aracılık faaliyetini yerine getirmesi halinde, aracı kurum yetkilisi de "yardım eden"[96] olarak ilgili suçtan sorumlu tutulacaktır[97].

VI. YAPTIRIM ve MUHAKEME

1. Ceza

YSerPK'da; incelediğimiz bilgi suiistimali suçu açısından seçimlik bir yaptırım öngörülmüştür. Buna göre suçun yaptırımı; iki yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Para cezası uygulanacak olması durumunda Kanunda üst sınır belirlenmemiş, buna karşılık alt sınır için "elde edilen menfaatin iki katından az olamaz" denilmiştir.

TCK madde 52/1'e göre; suça ilişkin yaptırımda adli para cezasının alt veya üst sınırı gösterilmemişse, sanık hakkında hükmedilecek adli para cezasının alt sınırı en az beş, en fazla yedi yüz otuz gün kabul edilerek hesaplama yapılmalıdır. YSerPK'da sanki para cezasının sınırları gösterilmemiş olmakla birlikte "para cezası elde edilen menfaatin iki katından az olamaz" denilerek, esasında alt sınır belirlenmiştir[98]. Dolayısıyla örneğin 100.000-TL menfaatin elde edildiği bir olayda uygulanacak para cezasının alt sınırı 200.000-TL'den az olamayacaktır. Buna karşılık da üst sınır yedi yüz otuz gün üzerinden yapılacak hesaplama ile ortaya çıkacaktır. Bu da üst sınırın, alt sınırdan daha az olması gibi bir neticeye sebebiyet verebilecektir. Ortaya çıkabilecek bu olumsuzluğun önüne geçebilmek açısından bu tür suçlarda "gün" (TCK hük-

---

96 Suça iştirakte "*Yardım eden*"in ceza sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: EVİK Vesile Sonay, **Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, XII Levha, İstanbul, 2011.

97 KOCASAKAL, "Ceza Hukukundaki Son Gelişmelerin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Etkisi", s. 1017. Bilgi suiistimali suçuna iştirak konusunda ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz: AKSOY, **İçeriden Öğrenenlerin**, s. 224-226.

98 ARSLAN/ÖZDEMİR, **Bilgi Suiistimali Suçu**, s. 409.

mü) değil, mülga TCK'da olduğu üzere "nisbi para cezası sistemi" (YSerPK hükmü) uygulanmış olacaktır. Bu durum da hem 5237 sayılı TCK ile benimsenen gün para cezası sistemi ile çelişmekte, hem de TCK madde 5 hükmüne açık bir aykırılık oluşturmaktadır. Hal böyle olsa da, "özel normun önceliği" ilkesi gereği sonraki Kanun niteliğindeki YSerpK hükmünü uygulamak yani başka türlü hareket etme imkanı bulunmamaktadır.

Suçun yaptırımı hapis veya para cezası açısından seçimlik olduğundan, hâkimin para cezasını seçmesi durumunda, gün para cezası yerine, elde edilen menfaatin 2 katından az olmayacak bir para cezasına hükmetmesi, daha yerinde bir uygulama olacaktır. Madem tasarıda belirtildiği şekilde ekonomik suça, ekonomik yaptırım uygulanması esasından dolayı seçimlik yaptırım öngörülmüştür, hiç değilse belirli değil de, elde edilen menfaate göre hesaplanacak bir para cezası sistemi daha adil ve doğru olacaktır[99].

Yaptırım seçimlik olduğundan, somut olayda hâkim tarafından hapis yerine para cezasına hükmedilmesi durumunda, zaten hapis yerine para cezası seçildiğinden bunun TCK madde 50/2 gereği tekrardan para cezasına çevrilmesi de söz konusu olamayacaktır.

ABD uygulamasında elde "edilen menfaat ya da kaçınılan zarar" hesaplanmasında, menkul kıymetin alış ve satış fiyatı ile henüz kamuya açıklanmamış olan bilginin kullanılması sonucunda menkul kıymetin gerçekleşen fiyatı arasındaki fark dikkate alınmaktadır. Diğer bir deyişle alış veya satış fiyatı ile bilginin açıklanmasından sonraki oluşan piyasa fiyatı arasındaki fark göz önüne alınmaktadır[100]. Biz de ise; somut olayda bu tarz bir hesaplama olmaksızın sadece olası suç failleri tarafından elde edilen net menfaate (alım ve satım sonrasında ödenen komisyonlar vergiler düşüldükten sonra ortaya çıkan meblağa) göre karar verilmektedir.

YSerPK'nun "Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri" başlıklı; "106'ncı ve 107'nci maddelerde tanımlanan suçların bir tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi hâlinde ilgili tüzel kişi hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur" şeklindeki 114/1'nci madde hükmü gereği TCK madde 60'da düzenlenen güvenlik tedbirleri de uygulanacaktır.

---

99 Menfaat hesaplanması hususundaki zorluklar ve değerlendirme için bkz: KOCASAKAL, "Ceza Hukukundaki Son Gelişmelerin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Etkisi", s. 1010.

100 TEZCANLI, **İçeriden Öğrenenlerin**, s. 60.

2. Muhakeme

YSerPK'na baktığımızda; tıpkı ESerPK'da olduğu gibi incelediğimiz suçların soruşturulması ve kovuşturulması açısından CMK hükümlerinin dışında özel bir takım usul ve yöntemleri içeren bir düzenlemeye madde 115 ve 116'da yer verdiği görülmektedir.

Kanunun, muhakeme koşulu olarak "yazılı başvuruyu", "özel katılan olma yöntemini", "Kurul personelinin yardımını", "itirazı" ve "koruma tedbirlerini" düzenlediği "Yazılı başvuru ve özel soruşturma usulleri" başlıklı 115'nci maddesi şöyledir:

"(1) Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir.

(2) Başvuru üzerine kamu davası açılması hâlinde iddianamenin kabulü ile birlikte, bir örneği Kurula tebliğ edilir ve Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır.

(3) Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada Cumhuriyet savcısı, Kurul meslek personelinden yararlanabilir. Bu suçlardan dolayı şüpheli veya tanık sıfatıyla kişilerin ifadesinin alınması sırasında Kurul meslek personelinin de hazır bulunması sağlanabilir.

(4) Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada kovuşturmaya yer olmadığı kararının verilmesi hâlinde, Kurul bu karara karşı itiraza yetkilidir.

(5) 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 8 inci maddesi, 109 uncu maddede yer alan suçlar bakımından da uygulanır."

Bu düzenlemelerin bazıları CMK hükümleri ile uyumlu, bazıları ise taban tabana zıttır. Aşağıda bu konular hakkında açıklama ve değerlendirmelerde bulunulacaktır:

a- Soruşturma Usulü

Yazılı başvuru bir soruşturma koşulu olduğundan, bu başvuru yapılmadığı sürece Savcılığın, sermaye piyasası suçları ile ilgili olarak kendiliğinden harekete geçmesi, soruşturma evresine başlaması, soruşturmayı tamamlayarak iddianame tanzim etmesi ve her nasılsa açılmış davaya devam etmesi mümkün değildir[101]. Bu açıdan yazılı başvuru olumlu koşul (bulunması zorunlu olan)[102] olarak karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada Yargıtay'ın görüşünün de bu doğrultuda olduğu, "yazılı suçlardan dolayı kovuşturma yapılması Kurul tarafından Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına bağlı olup, yazılı başvurusu olmaksızın açılan kamu davasına devamla yazılı şekilde karar verilmesinin yasaya aykırı olduğu"[103] şeklindeki kararından anlaşılmaktadır[104].

Yukarıdaki açıklamalarımız da göstermektedir ki; yazılı başvuru koşulu ile SPK yetkilileri dışındaki kişilerin, sermaye piyasası suçlarına ilişkin şikâyette ya da ihbarda bulunmaları veya ihbar kabul edilecek diğer durumlarda Savcının doğrudan soruşturmaya başlayabilmesi yolu kapatılmış olmaktadır. Ceza muhakemesi sistemimize aykırı olan bu neticeden hareketle, böyle bir koşula gerek olup olmadığı hususunda öğretide görüş birliği bulunmamakta, kimi müellifler buna ihtiyaç olduğunu, kimileri ise aksini iddia etmektedir[105].

CMK'nun 160. maddesi uyarınca; "Cumhuriyet Savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar." Kanaatimize göre, 160. maddedeki düzenle-

---

101 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** C: I, 15. Baskı, Ankara, Adalet, 2019, s. 223-232.

102 YURTCAN Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku,** 15. Baskı, Ankara, Adalet, 2019, s. 235.

103 Yargıtay 4. CD'nin 27.11.2000 tarih ve E. 2000/8317 K. 2000/8195; 18.09.1995 tarih ve E. 1995/5815 K: 1995/6925 sayılı kararları için Bkz: http://www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 07.02.2019.

104 Yazılı başvuru koşulu ve niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Bu görüşler ve gerekçeleri hakkında bkz: EVİK Ali Hakan/EVİK, Vesile Sonay, **"Kovuşturma Koşulu Olarak 'Yazılı Başvuru' ve Eleştirisi"**, **Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı**, TCHD ve İstanbul Barosu Ortak Yayını, İstanbul, 2007.

105 Bu görüşler ve gerekçeleri hakkında bkz: EVİK/EVİK, **"Kovuşturma Koşulu Olarak 'Yazılı Başvuru' ve Eleştirisi"**, s. 386. s. 380-385.

menin istisnasını oluşturan bir kovuşturma koşuluna yer verilmesi, mevcut ceza muhakemesi sistemimiz bakımından gerekli olmadığı gibi, hukuken doğru da değildir. Sermaye piyasamızın korunması açısından sermaye piyasası suçunun işlendiği iddiasının araştırılması ve soruşturulması konusunda karar verme yetkisinin salt SPK'nun inisiyatifine bırakılmasının doğru olmadığı kanaatini taşımaktayız[106]. Bu türden hukuka aykırı işlemlerle karşı karşıya kalan herkesin diğer suçlarda olduğu gibi, Savcılara kendiliklerinden başvuruda bulunmasının ve Savcıların da bu olaylara doğrudan müdahale edebilmesine imkân tanınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Savcılık Makamının, Kanunda yazılı sermaye piyasası suçlarının işlendiğinden herhangi bir şekilde kendiliğinden haberdar olması durumunda, Kurulu uyarabileceği, haberdar edeceği yönündeki ESerPK'nun 49'ncu maddesinin 2'nci fıkrası hükmünün YSerPK'ya alınmadığı görülmektedir. Yeni Kanunda böyle bir düzenleme olmasa da, yazılı başvuru koşulunun niteliği dikkate alınarak, doğrudan kendisine yapılan ihbar yoluyla sermaye piyasası suçunun işlendiğinden haberdar olan Savcılık Makamının yine Kurul'u haberdar etmesi gerektiğini[107], Kurul'dan gelecek yazılı başvuruyu beklemesi, eğer gelirse soruşturmaya devam etmesi, koşul gerçekleşmeksizin sehven iddianame tanzim edilmesi durumunda muhakemeyi yürütecek Mahkemenin iddianameyi iade etmesi, Mahkemenin de sehven iddianameyi kabul etmesi ve muhakemeye başlaması halinde hatasını fark ettiği an durma kararı vermesi gerektiğini değerlendirmekteyiz. Yazılı başvuruda bulunulmayacağının anlaşılması, koşulun gerçekleşme imkanının olmadığı durumlarda düşme[108], başkaca bir işlem yapmaksızın beraat kararı verilmesini gerektiren bir durum söz konusu olduğunda da, Mahkemenin CMK md 223/9 uyarınca derhal beraat kararı vermesi gerektiği kanaatini taşımaktayız[109].

Soruşturma açısından YSerPK md 115/3 ile getirilen bir diğer özel husus da; soruşturmayı yürüten Savcılık Makamının, Kurul personelinden, uzma-

---

106 EVİK/EVİK, **"Kovuşturma Koşulu Olarak 'Yazılı Başvuru' ve Eleştirisi"**, s. 386. Bunun hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmadığı yönündeki görüş için bkz: AKSOY, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti,** s. 240. Aksi görüş için bkz: YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı,** Ankara, Seçkin, 2018, s. 572.

107 AKSOY, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti**, s. 97.

108 ÜNVER /HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** C: I, s. 224.

109 CENTEL Nur/ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, Beta, İstanbul, 2018, s. 524–525.

nından yararlanabilecek olmasıdır. Maddede bu: "Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada Cumhuriyet savcısı, Kurul meslek personelinden yararlanabilir. Bu suçlardan dolayı şüpheli veya tanık sıfatıyla kişilerin ifadesinin alınması sırasında Kurul meslek personelinin de hazır bulunması sağlanabilir." yönünde belirtilmektedir. Ülkemizde yıllardır Adli Kolluk oluşturulması fikri tartışılmakta ama ne yazık ki bir türlü hayata geçirilememektedir. Bu hükümle sanki buna benzer bir uygulamanın getirilmek istendiği düşünülmektedir.

Esasında Kurul personelinden yararlanmak değil de, ifade sırasında hazır bulunması yönündeki düzenleme de, tıpkı Kurulun otomatikman katılan olmasında olduğu gibi ceza muhakemesi sistemimize aykırı olmakla birlikte, bu türden suçların teknik suçlar olduğu hususu dikkate alındığında, olumludur. Zira gerçekten de Savcılık Makamının teknik olan bazı hususlarda özellikle ifade alırken yanında bir uzmanın bulunması, yardımcı olması, gerçeğin ortaya çıkarılması, boşu boşuna davaların açılmasının engellenmesi bakımından yerinde olabilir. Ancak, uygulamada Kurul personelinin adeta Savcı veya O'nun yardımcısı gibi hareket etmesinin önüne geçilmesinin sağlanması, kontrolün veya asıl yetkinin Savcılık Makamında olduğu gerçeğinin unutulmaması gerekmektedir.

SPK'nun Savcılık Makamına ilettiği yazılı başvuru sonrasında yürütülen soruşturma sonucunda, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilerek iddianame tanzim edilmemesi halinde, Kurul vekilinin YSerPK md 115/4 gereği kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz etmek hakkı bulunmaktadır.

Katılan Olmada Özel Usul

Bilindiği üzere, ceza muhakemesi mevzuatımız uyarınca mağdur ya da suçtan zarar görenin görülen bir davada otomatikman katılan olması mümkün değildir. Bunun için muhakemenin duruşma safhasının ilk duruşmasında Mahkemeye sözlü veya yazılı katılma talebinde bulunulması, Mahkemenin de bu talebi kabul etmesi ve ara kararında kabul ettiğini belirtmesi gerekmektedir[110].

---

110 CENTEL/ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 950, 952; ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** C: III, 15. Baskı, Ankara, Adalet, 2019, s. 1797, 1802-1803; YURTCAN, **Ceza Yargılaması Hukuku,** s. 652.

Genel prensip bu olmakla birlikte kanun koyucunun tıpkı banka suçlarında olduğu gibi sermaye piyasası suçlarının muhakemesinde de YSerPK'nun 115/2'inci maddesinde bu kurala bir istisna getirdiği görülmektedir. Maddeye göre; "Başvuru üzerine kamu davası açılması hâlinde iddianamenin kabulü ile birlikte, iddianamenin bir örneği Kurula tebliğ edilir ve Kurul tebliğ ile aynı zamanda katılan sıfatını kazanır." Dikkat edileceği burada, Kurul'un (muhakemede vekilinin) açılan davada katılan olması için sözlü veya yazılı talebi aranmamakta, sadece iddianamenin kabul edilip Kurula tebliğ edilmesi katılan olmak bakımından yeterli görülmektedir. Diğer bir deyişle, Kurula bir anlamda "otomatikman katılan olma"[111] hakkı tanınmış bulunulmaktadır.

Muhtemelen olası eleştirilerden hareketle ESerPK'daki düzenlemeye nazaran katılan olmanın farklılaştırıldığı, biraz daha iyi bir şekilde ele alındığı görülmektedir. Zira ESerPK'daki hüküm; "47'nci madde kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet savcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru ile Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır" şeklindeydi. Yani eskiden salt Savcılığa başvuru ile katılan olunuyordu ki, bu bize göre çok daha absürt, ceza muhakemesine yabancı bir uygulamaydı.

YSerPK uyarınca artık katılan olmak için sadece Savcılık Makamına yazılı başvuruda bulunulmasının yeterli olmaması yerinde olmuş, ancak "kabul edilen iddianamenin bir örneğinin Kurula tebliğ edilmesiyle birlikte Kurulun aynı zamanda katılan sıfatını kazanması" (bir anlamda bu şekilde otomatikman katılan olunması), yine çok da yerinde olmamıştır. YSerPK md 115'in madde gerekçesinde bu konuyla ilgili olarak yer alan; "Katılan sıfatı bakımından ise, kural olarak kamu davasına katılma istemi yargılama makamının olumlu kararına bağlı ise de; Kurul tarafından yapılacak başvuru üzerine kamu davası açılması halinde Kurul'un kendiliğinden katılan sıfatını kazanacağı düzenlenerek, Kurul'un bu Kanunda düzenlenen suçlar bakımından etkinliği arttırılmıştır."[112] ifadeleri de, kanaatimizce bu uygulamayı izahtan uzaktır.

---

111 AKSOY, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti,** s. 96.

112 https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/sermaye-piyasasi-kanunu-madde-gerekceleri/1, (Erişim Tarihi: 08.02.2019.

Koruma Tedbirleri

YSerPK'da yer alan bir diğer yenilik de, sermaye piyasası suçlarının soruşturulması esnasında arama ve el koyma (muhafaza altına alma) tedbirlerinin uygulanabileceğinin kanunda ayrıca düzenlenmiş olmasıdır. Düzenlemenin yer aldığı 89'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası; "Kurul Başkanının talepte bulunması ve sulh ceza hâkiminin kararı üzerine gerekli yerlerde kolluk yardımı ile arama yapılabilir. Aramada bulunan ve incelenmesine lüzum görülen defterler ve belgeler ayrıntılı bir tutanakla tespit olunur ve yerinde incelemenin mümkün olmadığı hâllerde, muhafaza altına alınarak inceleme yapanın çalıştığı yere sevk edilir." yönündedir.

Takdir edileceği üzere esasında bu tarz bir düzenlemeye YSerPK'da yer vermeye gerek yoktur. Zira ceza muhakemesi kurullarının tümünden (koruma tedbirlerine ilişkin hükümler de dahil olmak üzere) sermaye piyasası suçlarının soruşturulması ve kovuşturması sırasında da yararlanmak mümkündür. Ancak, diğer gerekçelerden ve arama-el koyma için Kurul Başkanının talepte bulunmasının aranmasından hareketle muhtemelen yine "Kurul'un sermaye piyasası suçları bakımından etkinliği arttırmak" amacıyla bu tarz bir düzenlenme yapıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Ceza muhakemesi mevzuatımız gereği soruşturma evresinde prensip itibariyle koruma tedbirine başvurulması Savcılık Makamının talebi, Sulh Ceza hakiminin kararı ile söz konusu olabilmektedir. İstisnai olarak da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde doğrudan Savcılık Makamının yazılı kararı, hatta Cumhuriyet Savcısına ulaşılamayan hallerde kolluk amirinin yazılı emri ile uygulanabilmektedir. Konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda uygulanacak arama koruma tedbiri de, ancak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Savcılık Makamının yazılı emri ile, kamuya açık alanlarda ise Savcılık Makamının yazılı emri ile Cumhuriyet Savcısına ulaşılamayan hallerde kolluk amirinin yazılı emri ile de (CMK md 119 gereği) yapılabilmektedir.

YSerPK'daki düzenlemeye baktığımızda, bu kurallara bir istisna daha getirildiği görülmektedir. Bu istisna; sermaye piyasası suçlarının işlendiği şüphesinin hasıl olduğu durumlarda şüpheli veya delillerin ya da müsadere edilecek eşyanın ele geçirilmesi amacıyla evde ya da diğer yerlerde arama yapılması için Savcı yerine doğrudan Kurul Başkanının talepte bulunabilecek olmasıdır. Kurulun yetkileri ve görevleri dikkate alındığında, bu tarz

bir talep hakkının Kurul Başkanına tanınmış olmasının yerinde olabileceği, bunun muhtemel gerekçesinin de; "sermaye piyasası suçlarından dolayı soruşturmada Kurulun yazılı başvurusu olmadıkça Savcılık Makamının devre dışı bırakılmış olması olduğu"[113] söylenebilir. Talebin, sadece sulh ceza hâkiminin kararı ile kabul edilebilecek olması, yani Savcılık Makamına veya kolluk amirine bu yönde bir yetki tanınmamış olması yerinde bir düzenlemedir.

Yine hükme göre; yapılan aramada bulunan ve incelenmesine lüzum görülen defterler ve belgelerin yerinde incelemenin mümkün olmadığı hâllerde, muhafaza altına alınarak inceleme yapanın çalıştığı yere sevk edilmesi mümkündür. Öğretide; arama neticesinde ulaşılan şey, eşya veya müsadere konu malvarlığı değerlerinin istem üzerine yetkililere rıza ile teslim edilmesine "muhafaza altına alma", talebe rağmen kabul edilmemesi nedeniyle rıza olmaksızın teslim alınmasına da "el koyma" denilmektedir[114]. YSerPK md 89/3'de muhafaza altına almaktan bahsedildiği görülmektedir. Burada sadece bundan bahsedilse de, kastedilenin; defter ve belgelerin hem muhafazaya, hem de el koymaya konu olabilmesidir. Yani arama neticesinde incelenmek üzere teslimi zorunlu eşyanın (defter ve belgenin) rıza söz konusu ile muhafaza altına alma, aksi takdirde el koyma söz konusu olabilecektir.

Son olarak, muhafaza altına alınan veya el konulan defter ve belgelerin inceleme yapacak kişinin çalıştığı yere (ki bu Kurulun uzmanlarının çalıştığı/bulunduğu yer, bilişim uzmanının teknik bilgisine ihtiyaç duyulduğunda Savcılık uzmanlarının olduğu yer de olabilecektir) götürülecek olması da yine doğru bir uygulamadır.

YSerPK'nun; "Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada Cumhuriyet savcısı, Kurul meslek personelinden yararlanabilir." yönündeki hükmü gereği yapılacak arama, el koyma ve muhafazada Savcılık Makamı, Kurul personelinden de yararlanabilecektir. Ki kanaatimizce bu, neyin, nerede aranması, neye, hangi defter ve belgelere el konulması, muhafaza altına alınması gerektiği hususları açısından da yararlı bir düzenlemedir.

---

113 AKSOY, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti,** s. 100.

114 Centel-Zafer, **Ceza Muhakemesi,** s. 450.

Görev ve Yetki

YSerPK'nun "Görev ve yetki" başlıklı 116/1'nci maddesi; "Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yargılama yapmaya Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği asliye ceza mahkemeleri yetkilidir." şeklindedir. Bu düzenlemeden, diğer suçlara nazaran farklılıkları ve özellikleri olduğunu, kanun koyucunun da bunu benimsediğini belirttiğimiz sermaye piyasası suçlarına madde (görev) ve yetki açısından bakacak, muhakemeyi yapacak mahkemenin de Kanunla özel olarak belirlemiş olduğunu anlamaktayız.

aa- Görevli Mahkeme

İncelediğimiz suçların tamamının takibi şikâyete bağlı değildir. Bu nedenle Kurul'un yazılı başvurusu üzerine re'sen soruşturulur ve kovuşturulurlar. Kanundaki düzenleme gereği madde (görev) bakımından yetkili mahkeme, Asliye Ceza Mahkemesidir.

Sermaye piyasası suçlarının hapis cezası olarak yaptırımı en fazla beş yıldır. Dolayısıyla CMK mevzuatımız gereği bu suçların asliyece ceza mahkemesinde görülmesi gayet normaldir. Bununla birlikte suçların teknik olması, çözümünün uzmanlığı gerektirmesi ve diğer özellikleri dikkate alınarak mevcut asliye ceza mahkemelerinden sadece bir veya birkaçının bu suçlara bakmakla yetkilendirmesi hususunda kanun koyucunun, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nu yetkilendirdiği görülmektedir.

Bu yetkilendirme çerçevesine o tarihlerde faaliyette bulunan Hâkimler ve Savcılar (Yüksek) Kurulu'nun[115] (HSK) 1'nci Dairesi tarafından 09.05.2013 tarih ve 854 sayılı Karar ile sermaye piyasası suçlarına bakmakla İstanbul 3'ncü Asliye Ceza Mahkemesi yetkili kılınmıştır.

bb- Yetkili Mahkeme

Yetki bakımından ise; genel kural olarak CMK'nun 12/1 maddesine göre suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili olacaktır. Ancak, genel kuralın uygulanamayacağı hallerde yedek (istisna) kuralların devreye girmesi kaçınılmazdır. Takdir edileceği üzere sermaye piyasası suçları genellikle internet

---

115 YSerPK kanunlaştığı tarihlerde ülkemizde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bulunmaktaydı. Günümüzde ise o Kurulun yerini Hâkimler ve Savcılar Kurulu almıştır. Bu nedenle biz de çalışmamızda mevcut kurulu zikrettik.

yoluyla (bilişim suretiyle) işlenebilirler. Bu durumda karşımıza suçun yer bakımından nerede işlendiği ve hangi yer mahkemesinin yetkili olacağı sorunu çıkar.

Bilişim sistemine ağ üzerinden erişildiğinde, suçun, araç bilişim sisteminin bulunduğu yerde mi, yoksa hedef bilişim sisteminin bulunduğu yerde mi işlendiği tartışma konusu olabilir[116]. Örneğin; bilgi suiistimali suçunun işlenmesi amacıyla suç, verilen ya da iptal edilen veyahut değiştirilen alım veya satım emrinin sisteme iletildiği (mesela Ankara) yerde mi, yoksa emrin gerçekleştiği yerde (İstanbul'da mı) mi işlenmiş olacaktır. Temel prensip bilişim suretiyle işlenen suçlarda, suç, hareketin veya hareketin kısımlarının yapıldığı ya da neticenin gerçekleştiği her yerde (örneğimizde hem Ankara'da hem de İstanbul'da) işlenmiş sayılmalıdır. Kanun koyucunun bu konuda özel bir düzenlemesi bulunmaktadır: Buna göre; suçun bilişim suretiyle işlenmesi durumunda sisteme nerede girilmiş olursa olsun, İstanbul'da işlenmiş sayılacak ve yer bakımından sadece İstanbul Adliyesi yetkili olacaktır.

HSK yer bakımından sadece İstanbul Mahkemesini yetkili kılmakla kalmamış, İstanbul Mahkemelerinden İstanbul Merkez yani Çağlayan Adliyesini de yetkili kılmıştır. Bu itibarla, sermaye piyasası suçlarına yer bakımından sadece İstanbul'daki (Çağlayan) Merkez Adliyesinin 3'ncü asliye ceza mahkemesini bakmakla yetkilendirilmiştir. İstanbul'da birden fazla adliye (Çağlayan, Bakırköy, İstanbul Anadolu (Kartal) vs) ve birden fazla 3'ncü asliye ceza mahkemesi olmasına rağmen, bunlardan sadece birinin bu şekilde ihtisas mahkemesi olarak yetkilendirilmesi kanaatimizce yukarıdaki nedenlerden dolayı yerinde olmuştur.

---

116 ARTUK M. Emin/GÖKCEN Ahmet, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** 11. Baskı, Adalet, Ankara, 2017, s. 1022.

KAYNAKÇA

AKBULUT Esin, "Uluslararası Borsalarda Menkul Kıymetlerin İşlem Görme Kuralları ve Türkiye'deki Uygulama", **Tasarrufların Yatırıma Dönüşmesinde Borsanın Rolü**, İstanbul, İAV, 1995.

AKSOY Zeki, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu**, Seçkin, Ankara, 2018.

AMATO Astolfo, **Diritto Penale Dell'impresa**, Giuffre, Milano, 2005.

ANTOLISEI Francesco, **Manuale di Diritto Penale: Parte Generale**, Milano, Giuffre, 1989.

ARSLAN, Çetin/ÖZDEMİR, Didar: "Türk Ceza Hukukunda Bilgi Suiistimali Suçu", **International Conference On Eurasian Economies 2018**, Session 2d: Hukuk.

ARTUK M. Emin/GÖKCEN Ahmet, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** 11. Baskı, Adalet, Ankara, 2017.

Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat, İMKB, İstanbul, 1997.

BOZKURT Ünal, "Tasarrufların Yatırıma Dönüşmesinde Menkul Değer Borsalarının Rolü (Gelişmeler ve Sorunlar)", **Menkul Kıymetlerin Halka Arzı ve Borsada Piyasa Açılması**, İAV, İstanbul, 1994.

CENTEL Nur/ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, Beta, İstanbul, 2018.

CONRY Edward J./FERRERA Gerald R./FOX Karla H, **The Legal Environment Of Business,** 3. baskı, Allyn and Bacon, USA, 1993.

ÇAPANOĞLU Birol, **Türkiye'de ve Dış Ülkelerde Sermaye Piyasaları, Özelleştirme Uygulamaları ve Menkul Kıymetler Borsaları**, İstanbul, Beta, 1993.

English-Turkish Modern Business World Dictionary.

ERMAN Sahir, **Ticari Ceza Hukuku: Genel Kısım**, C: I, İstanbul, 1992.

ERMAN Sahir, **Şirketler Ceza Hukuku: Ticari Ceza Hukuku,** C: VII, İstanbul, 1993.

EVİK Ali Hakan, Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, Ankara, Seçkin, 2004.

EVİK Ali Hakan/EVİK Vesile Sonay, "İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXIII, sayı: 1–2, 2005, İstanbul, s. 3–56.

EVİK Ali Hakan/EVİK Vesile Sonay, "Kovuşturma Koşulu Olarak 'Yazılı Başvuru' ve Eleştirisi"**, Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı**, TCHD ve İstanbul Barosu Ortak Yayını, İstanbul, 2007, s. 371-389.

FELLMAN M, **Rechtliche Erfassung von Insidertransactiönen in der Schweiz, Zürich**, 1981.

FIORE Carlo, **Diritto Penale-Parte Generale**, Torino, Cedam.

GEZMİŞ Şeyma/BAŞARAN Mustafa, **6335 sayılı Kanunla değişik 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirketler Rehberi**, Bilge Yayınevi, Ankara 2012.

GUYENOT Jean, "İmtiyazlı Bilgilere Sahip Olabilen ve Bu Bilgileri Borsada Kullanabilen Şahıslar: Fransa'da İçeriden Öğrenen veya Insider Trading", (çev. Ö. Selçuk) **BATIDER**, Haziran, 1984, c. XII, No: 2-3, s. 99-122.

HOPT, K. J./WILL M.R., **Europaesches Insiderrecht**, Stutgart, 1978.

JENNINGS, R. W./MARSH, H.-COFFEE, J. C.: **Securities Regulations: Cases and Materials**, 7. baskı, Mineola-New York, Foundation Press, 1982.

KABAALİOĞLU Haluk, **Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi,** İstanbul, İktisadi, 1985.

KARATAŞ DURMUŞ Neslihan, "Ticaret Kanunu Kapsamındaki Şirket Toplulukları ve Bunların Vergi Hukuku Karşısındaki Durumları", **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, Sayı: 2015/2, Ankara.

KARSLI Muharrem, **Sermaye Piyasası Borsa Menkul Kıymetler**, İstanbul, y.y., 1989.

KESİCİ Emre, Bilgi Suiistimali Suçu. file:///Users/imac/Downloads/SSRN-id2876337.pdf, (Erişim Tarihi: 07.01.2019).

KILINÇ Kazım, **200 Soruda A'dan Z'ye Borsa**, 3. bs., İstanbul, Alfa, 1995.

KÜÇÜKSÖZEN Cemal, **Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi**, Ankara, SPK, 1999.

KOCASAKAL Ümit, "Ceza Hukukundaki Son Gelişmelerin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Etkisi", **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, TCHD ve Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Ortak Yayını, C: II, Ankara, 2008, s. 1005-1022.

Menkul Kıymetler ve Borsalarla İlgili Avrupa Topluluğu Düzenlemeleri, SPK, No: 85, Ankara, 1997.

Sermaye Piyasalarında Kamu Otoritesi ve Yatırımcıların Korunması, SPK Uluslararası Semineri, 31 Ekim-2 Kasım 1990, No: 16, SPK, Ankara, 1995, s.166 vd.

SHARPE William F./ALEXANDER Gordon J./BAİLEY Jeffery V, **Investments,** 5. baskı., Prentice Hall International Inc., y.y., t.y.

SUMER Ayşe, **Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat**, 2. bs., İstanbul, Alfa, 1999.

TANÖR Reha, **Türk Sermaye Piyasası: Halka Arz**, C: II, İstanbul, Beta, 2000.

TANÖR Reha, **Türk Sermaye Piyasası: Taraflar,** C. I, İstanbul, Beta, 1999.

TEKİNALP Ünal, "İçerden Öğrenenlerin Ticareti Sorunu", **İktisat ve Maliye Dergisi**, Aralık 1986, No: IX, s. 310-319.

TEKİNALP Ünal, **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları,** İstanbul, Es, 1982.

TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, **Açıklamalı Notlu ve Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat,** 10. bs., İstanbul, Beta, 2000.

TEZCANLI Meral, **Insider Trading and Market Manipulation,** İstanbul, İMKB.

TEZCANLI Meral, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Manipülasyonlar,** İstanbul, İMKB, 1996.

TİKVEŞ Özkan, **Bankalar Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu Şerhi,** İstanbul, Alfa, 1992.

TURANBOY Asuman, **Insider Muameleleri (Şirkete Ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı)**, Ankara, BTAE, 1990.

ÜNAL Oğuz K., **Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Aracı Kurumlar**, Menkul Ankara, Yaklaşım, 1997.

ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** C: I, 15. Baskı, Ankara, Adalet, 2019.

ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** C: II, 15. Baskı, Ankara, Adalet, 2019.

ÜNVER Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin, 2003.

YASAMAN Hamdi, **Menkul Kıymetler Borsası Hukuku**, İstanbul, y.y., 1992.

YILDIRIM Abdurrahman, **Borsanın ABC'si Ayılar, Boğalar ve Paranız**, İstanbul, Bilgi, 1990.

YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı,** Ankara, Seçkin, 2018.

YURTCAN Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku,** 15. Baskı, Ankara, Adalet, 2019.

YÜCE Ayşe, **An Examination Of An Emerging Stock Exchange: The Case Of Turkish Stock Market,** No: 39, Ankara, SPK, 1996.

ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul, Beta, 2016.

http://piyasarehberi.org/sozluk/bagli-ortaklik (Erişim Tarihi: 25.12.2018).

http://tdk.org.tr/tdksozluk/SOZBUL.ASP?KELIME=kullanmak&YENIARAMA=+++Ara+++&GeriDon=0&EskiSoz= (Erişim Tarihi: 28.12.2018).

http://tdk.org.tr/tdksozluk/SOZBUL.ASP?KELIME=kullanmak&YENIARAMA=+++Ara+++&GeriDon=0&EskiSoz= (Erişim Tarihi: 28.12.2018).

http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?submenuheader=-1 (Erişim Tarihi: 10.03.2013).

http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?submenuheader=-1 (Erişim Tarihi: 10.12.2018).

http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?submenuheader=-1 (Erişim Tarihi: 10.12.2018).

http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?submenuheader=-1 (Erişim Tarihi: 10.12.2018).

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c25eede856c61.32673350 (Erişim Tarihi: 28.12.2018).

http://www.terimleri.com/borsa/Ihracci.html (Erişim Tarihi: 25.12.2018).

https://www.encyclopedia.com/social-sciences-and-law/economics-business-and-labor/money-banking-and-investment/insider-trading (Erişim Tarihi: 10.24.2018).

https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/sermaye-piyasasi-kanunu-madde-gerekceleri/1/madde-105 (Erişim Tarihi: 10.12.2018).

www.spk.gov.tr/mevzuat/Doc/Spk01.doc (Erişim Tarihi: 09.02.2004).

http://www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 07.02.2019.)

http://www.zargan.com/goster.asp?DisplayLang=1&dil=2&sozcuk=%FDNS%DDDER&imageField.x=73&imageField.y=11 (Erişim Tarihi: 23.12.2018).

https://www.ziraatyatirim.com.tr/documents/sermaye%20araclari%20borsa%20ve%20piyasa%20bilgileri.pdf (Erişim Tarihi: 27.12.2018).

CEZA HUKUKUNDA ŞAHISTA HATA VE HEDEFTE SAPMA

Dr. Öğr. Üyesi Reşit KARAASLAN[*]

Öz: Şahısta hata ve hedefte sapma iki yakın kavram olmakla birlikte, hukuki sonuç bakımından birbirlerinden önemli ölçüde ayrılmaktadırlar. Zira hedefte sapma, şahısta hatadan farklı olarak, failin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Ne var ki bu iki kavramı birbirinden ayıran sınırın ne şekilde belirleneceği, bugüne kadar birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Çalışmada öncelikle bu noktaya ilişkin görüşler incelenecektir. Ancak bu hususa dair açıklamalar, yanıtlanmaya çalışılacak diğer sorular için yalnızca bir çıkış noktası oluşturacaktır; zira çalışma esas olarak şahısta hata ve hedefte sapmaya ilişkin özel durumları incelemeyi amaçlamaktadır. Buna örnek olarak da, iştirak halinde işlenen suçlarda failin şahısta hataya düşmesinin veya hedefte sapmanın meydana gelmesinin diğer suç ortaklarının ceza sorumluluğuna nasıl etki edeceği verilebilir. Meşru müdafaa halinde işlenen eylemlerde ve haksız tahrik altında işlenen suçlarda bu kavramların nasıl etki doğuracağı ele alınacak diğer bir konudur. Failin mağduru görmediği olaylarda, örneğin belli bir mesafeden işlenen suçlarda, neticenin failin tasavvur ettiği kişi üzerinde değil, başka birinin üzerinde gerçekleşmesi hali de incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Hata, şahısta hata, sapma, hedefte sapma, tek neticeli sapma, çok neticeli sapma

[*] Makale Gönderim Tarihi: 10.09.2019. Makale Kabul Tarihi: 22.10.2019.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı (ORCID: 0000-0003-2931-4284; *resitkaraaslan@anadolu.edu.tr*).

ERROR IN PERSONA AND ABERRATIO ICTUS IN CRIMINAL LAW

Abstract: Although mistake in identity (*error in persona*) and mistake in the blow (*aberratio ictus*) are two closely interrelated concepts they diverge from each other in terms of legal consequences to a considerable extent. Because mistake in the blow, as different from mistaken identity, is taken into consideration in determining the criminal liability of the perpetrator. However, the question of how to determine the demarcation line between these two concepts brought along many discussions up to today. In this study, we will first examine the views on this issue. However, these explanations will only constitute a starting point for the discussion of other questions that we will try to answer in this study, because it mainly aims at examining the special cases related to mistake in identity and mistake in the blow. As an example for this, we may mention how the mistake in identity of the perpetrator or his/her mistake in the blow would affect the criminal liability of other persons as far as collective crimes are concerned. Another issue to be addressed is what kind of an impact these two concepts would give rise to as far as crimes committed in the state of self-defense and under unjust provocation is concerned. We will also examine the incidents where the perpetrator has not seen the victim, for example the crimes committed from a definite distance and the consequences of the crime occurs not on the person intended by the perpetrator but another person.

Keywords: Mistake, mistake in identity, blow, mistake in the blow, aberrance at one result (one result-aberrance), aberrance at multiple results (multiple results-aberrance).

GİRİŞ

(B)'yi öldürmek isteyen (A)'nın karanlıkta (C)'yi (B) zannetmesi ve bu sebeple (C)'yi öldürmesi şeklinde örneklendirilebilecek şahısta hata (*error in persona*) ve (A)'nın (B)'ye ateş ederken elinin titremesi sonucu (C)'yi öldürmesinin örnek olarak sunulabileceği hedefte sapma (*aberratio ictus*), suç genel teorisinin temel konularındandır. Bu sebeple her ders kitabında, eserin hacminden bağımsız olarak, konuya ilişkin açıklamalar bulmak hiç de şaşırtıcı değildir. Şaşırtıcı olan, şahısta hatanın ve hedefte sapmanın suç genel teorisinin diğer konularına kıyasla üzerinde göreceli olarak görüş birliğinin sağlandığı ender iki kavram olmasıdır. Gerçekten de, bunların aynı şey olduğunu ifade eden çok az sayıdaki yazar[1] bir kena-

---

1 FRISTER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2008, § 16 StGB kn. 55 vd.; HEUCHEMER Michael, "Zur funktionelen Revision der Lehre vom konkreten Vorsatz: Methodische und dogmatische Überlegungen zur aberratio ictus",

ra bırakılırsa, gerek Türk[2] gerekse de Alman[3] öğretisindeki mutlak baskın

---

in: **Juristische Arbeitsblätter (JA)**, 2005, s. 277 vd.; PUPPE Ingeborg, in: **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch** (NK-StGB), 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017, § 16 StGB kn. 95 vd.; RUDOLPHI Hans-Joachim/STEIN Ulrich, in: **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch** (SK-StGB), Loseblattsammlung, Carl Heymanns, Köln, § 16 StGB kn. 32.

2 AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 372 vd.; ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN M. Emin/ÇAKIR Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 564 vd.; CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016, s. 433 vd.; DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 437 vd.; DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku – Genel Kısım, Cilt II**, 14. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2019, kn. 652 vd., 667 vd.; HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 301; HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 466 vd., 473 vd.; İÇEL Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016, s. 476 vd.; KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 257 vd.; MAHMUTOĞLU Fatih Selami/KARADENİZ Serra, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017, s. 686 vd.; ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 422 vd., 433 vd.; ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 466 vd.; ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, kn. 582 vd., 584 vd.; SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 455, 457 vd.; TOROSLU Nevzat/TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 23. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 270 vd.; ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 6. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016, s. 276 vd.

3 BAUMANN Jürgen/WEBER Ulrich/MITSCH Wolfgang/EISELE Jörg, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 12. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; GAEDE Karsten, in: Matt, Holger/Renzikowski, Joachim, **Strafgesetzbuch Kommentar** (Matt/Renzikowski-StGB), 1. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2013, § 16 StGB kn. 22 vd.; HEINRICH Bernd, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, Ünver, Yener (Editör), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, kn. 1099 vd., 1105 vd.; JAKOBS Günther, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre – Lehrbuch**, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1993, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK Hans-Heinrich/WEIGEND Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin, 1996, s. 311 vd.; JOECKS Wolfgang, in: **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch** (MüKo-StGB), 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2017, § 16 StGB kn. 97 vd.; KÜHL Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, Verlag Vahlen, München, 2017, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; OTTO Harro, **Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre**, 7. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2004, § 7 kn. 94 vd.; ROXIN Claus,

görüş, şahısta hata ile hedefte sapmanın aynı şeyler olmadığı hususunda hemfikirdir: Şahısta hatanın failin ceza sorumluluğuna herhangi bir etkisi mevcut değildir. (A), (C)'ye karşı işlediği kasten adam öldürme suçundan cezalandırılacaktır. Hedefte sapmada ise (A)'nın (B)'ye karşı kasten işlediği bir suç ve (A)'nın (C)'ye karşı taksirle işlediği bir başka suç olmak üzere iki ayrı suç mevcuttur. Mutlak baskın görüşün kendi içinde fikir ayrılığı yaşadığı ender noktalardan biri de burada ortaya çıkmaktadır. Bir görüş gerçek içtima kurallarının[4] diğer bir görüş ise fikri içtima kurallarının[5] uygulanmasını istemektedir.

Buraya kadar ki açıklamalar şu şekilde anlaşılmaya müsaittir: Bu çalışmada hedefte sapma ve içtima hükümleri ele alınacaktır; zira tartışmalı olan husus budur. Ancak bu çıkarım eksik kalacaktır. Pek tabi ki, içtima hususuna değinilecek olmakla birlikte, çalışmanın diğer bir temel amacı şahısta hata

---

Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.; STERNBERG-LIEBEN Detlev/SCHUSTER Frank, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, **Strafgesetzbuch Kommentar** (S/S-StGB), 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2019, § 15 StGB kn. 57, 59 vd.; VOGEL Joachim, in: **Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch** (LK-StGB), 12. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2007, § 16 StGB kn. 74 vd.; WESSELS Johannes/BEULKE Werner/SATZGER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau**, 44. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 2014, kn. 250 vd.

4 DÖNMEZER/ERMAN, kn. 667; ERMAN Ragıp Barış, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 93; EROĞLU Fulya, "Sapma Kavramı ve Türk Ceza Hukukunda Sapma Halinde Uygulanacak Hükümler", in: **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi** – Özel Sayı: Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, Yıl 2012, Cilt IX, Sayı, 2, s. 654 vd.; KAŞIKARA M. Serhat, "Türk Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma", in: **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Temmuz 2010, Yıl 1, Sayı 2, s. 364 vd.; SOYASLAN, s. 458 vd. TOROSLU/TOROSLU, s. 273 vd. Tek neticeli sapma halinde hata hükümlerinin dolayısıyla fikri içtima kurallarının buna karşın çok neticeli sapma halinde ise gerçek içtima kurallarının uygulanmasını isteyen, bu yapılırken de somut olayda eşdeğerliliğin olup olmamasına göre ayrım yapılmasını isteyen görüş için DEMİRBAŞ, s. 438 vd.; HAKERİ, s. 474 vd.; İÇEL, s. 476 vd.; ayrıca kıyaslayınız CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 435 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 434 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM, kn. 587; ZAFER, s. 277 vd.

5 AKBULUT, s. 373; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 739 vd.; DEĞİRMENCİ Olgun, "Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı Ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, in: **Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)**, Yıl 2014, Sayı, 110, s. 136; GÖKTÜRK Neslihan, "Türk Hukuku'nda Suçların İçtiması", in: **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (CHKD)**, Cilt 2, Sayı 1-2, Yıl 2014, s. 58 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 259, 547; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1111 vd.; ÖZGENÇ, s. 633 vd.

ve hedefte sapmaya ilişkin özellik arz eden olayları incelemektir. Zira her ne kadar baskın görüş, içtima meselesi bir kenara bırakılacak olursa, kavramlar üzerinde hemfikir gibi görünse de, detaylara inildikçe görülecektir ki, baskın görüşün kendi içinde ayrıştığı birçok nokta mevcuttur. Gerçekten de fikir ayrılıkları, nitelikli hallerde hata ile şahısta hatanın veya hedefte sapmanın aynı anda mevcut olması ihtimali gibi oldukça temel bir konuda dahi gün yüzüne çıkmaktadır. Benzer şekilde meşru savunma, haksız tahrik, sebebinde serbest hareket gibi kavramların şahısta hata veya hedefte sapma terimleriyle yan yana gelmesi halinde de fikir ayrışmalarının olduğu görülmektedir. Keza failin mağduru görmediği, suçun yüz yüze işlenmediği olaylarda hem şahısta hatanın hem de hedefte sapmanın kabulünü haklı kılacak argümanları, baskın görüşün temel çıkış noktası kabul edilse dahi, bulmak mümkündür. Yine iştirak halinde işlenen suçlarda failin şahısta hataya düşmesinin veya somut olayda hedefte sapmanın meydana gelmesinin diğer suç ortağının ceza sorumluluğuna nasıl etki edeceği, baskın görüşe dahi yazarların farklı şekilde cevaplandırdığı bir sorudur.

Çalışmada öncelikle şahısta hata ve hedefte sapma kavramlarına dair açıklamalar yapılacaktır. Daha sonra ise özellik arz eden durumlar incelenecektir.

I. KAVRAM OLARAK ŞAHISTA HATA – HEDEFTE SAPMA

Haksızlık ve kusur kavramını esas alan, kastı ve taksiri kusurluluğun değil, haksızlığın gerçekleştiriliş biçimi olarak kabul eden 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun sistematiğine uygun olarak[6] fiili hata (*error facti*) - hukuki hata (*error iuris*) ayrımının[7] reddedilmesinden sonra[8], ceza hukukunda hatanın genel olarak iki şekilde ortaya çıktığı kabul edilmektedir: Fail, ya işlediği fiili cezalandıran bir kuralın bulunduğu konusunda bilgi sahibi değildir, bu durumda yasak yanılgısından bahsedilir ya da suçu oluşturan maddi unsurlarda bir hataya düşer, söz konusu durumda da tipte yanılgıdan söz edilir[9]. TCK m. 30 sistematiği çerçevesinde bu ayrıma önemli sonuçlar da

---

6 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 85 vd.; ÖZGENÇ, s. 153 vd., 168 vd.

7 Fiili hata – hukuki hata ayrımına ilişkin detaylar için ERMAN, s. 8 vd.

8 ÖZTÜRK/ERDEM, kn. 577 dn. 766.

9 DÖNMEZER/ERMAN, kn. 641 vd.; ROXIN, § 12 kn. 100 vd.

bağlanmaktadır: Yasak yanılgısı kusurluluğa etki etmekte, tipte yanılgı ise kastı ortadan kaldırmaktadır. Gerçekten de suçun maddi unsurlarında hata (TCK m. 30/1), suçun nitelikli unsurlarında (TCK m. 30/2) hata ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata (TCK m. 30/3, TCK m. 30/1), kastı kaldıran hatadır. Buna karşın kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hata (TCK m. 30/3) ile yasak yanılgısı (TCK m. 30/4), kusurluluğu etkileyen hata şekilleridir[10].

1. Suçun Maddi Konusunda Yanılma (*Error In Persona Vel In Objecto*)

Tipte yanılgı (TCK m. 30/1), kanunun deyimiyle "*suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlara*", yani tipikliğin objektif nitelikteki unsurlarına ilişkin yanılgıdır. Suçun haksızlığını karakterize eden suçun konusu, fail ve mağdur, fiil, netice, nedensellik bağı gibi hususlarda failin içine düştüğü yanlış tasavvur, hukuk uygulayıcısını, failin kastının bulunmadığı sonucuna ulaştıracaktır[11]. Ancak yine kanunun deyimiyle "*bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır*." Dolayısıyla unsur yanılgısının kastı ortadan kaldırması başka bir husustur, kişinin işlediği eylemin hiçbir şekilde haksızlık oluşturmadığını belirtmek ayrı bir husustur. Zira unsur yanılgısına düşen failin kasttan doğan herhangi bir ceza sorumluluğunun bulunmadığının kabul edilebilmesi, failin zihninden geçirdikleri gerçeğe uygun olsaydı işlediği fiil suç teşkil etmeyecekti denilebilmesine bağlıdır[12]. Buna karşın, yani kastın olmadığı yönünde karar verildikten sonra, ikinci aşamada yapılacak değerlendirme sonucu, failin gereken dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle hataya düştüğü yönünde karar verilebiliyorsa, diğer bir ifadeyle kişinin somut olayın durumuna, bilgi ve yaşam deneyimlerine göre yanılgıya düşmemek için gerekli bilgiyi elde etmek konusunda yeterli çabayı göstermediği kabul edilebiliyorsa, failin taksirle hareket ettiği kabul edilecektir. Bu sayede failin taksirli eyleminden cezalandırılması söz konusu olacaktır. Bu ise pek tabi ki,

---

10 AKBULUT, s. 367 vd., 538 vd., 547 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 560 vd., 576 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 253 vd., 368 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 671 vd., 675, 676 vd., 711 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 420 vd., 422 vd., 428 vd., 437 vd.; ÖZGENÇ, s. 463 vd., 474 vd.; ZAFER, s. 264 vd.

11 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 255 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 676.

12 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 256; ÖZGENÇ, s. 463.

söz konusu eylemin taksirle de işlenebilen suç tiplerinden biri olması halinde söz konusu olacaktır[13].

Bu açıklamalar özellikle şahısta hata kavramı için önemlidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere suçun konusu tipikliğe dâhildir ve fail suçun konusu üzerinde hataya düşebilir[14]. Hukuk terminolojisinde buna "*error in persona vel in objecto*" denilmektedir. Burada yer alan "*vel*" sözcüğü "*ya da*" anlamına gelmektedir[15]. Dolayısıyla suçun konusunda düşülen hata, şahıs (mağdur) hakkında olabileceği gibi (şahısta hata = *error in persona*), eşya/nesne üzerinde de olabilir (eşyada/nesnede hata = *error in objecto*)[16]. Konu üzerinde hata somut olayda hangi şekilde ortaya çıkarsa çıksın, failin ceza sorumluluğunun belirlenmesi, yapılacak incelemede değerlendirilmeye alınacak suç tipinin değişip değişmediğine göre belirlenecektir. İşte öğretide sıklıkla başvurulan "*gerçekleştirilmek istenen sonuç ile gerçekleşen sonucun eşdeğerliliği*" kavramı[17] ile anlatılmak istenen husus budur. Suçun konusunda düşülen hatada, eşdeğerli hukuki menfaatler mevcut ise hata, failin ceza

---

13 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 568 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 644 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 261; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 679 vd.; ÖZGENÇ, s. 465. Bu bağlamda TCK m. 30'un gerekçesinde yer alan "*avcının çalılığın arkasında kıpırdayan bir insanı hayvan zannederek vurması örneğinde avcının kasten hareket etmemektedir*" ifadesi doğru ise de, unutulmaması gereken husus taksirle sorumluluğun söz konusu olabilmesi, ihtimal dâhilindedir.

14 Kendiliğinden anlaşılmakla birlikte, yine de belirtilmesi gereken husus, şahısta hatanın yalnızca kasten işlenen suçlarda söz konusu olacağıdır. Taksirli suçlarda şahısta hatadan bahsetmek mümkün değildir, ROXIN, § 12 kn. 193 vd.

15 HEUSER Martin, "Aberratio ictus als error in persona vel in objecto in der Sphäre des § 16 Abs. 1 StGB (!) – Anmerkungen zur Begriffsbildung und Unterscheidungsfähigkeit strafrechtlicher Irrtumsdogmatik", in: **Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)**, Jahr 2019, Heft 3, s. 182.

16 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 564; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257 vd.

17 AKBULUT, s. 372 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 564 vd.; BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 433 vd.; DEMİRBAŞ, s. 437 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 652 vd.; 667 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HAKERİ, s. 466 vd.; 473 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; İÇEL, s. 476 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 686 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 422 vd., 433 vd.; ÖZGENÇ, s. 466 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 582 vd., 584 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57, 59 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.; ZAFER, s. 276 vd.

sorumluluğunu etkilemeyecektir. Yani, kural olarak kastı kaldıran unsur yanılgısının bir çeşidi olsa da, eğer ki eşdeğerlilik mevcut ise, suçun maddi konusunda hata önemsiz kabul edilir ve kastı kaldırmaz. Buna karşın eşdeğerli hukuki menfaatler mevcut değil ise, fail hatasından yararlanır. Diğer bir ifadeyle eşdeğerliliğin olmaması halinde, suçun maddi konusunda hata, failin kastını kaldırır. Buradan da anlaşılacağı üzere, suçun maddi konusunda yanılma iki şekilde ortaya çıkabilir: Failin tasavvuruna göre var sandığı konu ile gerçekte var olan konu birbiriyle eşdeğer olabileceği gibi, bunlar nitelik açısından farklı da olabilir[18].

A. Eşdeğerliliğin Olduğu Durumlar

(A), (B)'nin elinde bulunan bir kutuda para ve diğer kıymetli eşyaların olduğunu düşünmektedir. (A) bir şekilde kutuyu (B)'den çalar ve kayıplara karışır. Daha sonra büyük bir heyecanla kutuyu açan (A), kutunun içinde para ve diğer kıymetli eşyaların yerine birkaç parça ucuz çikolata bulur (*örnek 1*)[19]. Bu örnekte (A)'nın içine düştüğü hata, eşyada hatadır (*error in objecto*). Gerek (A)'nın bulmayı umut ettiği para ve diğer kıymetli eşyalar gerekse de çikolata, TCK m. 141 kapsamında "*başkasına ait taşınır bir mal*" olduğuna göre, gerçekleştirilmek istenen sonuç (para ve diğer kıymetli eşyaların "*alınması*") ile gerçekleşen sonuç (ucuz çikolataların "*alınması*") eşdeğerdir[20]. Bu nedenle (A)'nın içine düştüğü hata, kastı kaldırmayan hatadır[21],[22]

---

18 ERMAN, s. 82 vd.

19 Örnek için kıyaslayınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 258 dn. 688.

20 (A)'nın içine düşmüş olduğu suçun nitelikli halinde hatadan faydalanıp faydalanamayacağı ise başka bir sorudur. Bu noktayla ilgili detaylı açıklamalar çalışmanın ilerleyen bölümlerinde etraflıca verilecektir.

21 Aynı sonuç KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 258 dn. 688.

22 Bu örnek aynı zamanda suçun maddi konusunda yanılmanın, unsur yanılgısı çerçevesinde verilen diğer örnekler ile hangi noktada ayrıldığının anlaşılabilmesi için de uygundur. Bilindiği üzere suçun maddi unsurları deskriptif (betimleyici, tanımlanabilir) ve normatif (değerlendirilebilir) şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Buna göre duyu organları ile algılanabilen, özel hukuki bir değerlendirmeyi gerektirmeyen *mal* (TCK m. 141), deskriptif bir unsur iken; bir norm yardımıyla içi doldurulabilen *başkasına ait olma* ve *zilyetlik* (TCK m. 141) gibi hususlar ise normatiftir, KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 256; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 677 vd. Bu gibi normatif unsurlar ile kanun koyucu özel hukuk normlarına gönderme yapmaktadır. Dolayısıyla failin eyleminin hırsızlık suçunu oluşturup oluşturmadığı incelenirken, malın başkasına aidiyetinin normatif bir unsur olması dolayısıyla, hâkim

Bu örnek üzerinden gidildiğinde, neden (B)'yi öldürmek isteyen (A)'nın karanlıkta (C)'yi (B) zannetmesi ve bu sebeple (C)'yi öldürmesi örneğinde de (*örnek 2*), (A)'nın kasten adam öldürmeden sorumlu tutulacağı rahat bir şekilde anlaşılmaktadır; zira eşdeğerliliğin bulunduğu şahısta hatanın (*error in persona*) söz konusu olduğu bu olayda, göz önünde bulundurulması gereken husus TCK m. 81'in herkesin yaşam hakkını aynı şekilde koruduğudur[23].

Bu noktada altı çizilmesi gereken önemli husus şudur: Suçun maddi konusunda yanılmanın kabul edildiği bu örneklerde, ortada teşebbüs aşamasında kalmış ilk suç – (A)'nın (B)'den içinde para ve diğer kıymetli eşyaların bulunduğu kutuyu çalamaması ve (A)'nın (B)'yi öldürememesi – ve de tamamlanmış ikinci suç – (A)'nın (B)'den içinde ucuz çikolata bulunan kutuyu çalması ve (A)'nın (C)'yi öldürmesi – olmak üzere iki ayrı suç bulunmamaktadır. Tek fiile bağlı – menkul malın alınması, kasten adam öldürmeye yönelik hareket – olarak doğmuş tek netice – mal üzerinde fiili hâkimiyetin

---

medeni hukukun konuya ilişkin düzenlemelerini dikkate alır. Böylece kanun koyucunun örneğin paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde de hırsızlık suçunun işlenebileceğini ayrıca belirtmesine gerek kalmamaktadır; zira failin bu mallar üzerinde tek başına tasarrufta bulunabilme yetkisine sahip olmadığını medeni hukuk normları düzenlemektedir. Yine bir kişinin kendi malını çalamayacağının da ayrıca belirtilmesine ihtiyaç duyulmamaktadır, KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 525. Bu nedenle (A)'nın vestiyerden kendi malı zannederek (B)'ye ait paltoyu alması durumunda, (A) suçun maddi konusunda hataya değil, malın aidiyeti üzerinde hataya düşmüştür. Aidiyet üzerine hata ile suçun konusu üzerinde hata arasındaki farkta tam bu noktada ortaya çıkmaktadır. *Örnek 1*'de (A)'nın içine düştüğü hata kastı kaldırmayan hata iken, (A)'nın malı kendisine ait zannetmesi sebebiyle alması halinde ise, hata kastı kaldıran hata olarak değerlendirilmektedir. Buna karşın (A), malın kendisine ait olmadığını bilmekte, ancak çaldığı malın (B)'ye ait olduğunu zannetmekte buna karşın mal gerçekte (C)'ye ait ise, burada artık sadece normatif unsurlarda hata söz konusu olacaktır; zira (A), malın başkasına ait olduğunu bilmekte, yalnızca malın gerçek sahibi hususunda hataya düşmektedir. Bu hata ise hırsızlık suçunun normatif unsurları bakımından esaslı bir hata değildir. Hukuki sonuçları bakımından bu örnekte (A)'nın sorumluluğu, suçun maddi konusunda hataya düşen (A) ile aynı şekilde belirlenmekte ise de, fark edileceği üzere bu sonuca farklı bir gerekçe ile ulaşılmaktadır.

23 AKBULUT, s. 372 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 564 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 433 vd.; DEMİRBAŞ, s. 437 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 652 vd.; 667 vd.; HAKERİ, s. 466 vd.; 473 vd.; İÇEL, s. 476 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 686 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 422 vd., 433 vd.; ÖZGENÇ, s. 466 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 582 vd., 584 vd.; ZAFER, s. 276 vd.

kurulması, bir insanın öldürmesi – sonucu tek suç – hırsızlık, kasten adam öldürme – mevcuttur. Dolayısıyla (A), (B)'ye karşı yalnızca tamamlanmış hırsızlık suçundan dolayı cezalandırılacaktır (*örnek 1*). (A), (C)'ye karşı kasten adam öldürme suçundan[24] dolayı cezalandırılacaktır. (A)'nın (B)'ye karşı kasten adam öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılması söz konusu değildir (*örnek 2*)[25].[26]

B. Eşdeğerliliğin Olmadığı Durumlar

Gerçekleştirilmek istenen sonuç ile gerçekleşen sonucun farklı nitelikle olması halinde ise, yani eşdeğerliliğin olmadığı durumlarda ise, failin ceza sorumluluğunun kabul edilebilmesi iki şartın aynı anda birlikte var olmasına bağlıdır: 1. Failin gereken dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle hataya düştüğü yönünde karar verilebiliyor olması ve dolayısıyla failin taksirden kaynaklanan sorumluluğunun kabul edilebiliyor olması. 2. Söz konusu eylemin taksirle de işlenebilen suç tiplerinden biri olması. Bu açıklamayı çeşitli örnekler üzerinden somutlaştırmak mümkündür.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelen olayda, "*sincaplarla ilgili olarak daha önceden meydana gelmiş olan olayların etkisinde olan ve eve yorgun gelen, aydınlık olan dış ortamdan karanlık ortama geçen*" (A), pencerenin önünde hareket eden canlıyı sincap zannetmiş ve av tüfeği ile vurmuştur. Ancak ne var ki, hareket eden canlı bir sincap değil, (A)'nın kardeşi olan (B)'dir. (B) av tüfeğinden çıkan saçmalar sonucu yaşamını yitirmiştir (*örnek 3*). Bu örnekte (A)'nın suçun maddi konusunda hataya düştüğü

---

24 (C) sadece yaralanmış olsaydı, (A)'nın sorumluluğu kasten adam öldürmeye teşebbüsten suçundan doğacaktı. Bu açıklama diğer ihtimaller için de geçerlidir, BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 87.

25 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57, 59 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.

26 Şahısta hata ve eşdeğerlilik kavramlarının yan yana geldiği başka örnekler de düşünmek pekâlâ mümkündür. Örneğin, bir kahvehanede arkası dönükken kendisine küfreden kişinin kimliği konusunda yanılarak asıl küfredenin yanındaki kişiye tokat atan fail, şahısta hataya düşmüştür. Bu örnekte, failin örneğin haksız tahrikten yararlanıp yararlanmayacağı ise, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıca ele alınacaktır.

ve olayda bir eşdeğerlilik olmadığı açıktır. Yukarıda yapılan açıklamalarla uyumlu olarak, Yargıtay öncelikle TCK m. 30/1'e atıf yapmış ve (A)'nın suç kastının olmadığını belirlemiştir. Ancak insan öldürmenin taksirli halinin de Kanun'da suç olarak kabul edilmesi karşısında ve de (A)'nın gereken dikkat ve özeni göstermemesi sebebiyle, kendisine taksirden doğan sorumluluğun sübjektif olarak isnat edilebiliyor olması karşısında, (A)'nın kardeşi (B)'yi taksirle öldürmeden dolayı sorumlu olacağını belirtmiştir[27].

---

27 YCGK, 15.07.2008, E: 2008/1-150, K: 2008/92: "*Kast, 5237 sayılı Yasa sisteminde kişi ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir. Bu sistemde; sadece hareket ve neticenin değil, suçun kanuni tanımındaki tüm maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi kastın varlığı için zorunludur. Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde ise olası kasttan söz edilebilir. Kural olarak, suçlar ancak kasten işlenebilir. Buna karşılık; 5237 sayılı Yasanın 30. maddesinin 1. fıkrasında yer alan; "Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır." şeklindeki düzenleme suçun maddi unsurlarına ilişkin bilgisizliği, eksik veya yanlış bilgiyi ifade eder. Fail suçun tanımındaki tüm maddi unsurları bilmelidir. Failin bilmesiyle gerçek arasında bir çelişki, uyumsuzluk varsa burada hata vardır. Bu hata suça ilişkin kastı ortadan kaldırır. Ancak, bu kişi gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa idi, böyle bir netice ile karşılaşılmazdı şeklinde bir yargıya ulaşılabiliyorsa, taksirle işlenmiş bir haksızlık söz konusu olur. Bu haksızlık kanunda suç olarak tanımlanmışsa, fail taksirle sorumluluğundan cezalandırılır. Somut olayda, sanık kardeşini sincap zannederek ona ateş etmiş ve onu öldürmüştür. Bu durumda, kasten öldürme suçunun konusu insan olduğundan, suçun maddi unsurlarından olan suç konusunda yanılgıya düşen sanığın suç kastı ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla kasten öldürme veya olası kastla öldürme suçlarından cezalandırılamayacaktır. Kural olarak suçların ancak kastla işlenebileceği yukarıda belirtilmişti. Yasada açıkça gösterilen durumlarda ise taksirle de suç işlenebilir. Bir suçun tanımında kasten veya taksirle işlenebileceği gösterilmemişse o suç sadece kasten işlenebilir. Taksirin tanımı Yasanın 22/2. maddesinde yapılmıştır. Buna göre; "Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir." Bu durumda, taksirli suçlarda gerçekleştirilen haksızlıklarda da fail iradi davranmakta, ancak, hukuken önem taşımayan bir neticeyi öngörürken, hukuken önem taşıyan başka bir neticenin meydana gelmesine neden olmaktadır. Öngörülemeyen bu neticenin meydana gelmesine failin objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sebep olur. Yani, taksirli suçun haksızlık unsurunu, dikkat ve özen yükümlüğünün ihlali oluşturmaktadır. 5237 sayılı Yasanın getirdiği sistemde, taksirli haksızlıktan dolayı sorumluluk için fail kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak var olan dikkat, özen yükümlüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır. Burada, ortalama bir insan ve sair ölçü olarak alınmaz. Failin kendi içinde bulunduğu durum ve kişisel özellikleri dikkate alınmalıdır. Taksirli haksızlıkta fail, suçun kanuni tanımındaki neticenin gerçekleşmesini öngör-*

(A), (B)'yi öldürmek amacıyla gece vakti (B)'nin evinin bahçesine girer. (A) bahçede gördüğü karartıyı (B) zannederek ona doğru ateş eder. Ne var ki gerçekte (A)'nın gördüğü karartı (B)'ye ait değerli bir heykelden başka bir şey değildir (*örnek 4*)[28]. Bu örnekte de (A)'nın suçun maddi konusunda hataya düştüğü ve olayda bir eşdeğerlilik olmadığı açıktır. Ancak *örnek 3*'ten farklı olarak, (A)'nın ceza sorumluluğu söz konusu olmayacaktır[29]; zira mala zarar verme suçu (TCK m. 151/1) yalnızca kasten işlenen bir suçtur, (A) ise bir mala zarar vermeyi değil, (B)'yi öldürmeyi istemiştir.

Örnek 4'te soru işaretlerine neden olabilecek tek nokta, (A)'nın (B)'yi öldürmeye teşebbüsten neden cezalandırılmadığıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Suçun maddi konusunda hata (*error in persona vel in objecto*), hedefte sapmadan (*aberratio ictus*) farklı olarak, her zaman tek bir neticenin meydana geldiği durumdur. Dolayısıyla suçun maddi konusundaki hatada yalnızca meydana gelen tek neticeden dolayı failin ceza sorumluluğu doğmaktadır. Oysaki hedefte sapmada, ilk suç ile arzulanan ve ikinci suç ile gerçekte meydana gelen; biri teşebbüs aşamasında kalmış diğeri ise neticelenmiş iki ayrı suç mevcuttur[30].

Bu noktada *örnek 4*'te niçin Türk Hukukunda (A)'nın kasten adam öl-

---

memiştir. Ancak, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmemiş olsaydı, bu neticeyi öngörebilirdi, şeklinde bir yargıya varmamız durumunda, failin kusurunun varlığı sonucuna ulaşmaktayız. Somut olaya dönüldüğünde; pencerenin önünde hareket eden cismin sincap olduğunu zannederek ateş ettiği kabul edilen sanığın eylemi sırasında; suçun konusu ile ilgili olarak hataya düşmesi nedeniyle doğrudan kastla, orada bir insan olduğunu öngörmediği kanaati hâsıl olduğundan da olası kast veya bilinçli taksirle hareket ettiği söylenemez. Buna karşılık; sanık, gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa idi ya da başka bir deyişle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmemiş olsaydı kardeşinin ölümü şeklinde gerçekleşen neticeyi öngörebilirdi. Şu durumda; yorgun olarak eve gelip, aydınlık olan dış ortamdan karanlık olan ev ortamına giren sanığın, sincaplarla ilgili olarak daha önceden meydana gelmiş olan olayların da etkisiyle, pencerenin önünde hareket eden canlıyı sincap zannedip, gerekli dikkat ve özeni göstermeden av tüfeği ile ateş etmek suretiyle pencerenin önünde bulunan kardeşini vurmaktan ibaret eylemi, 5237 sayılı Yasa yönünden taksirle öldürme suçunu oluşturacağından Yerel Mahkemenin direnme kararı yerinde değildir."

28 Kıyaslayınız HEINRICH, kn. 1099; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 688.

29 Konut dokunulmazlığını ihlal suçundan (TCK m. 116/1) doğan sorumluluk saklıdır.

30 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57, 59 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.

dürmeye teşebbüsten cezalandırılmadığı[31] buna karşın Alman Hukukunda ise farklı sonuca ulaşıldığı[32] da cevaplanmalıdır. Diğer bir ifadeyle Türk Hukuku[33] gibi şahısta hata ile hedefte sapmanın aynı şeyler olmadığını kabul eden Alman Hukukunda[34], *örnek 4*'te Türk Hukukundan farklı olarak (A)'nın neden kasten adam öldürmeye teşebbüsten cezalandırıldığı açıklanmalıdır. Alman Ceza Kanunu (*StGB*) elverişsiz teşebbüsü cezalandırmaktadır[35]. Gerçekten de, söz konusu Kanun'un 22. paragrafında, teşebbüs, suçun elverişli hareketlerle işlenmeye başlanıp başlanmadığına bakılmaksızın, sübjektif bir yorum tarzıyla kaleme alınmış ve kendi tasavvuruna göre tipin gerçekleşmesi için eyleme başlayan failin teşebbüsten cezalandırılacağı belirtilmiştir. Kanun'un 23. paragrafının 3. fıkrası ise elverişsiz teşebbüste failin cezasının indirilebileceğini veya tamamen kaldırılabileceğini hükme bağlamıştır[36]. TCK m. 35/1 ise, failin teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi için

---

31 Bakınız MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 688.

32 Bakınız HEINRICH, kn. 1101.

33 AKBULUT, s. 372 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 564 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 433 vd.; DEMİRBAŞ, s. 437 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 652 vd.; 667 vd.; HAKERİ, s. 466 vd.; 473 vd.; İÇEL, s. 476 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 686 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 422 vd., 433 vd.; ÖZGENÇ, s. 466 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 582 vd., 584 vd.; ZAFER, s. 276 vd.

34 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57, 59 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.

35 Detaylar için HEINRICH, Bernd, **Ceza Hukuku Genel Kısım II**, Ünver, Yener (Editör), Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, kn. 667 vd.; ROXIN Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II**, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2003, § 29 kn. 346 vd.

36 § 22 StGB: "*Her kim, fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre, suç tipinin gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icraya baslarsa, suç islemeye teşebbüs etmiş sayılır.*" § 23 StGB: "*(1) Bir cürüme teşebbüs daima cezalandırılır; bir cünhaya teşebbüs, ancak kanunda açıkça belirtildiği takdirde cezalandırılır. (2) Teşebbüs, tamamlanmış olan suçtan daha hafif cezalandırılabilir. (3) Fail ağır bir bilgi ve anlama hatası yapması nedeniyle, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan vasıtaların cinsinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak etmemişse, mahkeme ceza vermekten vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirebilir, § 49/2.*" (Çeviri için YENİSEY Feridun/PLAGEMANN Gottfried, **Alman Ceza Kanunu**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 20 vd.).

eylemin elverişli hareketlerle gerçekleştirilmesini şart koşmaktadır. Dolayısıyla elverişsiz teşebbüsü cezalandırmayan, objektif sistemi kabul eden TCK sistematiğinde, *örnek 4*'te konu yokluğundan hareket etmek ve failin herhangi bir ceza sorumluluğunun doğmadığını kabul etmek uygun olacaktır[37].[38]

Bu sonuç verilen örneklerin tersi durumları için de geçerlidir: (A) bir gece, komşusu (B)'nin geceleri sürekli havlayan saf kan Alman kurdu köpeğini vurmaya karar verir. Yağmurdan dolayı görüş netliğinin yeterince olmadığı bir gece, penceresinden silahını uzatan (A), (B)'nin bahçesinde hareket eden bir şeyi, bu şeyin köpek olduğu zannıyla, vurur. Ne var ki (A)'nın vurduğu şey, (B)'nin saf kan köpeği değil, bizzat (B)'nin kendisidir (*örnek*

---

37 Aynı yönde MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 688; ayrıca kıyaslayınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 428 vd.; ÖZGENÇ, s. 498 vd., yazarlar bu çalışmada işlenemez suç ile aynı anlamda kullanılan elverişsiz teşebbüsün farklı kavramlar olduğunu düşünmektedirler. Yazarlara göre gerçekleştirilen hareketlerin teşebbüsü oluşturmadığını belirtmek için elverişsiz teşebbüs, konusu bulunmadığı için tamamlanamayan suçlar bakımından ise işlenemez suç tabirinin kullanılmasını istemektedirler. Bu noktadan hareketle yazarlar TCK açısından cezalandırılmayan işlenemez suçun varlığı halinde, failin tehlikeliliği esas alınarak belli ölçüde yaptırım uygulanmasını istemektedirler, diğer bir ifadeyle işlenemez suça teşebbüsün Alman Hukukunda olduğu gibi cezalandırılmasını istemektedirler, KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 431 vd.; ÖZGENÇ, s. 500 vd. Yazarların bu tekliflerinin olması gereken hukuk bakımından değerlendirilmesi bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Ancak bir olayda konu ya vardır ya da yoktur bu nedenle Türk Hukukunda sıklıkla yapıldığı gibi nispi yokluk-mutlak yokluk ayrımının her zaman tatmin edici olmaması karşısında, özünde makul görünen bu yaklaşımın hayata geçirilmesinde son tahlilde dikkatli hareket etmek gerekmektedir. Zira sınırın iyi çizilememesi, neticeye değer veren fiil ceza hukukundan (kavram hakkında açıklamalar için ROXIN, § 6 kn. 1 vd.; ayrıca bakınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 54) vazgeçilmesi, failin amel ve düşüncelerine değer vererek, onun sahip olduğu zihniyetin cezalandırılmasına yol açan fail ceza hukukuna (kavram hakkında açıklamalar için ROXIN, § 6 kn. 1 vd.; ayrıca bakınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 54) geçilmesi demek olacaktır.

38 Bu açıklamalar şu örnek için de geçerli olmalıdır: (A), (B)'ye ait arabaya zarar vermek istemektedir. Bunun için yerden aldığı taşı, karalıkta (B)'ye ait zannettiği arabanın ön camına atmıştır. Arabanın ön camı tamamen parçalanmıştır. Ancak ne var ki (A)'nın zarar verdiği araba gerçekte (A)'nın kendi arabasıdır. Yani (A), kendi arabası ile (B)'ye ait arabayı karıştırmıştır. Alman Hukuku, kişinin hukuk düzeni ile çatışmasını cezalandırmaktadır. Bu nedenle bu örnekte Alman Hukuku (A)'nın mala zarar verme suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırılmasını istemektedir (BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 86; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 98; hırsızlık örneği üzerinden JESCHECK/WEIGEND, s. 311). Türk Hukuku bakımından ise burada işlenemez suçun kabulü gerekir. Buna karşın, (A), (B)'nin ve (C)'nin arabalarını karıştırmış olsaydı, burada klasik anlamda eşdeğerliliğin olduğu eşyada hatanın olduğu rahatlıkla kabul edileceğinden, her iki hukuk sisteminde de (A)'nın hatasının kastı kaldırmayan hata olduğu yönünde şüphe bulunmayacaktır. (A), kasten mala zarar verme suçundan dolayı cezalandırılacaktır.

5)[39]. Fark edileceği üzere olay, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelen sincap olayıyla (*örnek 3*) büyük ölçüde benzeşmektedir. Öyleyse (A)'nın bu olayda da suçun maddi konusunda hataya düştüğü ve olayda bir eşdeğerlilik olmadığı kabul edilmelidir. (A)'nın gereken dikkat ve özeni göstermemesi sebebiyle ve de adam öldürmenin taksirli halinin de Kanun'da suç olarak kabul edilmesi karşısında, (A)'nın taksirle öldürmeden dolayı sorumlu olduğu anlaşılmaktadır[40]. İki olay arasındaki tek fark, sahipli köpeğin vahşi sincaptan farklı olarak TCK m. 151/2 kapsamında mal kabul edilmesidir. Ancak bu husus (A)'nın ceza sorumluluğunun belirlenmesinde herhangi bir etkiye sahip olmamadır; zira *örnek 4* çerçevesinde yapılan açıklamalar ışığında, *örnek 5*'te de konu yokluğundan hareket etmek gerekmektedir. Dolayısıyla (A)'nın TCK m. 151/2, 35 kapsamında ceza sorumluluğu söz konusu olmayacaktır[41].

2. Hedefte Sapma (*Aberratio Ictus*)

Suçun maddi konusunda hata (*error in persona vel in objecto*) ile karıştırılmaması gereken husus, hedefte sapmadır (*aberratio ictus*). Bu iki kavram şu nedenden dolayı aynı kabul edilmez: Bir olayda hatadan bahsedilebilmesi için objektif gerçeklik ile failin tasavvuru arasında bir farklılık bulunması gerekmektedir. Oysaki hedefte sapmada, gerçeklik ile tasavvur arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Her ikisi birbiriyle uyumlu olmasına rağmen, bir nedenden dolayı, fail arzu ettiği sonuca ulaşamamaktadır[42]. Bu nedenden

---

39 Kıyaslayınız BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 86; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 689.

40 MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 689.

41 Aynı sonuç MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 689. Alman Hukuku ise bahsedildiği üzere farklı sonuca ulaşmaktadır, BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 86.

42 Buna karşın öğretide bazı yazarlar şahısta hata ile hedefte sapmayı farklı kavramlar olarak kabul etmekle birlikte, sapmayı hatanın bir türü olarak görmektedir. Bu yazarlara göre, hata, iradenin gerçekleştirilmesi, yani suçun işlenmesi aşamasına da etki edebilir. Bu nedenle sapma halleri, çalışma konusuyla ilgili olmaması nedeniyle nedensellikte sapma (*aberratio causae*) bir kenara bırakılacak olursa, iki farklı şekilde ortaya çıkar. Bunlar suçta sapma (*aberratio delicti*), ve hedefte sapmadır (*aberratio ictus*). Suçta sapma halinde, istenenden farklı bir sonuca neden olma durumu söz konusudur. Örneğin (A)'nın (B)'ye bastonla vurmak isterken arkadaki dükkânın camını kırması durumunda olduğu gibi. Hedefte sapma hali ise, failin, hedef olarak kendisine belirlediği bir şahsa karşı fiilini gerçekleştirmesi fakat failin bu fiilinin sonucunun yani neticesinin, başka bir şahısta belirmesidir, SOYASLAN, s. 455, 457 vd.; TOROSLU/TOROSLU, s. 270 vd. Bu tür bir ayrıma 5237 sayılı TCK zamanında ihtiyaç kalmamıştır. Suçta sapma ve hedefte sapma ayrımının yapılmasının altında

dolayı hedefte sapmanın ne olduğu şu şekilde formüle edilmelidir: Failin seçtiği araçların yetersiz olmasından dolayı veya failin seçtiği araçlar yeterli olsa bile failin bunları becerikli bir şekilde kullanamamasından dolayı ya da başka bir sebepten dolayı, fiilin failin tasavvurundaki şekliyle istenen konu üzerinde değil, ya yalnızca başka bir konu üzerinde ya da istediği şekliyle olmasa da amaçladığı konunun yanında başka bir konu üzerinde gerçekleşmesine hedefte sapma denir[43].

Tanımdan da rahatlıkla anlaşılacağı üzere, hedefte sapma (A)'nın (B)'ye ateş ederken elinin titremesi sonucu (C)'yi öldürmesi örneğinde olduğu gibi tek neticeli veya (A)'nın (B)'yi öldürmek için atış yapması sonucu kurşunun önce (B)'yi öldürmesi sonrasında da (C)'yi öldürmesi örneğinde olduğu gibi çok neticeli ortaya çıkabilir. Ayrıca hedefte sapmada da, aynen suçun maddi konusunda hatada olduğu gibi, (B)'nin işyerinin vitrin camını kırmak amacıyla (A)'nın attığı taşın (C)'nin işyerinin vitrin camını kırması örneğinde olduğu gibi gerçekleştirilmek istenen sonuç ile gerçekleşen sonucun eşdeğer olması veya (B)'nin işyerinin vitrin camını kırmak amacıyla (A)'nın attığı taşın (C)'nin kafasına gelmesi örneğinde olduğu gibi eşdeğer olmama-

---

yatan neden, 765 sayılı mülga TCK'nın "*Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz. Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlenmiş gibi telakki olunarak fail, cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffefeden istifade eder*." hükmünü içeren 52. maddesinin şahısta hata ile tek neticeli sapmayı birlikte düzenlemesiydi. Dolayısıyla mülga TCK hem bu iki kavrama aynı hukuki sonucu bağlanmakta hem de çok neticeli sapma halinde nasıl hareket edileceği hususunda suskun kalmaktaydı. Hem bu sorunu aşmak hem de gerçekleştirilmek istenen sonuç ile gerçekleşen sonucun her zaman eşdeğer olmayabileceğini belirtmek için, diğer bir ifadeyle hedefte sapmadan bahsedilmek için failin işlemeyi kast ettiği suç ile gerçekleşen suç arasında nitelik farkının bulunmaması gerektiğini anlatmak için, suçta sapma-hedefte sapma ayrımına ihtiyaç duyulmaktaydı, kıyaslayınız EREM Faruk/DANIŞMAN Ahmet/ARTUK Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997, s. 612 vd.; ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 331 vd. Oysaki 5237 sayılı TCK doğru bir şekilde suçun maddi konusunda hata ile hedefte sapmanın aynı şeyler olmadığını kabul etmiştir (TCK m. 30 ve 44 gerekçesi). Bu nedenle suçta sapma-hedefte sapma ayrımına ihtiyaç kalmamıştır.

43 Kıyaslayınız AKBULUT, s. 372 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 564 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 433 vd.; DEMİRBAŞ, s. 437 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 652 vd.; 667 vd.; HAKERİ, s. 466 vd.; 473 vd.; İÇEL, s. 476 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 686 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 422 vd., 433 vd.; ÖZGENÇ, s. 466 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 582 vd., 584 vd.; ZAFER, s. 276 vd.

sı mümkündür[44]. Ancak bu benzerlik yanıltıcı olmamalıdır: Suçun maddi konusunda hatada, suçların içtimaı sorunu ile karşılaşılmaz. Buna karşın hedefte sapmada bir taraftan failin hedeflediği ve neticenin üzerinde meydana gelmesini arzuladığı ana hedef bulunmakta, diğer taraftan da failin hedeflemediği ve neticenin de üzerinde gerçekleşmesini arzulamadığı ancak sapma sonucu bir şekilde kendisine karşı işlenen taksirli bir suçun mağduru olan ikinci bir şahıs bulunmaktadır. Bu durum failin ceza sorumluluğunun belirlenmesi hususunda dikkate alınmalıdır[45].

A. Hedefte Sapma Ve Suçların İçtimaı

Hedefte sapmada iki farklı suçun mevcut olması, hedefte sapma hususunda yapılan tartışmaların neden içtima konusunda yoğunlaştığını anlatır niteliktedir. Gerçekten de hedefte sapmanın tek neticeli veya çok neticeli olması ve/veya eşdeğerliliğin mevcut olup olmaması ihtimalleri düşünüldüğünde birçok farklı kombinasyon yaratmak mümkün olsa da, son tahlilde mesele dönüp dolaşıp suçların içtimaına gelecektir. Zira örnekler ne kadar çoğaltılırsa çoğaltılsın, hepsinden çıkacak sonuç ortaktır: Hedefte sapmanın olduğu olaylarda öncelikle her halükarda kasten işlenen, tamamlanmış ya da teşebbüs aşamasında kalmış ilk suç ve de taksirle işlenmiş ikinci bir suç mevcuttur. Dolayısıyla hedefte sapmanın mevcut olduğu olaylarda iki aşamalı bir inceleme söz konusu olacaktır:

(1) İlk aşamada failin ilk mağdura karşı hangi kasıtlı suçu işlediği, ikinci mağdura karşı ise hangi taksirli suçu işlediği belirlenmelidir. Bu anlatımın mefhumu muhalifinden de anlaşılacağı üzere, ilk mağdura karşı kasıtlı bir suç işlenirken[46], bu suçun işlenmesi sırasında diğer kişilerin de zarar göre-

---

44 Burada ve ilgili diğer literatürde verilen örneklerde, ikinci suçun mağduru olayla ilgisi olmayan üçüncü bir kişidir. Ancak pek tabi ki atılan taşın kırdığı vitrin camının sahibi ile atılan taşın kafasını yaraladığı kişi aynı kişi de olabilir.

45 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57, 59 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.

46 Kendiliğinden anlaşılmakla birlikte, yine de belirtilmesi gereken husus, hedefte sapmanın yalnızca kasten işlenen suçlarda söz konusu olacağıdır. Taksirli suçlarda hedefte sapmadan bahsetmek mümkün değildir, DÖNMEZER/ERMAN, kn. 68; ROXIN, § 12 kn. 160 vd.

bileceği, fail tarafından hem öngörülmüş hem de kabullenilmiş ise, yani somut olayda üçüncü kişi üzerinde meydana gelen neticenin olası kastın (*dolus eventualis*) sonucu olduğu anlaşılıyorsa[47], öğretide verilen bir örnek üzerinden gidilecek olursa parkta oynayan çocukları görmesine karşın, çocukların çok yakınında bulunan bir kimseye ateş eden ve bu sırada çocukların isabet alma olasılığını da öngörerek bunu kabullenen failin hedeflediği kişiyi değil de çocuklardan birini vurması halinde[48] teknik olarak hedefte sapmadan söz etmek mümkün değildir[49].[50] Keza somut olayda, silahında tek bir mermi bulunan (A)'nın (B)'yi ya da en azından (B)'nin av köpeğini vurmak amacıyla ateşlemesi ancak doğal olarak bunlardan yalnızca birini vurmasında olduğu gibi kümülatif kastın (*dolus cumulativus*)[51] ya da (A)'nın, çok sevdiği köpeği ile yürüyüş yapan (B)'ye taş atması bunu yaparken de taşın hangisine geleceğini bilmemekle birlikte bunu önemsememesi yeter ki (B)'ye ya da köpeğe

---

47 Somut olayda failin bilinçli taksir ile mi yoksa olası kast ile mi hareket ettiğinin belirlenmesi genel kurallara tabidir. Fail, mümkün gördüğü neticeye içsel olarak razı olmuşsa olası kasttan; hukuki değer ihlalini içsel olarak reddetmiş, gerçekleşmeyeceğini umut etmişse bilinçli taksirden söz edilecektir, AKBULUT, s. 361 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 331 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 368 vd., 383 vd.; DEMİRBAŞ, s. 380 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 537, 568 vd.; HAKERİ, s. 225 vd., 265 vd.; İÇEL, s. 430 vd., 454 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 282 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 259, 266 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM, kn. 527 vd.; ZAFER, s. 253 vd.; farklı görüş KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 174 vd., 177 vd.; ÖZGENÇ, s. 248 vd., 289 vd.

48 DÖNMEZER/ERMAN, kn. 669.

49 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 93; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 669; KÜHL, § 13 kn. 31; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 79.

50 Dolayısıyla verilebilecek çok sayıda örnek arasından seçilen şu karar ulaştığı sonuç bakımından doğru, kaleme alınış şekli bakımından hatalıdır: Yar. 1. CD., 08.05.2017, E: 2017/115, K: 2017/1481: "*Sanığın, mağdura bıçakla saldırdığı, ancak onun yerine hedefte sapma sonucu yanında bulunan kardeşi maktulü olası kastla öldürdüğü kabul edilen somut olayda, mağdura bıçakla saldıran sanığın, kavgayı ayırmak amacıyla aralarına giren ve mağdurun yanında bulunan maktulün ölebileceğini ya da yaralanabileceğini öngörmesine karşın, bunu göze alarak mağdura doğru birden çok bıçak savurma şeklindeki eyleminin suçla korunan hukuki menfaatler göz önünde bulundurulduğunda hukuki anlamda tek fiil sayılması mümkün olmayıp, TCK'nın 44. maddesinin uygulanma şartları oluşmadığı, maktul ve mağdura yönelik eylemleri sebebiyle ayrı ayrı değerlendirme yapılarak sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi ve sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.*"

51 Kavram hakkında genel nitelikli açıklamalar için AKBULUT, s. 366 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 350 vd.; HEINRICH, kn. 292 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 535.

gelmesini amaçlamasında olduğu gibi alternatif kastın (*dolus alternativus*)[52] kabulünü haklı kılacak nedenler varsa[53], yine hedefte sapma söz konusu değildir[54].

(2) İkinci aşamada ise ilk mağdura karşın kasten ve ikinci mağdura karşı taksirle işlenen suçların içtima kurallarına göre nasıl bir ilişki halinde olduğu ortaya konulmalıdır. Diğer bir ifadeyle bu suçlar "*kaç netice varsa, o kadar fiil vardır; kaç fiil varsa o kadar suç vardır; kaç suç varsa o kadar ceza vardır*" şeklinde ifade edilebilecek ve gerçek içtima olarak adlandırılan esas kural çerçevesinde mi yoksa TCK m. 43/2-3'te ifade edilen aynı neviden fikri içtima veya TCK m. 44'te hayat bulan farklı neviden fikri içtima kuralları çerçevesinde mi ele alınacaktır? Bu soruya verilecek olan cevap, TCK m. 43/2 ve TCK m. 44'te yer alan, *fiil* kelimesine yüklenen anlama göre değişecektir.

B. Savunulan Görüşler

Bir görüşe göre *fiil*, hareket, netice ve bunlar arasındaki nedensellik bağını ifade eden bir kavramdır. Bu görüşe göre hedefte sapma halinde fikri içtima kurallarını uygulamak mümkün değildir; zira bu durumda hareket tek olmakla birlikte, söz konusu hareket birden fazla neticeyi meydana getirmektedir. Bu nedenle hedefte sapma halinde failin sorumluluğu kast ve taksire ilişkin genel kurallar çerçevesinde ortaya konulduktan sonra, faile verilecek somut cezanın belirlenmesinde gerçek içtima kurallarının uygulanması gerekmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, Alman Hukukunda hedefte sapma halinde fikri içtima kurallarının uygulanıyor olması[55], Türk Hukuku

---

52 Kavram hakkında genel nitelikli açıklamalar için AKBULUT, s. 366 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 350 vd.; HAKERİ, s. 247; HEINRICH, kn. 292 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 535.

53 Baskın görüş (A)'nın her iki durumda da fikri içtima kurallarına göre cezalandırılmasını istemektedir, AKBULUT, s. 367; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 351 vd.; HEINRICH, kn. 292 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 536.

54 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 93; KUDLICH Hans/KOCH Jennifer, "Tatbestandsirrtum – error in persona – aberratio ictus", in: **Juristische Arbeitsblätter (JA)**, 2017, s. 829; ÖZTÜRK/ERDEM, kn. 585; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 79.

55 Kıyaslayınız BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193

bakımından bir şey ifade etmemelidir; zira Alman Ceza Kanunu'nun (*StGB*) fikri içtimaı düzenleyen 52. paragrafının 1. fıkrası[56], TCK m. 43/2 ve TCK m. 44'ten farklı olarak fiil yerine hareketin tek olmasını aramaktadır[57].

Diğer görüşe göre ise, TCK m. 43/2 ve TCK m. 44'te yer alan *fiil* kavramından anlaşılması gereken, hareketin tekliğidir. Dolayısıyla hedefte sapma halinde failin sorumluluğu kast ve taksire ilişkin genel kurallar çerçevesinde ortaya konulduktan sonra, faile verilecek somut cezanın belirlenmesinde, şartları gerçekleştiği müddetçe, fikri içtima kurallarının uygulanması gerekmektedir[58].

C. Değerlendirme

Teknik bir terime anlam yüklerken, söz konusu terimin kanunun hangi maddesinde düzenlendiğine ve o maddenin de neyi düzenlendiğine dikkat edilmelidir. Öyleyse suçun yapısal unsurları ele alındığı zaman, *fiil*, hareket, netice ve nedensellik bağını ifade eden üst bir kavramdır[59]. Buna karşın, TCK'da yer alsa bile, bir terim başka bir alanı düzenlemekte ise, terime o alana özgü bir anlam yüklenmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Bu nedenle Alman Hukukunda hedefte sapma halinde fikri içtima kurallarının uygulanıyor olmasının Türk Hukuku bakımından bir şey ifade etmediğini belirtmek, haklı bir tespit ise de, Alman öğretisinin Alman Ceza Kanunu'nun (*StGB*) fikri içtimaı düzenleyen 52. paragrafının 1. fıkrasında yer alan *hareket* kelimesinin, suçun yapısal unsurlarının incelendiği suç genel teorisindeki hareket ile aynı anlama gelmediğini, içtima teorisi çerçevesinde kavrama yeni bir anlam yüklenmesi gerektiğini ifade etmesi[60], aynı terime suçun yapısal unsurları öğretisinde farklı, içtima teorisinde farklı anlamlar yüklenebilme-

---

vd.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57, 59 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.

56 § 52 StGB: "*Aynı hareket birden fazla ceza kanununu veya aynı kanununu birden fazla ihlal ediyorsa, sadece tek bir cezaya hükmedilir.*" (Çeviri için YENİSEY/PLAGEMANN, s. 44).

57 DÖNMEZER/ERMAN, kn. 667; ERMAN, s. 93; EROĞLU, s. 654 vd.; KAŞIKARA, s. 364 vd.; SOYASLAN, s. 458 vd.; TOROSLU/TOROSLU, s. 273 vd.

58 AKBULUT, s. 373; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 739 vd.; DEĞİRMENCİ, s. 136; GÖKTÜRK, s. 58 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 259, 547; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1111 vd.; ÖZGENÇ, s. 633 vd.

59 Kıyaslayınız ROXIN, § 8 kn. 1 vd.

60 Kıyaslayınız ROXIN, § 33 kn. 1 vd.; 10 vd.

sinde bir sakınca olmadığını belirtmesi bakımından önemlidir. Bu düşünce tarzının, Türk Hukuku için de geçerli olmasında bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca hedefte sapma durumunda fikri içtimaın uygulanması gerektiğinin ifade edilmesi, kanun koyucunun TCK m. 30 ve TCK m. 44'e ilişkin gerekçede kaleme aldığı iradesi[61] ile de uyumludur. Dolayısıyla tek neticeli veya çok neticeli sapma durumunda, olayda eşdeğerlilik olsun ya da olmasın, failin ceza sorumluluğu fiil terimine hareket anlamı yüklenerek fikri içtima kurallarına göre belirlenmelidir. Pek tabi ki fikri içtimaın şartlarının mevcut olmaması halinde, gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır[62].

---

61 TCK m. 30 gerekçesinin ilgili bölümü: "*Hükûmet Tasarısının 23 üncü maddesinin birinci fıkrasında 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 52. maddesinde düzenlemeye paralel olarak şahısta hata ve hedefte sapma hâli düzenlenmiştir. Şahısta hata aslında bir ve ikinci fıkra hükümleri bağlamında düşünülmesi gereken bir durum olduğu için, bu hususa ilişkin ayrı bir hükme yer verilmesi gereksiz görülmüştür. Keza, hedefte sapma hâli ile ilgili olarak bu madde kapsamında düzenleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Çünkü hedefte sapma hâlinde bir hata söz konusu değildir. Bu durumda suçların içtimaı hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorun söz konusudur. Nitekim uygulamada da hedefte sapma, suçların içtimaı ve özellikle fikri içtima bağlamında ele alınmaktadır.*" TCK m. 44 gerekçesinin ilgili bölümü: "*Gerek doktrinde gerek uygulamamızda, hedefte sapma durumunda da fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiği konusundaki görüş hâkimdir. Bu nedenle, kanuni düzenlemede hedefte sapmanın şahısta yanılma ile birlikte değerlendirilmesinden vazgeçilmiştir. Örneğin bir kişiyi yaralamak için fırlatılan sopa, mağduru yaraladıktan sonra veya mağdura isabet etmeden vitrin camına çarparak kırılmasına neden olabilir. Bu durumda, sopa fırlatma fiiliyle hem tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış kasten yaralama suçu hem de başkasının malına zarar verme suçu işlenmiş olmaktadır. Aynı şekilde, bir kişiyi öldürmek için ateşlenen silâhtan çıkan kurşun, mağdura isabet etmeden duvara çarpması nedeniyle sekerek bir başkasının ölümüne veya yaralanmasına neden olabilir. Bu durumda, hedeflenen kişi açısından kasten öldürme suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır; ancak, sekme sonucunda ölümüne veya yaralanmasına neden olunan kişi açısından ise, taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçu işlenmiş olmaktadır. Bu gibi durumlarda kişi işlediği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olmaktadır ve bu suçlardan en ağır cezayı gerektireni ile cezalandırılmasıyla yetinilmelidir.*"

62 YCGK, 16.09.2014, E: 2013/9-431, K: 2014/377: "*Yerden aldığı parke taşını katılanın arabasının arka camına doğru atan sanığın eylemi sonucunda, camın kırılmasına ve içeri düşen taşın arabanın ön koltuğunda oturan mağdurun kafasına isabet ederek yaralanmasına neden olduğu somut olayda, sanığın katılanın arabasına taş atması eyleminin tek fiil olduğu ve bu suretle, tek olan eylem sonucunda hem katılana karşı mala zarar verme suçunun, hem de mağdura karşı yaralama suçunun meydana geldiği sabit olup 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.*"

Ancak açıklığa kavuşturulması gereken bazı hususlar halen mevcuttur: Herhangi bir hedef gözetmeyen (A)'nın lokantaya yerleştirdiği bombanın patlaması sonucu birden fazla kişi yaralanmış ise (yani somut olayda yalnızca birden fazla kişiye karşı kasten adam yaralama/kasten adam öldürmeye teşebbüs varsa) ya da birden fazla kişi ölmüş ise (yani somut olayda yalnızca birden fazla kişiye karşı kasten adam öldürme varsa), TCK m. 43/3 hükmü gereğince, gerçek içtimaın uygulanacağı şüphesizdir. Keza hedef gözetmeyen (A)'nın, kalabalık bir insan topluluğuna ateş açması sonucu, birden çok kişinin yaralanması halinde (yani somut olayda yalnızca birden fazla kişiye karşı kasten adam yaralama/kasten adam öldürmeye teşebbüs varsa), burada da gerçek içtima kurallarının uygulanacağı açıktır. Aynı sonuç, mağdurların tamamının ölmesi (yani somut olayda yalnızca birden fazla kişiye karşı kasten adam öldürme varsa) halinde de geçerli olacaktır[63].

Buna karşın herhangi bir hedef gözetmeyen (A)'nın bomba patlatması veya rastgele ateş açması sonucu, bir kişi ölmüş ve bir kişi yaralanmış, bir kişi ölmüş birden fazla kişi yaralanmış, birden fazla kişi ölmüş bir kişi yaralanmış, birden fazla kişi ölmüş ve birden fazla kişi yaralanmış olabilir[64]. Öğreti bu tip durumları "*farklı neviden fikri içtima-aynı neviden fikri içtima kombinasyonu*" olarak adlandırılmaktadır[65].

Farklı neviden fikri içtima-aynı neviden fikri içtima kombinasyonun, hedef gözeterek eylemini gerçekleştiren (A)'nın işlediği suç sonucunda da meydana gelmesi mümkündür. Gerçekten de lokantada (B)'nin yemek yiyeceği masaya yerleştirilen bombanın patlaması sonucu, bir kişi ölmüş ve bir kişi yaralanmış, bir kişi ölmüş birden fazla kişi yaralanmış, birden fazla kişi ölmüş bir kişi yaralanmış, birden fazla kişi ölmüş ve birden fazla kişi yaralanmış olabilir. Yine (A)'nın (B)'yi öldürmek amacıyla silahıyla bir el ateş etmesi, merminin önce (B)'ye isabet ederek yaralanmasına, daha sonra

---

63 Kıyaslayınız YCGK, 06.07.2010, E: 2010/8-51, K: 2010/162: "*Sanık Seyithan'ın hukuki anlamda tek sayılan birden fazla ateş etme eylemi sonucunda, birden çok kişinin olası kastla yaralanmış olması nedeniyle, TCK'nın 43/2. maddesindeki aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülebilirse de, 43. maddenin 3. fıkrası uyarınca kasten yaralama suçları açısından aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanma olanağı bulunmadığından, bu açık yasal düzenleme uyarınca gerçek içtima kuralları uyarınca olası kastla yaralanan her bir mağdur yönünden ayrıca hüküm verilmesi gerekmektedir.*"

64 ÖZGENÇ, s. 631.

65 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 545.

ise (C)'ye isabet ederek ölümüne sebebiyet vermesi veyahut (A)'nın (B)'yi öldürmek amacıyla silahıyla iki el ateş etmesi, ilk merminin (B)'ye isabet ederek yaralanmasına, ikinci merminin ise (C)'ye isabet ederek ölümüne sebebiyet vermesi ihtimal dâhilindedir. Tüm bu ihtimallerde (A), belli bir kişiyi öldürmeyi hedeflemiş, ancak istediği sonuca ulaşamamış ya da ulaşmakla birlikte netice farklı kişiler üzerinde de etkisini göstermiştir. Dolayısıyla hedefte sapma mevcuttur[66].

Fiile hareket anlamı yükleyerek hedefte sapma halinde fikri içtima kurallarının uygulanmasını isteyen ve burada da savunulan görüşün, kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının mevcut olduğu farklı neviden fikri içtima-aynı neviden fikri içtima kombinasyonunda, failin sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmasını istediği düşünülebilinir[67].

Nitekim aksi yöndeki tek karar bir kenara bırakılacak olursa[68], tek hareket ile birden fazla neticenin meydana geldiği ve de bir kişinin ölmesi ve bir kişinin yaralanması, bir kişinin ölmesi birden fazla kişinin yaralanması, bir-

---

66 Öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere, failin eyleminin üçüncü kişi üzerinde yarattığı neticede olası kastın kabulünü haklı kılan nedenler varsa, ortada aslında teknik anlamda hedefte sapma yoktur, DÖNMEZER/ERMAN, kn. 669; KÜHL, § 13 kn. 31; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 79, yalnızca görünürde hedefte sapma durumu mevcuttur, kıyaslayınız ROXIN, § 12 kn. 164. Ancak Yargıtay'ın bu hususa yeterince dikkat etmediği yukarıda belirtilmişti.

67 Zira hedefte sapmada burada savunulan görüş ile paralel olarak fikri içtima kurallarının uygulanmasını isteyen bazı yazarlar, yine detayları biraz sonra gösterileceği üzere, burada savunulan görüşün aksine kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının mevcut olduğu farklı neviden fikri içtima-aynı neviden fikri içtima kombinasyonunda, gerçek içtima kurallarının uygulanmasını reddetmektedirler, bakınız bir taraftan KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 259, 547, diğer taraftan KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 535 dn. 1806, s. 544 vd. dn. 1852.

68 Kardeşini öldürmek amacıyla iki el ateş eden sanığın, kardeşi yerine kardeşinin yanında bulunan yengesinin olası kastla yaralanmasına neden olduğu bir olayda, YCGK gerçek içtimaın uygulanması gerektiğini belirtmiştir, YCGK, 10.12.2013, E: 2102/1-1572, K: 2013/600: "*Sanığın kardeşi E. K.'ı öldürmek amacıyla iki el ateş ettiği, ancak onun yerine hedefte sapma sonucu yanında bulunan yengesi L. K.'ın olası kastla yaralanmasına neden olduğu somut olayda, kardeşini öldürmek amacıyla iki el ateş eden sanığın kardeşinin hemen yakınında bulunan yengesinin de ölebileceğini ya da yaralanabileceğini öngörmesine karşın, bunu göze alarak birden çok kez ateş etmesi eyleminin suçla korunan hukuki menfaatler göz önünde bulundurulduğunda hukuki anlamda tek fiil sayılması mümkün olmayıp, TCK'nın 44. maddesinin uygulanma şartları oluşmamıştır. Bu nedenle, sanığın katılan E. K.'a yönelik kasten öldürme suçuna teşebbüs ve L. K.'a yönelik olası kastla yaralama eylemlerinden ayrı ayrı cezalandırılmasına dair yerel mahkeme hükmü ile bu hükmü onayan Özel Dairenin kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.*"

den fazla kişinin ölmesi bir kişinin yaralanması, birden fazla kişinin ölmesi ve birden fazla kişinin yaralanması gibi teşebbüs aşamasında kalmış ya da tamamlanmış farklı suçların aynı anda mevcut olduğu hedefte sapma durumunda, Yargıtay, TCK m. 43/3'te yer alan istisna hükmünün TCK m. 44'te yer almaması karşısında, failin yalnızca en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmasına karar vermektedir[69]. Gerçekten de öldürme kastıyla bir el ateş eden sanığın, araya giren mağduru olası kastla yaraladığı olayda, TCK'nın 44. maddesi gereğince fikri içtima şartlarının oluştuğuna, bu nedenle, sanığın hem katılana yönelik kasten öldürme suçuna teşebbüsten, hem de mağdura yönelik olası kastla yaralama suçlarından mahkûmiyetine ilişkin yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmiştir[70]. Keza av tüfeğiyle bir el ateş eden sanığın, öldürmeyi kastettiği kişi dışında aynı atışla bir başkasını yaraladığı olayda, TCK'nın 44. maddesi gereğince fikri içtima şartlarının oluştuğuna, sanık hakkında meydana gelen suçların en ağırı olan kasten öldürme suçuna teşebbüsten ceza verilmesi gerektiğine, bunun

---

69 YCGK, 05.02.2019, E: 2018/1-310, K: 2019/62: "*TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrasındaki; "Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz" hükmüyle, bu suçlarda zincirleme suç hükümleri ile aynı neviden fikri içtima kuralının uygulanmayacağı, dolayısıyla sayılan bu suçlarda, failin mağdur sayısınca ayrı ayrı cezalandırılacağı kabul edilmişken benzer bir istisna hükmüne TCK'nın 44. maddesindeki farklı neviden fikri içtima düzenlemesinde yer verilmemiştir. Buna göre TCK'nın 43/3. maddesinde sayılan suçlar aynı fiille birden çok kişiye karşı işlendiği takdirde gerçek içtima kuralı uygulanacak, her bir suçtan dolayı fail ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Fakat söz konusu istisnaya Kanun'un 44. maddesinde yer verilmediğinden, aynı fiille 43. maddenin 3. fıkrasında sayılan suçlarla birlikte başka bir suçun işlenmesi hâlinde, farklı neviden fikri içtima hükümleri gereğince en ağır suçtan ceza verilecektir. Diğer bir deyişle, hukuki anlamda tek bir fiille bir kişinin kasten öldürülmesi yanında, başka bir suçun da işlendiği durumlarda, öncelikle ikinci suçun nitelendirilmesi yapılacak, ikinci suçun da kasten öldürme suçu olduğunun saptanması hâlinde aynı neviden fikri içtima hükümleri değil TCK'nın 43/3. maddesi göz önüne alınarak gerçek içtima kuralları uygulanacak, ikinci suçun kasten öldürme suçundan farklı bir suç olduğunun belirlenmesi hâlinde ise 44. maddede düzenlenen farklı neviden fikri içtima kuralı uyarınca sadece cezası en ağır olan suçtan ceza verilmesi ile yetinilecektir.*"

70 YCGK, 03.12.2013, E: 2012/1-1569, K: 2013/575: "*Katılan (…)'ya öldürme kastıyla bir el ateş eden sanığın, araya giren kızı mağdur (…)'i olası kastla yaraladığı somut olayda, katılan (…)'yı öldürme amacıyla ona doğru bir kez ateş etme eyleminin hukuki anlamda tek fiil sayılması gerektiği ve bu suretle, tek olan eylem sonunda hem mağdur (…)'e karşı olası kastla yaralama suçunun, hem de mağdur (…)'ya 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.*"

dışında katılana yönelik olası kastla yaralama suçundan ayrıca mahkûmiyet hükmü kurulmasında isabet bulunmadığına hükmedilmiştir[71].

---

71 YCGK, 18.10.2018, E: 2015/1-158, K: 2018/444: "*Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedeni hareket ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de, hukuki anlamda hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket kabulüdür. Diğer bir anlatımla, doğal anlamda fiilin tek olduğu her hâlde hukuki anlamda da fiilin tek olduğu söylenebilirse de, doğal anlamda fiilin çok olduğu her hâlde hukuki anlamda da fiilin çok olduğu her zaman söylenemeyecektir. Bazen bir hareketler kümesi, hukuki açıdan tek bir fiil olarak kabul edilecektir. Bu halde suç tipinin birden fazla hareketle ihlal edilebilir olması hareketin hukuken tekliğini etkilemeyecek, doğal hareketler hukuken tek kabul edilecektir. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tekliği, doğal anlamda değil hukuki anlamda tek olmayı ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar suçun kanuni tanımında yer alan hukuksal anlamdaki tek bir fiili oluşturmaktadır. Hukuki anlamda tek bir fiille bir kişinin kasten öldürülmesi yanında, başka bir suçun da işlendiği durumlarda, öncelikle ikinci suçun nitelendirilmesi yapılacak, ikinci suçun da kasten öldürme suçu olduğunun saptanması hâlinde aynı neviden fikri içtima hükümleri değil TCK'nın 43/3. maddesi göz önüne alınarak gerçek içtima kuralları uygulanacak, ikinci suçun kasten öldürme suçundan farklı bir suç olduğunun belirlenmesi hâlinde ise 44. maddede düzenlenen farklı neviden fikri içtima kuralı uyarınca sadece cezası en ağır olan suçtan ceza verilmesi ile yetinilecektir. Aksine kabul kıyas yasağının ihlali anlamına gelir. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, Sanık (…) ile katılan (…)'un mensup olduğu aileler arasında husumet bulunduğu, katılan (…)'un babası ve aynı zamanda inceleme dışı davanın katılanı (…)'un, sanığın ailesine haber göndererek kendilerinin gittiği kahvehaneye gelmemelerini istediği, olay günü sanık (…)'ın katılan (…) ve babası (…)'in bulunduğu kahvehaneye gitmesi katılanların sanığa hakaret ederek sanığın üzerine yürüdükleri, eve dönen sanığın kahvehanede yaşananları babasına anlattığı, sanık (…)'ın, babası (…) ve annesi (…) ile birlikte araçlarına binerek olay yerine geldikleri, katılan ve yakınlarıyla tartışmaya başladıkları, yaşanan tartışmanın kavgaya dönüşmesi üzerine sanık (…)'ın aracından çıkardığı av tüfeğini yaklaşık 3-4 metre mesafede bulunan (…)'a doğrultarak bir el ateş ettiği, (…)'un karın ve sağ üst bacak bölgesine isabet eden çok sayıda saçma tanesi ile ince bağırsakta meydana gelen delinmeler dolayısıyla yaşamsal tehlike geçirecek şekilde yaralandığı, (…)'in yanında bulunan ve atış mesafesi, kullanılan silahın niteliği göz önüne alındığında, açılan ateş sonucu dağılacak saçma taneleri ile yaralanması hayat tecrübelerine göre mutlak olmayan ancak beklenebilen katılan (…)'un ise bacağının sol tarafına isabet eden saçma taneleri ile basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde aynı ateş ile yaralandığı olayda; sanık (…)'ın av tüfeği ile katılan (…)'u öldürme amacıyla ona doğru bir kez ateş etme eyleminin hukuki anlamda tek fiil sayılması gerektiği ve bu suretle tek olan eylem sonunda hem katılan (…)'a karşı kasten öldürme suçuna teşebbüsün hem de katılan (…)'a yönelik olası kastla yaralama suçunun meydana geldiği hususlarında şüphe bulunmadığı, TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrasındaki "kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz" hükmüyle, bu suçlarda zincirleme suç hükümleri aynı neviden fikri içtima kuralının uygulanmayacağı, dolayısıyla sayılan bu suçlarda, failin mağdur sayısınca*

Yargıtay bu tutumunu yeni tarihli bir kararıyla bir kez daha teyit etmiştir. "*Mersin ili, Silifke ilçesi, Say Mahallesinde ikamet eden ve olay tarihinde dokuz yaşını ikmal etmiş olan katılan çocuk (…)'in olay günü ailesi ile birlikte evlerinde kahvaltı yaptıktan sonra, sofra bezini çırpmak için evlerini önüne çıkan annesinin yanına gittiği, bu sırada sanık (…)'ın aralarında husumet bulunan şahıslarla yaşanan tartışma sırasında av tüfeği ile havaya doğru ateş etmeye başladığı, silah seslerini duyan katılan (…)'ın babası (…)'in evden çıkarak sanığı, etrafta çocukların bulunduğunu belirterek ateş etmemesi hususunda uyardığı, sanığın bu uyarıya rağmen iki el daha havaya ateş ettiği, (…)'in ikazını tekrarlaması üzerine sanığın bu kez tüfeğini 3-4 metre ilerisinde bulunan (…)'e doğrultarak bir el ateş ettiği, atıştan sakınmak için yana dönen (…)'in isabet almadığı ancak arkasında bulunan kızı katılan (…)'ın göğsüne, karnına ve koluna yaklaşık 200 saçma tanesinin isabet ettiği, ince bağırsağının saçma taneleri ile delinmesi sonucu katılanın yaşamsal tehlike geçirdiği*" olayda, Yargıtay, "*yoğun yerleşimin bulunduğu mahalle arasında av tüfeği ile rastgele ateş eden sanığın, katılanın babası (…)'in etrafta çocukların bulunduğu, bu şekilde ateş etmemesi şeklindeki uyarısına karşın iki el daha havaya ateş ettikten sonra hedeflediği (…) dışında, etrafta bulunan kişilerin de yaralanabileceğini veya ölebileceğini öngörmesine rağmen, öngördüğü neticeyi göze alıp kabullenerek elindeki atışa elverişli tüfekle ve tüfeğin etki alanı içerisinde olacak şekilde 4-5 metre mesafeden (…)'i öldürmek kastıyla bir el ateş etmesi sonrasında, sakınması nedeniyle isabet almaktan kurtulan (…)'in arkasında bulunan ve atış mesafesi ile kullanılan silahın niteliği göz önüne alındığında, (…)'i öldürmek kastıyla av tüfeğiyle bir el ateş eden sanığın, açılan ateş sonucu dağılacak saçma taneleri ile yaralanması hayat tecrübelerine göre mutlak olmayan ancak beklenebilecek bir sonuç olan katılan çocuk (…)'i yaralamaktan ibaret eylemin olası kastla yaralama suçunu oluşturduğuna*" karar vermiştir[72]. Bu açıklamalardan son-

---

ayrı ayrı cezalandırılacağına ilişkin istisna hükmüne TCK'nın 44. maddesindeki farklı neviden fikri içtima düzenlemesinde yer verilmemiş olması, kıyas ve genişletici yorum yoluyla, hakkında düzenleme olmayan bir ceza hukuku konusunda kişi hak ve hürriyetlerinin aleyhine uygulama geliştirilemeyeceği yönündeki evrensel hukuk ilkeleri birlikte değerlendirildiğinde, bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesinin uygulanması ve meydana gelen suçların en ağırı olan kasten öldürme suçuna teşebbüsten ceza verilmesi, bunun dışında katılan (…)'a yönelik olası kastla yaralama suçundan ayrıca mahkûmiyet hükmü kurulmaması gerekir."

72 YCGK, 05.02.2019, E: 2018/1-310, K: 2019/62.

ra Yargıtay TCK m. 44'ün şartlarının oluşup oluşmadığını[73] çok detaylı bir şekilde incelemiş, konuyu kanunilik ilkesi, kıyas yasağı gibi kavramlar çerçevesinde ele almış ve son tahlilde failin yalnızca en ağır cezayı gerektiren olası kastla adam öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmasını istemiştir[74].

---

73 YCGK, 05.02.2019, E: 2018/1-310, K: 2019/62: "*Sanığın eyleminin olası kastla yaralama suçunu oluşturduğu sonucuna ulaşılmakla; katılan (…)'e öldürme kastıyla av tüfeğiyle bir el ateş eden sanığın, aynı atışla katılan (…)'i de yaraladığı olayda, 5237 Sayılı TCK'nın 44. maddesi gereğince fikri içtima şartlarının oluşup oluşmadığı incelenmelidir.*"

74 YCGK, 05.02.2019, E: 2018/1-310, K: 2019/62: "*Öğretide kimi yazarlarca, TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrası hükmü ile aynı Kanun'un 44. maddesi hükmünün kasten yaralama ve kasten öldürme suçları ile ilgili olarak çelişkili uygulamalara yol açtığı, Kanun'un mevcut hâliyle yol açtığı iddia edilen bu çelişkinin, bir fiil ile birden fazla kişiye karşı kasten yaralama ve kasten öldürme neticelerinin meydana geldiği durumda da gerçek içtima hükümlerinin uygulanması suretiyle giderilebileceği, soruna yol açan uygulamanın, Kanun'a bir hüküm ilavesine gerek olmaksızın içtihatla çözümlenebileceği savunulmuştur. Bu aşamada "suçta ve cezada kanunilik" ilkesinin üzerinde durulması gerekmektedir. Latince "nullum crimen sine lege" ve "nulla poena sine lege" olarak ifade edilen kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi hukukun egemen olduğu tüm demokratik ülkelerce kabul edilmiş ve yasal güvenceye kavuşturulmuştur (Anayasa m. 38, İHAM m. 7; kıyaslayınız TCK m. 2, 61/10). Ceza hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturan suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin ve bu fiillere uygulanacak yaptırımların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi gerekmektedir. Bireylerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle, temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Ceza veya güvenlik tedbiri yaptırımı uygulanabilmesi için fiili kanunun açıkça suç sayması gerektiğinden, suç ve cezaların şekli bakımdan kanunla düzenlenmesi yeterli olmayıp, içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir. Ceza hukukunda belirlilik ilkesi olarak tanımlanan ilkeye göre, suç ve ceza içeren kanun maddesinde hangi davranışların suçu oluşturduğunun açık ve anlaşılır bir biçimde tarif edilmesi, sınırlarının belli olması ve suç için uygulanacak ceza ile güvenlik tedbirlerinin gösterilmesi gerekmektedir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya, hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Hem Anayasal hem de yasal düzeyde yapılan bu düzenlemelere göre suç ve cezanın kaynağı ancak kanun olabilir. Anayasa'nın 7. maddesi gereğince yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu gözetildiğinde, kanunda suç olarak düzenlenmemiş fiillerin, kanunla suç olarak düzenlenmiş fiillerle benzerliği dolayısıyla ve kıyas yoluyla suç sayılıp yaptırıma bağlanması kabul edilemez. Çünkü kıyas bu yönüyle kanunilik ilkesinin ihlalidir. Kanunda düzenlenen belli bir duruma benzeyen bir durum sonuçta kanunda düzenlenmemiş demektir. Bir yargısal faaliyet şeklinde ortaya çıkan kıyas bir yasama faaliyeti olan kanunun tekelciliğini bu bakımdan ihlal etmektedir. Roma Hukukunda kaynağını bulan Latince "singularia non sunt extenda" olarak ifade edilen "istisnalar geniş yorumlanamaz"*

ilkesi paralelinde ceza kanunlarının veya diğer kanunların, genel kurallara istisna oluşturan hükümlerinin, öngörüldükleri süre ve olaylar dışında uygulanamayacakları kabul edilmiştir. Kıyas veya genişletici yorum yoluyla, hakkında düzenleme olmayan bir ceza hukuku konusunda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı başta olmak üzere, kişi hak ve hürriyetlerinin aleyhine uygulama geliştirilemez. Diğer yandan tek atışla bir kişinin ölümüne bir ya da birkaç kişinin ise ağır şekilde yaralanmasına neden olan bir sanığın sadece öldürme suçundan cezalandırılıp sonuçları ne kadar ağır da olsa yaralama suçundan cezalandırılmaması bu bağlamda TCK'nın 44. maddesinin mevcut hâliyle ceza adaleti yönünden sakıncalı durumlara yol açtığı savunulabilirse de; hâkimler kanuna göre adalet dağıtırlar, kendilerine göre adalet dağıtamazlar. Hâkim kanunu beğendiği veya adil bulduğu için değil, içinde bulunduğu ceza hukuku düzeninde var olan çıkar çatışmalarını ve dolayısıyla irade uyuşmazlıklarını çözmek üzere usulüne uygun olarak konulmuş ve yürürlükte olan beşeri davranış kuralı olan ceza normunu, salt bu niteliğinden dolayı yani usulüne uygun olarak konulmuş "Kanun" olma niteliğinden dolayı uygulamak zorundadır. Bu norm adalet duygusunu incitse bile hâkim kanunu uygulamaktan kaçınamaz zira kanun emreder, tartışmaz. (lex iubeat, non disputet) Bu bağlamda "İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır" şeklindeki açık Kanun hükmü ve hâkimin usulüne uygun olarak konulmuş, yürürlükte olan kanunu uygulamak zorunluluğu, kanunlar amaçlarına uygun olarak yorumlanmalıdır (benignus leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur) ilkesi ile birlikte değerlendirildiğinde bu yöndeki düşüncelere katılmak mümkün olamamaktadır. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Sanığın hem (…)'i hem de (…)'i öldürme kastıyla hareket ederek av tüfeği ile tek atış yapması durumunda, sanığın eylemi aynı neviden içtimaın düzenlendiği TCK'nın 43. maddesinin birinci fıkrası kapsamında kalacak ve aynı Kanun maddesinin üçüncü fıkrasında belirlenen istisna nedeniyle de sanığın hem (…)'i hem de (…)'i öldürmeye teşebbüs suçlarından ayrı ayrı cezalandırılmasına karar verilmesi gerekecek idiyse de, bir numaralı uyuşmazlık konusunda açıklandığı şekilde gelişen olayda; sanığın sadece (…)'i öldürme kastıyla hareket ederek tek atış yaptığı av tüfeğinden çıkan saçma tanelerinin isabet etmesiyle yaralanan mağdur (…)'a yönelik eylemini olası kastla gerçekleştirdiği kabul edildiğinden, sanığın av tüfeği ile inceleme dışı davanın katılanı (…)'i öldürme amacıyla ona doğru bir kez ateş etme eyleminin hukuki anlamda tek fiil sayılması gerektiği ve bu suretle tek olan eylem sonunda hem (…)'e karşı kasten öldürme suçuna teşebbüsün, hem de katılan (…)'e yönelik olası kastla yaralama suçunun meydana geldiği sonucuna ulaşılmakla birlikte TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrasındaki; "Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz" hükmü gereğince zincirleme suç ve aynı neviden fikri içtima kurallarının kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından uygulanamayacak olması, dolayısıyla sayılan bu suçlarda, failin mağdur sayısınca ayrı ayrı cezalandırılacağına ilişkin istisnaya farklı neviden fikri içtima hükmünün düzenlendiği TCK'nın 44. maddesinde yer verilmemiş olması, kıyas veya genişletici yorum yoluyla hakkında düzenleme olmayan ceza hukukuna ilişkin bir konuda kişi hak ve hürriyetlerinin aleyhine uygulama geliştirilemeyeceği yönündeki evrensel hukuk ilkeleri ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun istikrar kazanmış uygulamaları ile birlikte değerlendirildiğinde, bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren sanık hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 44. maddesinin uygulanması ve buna bağlı olarak meydana gelen suçlardan en ağırı olan inceleme dışı davanın katılanı (…)'e yönelik kasten öldürme

Kabul etmek gerekir ki, tek el ateş edilmesi hem doğal hem hukuki anlamda tek harekettir. Keza iki el ateş edilmesi, en azından verilen örnekler çerçevesinde, doğal anlamda olmasa da hukuki anlamda tek harekettir[75]. Öyleyse Yargıtay kararlarına konu olan olaylarda, tek fiil (hareket) ile birden fazla netice meydana gelmektedir ve dolayısıyla, kanun ne diyorsa doğrudur bakış açısıyla hareket edildiğinde, TCK m. 44'ün uygulanmamasını gerektirecek herhangi bir engel söz konusu değildir. Ancak son tahlilde Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun anılan kararları hatalıdır. Mademki Yargıtay'ın da belirttiği üzere TCK m. 43/2-3'te zincirleme suçtan farklı bir müessese olan aynı neviden *fikri içtima* düzenlenmiştir[76], öyleyse farklı neviden *fikri içtimaı* düzenleyen TCK m. 44 çerçevesinde de bir istisna yaratmak ve malvarlığına ilişkin olmayan, kişiye sıkı surette bağlı olan ve korunan hukuki menfaatler arasında en üstte yer alan kasten öldürme, kasten yaralama, yağma

---

suçuna teşebbüsten ceza verilmesi ile yetinilmesi gerektiği hâlde bunun dışında ayrıca katılan (…)'e yönelik olası kastla yaralama suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması isabetli değildir. Bu itibarla Yerel Mahkemenin direnme kararına konu mahkûmiyet hükmünün, sanığın katılan (...)'e yönelik eylemi nedeniyle ayrıca cezalandırılmasına karar verilmesi suretiyle TCK'nın 44. maddesine aykırı davranılması isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir."

75 Aynı amaca yönelik olarak yapılan atış sayısı ne olursa olsun, tüm doğal hareketlerin hukuki anlamda tek fiil oluşturacağı şüphesizdir, bu nedenle şu görüşte isabet bulunmamaktadır, YCGK, 05.02.2019, E: 2018/1-310, K: 2019/62: "*Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 5237 Sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile istikrar kazanan kararlarıyla Ceza Genel Kurulunun 10.12.2013 tarihli ve 1572-600 Sayılı kararının çeliştiği iddiasına gelince; kardeşini öldürmek amacıyla av tüfeği ile değil tabanca ile iki el ateş eden sanığın, kardeşi yerine kardeşinin yanında bulunan yengesinin olası kastla yaralanmasına neden olduğu somut olayda, sanığın birden çok kez ateş etmesi ve bu atışlardan sadece birinin hedef dışındaki kişiye isabet etmesi, diğer atışın müstakilen hedefteki kişiye isabet ettirmek amacıyla yapılması, iki ayrı ihlal arasında kısa da olsa bir zaman aralığı bulunması, buna göre failin eyleminin hukuki anlamda tek fiil sayılmasının mümkün olmaması, böylece TCK'nın 44. maddesinin uygulanma şartlarının oluşmadığına karar verilmesi, yerinde olup çelişkiden söz edilmesi doğru değildir.*"

76 YCGK, 06.07.2010, E: 2010/8-51, K: 2010/162: "*Aynı neviden fikri içtima, zincirleme suçun düzenlendiği 43. maddenin 2. fıkrasında, farklı neviden fikri içtima ise Yasa'nın 44. maddesinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın "Zincirleme Suç" başlıklı 43. maddesinin 2. fıkrasında "Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır" denilmek suretiyle, zincirleme suçtan farklı bir müessese olan aynı neviden fikri içtima düzenlenmiş, tek fiil (hareket) ile aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi durumunda, hareketin sayısı nedeniyle, fail hakkında bir cezaya hükmolunacağı, ancak bu cezanın TCK'nın 43/1. maddesine göre artırılacağı öngörülmüştür.*"

ve işkence söz konusu olduğunda, gerçek içtima kuralını uygulamak[77], TCK m. 43/3'ün ruhu (*ratio legis*) ile uyumlu olacaktır[78]. Bundan dolayı doğal anlamda ister tek isterse de birden fazla hareket bulunsun, hukuki anlamda

---

77 Fiil sayısı hususunda kaleme alınış şekli hatalı olsa da, zira aynı amaca yönelik olarak yapılan atış sayısı ne olursa olsun, tüm doğal hareketlerin hukuki anlamda tek fiil oluşturacağı şüphesizidir, ulaştığı sonuç bakımından yerinde bir karar için, Yar. 1. CD., 08.05.2017, E: 2017/115, K: 2017/1481: "*Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedeni hareket ayrı bir eylemi oluşturmakta ise de, hukuki anlamda hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek fiil olarak kabulüdür. Diğer bir anlatımla, doğal anlamda fiilin tek olduğu her halde hukuki anlamda da fiilin tek fiil olarak olduğu söylenebilirse de, doğal anlamda fiilin çok olduğu her halde hukuki anlamda da fiilin çok olduğu her zaman söylenemeyecektir. Bazen bir hareketler kümesi, hukuki açıdan tek bir fiil olarak kabul edilecektir. Bu halde suç tipinin birden fazla hareketle ihlal edilmiş olması hareketin hukuken tek olmasını etkilemeyecek, doğal hareketler hukuken tek kabul edilecektir. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tekliği, doğal anlamda değil hukuki anlamda tek olmayı ifade etmektedir. Bunun sonucu olarak bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar suçun kanuni tanımında yer alan hukuksal anlamdaki tek bir fiili oluşturmaktadır. Bu noktada; aralarında yer ve zaman bakımından sıkı bağlantı bulunmasına rağmen doğal anlamda birden fazla hareketle, doğrudan veya olası kastla kişilerin yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığına yönelik hukuki menfaatlerin ihlal edilmesi durumunda fiilin hukuki anlamda tek olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu üzerinde ayrıca durulmalıdır. Doğal anlamda birden fazla hareketin hukuki anlamda tek bir fiil olarak kabul edilip edilemeyeceği işlenen suçun özelliği de göz önüne alınarak yapılacak hukuki değerlendirme sonucunda belirlenmelidir. Bu bakımdan korunan hukuki menfaatler arasında en üstte yer alan yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığına yönelik eylemlerde eğer fail doğal anlamda birden fazla hareketle bir ya da birkaç kişiyi öldürmek ya da yaralamak amacıyla, öldürmek ya da yaralamak istediği kişinin yanında veya yakınında bulunan başka kişilerin de ölebileceğini veya yaralanabileceğini öngörmesine rağmen bunu göze alarak hareket ediyorsa artık ortada tek bir fiil değil, mağdur sayısınca birden çok fiil bulunduğunu kabul etmek gerekir. Ancak bunun için failin doğrudan ya da olası kastla hareket ettiğinin belirlenmesi gereklidir. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Sanığın, mağdura bıçakla saldırdığı, ancak onun yerine hedefte sapma sonucu yanında bulunan kardeşi maktulü olası kastla öldürdüğü kabul edilen somut olayda, mağdura bıçakla saldıran sanığın, kavgayı ayırmak amacıyla aralarına giren ve mağdurun yanında bulunan maktulün ölebileceğini ya da yaralanabileceğini öngörmesine karşın, bunu göze alarak mağdura doğru birden çok bıçak savurma şeklindeki eyleminin suçla korunan hukuki menfaatler göz önünde bulundurulduğunda hukuki anlamda tek fiil sayılması mümkün olmayıp, TCK'nın 44. maddesinin uygulanma şartları oluşmadığı, maktul ve mağdura yönelik eylemleri sebebiyle ayrı ayrı değerlendirme yapılarak sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi ve sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.*"

78 ÖZGENÇ, s. 631; ayrıca GÖKTÜRK, s. 58 vd.; karşıt görüş KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 535 dn. 1806, s. 544 vd. dn. 1852.

tek bir fiil bulunup bulunmadığı işlenen suçun özelliği ve TCK m. 43/3 göz önüne alınarak yapılmalıdır. Korunan hukuki menfaatler arasında en üstte yer alan yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığına yönelik eylemlerde eğer fail, eyleminin üçüncü kişi üzerinde de netice doğuracağını mümkün görmüş ve buna içsel olarak da razı olmuş ise, yani en azından olası kast ile hareket etmişse, somut olayda doğal anlamda ister tek isterse de birden fazla hareket bulunsun, hukuki anlamda tek bir fiil değil, mağdur sayısınca birden çok fiil bulunmaktadır[79]. Dolayısıyla kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının mevcut olduğu farklı neviden fikri içtima-aynı neviden fikri içtima kombinasyonunda, failin ceza sorumluluğu son tahlilde gerçek içtima kuralları ile belirlenmelidir[80].

---

79 Bu nedenle anılan YCGK kararları dışında zikredilebilecek daire kararları arasından seçilen şu örnek karara da katılmak mümkün değildir, Yar. 1. CD., E: 2014/928, K: 2014/3196: "*Oluşa ve dosya kapsamına göre, sanık A.'nin ruhsatsız tabancası ile mağdur M.'nın bacak bölgesini hedef alıp yakın mesafeden tek el ateş ettiği, açılan ateş sonucu mağdurun bacağından giren mermi çekirdeğinin mağdurun vücudunu terk ederek yakınında bulunan maktülün göğüs bölgesine isabet edip ölümüne neden olduğu olayda; sanığın, hukuki anlamda tek fiili ile birden fazla farklı suçun oluştuğu ve bu nedenle 5237 Sayılı TCK'nın 44. maddesinde düzenlenmiş bulunan farklı neviden fikri içtima hükümleri uyarınca uygulama yapmak gerektiği anlaşıldığı halde; sanığa, mağdura yönelik kasten yaralama suçuna göre daha ağır olan maktüle yönelik olası kastla öldürme suçundan ceza verilmesi, mağdura yönelik eyleminden ise karar verilmesine yer olmadığına ilişkin hüküm kurulması yerine, yazılı biçimde TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükmü göz ardı edilmek suretiyle gerçek içtima kurallarına göre maktulü olası kastla öldürme suçundan kurulan mahkûmiyet hükmünün yanında, ayrıca mağduru kasten yaralama suçundan da hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.*"

80 Ulaşılan bu sonuç, burada savunulduğu gibi, içtima konusunda fiili hareket olarak anlamakla kalmayan, bunu normatif olarak da Kanun'a (*StGB*) yazan ve üstüne üstlük TCK m. 43/3'ün karşılığını barındırmayan, buna rağmen kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının mevcut olduğu farklı neviden fikri içtima-aynı neviden fikri içtima kombinasyonunda gerçek içtima kurallarının uygulanacağını savunan Alman öğretisindeki baskın görüş ile de uyumludur, BUßMANN Heike, in: Matt, Holger/Renzikowski, Joachim, **Strafgesetzbuch Kommentar** (Matt/Renzikowski-StGB), 1. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2013, § 52 StGB kn. 5; GROPP Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Springer-Verlag, Heidelberg, 2015, § 14 kn. 81; JÄGER Christian, in: **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB)**, Loseblattsammlung, Carl Heymanns, Köln, Vor § 52 StGB kn. 38, 53; JAKOBS, § 32 kn. 19; KÜHL, § 21 kn. 19 vd.; MAURACH Reinhart/GÖSSEL Karl Heinz/ZIPF Heinz/DÖLLING Dieter/LAUE Christian/RENZIKOWSKI Joachim, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat**, 8. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 2014, § 54 kn. 11 vd., § 56 kn. 1 vd.; PUPPE, in: NK-StGB, § 52 kn. 17,22; RISSING-VAN SAAN Ruth, in: **Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch** (LK-StGB), 12. Auflage, Walter de

D. Tek Neticeli Hedefte Sapma Ve Suçların İçtimaı

Şu ana kadar yapılan açıklamaların ne anlama geldiği bazı örnekler üzerinden somutlaştırılmalıdır. Bu yapılırken belli bir şematiğin oluşturulması faydalı olacaktır[81]:

(A), hasmı olan (B)'nin kafasını kırmak için yerden bir taş alarak (B)'ye doğru fırlatmıştır. Ancak taşın geldiğini gören (B) bir şekilde taştan kurtulmuştur. Taş (C)'nin işyerinin vitrin camını kırmıştır (*örnek 6*). Olayda eşdeğerliliğin mevcut olmadığı tek neticeli sapma mevcuttur. Mala zarar verme suçu yalnızca kasten işlenebilen bir suç olduğuna göre, (A) sadece (B)'ye karşı kasten adam yaralamaya veyahut kasten adam öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumludur. İçtima çerçevesinde tartışılması gereken bir husus mevcut değildir[82].

(A), hasmı olan (B)'nin işyerinin vitrin camını kırmak amacıyla yerden bir taş alarak (B)'nin işyerine doğru fırlatmıştır. Ancak attığı taş, yalnızca (C)'nin işyerinin vitrin camını kırmıştır (*örnek 7*). Olayda eşdeğerliliğin mevcut olduğu tek neticeli sapma mevcuttur. Ancak mala zarar verme suçunun kasten işlenebilen bir suç olması sebebiyle, (A) sadece (B)'ye karşı mala zarar vermeye teşebbüsten dolayı sorumludur. (C)'ye karşı ise özel hukuk

---

Gruyter, Berlin, 2006, Vor § 52 StGB kn. 38; ROXIN, § 33 kn. 38; STERNBERG-LIEBEN Detlev/BOSCH Nikolaus, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, **Strafgesetzbuch Kommentar** (S/S-StGB), 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2019, Vor § 52 StGB kn. 17g; VON HEINTSCHEL-HEINEGG Bernd, in: **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch** (MüKo-StGB), 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2016, § 52 StGB kn. 18,53; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 766.

81 Fark edileceği üzere, bundan sonraki birkaç dipnotta tekrarlar olacaktır; bu bilinçli bir tercihtir, zira bu şekilde düşünülebilecek her ihtimalin söz konusu şematikte kendisine yer bulması amaçlanmıştır.

82 Somut olayda (C)'nin işyerinin vitrin camının kırılması, (A) açısından öngörülen ve fakat istenilmemiş (bilinçli taksir) bir netice olarak kabul edilmiştir, zira failin eyleminin üçüncü kişi üzerinde yarattığı neticede olası kastın kabulünü haklı kılan nedenler varsa, ortada aslında teknik anlamda hedefte sapma yoktur; ancak Yargıtay'ın bu hususa yeterince dikkat etmediği yukarıda belirtilmişti. Buna karşın somut olayda (C)'nin işyerinin vitrin camının kırılmasını (A) mümkün görmüş ve buna içsel olarak da razı olmuş ise (olası kast), (A)'nın – (B)'ye karşı kasten adam yaralamaya veyahut kasten adam öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumluluğu yanında – (C)'ye karşı mala zarar verme suçundan dolayı da sorumluluğu doğacaktır. Bu halde (A), TCK m. 44 uyarınca, en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır, zira (A) işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vermiştir.

hükümlerine göre sorumludur. İçtima çerçevesinde tartışılması gereken bir husus mevcut değildir[83].

(A), hasmı olan (B)'nin işyerinin vitrin camını kırmak amacıyla yerden bir taş alarak (B)'nin işyerine doğru fırlatmıştır. Ancak attığı taş, yalnızca (C)'nin kafasına isabet etmiştir (*örnek 8*). Olayda eşdeğerliliğin mevcut olmadığı tek neticeli bir sapma mevcuttur. (A), (B)'ye karşı mala zarar vermeye teşebbüsten (C)'ye karşı ise taksirle adam yaralama suçundan dolayı sorumludur. Somut olayda içtima hükümlerine başvurmak gerekecektir: Bu olayda aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiile (hareketle) işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedileceğini, ancak bu cezanın artırılacağını düzenleyen ve aynı neviden fikri içtima olarak adlandırılan TCK m. 43/2 hükmünün uygulanması mümkün değildir. Öyleyse işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişinin bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmasını öngören ve farklı neviden fikri içtima olarak adlandırılan TCK m. 44 hükmünün uygulanması gerekecektir. Dolayısıyla (A)'nın daha fazla ceza gerektiren mala zarar verme suçuna teşebbüsten cezalandırılması gerekecektir[84].

(A), hasmı olan (B)'yi öldürmek için ateş etmiş ancak tam bu sırada (B) yere düşen cüzdanını almak için eğilmiştir. Bu nedenle kurşun (B)'nin arkasında duran (C)'ye isabet etmiştir. (C) hayatını kaybetmiştir (*örnek 9*).

---

83 Somut olayda (C)'nin işyerinin vitrin camının kırılması, (A) açısından öngörülen ve fakat istenilmemiş (bilinçli taksir) bir netice olarak kabul edilmiştir, zira failin eyleminin üçüncü kişi üzerinde yarattığı neticede olası kastın kabulünü haklı kılan nedenler varsa, ortada aslında teknik anlamda hedefte sapma yoktur; ancak Yargıtay'ın bu hususa yeterince dikkat etmediği yukarıda belirtilmişti. Buna karşın somut olayda (C)'nin işyerinin vitrin camının kırılmasını (A) mümkün görmüş ve buna içsel olarak da razı olmuş ise (olası kast), (A)'nın – (B)'ye karşı mala zarar vermeye teşebbüsten dolayı sorumluluğu yanında – (C)'ye karşı mala zarar verme suçundan dolayı da sorumluluğu doğacaktır. Bu halde (A), TCK m. 43/2 uyarınca mala zarar verme suçundan dolayı cezalandırılacak, ancak (A)'ya verilecek olan ceza TCK m. 43/1'de öngörülen oran nispetinde artırılacaktır; zira (A) aynı suçu birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlemiştir.

84 Somut olayda (C)'nin yaralanmasının (A) açısından öngörülen ve fakat istenilmemiş (bilinçli taksir) olan bir netice olduğu kabul edilmiştir, zira failin eyleminin üçüncü kişi üzerinde yarattığı neticede olası kastın kabulünü haklı kılan nedenler varsa, ortada aslında teknik anlamda hedefte sapma yoktur; ancak Yargıtay'ın bu hususa yeterince dikkat etmediği yukarıda belirtilmişti. Buna karşın (C)'ye karşı işlenen suçun olası kastla işlendiği kabul edilirse, (A)'nın TCK m. 44 uyarınca daha fazla ceza gerektiren kasten adam yaralama suçundan dolayı cezalandırılması gerekir.

Olayda eşdeğerliliğin mevcut olduğu tek neticeli bir sapma mevcuttur. (A), (B)'ye karşı kasten adam öldürmeye teşebbüsten, (C)'ye karşı ise taksirle adam öldürme suçundan dolayı sorumludur. Somut olayda içtima hükümlerine başvurmak gerekecektir: Bu olayda TCK m. 43/2 anlamında aynı suç söz konusu olmadığına göre, olaya uygulanacak norm TCK m. 44'tür. Buna göre (A)'nın yalnızca kasten adam öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekecektir[85]. Tüm bu anlatılanlar doğal olarak (C) ölmemiş sadece yaralanmış olsaydı da geçerli olacaktı[86].

---

85 Somut olayda (C)'nin ölümünün (A) açısından öngörülen ve fakat istenilmemiş (bilinçli taksir) olan bir netice olduğu kabul edilmiştir, zira failin eyleminin üçüncü kişi üzerinde yarattığı neticede olası kastın kabulünü haklı kılan nedenler varsa, ortada aslında teknik anlamda hedefte sapma yoktur; ancak Yargıtay'ın bu hususa yeterince dikkat etmediği yukarıda belirtilmişti. Buna karşın (C)'ye karşı işlenen suçun olası kastla işlendiği kabul edilirse, (A)'nın ceza sorumluluğunun belirlenmesi tamamen farklı kurallara tabi olurdu. Bu ihtimalde (A)'nın (B)'ye karşı işlediği kasten öldürmeye teşebbüs suçunun ve (C)'ye karşı işlediği kasten adam öldürme suçunun TCK m. 43/2 anlamında aynı suç olduğu aşikârdır. Bu nedenle ilk etapta (A) hakkında tamamlanmış suçtan dolayı cezaya hükmedileceği ve cezanın artırılacağı (TCK m. 43/1) düşünülebilir. Ancak ne var ki, TCK m. 43/3 kasten öldürme suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla (A) hakkında TCK m. 43 hükmü – ve yine TCK m. 44 hükmü – uygulanamaz. Öyleyse – TCK m. 43/3'te sayılan suçlar tek fiille birden çok kişiye karşı işlendiği takdirde gerçek içtima kuralı uygulanacağına göre – (A), (B)'ye karşı kasten adam öldürmeye teşebbüs suçundan ve (C)'ye karşı olası kast ile adam öldürme suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

86 Somut olayda (C)'nin yaralanmasının (A) açısından öngörülen ve fakat istenilmemiş (bilinçli taksir) olan bir netice olduğu kabul edilmiştir, zira failin eyleminin üçüncü kişi üzerinde yarattığı neticede olası kastın kabulünü haklı kılan nedenler varsa, ortada aslında teknik anlamda hedefte sapma yoktur; ancak Yargıtay'ın bu hususa yeterince dikkat etmediği yukarıda belirtilmişti. Buna karşın (C)'ye karşı işlenen suçun olası kastla işlendiği kabul edilirse, (A)'nın ceza sorumluluğunun belirlenmesi tamamen farklı kurallara tabi olurdu. Bu durumda, yukarıda farklı neviden fikri içtima-aynı neviden fikri içtima kombinasyonu olarak adlandırılan ihtimal ile karşılaşılmaktadır. Yargıtay, bu ihtimalde (A)'nın ceza sorumluluğunun TCK m. 44 hükmü uyarınca belirlenmesini istemekte ve dolayısıyla (A)'nın yalnızca kasten adam öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılmasını istemektedir. Ancak yukarıda da bahsedildiği üzere Yargıtay'ın bu yaklaşımı hatalıdır. Doğal anlamda ister tek isterse de birden fazla hareket bulunsun, hukuki anlamda tek bir fiil bulunup bulunmadığı işlenen suçun özelliği göz önüne alınarak yapılmalıdır. Korunan hukuki menfaatler arasında en üstte yer alan yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığına yönelik eylemlerde eğer fail, eyleminin üçüncü kişi üzerinde de netice doğuracağını mümkün görmüş ve buna içsel olarak da razı olmuş ise, yani en azından olası kast ile hareket etmişse, somut olayda doğal anlamda ister tek isterse de birden fazla hareket bulunsun, hukuki anlamda tek bir fiil değil, mağdur sayısınca birden çok fiil bulunmaktadır. Dolayısıyla kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının mevcut olduğu farklı neviden fikri içtima-aynı neviden fikri içtima kombinasyonun-

E. Çok Neticeli Hedefte Sapma ve Suçların İçtimaı

(A), hasmı olan (B)'nin işyerinin vitrin camını kırmak amacıyla yerden bir taş alarak (B)'nin işyerine doğru fırlatmıştır. (A)'nın attığı taş önce (B)'nin vitrin camını kırmış daha sonra da işyerinde oturmakta olan (C)'nin kafasına isabet etmiştir (*örnek 10*). Olayda eşdeğerliliğin mevcut olmadığı çok neticeli sapma mevcuttur. (A) hem (B)'ye karşı mala zarar verme suçundan hem de (C)'ye karşı taksirle yaralama suçundan dolayı sorumludur. Somut olayda içtima hükümlerine başvurmak gerekecektir: Bu olayda aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiile (hareketle) işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedileceğini, ancak bu cezanın artırılacağını düzenleyen ve aynı neviden fikri içtima olarak adlandırılan TCK m. 43/2 hükmünün uygulanması mümkün değildir. Öyleyse işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişinin bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmasını öngören ve farklı neviden fikri içtima olarak adlandırılan TCK m. 44 hükmünün uygulanması gerekecektir. Dolayısıyla (A)'nın daha fazla ceza gerektiren mala zarar verme suçundan cezalandırılması gerekecektir[87].

(A), hasmı olan (B)'yi öldürmek için ateş etmiştir. (B) aldığı yara nedeniyle hayatını kaybetmiştir. (A)'nın tabancasından çıkan kurşun aynı zamanda (C)'nin de ölümüne neden olmuştur (*örnek 11*). Olayda eşdeğerliliğin mevcut olduğu çok neticeli bir sapma mevcuttur. (A), (B)'ye karşı kasten adam öldürme suçundan, (C)'ye karşı ise taksirle adam öldürme suçundan dolayı sorumludur. Somut olayda içtima hükümlerine başvurmak gerekecektir: Bu olayda TCK m. 43/2 anlamında aynı suç söz konusu olmadığına göre, olaya uygulanacak norm TCK m. 44'tür. Buna göre (A)'nın yalnızca kasten adam öldürme suçundan dolayı cezalandırılması gerekecektir[88].Tüm

---

da, failin ceza sorumluluğu son tahlilde gerçek içtima kuralları ile belirlenmelidir. Öyleyse (A), (B)'ye karşı kasten adam öldürmeye teşebbüs suçundan ve (C)'ye karşı olası kast ile adam yaralama suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

87 Somut olayda (C)'nin yaralanmasının (A) açısından öngörülen ve fakat istenilmemiş (bilinçli taksir) olan bir netice olduğu kabul edilmiştir, zira failin eyleminin üçüncü kişi üzerinde yarattığı neticede olası kastın kabulünü haklı kılan nedenler varsa, ortada aslında teknik anlamda hedefte sapma yoktur; ancak Yargıtay'ın bu hususa yeterince dikkat etmediği yukarıda belirtilmişti. Buna karşın (C)'ye karşı işlenen suçun olası kastla işlendiği kabul edilirse, (A)'nın TCK m. 44 uyarınca daha fazla ceza gerektiren kasten adam yaralama suçundan dolayı cezalandırılması gerekir.

88 Somut olayda (C)'nin ölümünün (A) açısından öngörülen ve fakat istenilmemiş (bilinçli

bu anlatılanlar doğal olarak (C) ölmemiş sadece yaralanmış olsaydı da geçerli olacaktı[89].

3. Şahısta Hata İle Hedefte Sapma Arasında Herhangi Bir Fark Görmeyen Görüş ve Bu Görüşün Değerlendirilmesi

Şu ana kadar yapılan tüm açıklamalar, şahısta hata ile hedefte sapmayı farklı kavramlar olarak kabul eden baskın görüşün bakış açısı ile kaleme alınmıştır.

---

taksir) olan bir netice olduğu kabul edilmiştir, zira failin eyleminin üçüncü kişi üzerinde yarattığı neticede olası kastın kabulünü haklı kılan nedenler varsa, ortada aslında teknik anlamda hedefte sapma yoktur; ancak Yargıtay'ın bu hususa yeterince dikkat etmediği yukarıda belirtilmişti. Buna karşın (C)'ye karşı işlenen suçun olası kastla işlendiği kabul edilirse, (A)'nın ceza sorumluluğunun belirlenmesi tamamen farklı kurallara tabi olurdu. Bu ihtimalde (A)'nın (B)'ye karşı işlediği kasten öldürme suçunun ve (C)'ye karşı işlediği kasten adam öldürme suçunun TCK m. 43/2 anlamında aynı suç olduğu aşikârdır. Bu nedenle ilk etapta (A) hakkında tamamlanmış suçtan dolayı cezaya hükmedileceği ve cezanın artırılacağı (TCK m. 43/1) düşünülebilir. Ancak ne var ki, TCK m. 43/3 kasten öldürme suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla (A) hakkında TCK m. 43 hükmü – ve yine TCK m. 44 hükmü – uygulanamaz. Öyleyse – TCK m. 43/3'te sayılan suçlar tek fiille birden çok kişiye karşı işlendiği takdirde gerçek içtima kuralı uygulanacağına göre – (A), (B)'ye karşı kasten adam öldürme suçundan ve (C)'ye karşı olası kast ile adam öldürme suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

89 Somut olayda (C)'nin yaralanmasının (A) açısından öngörülen ve fakat istenilmemiş (bilinçli taksir) olan bir netice olduğu kabul edilmiştir, zira failin eyleminin üçüncü kişi üzerinde yarattığı neticede olası kastın kabulünü haklı kılan nedenler varsa, ortada aslında teknik anlamda hedefte sapma yoktur; ancak Yargıtay'ın bu hususa yeterince dikkat etmediği yukarıda belirtilmişti. Buna karşın (C)'ye karşı işlenen suçun olası kastla işlendiği kabul edilirse, (A)'nın ceza sorumluluğunun belirlenmesi tamamen farklı kurallara tabi olurdu. Bu durumda, yukarıda farklı neviden fikri içtima-aynı neviden fikri içtima kombinasyonu olarak adlandırılan ihtimal ile karşılaşılmaktadır. Yargıtay, bu ihtimalde (A)'nın ceza sorumluluğunun TCK m. 44 hükmü uyarınca belirlenmesini istemekte ve dolayısıyla (A)'nın yalnızca kasten adam öldürme suçundan dolayı cezalandırılmasını istemektedir. Ancak yukarıda da bahsedildiği üzere Yargıtay'ın bu yaklaşımı hatalıdır. Doğal anlamda ister tek isterse de birden fazla hareket bulunsun, hukuki anlamda tek bir fiil bulunup bulunmadığı işlenen suçun özelliği göz önüne alınarak yapılmalıdır. Korunan hukuki menfaatler arasında en üstte yer alan yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığına yönelik eylemlerde eğer fail, eyleminin üçüncü kişi üzerinde de netice doğuracağını mümkün görmüş ve buna içsel olarak da razı olmuş ise, yani en azından olası kast ile hareket etmişse, somut olayda doğal anlamda ister tek isterse de birden fazla hareket bulunsun, hukuki anlamda tek bir fiil değil, mağdur sayısınca birden çok fiil bulunmaktadır. Dolayısıyla kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının mevcut olduğu farklı neviden fikri içtima-aynı neviden fikri içtima kombinasyonunda, failin ceza sorumluluğu son tahlilde gerçek içtima kuralları ile belirlenmelidir. Öyleyse (A), (B)'ye karşı kasten adam öldürme suçundan ve (C)'ye karşı olası kast ile adam yaralama suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Öğretide azınlıkta kalan bir görüşe göre ise[90], hedefte sapmanın kast üzerindeki etkisi şahısta hata ile aynı olmalıdır; zira şahısta hata ile hedefte sapma arasındaki fark bunlara farklı hukuki sonuçlar bağlanmasını gerektirmeyecek kadar önemsizdir. İster şahısta hata isterse de hedefte sapma söz konusu olsun, son tahlilde fail bir suç işlemek için kasten hareket etmiştir. Öyleyse hedefte sapma sonucu fiil (hareket) değişik kişiler üzerinde neticeye sebep vermiş olsa bile, failin tamamlanmış tek suçtan sorumlu olması gerekmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre mademki örneğin TCK m. 81 herkesin yaşam hakkını aynı şekilde korumakta, hiç kimsenin yaşam hakkını diğerininkinden daha kıymetli ya da daha az kıymetli görmemekte, öyleyse (B)'yi öldürmek isteyen (A)'nın karanlıkta (C)'yi (B) zannetmesi ve bu sebeple (C)'yi öldürmesi ile (A)'nın (B)'ye ateş ederken elinin titremesi sonucu (C)'yi öldürmesi arasında da bir fark bulunmamalıdır. Her iki durumda da (A), (C)'ye karşı kasten adam öldürme suçundan ve de yalnızca bu suçtan dolayı sorumlu olmalıdır; zira hedefte sapma şahısta hatanın yalnızca özel bir görünüm şeklidir, kesinlikle ayrı bir kavram değildir. Hedefte sapmaya şahısta hata ile aynı hukuki sonucu bağlaması nedeniyle, bu görüşe eşdeğerlik teorisi/denklik teorisi[91] adı verilmektedir.

Eşdeğerlik teorisi ile ilgili değerlendirme yapmadan önce, bu teori ile her ne kadar Türk öğretisinin adını koymadan savunduğu, Alman öğretisinde ise yazarların büyük çoğunluğunun somutlaştırma teorisi[92] bazılarının ise eylem planı teorisi[93] adını verdikleri ve şu ana kadar baskın görüş olarak isimlendirilen teori arasındaki görüş ayrılığının, ilk bakışta uyandırdığı izlenimin aksine çok da fazla olmadığının belirtilmesi gerekir[94]. Zira Alman Hukukunda da hedefte sapma halinde fikri içtima kurallarının geçerli ola-

---

90 HEUCHEMER, s. 277 vd.; FRISTER, § 16 StGB kn. 55 vd.; PUPPE, in: NK-StGB, § 16 kn. 95 vd.; RUDOLPHI/STEIN, in: SK-StGB, § 16 kn. 32.

91 *Gleichwertigkeitstheorie*: HEUCHEMER, s. 277 vd.; FRISTER, § 16 StGB kn. 55 vd.; PUPPE, in: NK-StGB, § 16 kn. 95 vd.; RUDOLPHI/STEIN, in: SK-StGB, § 16 kn. 32.

92 *Konkretisierungstheorie*: BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.

93 *Tatplan-Theorie*: ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.

94 Konuya ilişkin detaylı açıklamalar için HILLENKAMP Thomas, **32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil**, 12. Auflage, Luchterhand Fachverlag, Neuwied, 2006, s. 53 vd.

cağı kabul edildiğinden dolayı[95], azınlıktaki görüş ile baskın görüşün farklı sonuçlara ulaştıkları tek durum, *örnek 9*'da olduğu gibi olayda eşdeğerliliğin olduğu tek neticeli sapmanın mevcut olması ihtimalidir[96]. Aynı örnekten gidilecek olursa (A), hasmı olan (B)'yi öldürmek için ateş etmiş ancak tam bu sırada (B) yere düşen cüzdanını almak için eğilmiştir. Bu nedenle kurşun (B)'nin arkasında duran (C)'ye isabet etmiştir. (C) hayatını kaybetmiştir. Bu çalışmada da kabul edilen ve somutlaştırma teorisi veya eylem planı teorisi adlandırılan baskın görüşe göre (A), TCK m. 44 uyarınca daha fazla cezayı gerektiren, (B)'ye karşı işlenen adam öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır[97]. Eşdeğerlik teorisi taraftarlarına göre ise, mademki hedefte sapmanın kast üzerindeki etkisi şahısta ile aynıdır ve de TCK m. 81'e göre (A)'nın (B)'yi öldürmesi değil, (A)'nın herhangi birisini, yani (C)'yi de öldürmesi suçtur, öyleyse (A), (C)'ye karşı kasten adam öldürme suçundan dolayı sorumludur. (B)'ye karşı ise teşebbüsten doğan herhangi bir sorumluluk söz konusu değildir; zira eşdeğerlilik teorisi, baskın görüşün sıklıkla kullandığı "*şahısta hatada yalnızca meydana gelen tek neticeden dolayı failin ceza sorumluluğu doğmaktadır, hedefte sapmada ise, ilk suç ile arzulanan ve ikinci suç ile gerçekte meydana gelen, biri teşebbüs aşamasında kalmış diğeri ise neticelenmiş iki ayrı suç mevcuttur*[98]" şeklindeki ifadeyi reddeder[99].

---

95 Kıyaslayınız BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57, 59 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.

96 ROXIN, § 12 kn. 161 vd., 165.

97 Somut olayda (C)'nin ölümünün (A) açısından öngörülen ve fakat istenilmemiş (bilinçli taksir) olan bir netice olduğu kabul edilmiştir; zira öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere, failin eyleminin üçüncü kişi üzerinde yarattığı neticede olası kastın kabulünü haklı kılan nedenler varsa, ortada aslında teknik anlamda hedefte sapma yoktur, DÖNMEZER/ERMAN, kn. 669; KÜHL, § 13 kn. 31; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 79, yalnızca görünürde hedefte sapma durumu mevcuttur, kıyaslayınız ROXIN, § 12 kn. 164. Ancak Yargıtay'ın bu hususa yeterince dikkat etmediği yukarıda belirtilmişti.

98 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57, 59 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.

99 HEUCHEMER, s. 277 vd.; FRISTER, § 16 StGB kn. 55 vd.; PUPPE, in: NK-StGB, § 16 kn. 95 vd.; RUDOLPHI/STEIN, in: SK-StGB, § 16 kn. 32.

Eşdeğerlik teorisinin neden kabul edilemeyeceğini açıklamak için uzun açıklamalar yapmaya gerek yoktur. Şahısta hatada kastı ortadan kaldırmayan bir motivasyon/saik hatası söz konusudur. Oysaki hedefte sapmada, gerçeklik ile tasavvur arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Her ikisi birbiriyle uyumlu olmasına rağmen, bir nedenden dolayı fail arzu ettiği sonuca ulaşamamaktadır[100]. Dolayısıyla iki kurum arasındaki fark çok nettir. Şahısta hatada (A) bir kişiyi öldürmek istemiştir ve de öldürmüştür. Hedefte sapmada ise (A), herhangi bir kişiyi değil, (B) kişisini öldürmek istemiştir, ancak başaramamıştır. Diğer bir ifadeyle (A) öldürme kastını belirli bir kişi üzerinde somutlaştırmıştır. Dolayısıyla (A)'nın herhangi bir kimseyi öldürme isteği ile (B)'yi öldürme isteği aynı şekilde değerlendirilemeyeceği gibi, (A)'nın (C)'nin ölümüne taksirle neden olması da, (B)'yi öldürememesi ile ikame edilemez[101].

II. ŞAHISTA HATA VE HEDEFTE SAPMA - ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

Kavram olarak şahısta hatanın ve hedefte sapmanın ne olduğu ortaya konulduktan sonra, çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde, şahısta hata ve hedefte sapmada özellik arz eden durumlar değerlendirilecektir.

---

100 AKBULUT, s. 372 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 564 vd.; BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 433 vd.; DEMİRBAŞ, s. 437 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 652 vd.; 667 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HAKERİ, s. 466 vd.; 473 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; İÇEL, s. 476 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 686 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 422 vd., 433 vd.; ÖZGENÇ, s. 466 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 582 vd., 584 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57, 59 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.; ZAFER, s. 276 vd.

101 Mülga TCK'nın 52. maddesinde şahısta hata ve tek neticeli hedefte sapmayı aynı madde de düzenlemesi, 5237 sayılı TCK öncesinde Türk Hukukunda eşdeğerlik teorisinin kabul edilmiş olması anlamına gelmemektedir. Bu düzenleme, hedefte sapmanın bağımsız bir kurum olduğunu yadsımayan, ancak hukuksal sonuçlarla sınırlı olarak, soruna pratik bir çözüm getirmeyi amaçlayan bir norm olarak kabul edilmekteydi, ERMAN, s. 96.

1. Nitelikli Hallerde Yanılma ve Şahısta Hata - Hedefte Sapma

Hem şahısta hatada hem de hedefte sapmada failin suçun temel şeklinden mi yoksa nitelikli şeklinden mi cezalandırılacağı sorunsalıyla karşılaşılabilmektedir[102]. Bu sorunu çözüme kavuşturmak isteyen kanun koyucu, TCK'nın 30/2 maddesinde failin nitelikli hallerin gerçekleştiği hususunda hataya düşmesi halinde, bu hatasından faydalanacağını belirtmiştir. Ancak kanun koyucu bu hatanın hukuki sonuçlarının ne olacağı noktasında suskun kalmıştır. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu suçun nitelikli hallerinde hatanın failin sorumluluğunu ne şekilde etkileyeceğinden, kastı kaldıran hatanın mı yoksa kastı kaldırmayan hatanın mı kabul edileceğinden bahsetmemiştir. Ne var ki bu durum anlaşılabilir; zira nitelikli haller suçun maddi unsurlarına

---

102 Suçun kurucu unsurlarından olmamakla birlikte, diğer bir ifadeyle suçun temel şeklini düzenleyen suç tipindeki kanuni unsurların dışında kalmakla birlikte, kurucu unsurlara eklenerek, bir suçun daha ağır veya daha hafif olarak nitelendirilmesini sağlayan ve dolayısıyla suçun temel şekline kıyasla faile daha az veya daha çok ceza verilmesini gerektiren hallere, suça etki eden nitelikli haller (TCK m. 61/4) denilmektedir. TCK m. 82, 109/5, 125/4, 142, 143, 145, 150/2, 299/2 nitelikli hallere verilebilecek onlarca örnekten sadece bir kaçıdır. Bu çalışmada nitelikli unsurlara ilişkin detaylara yer verilmeyecek olsa da, nitelikli unsurların hata teorisiyle kesiştikleri bir noktaya dikkat çekmek gerekir: Suçun nitelikli unsurlarını, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleriyle (TCK m. 23) karıştırmamak gerekir. Esasen hatada kişinin iradesi ile gerçekleşen arasında bir fark bulunduğunda, iradeye öncelik tanındığından, kural olarak ağırlatıcı neden faile yüklenmez (TCK m. 30/2). Buna karşın nitelikli hal, netice sebebiyle ağırlaşmış bir suça hayat veriyorsa ve failin de bu neticenin gerçekleşmesinde en az taksir derecesinde kusuru varsa, bu nitelikli hal, olayda failin içine düştüğü bir hata olsa dahi, faile yüklenmektedir, HAKERİ, s. 458. Bu hususa ilişkin olarak, her ne kadar Yargıtay kararda açıkça hedefte sapmadan bahsetmese de ve de failin anneye karşı işlediği suçta kast-taksir kombinasyonun varlığının kabulünü şüpheye düşüren hususlar mevcut olsa da, şu karar örnek olarak gösterilebilir, YCGK, 25.02.2014, E: 2013/1-765, K: 2014/92: "*Sanığın, annesinin arkasına saklanan kızına vurmak istediği sırada kontrolsüz biçimde savurduğu yumruğun karşısında bulunan annesinin isabet alarak yaralanabileceğini bilmesine rağmen hareketine devam ederek şiddetli bir şekilde savurduğu yumruğun başına isabet etmesi sonucu yaralanan maktulenin kaldırıldığı hastanede 13 gün sonra aldığı bu darbeye bağlı olarak öldüğü, maktulenin başının arka kısmına isabet eden bu darbenin TCK'nın 86/1. maddesi kapsamında basit tıbbi müdahaleyle giderilemeyeceği ve yaşamını tehlikeye soktuğu anlaşıldığından, kızını darp etmek suretiyle yaralamak isteyen ancak aralarında bulunan maktulenin de isabet alarak yaralanabileceğini bildiği halde sert bir şekilde savurduğu yumruğunun maktuleye isabeti sonucu yaralanmasına neden olan sanığın kasten hareket ettiğinin kabulü gerekir. Maktulenin yaralanmasının basit tıbbi müdahaleyle giderilemeyecek nitelikli olması ve ölüm ile sanığın eylemi arasında doğrudan illiyet bağının bulunması karşısında, TCK'nın 86/3. maddesi yollamasıyla aynı Kanunun 87/4. maddesi uyarınca hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.*"

dâhildir, dolayısıyla nitelikli hallere ilişkin failin içine düştüğü hata tıpkı TCK m. 30/1'de olduğu gibi, kastı kaldıran hata olarak kabul edilmektedir[103].

Hem bu kabule sadık kalmak hem de şahısta hata ve hedefte sapmanın aynı şeyler olmadığını, ilkinde tek bir suçun ikincisinde ise birden fazla suçun olduğunu gözden kaçırmamak için, konunun değişik ihtimaller, bu ihtimaller dâhilinde de çeşitli olasılıklar üzerinden incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

(1) Nitelikli unsurlara ilişkin hatanın ilk ihtimalinde, fail, işlediği suçta cezayı ağırlaştıran nitelikli hal bulunmasına rağmen bunu bilmemektedir. Diğer bir ifadeyle failin gerçekleştirmek istediği suçta bir nitelikli hal mevcuttur ve fakat fail tarafından bu bilinmemektedir[104].

(a) Bu ihtimalin ilk olasılığında fail, suçun mağdurunun niteliğinde yanılgıya (*error in persona*) düşmüştür. Gerçekten de (B)'yi öldürmek isteyen (A)'nın karanlıkta (C)'yi (B) zannetmesi ve bu sebeple kendi babası (C)'yi öldürmesi (*örnek 12*) olayında bu şekilde bir durum mevcuttur. Şahısta hatanın söz konusu olduğu bu örnekte (A)'nın TCK m. 30/2 düzenlemesinden dolayı TCK m. 82/1-d hükmünden değil, suçun temel şeklinden dolayı cezalandırılacağı ortaya çıkmaktadır[105]. Fark edileceği üzere bu sonuç, şahısta hatanın esaslı hata olmadığı ve kastı etkilemediği şeklindeki ana kuralın, yalnızca suçun temel şeklinin işlendiği durumlarda geçerli olduğunu, buna karşın suçun nitelikli hallerinin mevcut olduğu olaylarda ise şahısta hatanın kastı kısmen etkilemesinin söz konusu olduğunu ortaya koymaktadır[106].

Yukarıda da bahsedildiği üzere suçun maddi konusunda yanılma (*error in persona vel in objecto*) her zaman şahısta hata (*error in persona*) olarak değil, eşyada/nesnede hata (*error in objecto*)olarak da söz konusu olabilmektedir. Bu noktada (A)'nın içinde para ve değerli eşyaların bulunduğunu zannettiği ancak gerçekte bir parça ucuz çikolatanın olduğu kutuyu çalması şeklinde verilen *örnek 1* üzerinden gidilecek olursa; hatırlanacağı üzere (A)'nın bu hatasının kastını etkilemediği ve (A)'nın hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olacağı belirtilmişti. TCK m. 30/2 hükmünün yalnızca ağırlatıcı

---

103 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 262.

104 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 427.

105 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 572; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 658; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 698; ÖZGENÇ, s. 466 vd.

106 Bu yönde haklı tespit için MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 698 dn. 82.

nedenlerde değil aynı zamanda hafifletici nedenlerde de uygulanacağı göz önünde bulundurulduğu zaman[107], (A)'nın hırsızlık suçunun nitelikli hali olan TCK m. 145 hükmünden yararlanacağı rahatlıkla anlaşılmaktadır[108]. Aynı sonuca tam tersi durumda da ulaşmak gerekecektir: (A) sırf (B)'yi sinirlendirmek için içinde değersiz birkaç parça malın bulunduğunu zannettiği kutuyu çalsa, ancak kutuda (B)'ye ait çok değerli pırlanta yüzük olsa, (A)'nın yine de TCK m. 145 hükmünden yararlanması gerekecektir[109].

Suçun maddi konusunda hataya ilişkin bu açıklamalar hedefte sapma (*aberratio ictus*) için de geçerlidir. Gerçekten de (A)'nın (B)'ye ateş ederken elinin titremesi sonucu kendi babası (C)'yi öldürmesi (*örnek 13*) bu duruma örnek olarak verilebilir. Kastın kapsamında değerlendirilen nitelikli unsur (TCK m. 82/1-d), somut olayda (A)'nın kastının kapsamına dâhil değildir ve bu nedenle (A)'nın nitelikli unsurdan dolayı sorumluluğu doğmayacaktır.

(b) Buna karşın failin nitelikli unsurlarda hataya düşmesinin her zaman onun lehine işlemeyebileceği unutulmamalıdır. Nitelikli unsurlarda hatanın fail lehine sonuçlar doğurması, bu unsurların dış dünyadan kaynaklanmasını şart koşar. Ancak bazı nitelikli unsurlar vardır ki, bunların suçun mağdurunun veya konusunun niteliği ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Aksine bunlar bütünüyle failin iç dünyasına, saikine ve amaçlarına ilişkindir. Bu tip nitelikli unsurların faile, şahısta hata veya hedefte sapma söz konusu olsa dahi, son tahlilde yüklenmesi gerekmektedir; zira böylesi nitelikli hallerin mevcut olduğu durumlarda, hatanın temelini oluşturan bilmeme veya sanma veya sapmanın temelini oluşturan beceriksizlik, yanlış isabet alma değil, kastın kapsamına girmeyen psikolojik durumun dış dünyaya yansıması söz konusudur[110]. Bu tür nitelikli unsurlara örnek olarak TCK m. 82/1-b verilebilir. (A)'nın (B)'yi canavarca hisle öldürmek istemesi ancak (B) ile (C)'yi karıştırması ve bu nedenle (C)'yi öldürmesi (*örnek 14*) durumunda, (A)'nın TCK m. 30/2 hükmüne rağmen, kasten adam öldürmenin nitelikli halinden dolayı cezalandırılması gerekecektir[111].

---

107 DÖNMEZER/ERMAN, kn. 662.

108 MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 704.

109 DÖNMEZER/ERMAN, kn. 663; HAKERİ, s. 457.

110 ERMAN, s. 79 vd.; ROXIN, § 12 kn. 137.

111 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 572; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 660.

Kabul etmek gerekir ki, bir nitelikli unsurun yalnızca failin iç dünyasına ilişkin olup olmadığını belirlemek her zaman çok da kolay değildir. Örneğin (A)'nın (B)'yi eziyet çektirerek öldürmek istemesi ancak (B) ile (C)'yi karıştırması ve bu nedenle (C)'yi öldürmesi (*örnek 15*) durumunda, öğretinin farklı değerlendirmelerde bulunması, bir kısmının – haklı olarak – (A)'nın nitelikli adam öldürmeden[112] bir kısmının ise basit adam öldürmeden sorumlu tutulmasını istemesi[113] hiç de şaşırtıcı değildir.

Soru işaretlerine neden olan asıl husus, tasarlanarak ya da kan gütme veya töre saiki gibi belli bir saik altında işlenen suçlarda, failin şahısta hataya düşmesi veya olayda hedefte sapmanın söz konusu olmasıdır.

Bir görüşe "*tasarlama, öldürülmesi istenmemiş olan kişinin öldürülmesini kapsamaz*"[114].[115] Anlaşılacağı üzere bu görüşü savunanlara göre, tasarlama failin kast ettiği kişinin sıfatından doğan bir ağırlatıcı sebeptir; bu nedenden dolayı (B)'yi tasarlayarak öldürmek isteyen (A)'nın karanlıkta (C)'yi (B) zannetmesi ve bu sebeple (C)'yi öldürmesinde (*örnek 16*) olduğu gibi şahısta hatanın ya da (B)'yi tasarlayarak öldürmek isteyen (A)'nın elinin titremesi sonucu (C)'yi öldürmesinde (*örnek 17*) olduğu gibi hedefte sapmanın söz konusu olması halinde, bu nitelikli halin faile yüklenmesi mümkün değildir. Her iki durumda da (A), basit adam öldürmeden dolayı sorumlu olacaktır. Bu görüşü savunanlara göre aynı sonuç, kan gütme veya töre saiki gibi belli bir saik altında işlenen suçlarda da geçerlidir[116].

---

112 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 572; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 698.

113 DÖNMEZER/ERMAN, kn. 660.

114 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 572; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 56.

115 Yar. 1. CD., 02.10.2013, E: 2013/2229, K: 2013/5446: "*Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanık Ali'nin yeğeni olan tanık Fatma ile Azim arasında duygusal birliktelik olduğu, bu durumun öğrenilmesi ve birlikteliğe karşı çıkılmasına rağmen Fatma ile Azim'in görüşmeye devam ettikleri, bunun üzerine Ali'nin Azim'i öldürmeye karar verdiği, kendisine ait av tüfeğini de yanına alıp olay günü Azim'in her gün işe gidip gelirken kullandığı köy yolunu taşlarla kapattığı ve Azim'i beklemeye başladığı, Azim'in kullandığı otomobil ile aynı renkte ve benzer tipte otomobille o sırada yoldan geçmekte olan maktul Ahmet'in yolun taşlarla kapalı olması nedeniyle aracı durdurduğu, Ali'nin ise duran kişiyi Azim sanarak üzerinde bulunan tüfekle birden fazla ateş ederek maktul Ahmet'i öldürdüğü olayda; Sanık Ali'nin öldürmeyi tasarladığı kişi yerine, o zannederek bir başka kişiyi öldürdüğü ve 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesi gereğince hatasından yararlanacağı ve ağırlaştırıcı nedenden sorumlu tutulamayacağı gözetilmeden, suç niteliğinde yanılgıya düşülerek yazılı şekilde tasarlayarak öldürme suçundan hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.*"

116 YCGK, 14.01.2014, E: 2013/1-530, K: 2014/1: "*Somut olayda, akrabalarını öldüren şahıs*

Diğer bir görüşe göre ise tasarlama veya kan gütme ya da töre saiki ile işlenen suçlarda ceza artırımının sebebi fiilin işleniş şeklinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla mağdurun (B) ya da (C) olması önemsizdir. Her iki durumda da nitelikli hal (A)'ya yüklenmelidir[117].

Sorunun çözümünde şahısta hata ile hedefte sapmanın farklı değerlendirilmesi en uygun çözüm olacaktır.

Şahısta hatada (A) bir kişiyi öldürmek istemiştir ve de öldürmüştür.

---

yakalanmış ve cezasını çekecek olmasına rağmen sanıkların öldüren şahsın ailesinden birisi olduğunu düşündükleri şahsı öç alma duygusu ve geleneklerin etkisiyle bir görevi yerine getirme bilinciyle hareket ederek öldürdükleri, ancak öldürme kararını verdikten sonra ruhi sükûnete ulaştıkları ve buna rağmen öldürme kararından vazgeçmedikleri hususunda her türlü şüpheden uzak, kesin ve mahkûmiyete yeterli delilin dosya içerisinde bulunmadığı anlaşılmakta olup, dolayısıyla sanıkların kasten öldürme eylemini tasarlama olmaksızın, kan gütme saikiyle gerçekleştirdiklerinin kabulü gerekmektedir. Akrabalarını öldüren kişinin ailesinden birisini öldürdüklerini zannederek hata sonucu arkadaşını kan gütme saikiyle öldüren sanıklar ile sanıkları bu suça azmettiren sanığın kastettiklerinin dışında bir kişiyi hata sonucu öldürmüş olmalarından dolayı, hata hükümlerinden yararlanmaları ve kasten öldürme suçunun nitelikli halinden değil, temel şeklinden sorumlu olmaları gerekmektedir. Bu itibarla, somut olayda tasarlamanın şartlarının bulunmadığı ve kan gütme saikiyle eylemi gerçekleştiren sanıkların kastettikleri kişi dışında bir başka kişiyi öldürmüş olmalarından dolayı hata hükümlerinden yararlanarak, kasten öldürmenin nitelikli halinden değil de, temel şeklinden sorumlu olmaları gerekir. Kasten öldürme suçunun kan gütme saikiyle gerçekleştirilmesi failin sübjektif durumuyla ilgili nitelikli bir hal ise de, öldürülmek istenen kişinin şahsı da kan gütme saikiyle eylemin işlenmesinde ön plana çıkmaktadır. Zira kan gütme saikiyle öldürmede fail suçu herhangi bir kişiye karşı değil de, önceki suçun failine veya onun mensubu bulunduğu grup ya da aileden birisine karşı gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla kastettiği kişide hata yaparak başka birini öldüren failin eyleminde kan gütmenin şartları oluşsa bile, kasten öldürme suçunun nitelikli halinden değil, temel şeklinden sorumlu olması gerekmektedir. Nitekim 13.11.1936 gün ve 14-32 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır. Akrabalarını öldüren K. Y. isimli kişinin ailesinden birisini öldürdüklerini zannederek hata sonucu arkadaşı olan Ö. C.'u kan gütme saikiyle öldüren sanıklar E. ve Askeriyle sanıkları bu suça azmettiren sanık Recep'in kastettiklerinin dışında bir kişiyi hata sonucu öldürmüş olmalarından dolayı, 5237 Sayılı TCK'nın hata hükümlerinden yararlanmaları ve kasten öldürme suçunun nitelikli halinden değil, temel şeklinden sorumlu olmaları gerekmektedir."

117 DÖNMEZER/ERMAN, kn. 661; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 699; ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 119, 136; TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 153, ancak son anılan yazarlar kan gütme ve töre saiki ile suçun işlenmesi halinde, bu nitelikli hallerin, faile yüklenmemesini istemektedirler, bakınız s. 170, 174.

Bunu yaparken de kendisinin adam öldürme fiilini tasarlayarak veya kan gütme ya da töre saiki ile işlediğini bilmektedir. Dolayısıyla (A)'nın kastının nitelikli hali içermediği iddia edilemez. Aksi iddia edilse bile, (A)'nın içine düştüğü hatanın kastı kaldıran bir hata olarak değerlendirilmesi mümkün değildir; zira esaslı bir hatadan bahsetmek olanaksızdır[118]. Dolayısıyla *örnek 16*'da (A), nitelikli adam öldürmeden dolayı sorumlu tutulmalıdır[119].

---

118 Kıyaslayınız DÖNMEZER/ERMAN, kn. 661.

119 Bu nedenle şu Yargıtay kararına katılmak mümkün değildir, YCGK, 24.12.2013, E: 2013/1-664, K: 2013/622: "*Öldürme olayından 15 ay önce 04.11.2005 tarihinde, sanık R.'in Kıbrıs'ta askerlik yaptığı sırada, resmi nikâhlı eşi H.'nin maktul C.'in ağabeyi K. tarafından kaçırıldığı ve bir gün alıkonulduktan sonra, sosyal konumu itibariyle toplumda sözü geçen M.'in evine bırakıldığı, kaçırılma olayı ile ilgili olarak köy muhtarının ihbarı üzerine Güroymak Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma başlatıldığı, sanığın da izin alarak memleketine geldiği ve 23.11.2005 tarihinde Güroymak Cumhuriyet Savcılığına müracaatta bulunduğu, sanığın askerden geldikten sonra, kaçırılma olayı nedeniyle eşinin Mürşit'in yanında ikamet etmek zorunda kalması ve bu olayın yarattığı etki nedeniyle askere gitmeden önce bir kez gördüğü Kamuran'ı öldürmeye karar verdiği, bu yönde adresini araştırmaya başladığı, en son eşi H.'nin K.'ın Bursa ili, İnegöl ilçesinde akrabalarının yanında olabileceğini söylemesi üzerine olaydan bir ay kadar önce İnegöl'e geldiği, Kamuran'ın akrabası olan Zeydin isimli kişinin dükkânın yerini öğrendiği, dükkânın bulunduğu yere gittiği, içeride bulunan Kamuran'dan 6 yaş küçük olan C.'i K. zannederek öldürme eylemini gerçekleştirmek için uygun zamanı beklediği, ancak bir müddet sonra vazgeçerek İstanbul'da olan ağabeyinin yanına gittiği, olay tarihinde tekrar İnegöl'e geldiği, daha önce belirlediği dükkânın önünde beklerken K. olarak bildiği C.'i gördüğü, bir müddet dükkânı gözetlediği, gündüz vakti suçu işlemesinin zor olabileceğini düşünerek havanın kararmasını beklediği, saat 20.30 sıralarında C.'in yanında İmadin olduğu halde dükkândan çıktığı, sanığın peşlerinden takip etmeğe başladığı, bir süre yürüdükten sonra hızlandığı, yanlarından geçerken C.'e doğru bir el ateş ederek öldürüp, olay yerinden kaçtıktan sonra da devriye görevi yapan jandarma görevlilerine "aradığınız benim, siz olsanız ne yapardınız, o şerefsizi ben öldürdüm, var mı başkasının karısını kaçırmak" diyerek teslim olduğu, anlaşılmaktadır. Öncelikle somut olayda tasarlamanın şartlarının oluşup oluşmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Yerleşik yargısal kararlarda kabul edildiği ve tereddütsüz bir şekilde uygulandığı üzere, tasarlamadan söz edilebilmesi için; "failin, bir kimsenin vücut bütünlüğü veya yaşam hakkına karşı eylemde bulunmaya sebatla ve koşulsuz olarak karar vermiş olması, düşünüp planladığı suçu işlemeden önce makul bir süre geçmesine ve ulaştığı ruhi sükûnete rağmen bu kararından vazgeçmeyip sebat ve ısrarla fiilini icraya başlaması ve gerçekleştirmeyi planladığı fiili, belirlenmiş kurgu dâhilinde icra etmesi gerekmektedir" . Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; 04.11.2005 tarihinde Kıbrıs'ta askerlik yaptığı sırada eşinin maktul C.'in ağabeyi K. tarafından kaçırıldığını öğrenen sanığın askerden geldikten ve kaçırılma olayının üzerinden yaklaşık bir yıl geçtikten sonra Kamuran'ın Bursa ili, İnegöl ilçesinde akrabalarının yanında olabileceğini öğrenmesi üzerine İnegöl'e gittiği, C.'in çalıştığı işyerini tespit ettiği, içeride bulunan C.'i K. zannederek öldürmek için uygun zamanı beklediği, fakat bir süre sonra öldürmekten vazgeçerek İstanbul'a ağabeyinin yanına gittiği, yaklaşık*

Bu sonuç, şahısta hata kavramının temel prensibi ile de uyumludur. Şahısta hata halinde, suçtan zarar gören kimse aleyhine gerçekleşen suçun da kasıtlı olduğunu kabul etmek[120], buna karşın kastın daha ileri düzeyi olan tasarlama ve saikte farklı sonuca ulaşmak kendi içinde tutarsız olacaktır[121].

Buna karşın hedefte sapmada farklı düşünmek gerekmektedir. Hedefte sapmada (A), herhangi bir kişiyi değil, (B) kişisini öldürmek istemiştir, ancak başaramamıştır. Yine (B)'yi alelade şekilde değil tasarlayarak ya da kan gütme veya töre saiki ile öldürmek istemiştir. Ancak (A) bunu da başaramamıştır. Mademki (A)'nın herhangi bir kimseyi öldürme isteği ile (B)'yi öldürme isteği hedefte sapma söz konusu olduğunda aynı şekilde değerlendirilmemektedir[122], öyleyse nitelikli halin de (A)'ya yüklenmemesi gerek-

---

bir ay sonra tekrar gelerek daha önce tespit ettiği işyerinin önünde beklemeye başladığı, bir müddet dükkânı gözetlediği, gündüz vakti suçu işlemesinin zor olabileceğini düşünerek havanın kararmasını beklediği, saat 20.30 sıralarında işyerinden çıkan C.'i bir süre takip ettikten sonra hızlanarak yanından geçtiği sırada ateş ederek öldürdüğü hususlarının sabit olduğu olayda, sanığın öldürme kararını verdikten sonra hemen eylemini gerçekleştirmemesi, sükûnetle düşünebilmeye yetecek kadar bir süre geçmesine rağmen kararından vazgeçmeyip, yaptığı plan dâhilinde eylemini gerçekleştirdiği anlaşılmakta olup, tasarlamanın şartlarının oluştuğunun kabulü gerekmektedir. Tasarlamanın şartlarının oluştuğunun kabulü karşısında, karısını kaçıran K. yerine, Kamuran'ın kardeşi olan C.'i öldüren sanığın 5237 sayılı TCK'nın 30/2. maddesi gereğince hatasından yararlanıp yararlanmayacağının tespitine gelince; Karısını kaçıran K.'ı tasarlayarak öldürmeye karar veren sanığın hata ile K olduğunu zannederek kardeşi C.'i öldürmesi sabit olup, sanık öldürme suçunun nitelikli unsurunun gerçekleştiği konusunda hataya düştüğünden ve bu hatanın kaçınılmaz olması şartı aranmadığından sanığın hatasından yararlanması gerekmektedir. Bu itibarla, sanığın kasten öldürme suçunun basit haliyle cezalandırılmasına karar veren yerel mahkeme hükmü isabetlidir."

120 AKBULUT, s. 372 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 564 vd.; BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 433 vd.; DEMİRBAŞ, s. 437 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 652 vd.; 667 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HAKERİ, s. 466 vd.; 473 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; İÇEL, s. 476 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 686 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 422 vd., 433 vd.; ÖZGENÇ, s. 466 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 582 vd., 584 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57, 59 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.; ZAFER, s. 276 vd.

121 DÖNMEZER/ERMAN, kn. 661.

122 AKBULUT, s. 372 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 564 vd.; BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 433

mektedir. Dolayısıyla *örnek 17*'de (A), (C)'ye karşı basit adam öldürmeden dolayı sorumlu tutulmalıdır. (B)'ye karşı ise tasarlayarak adam öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır.

(2) Nitelikli unsurlara ilişkin hatanın ikinci ihtimalinde, fail, işlediği suçta nitelikli bir halin olmamasına rağmen, bir nitelikli halin var olduğunu düşünmektedir. Diğer bir ifadeyle failin gerçekleştirmek istediği nitelikli hal mevcut değildir ve fakat bu durum fail tarafından bilinmemektedir[123].

Bu ihtimalde de, babası (B)'yi öldürmek isteyen (A)'nın karanlıkta (C)'yi (B) zannetmesi ve bu sebeple (C)'yi öldürmesinde (*örnek 18*) olduğu gibi şahısta hatanın ya da babası (B)'yi öldürmek isteyen (A)'nın elinin titremesi sonucu (C)'yi öldürmesinde (*örnek 19*) olduğu gibi hedefte sapmanın söz konusu olması mümkündür. Bu örneklerde de TCK m. 30/2 hükmünün öngördüğü temel kuralın geçerli olması gerekmektedir. Dolayısıyla nitelikli halin (A)'ya yüklenmesi söz konusu olmayacaktır[124]. *Örnek 18*'de (A), (C)'ye karşı basit adam öldürmeden, *örnek 19*'da ise (B)'ye karşı nitelikli adam öldürmeye teşebbüsten, (C)'ye karşı ise basit adam öldürmeden dolayı cezalandırılacaktır.

(3) Nitelikli unsurlara ilişkin hatanın üçüncü ihtimalinde, fail, suçu suçun nitelikli halini işlemek amacıyla icra etmekte, ancak failin amaçladığı dışında başka bir nitelikli hal gerçekleşmektedir. Diğer bir ifadeyle hem gerçekleşen hem de gerçekleştirilmek istenen suçta nitelikli hal mevcuttur[125].

Bu ihtimalde de, babası (B)'yi öldürmek isteyen (A)'nın karanlıkta abisi (C)'yi (B) zannetmesi ve bu sebeple (C)'yi öldürmesinde (*örnek 20*) olduğu gibi şahısta hatanın ya da babası (B)'yi öldürmek isteyen (A)'nın elinin titremesi sonucu abisi (C)'yi öldürmesinde (*örnek 21*) olduğu gibi

---

vd.; DEMİRBAŞ, s. 437 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 652 vd.; 667 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HAKERİ, s. 466 vd.; 473 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; İÇEL, s. 476 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 686 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 422 vd., 433 vd.; ÖZGENÇ, s. 466 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 582 vd., 584 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57, 59 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.; ZAFER, s. 276 vd.

123 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 427.

124 DÖNMEZER/ERMAN, kn. 664; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 701.

125 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 427.

hedefte sapmanın söz konusu olması mümkündür. Bu örneklerde de TCK m. 30/2 hükmünün öngördüğü temel kuraldan hareket edilmeli ve nitelikli halin (A)'ya isnadı söz konusu olmamalıdır[126]. Dolayısıyla *örnek 20*'de (A), (C)'ye karşı basit adam öldürmeden, *örnek 21*'de ise (B)'ye karşı nitelikli adam öldürmeye teşebbüsten, (C)'ye karşı ise basit adam öldürmeden dolayı cezalandırılacaktır[127].[128]

2. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Veya Azaltan Nedenler Ve Şahısta Hata – Hedefte Sapma

Somut olayda hem hukuka uygunluk nedenlerinin veya kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin, yani kanunun deyimiyle "*ceza so-*

---

126 DÖNMEZER/ERMAN, kn. 666; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 702 vd.

127 Söz konusu olaylara diğer ihtimalleri de katarak örnekleri çoğaltmak mümkündür. *Şahısta hata*: (A) töre saiki ile ablası (B)'yi öldürmek istemektedir. Ancak karanlıkta annesi (C)'yi (B) zannederek öldürür. Şahısta hatanın söz konusu olduğu bu olayda hem suçun mağduruna (C'nin anne olması) hem de failin bütünüyle iç dünyasına, saikine ve amacına ilişkin bir nitelikli hal (töre saiki) mevcuttur. Dolayısıyla (A), (C)'ye karşı nitelikli adam öldürmeden sorumludur. Burada (A)'ya yüklenen nitelikli hal töre saiki ile adam öldürmedir. *Hedefte sapma*: (A) töre saiki ile ablası (B)'yi öldürmek istemektedir. Ancak elinin titremesi sonucu annesi (C)'yi öldürmüştür. Bu olayda hem suçun mağduruna (C'nin anne olması) hem de failin bütünüyle iç dünyasına, saikine ve amacına ilişkin bir nitelikli hal (töre saiki) mevcuttur; ancak diğer taraftan da hedefte sapma söz konusudur. (A), herhangi bir kişiyi değil, (B) kişisini öldürmek istemiştir, ancak başaramamıştır. Yine (B)'yi alelade şekilde değil töre saiki ile öldürmek istemiştir. Ancak (A) bunu da başaramamıştır. Dolayısıyla (A)'nın nasıl ki herhangi bir kimseyi öldürme isteği ile (B)'yi öldürme isteği aynı şekilde değerlendirilmemektedir, öyleyse nitelikli halin de (A)'ya yüklenmesi söz konusu olmayacaktır. Öyleyse (A), (C)'ye karşı basit adam öldürmeden sorumludur. (B)'ye karşı ise nitelikli adam öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumludur. Burada (A)'ya hem töre saiki ile adam öldürme hem kardeş öldürme ağırlatıcı nedenleri yüklenmektedir. Ancak söz konusu ağırlatıcı nedenlerin aynı maddenin aynı fıkrasında yer almasından dolayı, verilecek olan ceza bir kez artırılacaktır.

128 Failin şahısta hataya düşmesi veya olayda hedefte sapmanın gerçekleşmesi ile nitelikli hallerde yanılgı arasındaki ilişki ortaya konulduktan sonra cevaplanması gereken son soru, failin kendi altsoy-üstsoyunu öldürmesine karar almasında atladığı vicdani eşiğin, herhangi bir kimseyi öldürmeye yönelik karar alma aşamasından daha yüksek olması sebebiyle, *örnek 18-21*'de nitelikli halin faile yüklenmesinin mümkün olup olmadığıdır. Unutulmaması gereken husus, TCK m. 30/2 hükmünün çok açık olduğudur. Failin nitelikli hallerde yanılgısından faydalanacağını belirten bu düzenleme karşısında, gerçekte hiç bulunmayan veya konu bakımından gerçekleşmeyen nitelikli hallerin faile yüklenmesi mümkün değildir; zira birinci durumda mefruz suçun ikinci ihtimalde ise TCK'da sistematiğinde cezalandırılmayan işlenemez suçun varlığının kabulü gerekmektedir, DÖNMEZER/ERMAN, kn. 665.

rumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin"[129], bulunması hem de failin şahısta hataya düşmesi veya olayda hedefte sapmanın aynı anda gerçekleşmesi mümkündür. Bu anlamda onlarca farklı kombinasyonun olabileceği düşünülse de, gerçek bu şekilde değildir. Zira kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin çoğunda, örneğin yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik halinde, şahısta hatanın veya hedefte sapmanın özellik arz eden bir durum yaratmayacağı bellidir[130]. Keza zorunluluk halinde[131] bulunan (A)'nın, (B)'ye ait olduğunu düşündüğü ancak gerçekte (C)'ye ait evin kapısını kırmasında (*örnek 22*), nesnede hata benzeri bir durumdan bahsedi-

---

129 TCK'nın birinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümünün başlığı "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" olarak belirlenmiştir. Bunlar; kanunun hükmü ve amirin emri (m. 24), meşru savunma ve zorunluluk hali (m. 25), hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (m. 26), sınırın aşılması (m. 27), cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit (m. 28), haksız tahrik (m. 29), yaş küçüklüğü (m. 31), akıl hastalığı (m. 32), sağır ve dilsizlik (m. 33) ve geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde (m. 34) olmadır. Kanun'un bu sistematiğinin açıkça gösterdiği gibi, yasa koyucu, dogmatik açıdan son derece farklı olan, meşru savunma, hakkın kullanılması, kanun hükmünün veya amirin hukuka uygun emrinin yerine getirilmesi ya da ilgilinin rızası gibi hukuka uygunluk nedenlerini ve yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi veya haksız tahrik, meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ötürü aşılması gibi kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenleri aynı başlık altında toplamıştır, bu durumun nedenleri hakkında detaylı bilgi için, ÖZGENÇ, s. 313 vd.

130 Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik halinde, failin şahısta hataya düşmesi veya olayda hedefte sapmanın olması halinde, failin sorumluluğu şahısta hataya ve hedefte sapmaya ilişkin yukarıda ortaya konan genel ilkeler çerçevesinde belirlenecek, ancak failin özel durumu verilecek olan cezada dikkate alınacaktır.

131 Bu noktada zorunluluk hali için de bir açıklama yapmak gerekebilir: Bilindiği üzere kişinin, kendisinin veya başkasının sahip bulunduğu bir hakka yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikeyi uzaklaştırmak amacıyla gerçekleştirdiği davranıştan dolayı ceza sorumluluğunun olmadığını ifade eden zorunluluk halinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Kimi yazarlar zorunluluk halini sadece bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ederken (DÖNMEZER/ERMAN, kn. 416; İÇEL, s. 351; ÖZTÜRK/ERDEM, kn. 436), kimi yazarlar ise zorunluluk halinin somut olayın durumuna göre bazen bir hukuka uygunluk nedeni bazen de bir mazeret sebebi olarak görülebileceğini savunmaktadırlar (CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 318; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 521; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 379 vd.; ZAFER, s. 335), bazıları ise kusurluluğu etkileyen bir mazeret nedeni (AKBULUT, s. 512; HAKERİ, s. 407; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 347; ÖZGENÇ, s. 425) olarak görmektedirler. Çalışmanın esasını ilgilendirmediği için, TCK m. 24 vd. sayılan hallerin hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusurluluğu azaltan veya kaldıran sebep mi olduğu konusunda yapılan ayrımda, CMK m. 223 esas alınmıştır. Böylece zorunluluk hali bu çalışmada kusurluluğu azaltan veya kaldıran sebep olarak değerlendirilmiştir.

lebilse de, son tahlilde sorun yine genel kurallara çözülecek, ancak (A)'nın özel durumu verilecek olan cezada dikkate alınacaktır[132].

Hukuka uygunluk nedenleri ile şahısta hatanın veya hedefte sapmanın bir arada bulunduğu olayların birçoğunda hukuki sorunun, TCK m. 30/3 çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin doktor olan (A), tıbbi müdahaleye rıza göstermiş olan (B) yerine (C)'yi ameliyat etmiş (*örnek 23*) veya polis memuru (A), hakkında yakalama emri bulunan (B)'yi (C) ile karıştırmış ve (C)'nin hürriyetini hukuka aykırı olarak kısıtlamış (*örnek 24*) olabilir[133]. Bu örneklerde (A), hiç bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşulları gerçekleşmemesine rağmen, herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bütün maddi koşullarının gerçekleştiğine ilişkin olumlu bir tasavvura sahiptir ve buna göre hareket etmektedir. Öyleyse (A)'nın ceza sorumluluğunun hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata olarak değerlendirilecektir. Dolayısıyla (A)'nın hatasının, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatayı örnekseme yoluyla tipte yanılgı (TCK m. 30/3 ve m. 30/1) kapsamında değerlendiren sınırlı kusur teorisi çerçevesinde kastı kaldıran bir hata olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle hatanın kaçınılabilir ya da kaçınılamaz olmasına bakılmadan, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın varlığı halinde (A)'nın kastının ortadan kalktığı kabul edilmelidir. (A)'nın taksirden doğan sorumluluğunun olup olmadığı ise cevaplanması gereken ikinci sorudur. Hata kaçınılmaz ise (A)'nın ceza sorumluluğu hiçbir şekilde söz konusu olmayacaktır. Buna karşın yapılacak değerlendirme sonucu, (A)'nın gereken dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle hataya düştüğü yönünde karar verilebiliyorsa, diğer bir ifadeyle (A)'nın somut olayın durumuna, bilgi ve yaşam deneyimlerine göre yanılgıya düşmemek için gerekli bilgiyi elde etmek konusunda yeterli çabayı göstermediği kabul edilebiliyorsa ve bunun sonucu olarak da hata kaçınılabilir hata olarak değerlendirilebiliyorsa, (A)'nın taksirle hareket ettiği kabul

---

132 Aynı düşüncelerin kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan neden amirin emrini ifa için de geçerli olması gerekmektedir. Dolayısıyla hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emri yerine getiren kişinin şahısta hataya düşmesi veya olayda hedefte sapma söz konusu olması halinde, emri yerine getiren kişinin ceza sorumluluğu yine genel kurallara çözülmelidir. Bu noktada özellik arz eden soru, emri icra eden kişinin şahısta hataya düşmesi veya olayda hedefte sapma olması halinde, emri verenin ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceğidir. Bu sorunun cevabında, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bahsedilecek olan dolaylı faillikte şahısta hata ve hedefte sapma ihtimali – örnekseme yolu ile de olsa – yardımcı olabilir.

133 Başka bir bağlamda benzer örnekler için İÇEL, s. 316.

edilmelidir. Bu sayede (A)'nın taksirli eyleminden cezalandırılması söz konusu olacaktır. Bu da yine, söz konusu eylemin taksirle de işlenebilen suç tiplerinden birine girmesi halinde mümkün olacaktır[134].

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler ile şahısta hata veya hedefte sapma somut olayda bir arada bulundukları zaman, açıklamalar meşru savunma, haksız tahrik ve alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma halleri üzerine yoğunlaşmalıdır.

A. Meşru Savunma Ve Şahısta Hata – Hedefte Sapma

Kendisine haksız bir saldırı yapan (B)'nin saldırısını defetmek isteyen (A)'nın karanlıkta (C)'yi (B) zannetmesi ve bu sebeple (C)'yi öldürmesi (*örnek 25*) veya kendisine haksız bir saldırı yapan (B)'nin saldırısını defetmek

---

134 Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi şartlarında hatanın kastı kaldıran hata olduğu üzerinde görüş birliği mevcuttur (AKBULUT, s. 474 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 573 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 298 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 704 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 428 vd.; ÖZGENÇ, s. 467 vd.; aksi yönde ŞENOL Cem, "5237 Sayılı TCK'ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata", in: **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 14, Sayı 149, Ocak 2019, s. 64; ZAFER, s. 362), tartışmalar bu sonucun gerekçesine ilişkindir, detaylar için KARAASLAN Reşit, "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata", in: **Legal Hukuk Dergisi (LHD)**, Cilt 15, Yıl 2017, Sayı 172, s. 1665 vd. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatadan ayrı olarak değerlendirilmesi gereken husus ise, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında yanılmadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında yanılma iki şekilde ortaya çıkmaktadır: bir hekimin varsaydığı meslek kurallarına göre hastasının rızasını almadan, zorunlu ve acil olmayan bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesine hakkı olduğunu düşünmesindeki gibi fail, ya hukuk düzeninde mevcut olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu zannetmektedir ya da çocukların elma çalmak için bahçeye girdiğini gören bahçe sahibinin, çalınan malın değerinin azlığına rağmen meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden faydalanacağını düşünerek çocuklara ateş etmesi ve yaralamasında olduğu gibi fail, hukuk düzeninin kabul ettiği bir hukuka uygunluk nedeninin sınırlarında yanılma içindedir. Her iki hata türünde de hatanın münhasıran yürürlükte var olan hukuk normunun bilinmemesinden ya da yanlış değerlendirilmesinden ortaya çıkmasından dolayı yasak yanılgısı içinde değerlendirilmesi ve TCK m. 30/4 hükmünün doğrudan uygulanması hakkında şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla böylesi bir yanılgıya düşen failin kusurluluğunun ortadan kalkması için hatanın kaçınılmaz olması gerekecektir, bakınız KARAASLAN, s. 1676 vd. Örnekler çoğaltılabilir: Gerçekten de konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesi bakımından da hata düşünülebilir. Emri yerine getiren, verilen emir üzerine işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olmayabilir ya da emrin yerine getirilmesinin hukuka uygun olması için varlığı gerekli şartların gerçekleştiğini düşünebilir. İlk halde haksızlık hatasından (TCK m. 30/4), ikinci halde ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata (TCK m. 30/1) söz konusu olacaktır, MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 480.

isteyen (A)'nın (B)'ye ateş ederken elinin titremesi sonucu (C)'yi öldürmesi (*örnek 26*) mümkündür. Dolayısıyla meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanan kişi, meşru savunma kapsamında gerçekleştirdiği fiili, şahısta hata sonucu gerçekte kendisini hukuka uygunluk nedeni içine düşüren kişiden bir başka kişiye karşı gerçekleştirmiş olabilir. Diğer bir ifadeyle fiil, saldırgana karşı değil, saldırgan zannedilen bir başka kişiye yönelmiş olabilir. Yine meşru savunma çerçevesinde icra edilen fiil, hedefte sapma sonucu üçüncü bir kişiye karşı da yönelmiş olabilir. Başka bir anlatımla meşru savunma çerçevesinde icra edilen fiil hedefte sapma sonucu, tek neticeli sapma olarak adlandırılan durum düşünüldüğünde yalnızca bir başka kişi veya çok neticeli sapma ihtimali düşünüldüğünde hem saldırgan hem de olay ile tamamen ilgisiz olan bir üçüncü kişi üzerinde etki doğurmuş olabilir[135]. Bu tip bir durumda cevaplanması gereken soru şudur: meşru savunma çerçevesinde yapılan savunma hareketlerinden saldırganın değil de üçüncü kişinin etkilenmesi durumunda, savunma hareketlerini yapan kişinin ceza sorumluluğu nasıl belirlenmelidir?

Bir görüşe göre, meşru savunma hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde işlenen fiilde, fiilin gerek şahısta hata gerekse de hedefte sapma sonucu bir başkası üzerinde etki doğurması halinde, fiil bütünü itibariyle hukuka uygun hale gelmektedir; zira olayda son tahlilde bir hukuka uygunluk nedeni mevcuttur ve bu hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde hareket eden kimsenin ceza sorumluğundan söz etmek mümkün değildir[136].

Diğer görüşe göre ise, şahısta hata söz konusu olduğunda, sorun hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata olarak değerlendirilmelidir; zira fiilin saldırgana karşı yapılması meşru savunmanın maddi şartlarındadır. Saldırganın şahsında, kişinin hataya düşmekte taksiri varsa ve de işlenen suç da taksirli işlenebilecek bir suç ise, fail bu suçtan dolayı cezalandırılmalıdır. Hedefte sapma halinde ise fiilin üçüncü kişi bakımından hukuka uygun kabul edilmesi söz konusu değildir ve bu nedenle meşru savunmadan yararlanan kişi, üçüncü kişiye karşı işlenen suçtan dolayı sorumlu tutulmalıdır[137].

---

135 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 303.

136 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 316; DEMİRBAŞ, s. 299; HAKERİ, s. 476; İÇEL, s. 316; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 308; ZAFER, s. 278.

137 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 304 vd.; ayrıca kıyaslayınız AKBULUT, s. 479; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 435; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 403.

Meşru savunma çerçevesinde icra edilen fiilin saldırıyla ilgisi bulunmayan kişi üzerinde etki göstermesi halinde, soruna götürü şekilde yaklaşmak ve failin kül halinde hukuka uygunluk nedeninden yararlanmasını istemek, makul bir yaklaşım değildir. Zira meşru savunmanın, saldırgana karşı fiili hukuka uygun hale getirmesi başka bir husustur, meşru savunma çerçevesinde icra edilen fiilin neticelerinin üçüncü kişiye etki etmesi başka bir husustur. Meşru savunma çerçevesinde işlenen fiil, ancak bu fiilin saldırgana karşı ve de saldırgan üzerinde sonuç doğurması halinde hukuka uygun addedilebilir. Bu husus öğretide, "*meşru savunmanın üçüncü kişiye herhangi bir etkisi olmaması*" şeklinde ifade edilmektedir[138]. Dolayısıyla meşru savunma çerçevesinde icra edilen fiil, şahısta hata veya hedefte sapma sonucu üçüncü bir kişi üzerinde etki doğurmuşsa, fiilin bu kişiler üzerinde etki doğuran kısmı hukuka aykırılığını korumaya devam edecektir[139].

Öyleyse yukarıda sorulan soruya tatmin edici cevap, ancak konunun şahısta hata ve hedefte sapma alt başlıklarına ayrılmasıyla bulunabilir.

Meşru savunma hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde saldırıyı defetmek isteyen kişinin, saldırganın kimliğini karıştırması sonucu şahısta hataya düşmesi ihtimalinde, her ne kadar görüleceği üzere aşağıda aynı sonuca ulaşılacak ve failin taksirden doğan sorumluluğunun söz konusu olabileceği kabul edilecekse de, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatadan[140] bahsedilmemelidir[141]. Zira hem şahısta hatanın hem de meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hatanın bir arada olduğu bir olayda, kişinin şahısta hataya düşmesinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hataya gelmeden çok daha önce tipikliğe ilişkin unsur yanılgısı çerçevesinde ele alınması daha uygun olacaktır[142]. Bu şekilde hem suçu, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurdan ibaret gören üçayaklı/basamaklı suç yapısı öğretisine[143] hem de bu öğretiyi temel alarak hareket eden TCK m. 30 sistematiğine sadık kalınmış olacaktır. Ne var ki bu teorik farklılık sonucu değiştirmeyecektir. Mademki belli bir insanı öldürmek için hareket eden

---

138 RÖNNAU Thomas/HOHN Kristian, in: **Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch** (LK-StGB), 12. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2007, § 32 StGB kn. 161.

139 RÖNNAU/HOHN, in: LK-StGB, § 32 kn. 195, 272, 273 vd.

140 Bakınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 304 vd.

141 Bakınız AKBULUT, s. 478 vd.

142 RÖNNAU/HOHN, in: LK-StGB, § 32 kn. 273 vd.

143 Kıyaslayınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 85 vd., 89.

failin gerçekte hedefi olan kimse sandığı başka bir kimseyi öldürmesi olarak tanımlanan şahısta hata durumunda, fail, korunan hukuki değerlerin eşit olmasından dolayı, öldürdüğü kişiye karşı kasten adam öldürme suçundan sorumlu olmaktadır[144], öyleyse hukuka uygunluk nedenleri çerçevesinde icra edilen savunma hareketleri sırasında meydana gelen şahısta hata halinde, hataya düşen kişi, somut olayda hukuka uygunluk nedenlerinin var olmasından dolayı, taksirle adam öldürmeden sorumlu tutulacaktır[145]; zira geriye kalan/artık kalan haksızlık ancak taksirin kabulünü haklı kılacak miktardadır[146]. Bu sonuca taksirle sorumluluğun saklı olduğunu belirten TCK m. 30/1 hükmü izin vermektedir. Bu nedenle *örnek 25*'te (A), ancak ve ancak somut olayda taksirinin kabulünü haklı kılacak sebepler varsa, (C)'ye karşı taksirle adam öldürmeden sorumludur[147].

Taksirle sorumluluğun istisnası, "*yardım edin, çantam çalındı*" çığlıkları üzerine işyerinden çıkan ve olayı görmeyen (A)'nın hırsız (B) yerine yoldan o anda koşarak geçen (C)'ye çelme takmasında olduğu gibi (*örnek 27*)[148], üçüncü kişi lehine meşru savunmada ortaya çıkabilir. Zira bu örnek-

---

144 AKBULUT, s. 372 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 564 vd.; BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 433 vd.; DEMİRBAŞ, s. 437 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 652 vd.; 667 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HAKERİ, s. 466 vd.; 473 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; İÇEL, s. 476 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 686 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 422 vd., 433 vd.; ÖZGENÇ, s. 466 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 582 vd., 584 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57, 59 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.; ZAFER, s. 276 vd.

145 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 304 vd.

146 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 92; RÖNNAU/HOHN, in: LK-StGB, § 32 kn. 273 vd.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 81.

147 Tüm bu açıklamalar şahısta hata ile hedefte sapmanın aynı olmadıkları kabulüne dayalıdır. Buna karşın, eşdeğerlik teorisi kabul edilirse (HEUCHEMER, s. 277 vd.; FRISTER, § 16 StGB kn. 55 vd.; PUPPE, in: NK-StGB, § 16 kn. 95 vd.; RUDOLPHI/STEIN, in: SK-StGB, § 16 kn. 32), kendini savunmak isteyen kişi, şahısta hataya düşerse kasten adam öldürme suçundan sorumlu olacaktır; zira kişi kendisine saldırana değil, bir başkasına zarar vermiştir ve bu kişiye karşı da meşru savunma hakkı yoktur, BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 92; HEINRICH, kn. 1106.

148 Kıyaslayınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 305 dn. 860.

te (A), saldırıyı yapanın kimliğini en başından beri bilmemektedir. (A)'nın kastını (B) ya da (C) üzerinde somutlaştırmış olduğunu haklı gösterecek bir neden de bulunmamaktadır. Keza saldırganın kimliğini bilmeyen (A), bu bilgi eksikliğini hukuk düzeninin tekrar tesisi için kendisini harekete geçiren güdü karşısında esaslı bir nokta olarak da görmemektedir. Dolayısıyla bu örnekte (A)'ya, *örnek 25*'te (A)'ya tanınan hukuki ayrıcalığın tanınması gerekir. Üstüne üstlük bu örnekte (A), *örnek 25*'ten farklı olarak hukuka uygunluk nedenlerinin var olduğuna dair olumlu bir tasavvura sahiptir. Bu durumda yapılan haksızlığın (çelme takmanın) (A)'nın içine düştüğü hata ile ikame edileceğinin ve (A)'nın taksirden de sorumlu olmayacağının kabulü mümkündür[149].

Bu açıklamalar ışığında hedefte sapmanın olduğu *örnek 26*'nın nasıl değerlendirileceği ortadır. Mademki failin öldürmek istediği kişiyi değil de hedefte sapma sonucu üçüncü kişiyi öldürmesi halinde fail, korunan hukuki değerlerin eşit olmasından dolayı, öldürmek istediği kişiye karşı kasten adam öldürmeye teşebbüsten, öldürdüğü kişiye karşı ise taksirle adam öldürmekten sorumludur[150], öyleyse hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde icra edilen savunma hareketleri sırasında meydana gelen hedefte sapmada, saldırıyı defetmek isteyen kişinin, asıl saldırgana karşı kasten adam öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulamayacağı aşikârdır. Buna karşın hukuki menfaati zedelenen üçüncü kişiye karşı, savunma hareketini icra eden kişinin taksirli sorumluluğu devam etmektedir[151]. Bu nedenle *örnek 26*'da (A), somut olay-

---

149 RÖNNAU/HOHN, in: LK-StGB, § 32 kn. 275.

150 AKBULUT, s. 372 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 564 vd.; BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 433 vd.; DEMİRBAŞ, s. 437 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 652 vd.; 667 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HAKERİ, s. 466 vd.; 473 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; İÇEL, s. 476 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 686 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 422 vd., 433 vd.; ÖZGENÇ, s. 466 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 582 vd., 584 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57, 59 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.; ZAFER, s. 276 vd.

151 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 92; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 305; RÖNNAU/HOHN, in: LK-StGB, § 32 kn. 272; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 81. Ancak pek tabi ki, şartların mevcut olması halinde, zorunluluk halinin uygulama alanı bulabilmesi mümkündür, KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 305.

da taksirin kabulünü haklı kılacak sebepler varsa, (C)'ye karşı taksirle adam öldürmeden sorumludur[152].

B. Haksız Tahrik ve Şahısta Hata – Hedefte Sapma

Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında olan (A), (B)'yi öldürmek istemekte, ancak karanlıkta (C)'yi (B) zannetmesi sonucu (C)'yi öldürür (*örnek 28*) veya haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında olan (A), (B)'yi öldürmek istemekte, ancak elinin titremesi sonucu (C)'yi öldürür (*örnek 29*). Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, haksız tahrikin etkisi altında işlenen fiil, şahısta hata sonucu veya hedefte sapma nedeniyle haksız tahrike yol açan kişi dışında ya da bu kişinin yanı sıra bir diğer kişi üzerinde de sonuç doğurabilir[153]. Bu tip olaylarda da sorulacak olan soru yine aynıdır: Haksız tahrik altında suç işleyen kişinin ceza sorumluluğu nasıl belirlenmelidir?

Öğretideki bir görüşe göre fail yalnızca hedef alınan şahsa karşı işlediği suç açısından değil, şahısta hata veya hedefte sapma sonucu gerçekleşen diğer neticeler bakımından da haksız tahrikten yararlanmalıdır[154]. Diğer bir görüşe göre ise bu tip olaylar içtima çerçevesinde ele alınmalı ve yalnızca

---

152 Tüm bu açıklamaların, her ne kadar bir kusurluluğu ortadan kaldıran neden olsa da, meşru savunmada sınırın aşılmasına da aktarılması mümkün gözükmektedir. Ancak sınır, heyecan, korku veya telaş nedeniyle değil de, hiddet veya elem nedeniyle aşıldıysa, bu durumda TCK'nın 27/2 maddesi tatbik edilemeyeceğinden, olayın haksız tahrike ilişkin biraz sonra yapılacak açıklamalar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir, kıyaslayınız MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 612.

153 Dikkat edilecek olursa burada tartışılan husus, özünde haksız tahrik olarak değerlendirilebilecek bir eylem mevcut olmamasına rağmen, failin kendisini hiddet ya da şiddetli elem içerisine sokması durumu değildir (mefruz/varsayılan haksız tahrik). Bu tip olayların TCK m. 30/3 çerçevesinde çözülmesi gerekmektedir; kıyaslayınız ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 535; AKBULUT, s. 537; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 612. Dolayısıyla yanılgının kaçınılmaz olması halinde fail haksız tahrikten yararlanır, yani kasıtlı suçtan sorumluluğu devam eder ancak cezasında indirime gidilir. Bu, TCK m. 30/3'te ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde hatadan bahsedilse de, neden hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata ile kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlerin maddi şartlarında hatanın ayrı iki başlık çerçevesinde ele alınmasının zorunlu olduğunu anlatır niteliktedir. Buna karşın hata kaçınılabilir hata ise, yani failin kişisel özellikleri göz önünde tutulduğunda, onun daha dikkatli ve özenli davranması halinde hataya düşmeyeceği şeklinde bir değerlendirmede bulunulabiliyorsa, fail artık haksız tahrikten faydalanamayacaktır.

154 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 365; ÖZTÜRK/ERDEM, kn. 619; ayrıca bakınız CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 441.

tahrik niteliğindeki eylemlerin sahibi olan kişiye yönelen eylem bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekmektedir[155].

Konunun, meşru savunmada olduğu gibi, şahısta hata ve hedefte sapma alt başlıklarına ayrılarak incelenmesi uygun olacaktır. Ancak daha en başta belirtilmesi gereken bir husus mevcuttur: Meşru savunmada, meşru savunma hareketlerini icra eden kişinin yegâne amacı hukuk düzenini tekrar tesis etmektedir. Haksız tahrik altında suç işleyen kişi ise öç alma, kendi adaletini sağlama, devletin soruşturma veya kovuşturma organlarına güvensizlik duyması ve saire gibi nedenlerle harekete geçmektedir. Diğer taraftan ise, bir kişinin kendisine ya da yakınına yönelen haksız ve kışkırtıcı hareketler karşısında hiddete ve şiddetli bir eleme kapılması ve bunların etkisinde refleks olarak tepki suçu işlemesi, insan doğası düşünüldüğünde, anlaşılabilir niteliktedir[156]. Bunu gören kanun koyucu da TCK m. 29'da haksız tahrik hükmüne yer vermiş; ancak kişinin icra ettiği hareketlerin haksızlık içeriğine sahip olduğunu belirtmiş, yani haksız tahrik altında olsa da failin suç işlediğinin altını çizmiş ve hatta diğer bazı kusurluluğa etki eden nedenlerden farklı olarak (örneğin TCK m. 25/2, 27/2), verilecek olan cezanın yalnızca belli oranlarda indirilmesine imkân tanımıştır.

Dolayısıyla haksız tahrik altında işlenen bir suçta neticenin, haksız tahrike neden olmayan bir kişi üzerinde gerçekleşmesi halinde, failin haksız tahrikten yararlanması mümkün değildir. Bu noktada meşru savunmaya ilişkin yukarıda yer alan açıklamalar da dikkate alınmalıdır. Bir taraftan, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninde bile bir kişinin taksirli sorumluluğunun devam edeceğini belirtmek, ancak haksız tahrikte failin götürü şekilde bu nedenden faydalanmasını istemek, kendi içinde çelişen bir durum olacaktır. Üstüne üstlük üzerinde hemfikir olunduğu üzere, haksız tahrik eden kişi ile haksız tahrik altında işlenen suçun mağdurunun aynı kişiler olmaması halinde, haksız tahrik hükümleri uygulanmamaktadır[157]. Tüm bu açıklamalar

---

155 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 535; AKBULUT, s. 537; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 644; ÖZGENÇ, s. 646.

156 MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 636 vd.

157 YCGK, 04.03.2008, E: 2008/1-2, K: 2008/42: "*Osman Yıldız'dan kaynaklanan haksız hareketler nedeniyle Zeynep Yılmaz'ın öldürülmesi olayında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Haksız tahrik nedeniyle indirim yapılabilmesi için, haksız hareketin bizzat maktulden gelmesi ve bizzat sanığa ya da etkileneceği bir yakınına yönelmesi gereklidir. Olayımız açısından bakıldığında; eğer Zeynep'in tam bir eylem birliği içerisinde*

ışığında *örnek 28*'de (A)'nın haksız tahrikten yararlanamayacağı açıktır[158].

Osman'ın yanında yer aldığı ve karşı tarafa yönelik taarruzda bulunduğu ispatlanabilse idi, o takdirde Osman'ın ya da Zeynep'in içinde bulunduğu grubun toplu hareketleri nedeniyle sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün olabilirdi. Oysa dosya kapsamı, maktule Zeynep'in ne Osman'la birlikte ne de müstakilen sanıklara karşı olay öncesinde veya olay sırasında haksız bir eylemde bulunduğunu kabule müsait değildir."

158 Bu nedenle haksız tahrikin şartlarının ve haksız tahrikin varlığında hatanın oluşup oluşmadığını tartışan şu Yargıtay kararı hatalıdır; zira şahısta hata halinde haksız tahrik hükümleri en baştan itibaren uygulama alanı bulmamalıdır, YCGK, 14.02.2017, E: 2015/1-704, K: 2017/64: "*Ceza sorumluluğunu azaltan nedenlerden olan haksız tahrikin varlığı konusunda da hataya düşülebilir. Haksız tahrikin varlığı konusunda kaçınılmaz hataya düşen fail haksız tahrik hükmünden yararlanacaktır. Fakat burada hatanın kaçınılmaz olması zorunludur. Buna karşılık, hata kaçınılabilir bir hata ise, yani failin kişisel özellikleri göz önüne alındığında, daha dikkatli ve özenli davranması durumunda hatasından kaçınılabilecekse başka bir anlatımla hata meydana gelmeyecekse artık haksız tahrik hükümlerinden yararlanamayacaktır. Kendisine haksız bir fiil işlemiş olan hasmı zannederek başkasını öldüren kişi, şahısta hata dolayısıyla hatasından yararlanacağı (TCK m.30/1) için, haksız tahrik uygulanmalıdır. Şahısta hata, failin eylemini kastettiği kişiden başka bir kimseye karşı işlemesidir. Fail, eylemini hedef aldığı kişiye karşı gerçekleştirmekte ve fakat hedef aldığı kişinin gerçekte suçu işlemek istediği kişiden başka bir kimse olduğunu bilmemektedir. Diğer bir anlatımla fail, mağdurun kimliğinde yanılmaktadır. Bu sebeple şahısta hata, hedefte sapma olarak adlandırılan ve hedef alınan kişiye karşı icrasına başlanıldığı halde herhangi bir sebeple başka birine isabet etmesi ile sonuçlanan durumdan farklıdır. 30. madde gerekçesinde, şahısta hata hallerinin de bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları kapsamında düşünülmesi gerektiği belirtilmiştir. Şahısta hata halleri öldürme ve yaralama suçlarında, kastedilenden başka bir kişinin yanılgıyla hedef alınması sonucunda ölümüne veya yaralanmasına neden olunması şeklinde gerçekleşmektedir. Ancak neticede yaralanan veya ölen bir kişi bulunduğuna göre failin suçun temel şekli bakımından kasıtlı hareket ettiği kabul edilmeli ve her halde cezalandırılmalıdır. Bu bakımdan şahısta hatanın cezalandırma yönünden bir sonucu doğmamakla birlikte, cezayı artıran veya azaltan nedenlere dair olarak hataya düşülmesi durumunda 30/2. maddenin uygulanması söz konusu olmaktadır. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Olay tarihinde akşam saatlerinde sanığın, bir parkın yakınında duran aracın içerisinde sözlüsü tanık ile sohbet ettiği sırada, yanlarından geçen 3-4 kişinin aralarında konuşup kendilerine baktığı, sanığın bu durumdan rahatsız olduğu, sözlüsü tanığı evine bırakan sanığın, arkadaşları olan maktul (…) ve tanık (…) ile diğer sanık (…)'ı yanına alıp hep birlikte kavga etmek için söz konusu parka gittikleri, sanık (…)'ın, park içerisinde alkol almakta olan mağdurlar (…), (…), B. K. ve (…)'yı kendilerini rahatsız eden kişiler olarak göstermesi üzerine birlikte mağdurların yanına vardıkları, diğer sanık (…)'ın kavgaya zemin hazırlamak için mağdurlara hayali bir kişiyi sorarak sataştığı, mağdurlardan (…)'nın sorulan kişiyi tanımadığını söylemesi üzerine sanık (…)'ın bir bıçak ile önce mağdur (…)'ya saldırdığı, bunun üzerine mağdurlar (…), B. K. ve .(…)'ın kaçmaya başladıkları, sanık (…)'ın da bu üç kişiden ikisinin peşinden koştuğu, bu sırada geride kalan sanık .(…)'ın da bıçakla, saldırıya maruz kalan grup içinde yer alan mağdur (…)'in göğüs bölgesine iki kez vurup, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olacak şekilde*

Örnek 29'da ise (A), (C) karşı işlediği suçtan dolayı haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır[159]. (B)'ye karşı işlediği ve teşebbüs aşamasında kalmış suçta ise haksız tahrik indiriminden yararlanabilecektir[160].[161]

---

yaralamak suretiyle mağdur (…)'i öldürmeye teşebbüs ettiği, bu esnada sanık (…)'ın kendi yanında bulunan maktul (…)'ı karanlıkta fark edemediği ve maktulün karşı gruptan birisi olduğunu zannederek karın bölgesine bıçakla bir kez vurduğu, yanlışlıkla kendi arkadaşını yaraladığını anlaması üzerine de diğer sanık (…) ve arkadaşı (…) ile birlikte maktulü yakındaki bir hastaneye götürdükleri, buradan ambulansla Okmeydanı Eğitim Araştırma Hastanesine sevk edilen maktulün ameliyat sırasında hayatını kaybettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, karşı tarafın haksız tahrik nedeni sayılabilecek bir fiilinin bulunmaması ve sanığın da haksız bir fiilin bulunmadığını bilerek atılı suçu işlemesi karşısında, sanığın haksız tahrikin varlığı konusunda kaçınılmaz bir hataya düştüğünden bahsedilemeyeceği, dolayısıyla hata hükmünden de faydalanamayacağı kabul edilmelidir. Bu itibarla, Özel Daire kararı isabetli olup Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir." YCGK, 24.12.2013, E: 2013/1-664, K: 2013/622: "*Somut olayda, öldürmeyi düşündüğü K. tarafından eşi kaçırılan sanığın haksız bir eylemin etkisiyle hareket ederek eylemi gerçekleştirdiği konusunda bir tereddüt bulunmamakta ise de, sanığın eylemini eşinin kaçırılmasının üzerinden bir yıl gibi uzun bir süre geçtikten sonra gerçekleştirmiş bulunması, daha önce eşini kaçıran K.'ı bir kez görmüş olması ve K. ile maktul arasında 6 yaş farkın bulunması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın daha dikkatli ve özenli davranması durumunda öldürdüğü C.'in gerçek kimliğini anlayabileceği, bunun için de somut olay itibariyle yeterli zamanının olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, sanığın hatası kaçınılmaz nitelikte bir hata olmadığından, dolayısıyla sanığın hata hükümlerinden yararlanması mümkün bulunmadığından, sanık hakkında haksız tahrik hükümlerini uygulayan yerel mahkeme kararının bozulmasına ilişkin Özel Daire kararı isabetlidir.*"

159 YCGK, 11.03.2014, E: 2013/1-441, K: 2014/123: "*Sanığın, kavga sırasında tabancayla ateş ettiği sırada, olay yerinde bulunan ve kavgayı ayırmaya çalışan maktul Burhan'ın da isabet alıp yararlanabileceği ya da ölebileceğini öngörmesine karşın eylemine devam ettiği, atış sonucu maktulün isabet alarak öldüğü olayda; maktulden kaynaklanan, sanığa yönelik haksız fiil olarak kabul edilebilecek herhangi bir söz ya da davranış bulunmadığı halde, sanık lehine haksız tahrik hükmünün uygulanması suretiyle eksik ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.*"

160 Gerçek içtima kurallarının uygulanması gereken hallerde durum böyle olmakla birlikte, fikri içtima kurallarının uygulama alanı bulduğu olaylarda, failin tek suçtan ceza sorumluluğu kabul edildiğine göre, en ağır cezayı gerektiren suçla ilgili olarak haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekecektir.

161 Yukarıda ifade edildiği üzere, failin bütünüyle iç dünyasına ait olan tasarlama, kan gütme ve töre saikleri, nitelikli haller çerçevesinde, şahısta hata ve hedefte sapma durumlarında özellik arz etmektedirler. Bu tür saiklerin haksız tahrik hükümlerini de içine alacak şekilde somut olaylara yansıması da mümkündür. Ancak bu noktada bunlardan yalnızca tasarlamanın bir rol oynayabileceği belirtilmelidir, zira bilindiği üzere kanun koyucu TCK m. 82'in gerekçesinde kan gütme ve töre saikleri ile öldürme nitelikli hallerinin haksız tahrikin koşullarının bulunması halinde uygulanamayacağını belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle haksız tahrik

varsa, bu nitelikli haller uygulama alanı bulmayacaktır, detaylar için KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 366 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 655 vd. Tasarlama, şahısta hata-hedefte sapma ve haksız tahrik bir araya geldiğinde şu hususlara dikkat etmek gerekir: Genel kabul gören görüşe göre tasarlama ile haksız tahrik hali bir arada bulunabilmektedir (ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN M. Emin/ÇAKIR Kerim, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 76, KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 366; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 654 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 119; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 152) ve bu nedenle esasında şu ana kadar yapılan açıklamalar gerekli değişiklikler yapılmak suretiyle (*mutatis mutandis*) olduğu gibi bu özel duruma da aktarılabilmelidir. Örneğin haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında olan (A), (B)'yi tasarlayarak öldürmek istemekte, ancak karanlıkta (C)'yi (B) zannetmesi sonucu (C)'yi öldürür. Bu olayda tasarlama bakımından (A), nitelikli adam öldürmeden dolayı sorumlu tutulmalıdır. Yine yukarıda açıklandığı üzere, şahısta hata halinde (A)'nın haksız tahrikten yararlanamayacağı ortadadır. Dolayısıyla (A), haksız tahrik hükümlerinden faydalanmaksızın, nitelikli adam öldürmeden dolayı sorumludur. Başka bir örnek: Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında olan (A), (B)'yi tasarlayarak öldürmek istemekte, ancak elinin titremesi sonucu (C)'yi öldürür. Bu olayda tasarlama bakımından (A), (C)'ye karşı basit adam öldürmeden dolayı sorumlu tutulmalıdır. (B)'ye karşı ise tasarlayarak adam öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır. Haksız tahrik bakımından ise (A), (C) karşı işlediği suçtan dolayı haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. (B)'ye karşı işlediği ve teşebbüs aşamasında kalmış suçta ise haksız tahrik indiriminden yararlanabilecektir. Dolayısıyla (A), (C)'ye karşı haksız tahrik indiriminden faydalanmaksızın basit adam öldürmeden, (B)'ye karşı ise haksız tahrik indiriminden faydalanmak suretiyle nitelikli adam öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumlu olacaktır. Tüm bu, tabiri caiz ise beyin jimnastiğini, mağdurun kimliğinden kaynaklanan ağırlatıcı nedenleri de hesaba katarak genişletmek mümkündür: Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında olan (A) tasarlayarak ablası (B)'yi öldürmek istemektedir. Ancak karanlıkta annesi (C)'yi (B) zannederek öldürür. Şahısta hatanın söz konusu bu olayda hem suçun mağduruna (C'nin anne olması) hem de failin bütünüyle iç dünyasına, saikine ve amacına ilişkin bir nitelikli hal (tasarlama) mevcuttur. Dolayısıyla (A), (C)'ye karşı nitelikli adam öldürmeden sorumludur. Burada (A)'ya yüklenen nitelikli hal tasarlama ile adam öldürmedir. Yine yukarıda açıklandığı üzere, şahısta hata halinde (A)'nın haksız tahrikten yararlanamayacağı ortadadır. Dolayısıyla (A), haksız tahrik hükümlerinden faydalanmaksızın, nitelikli adam öldürmeden dolayı sorumludur. Başka bir örnek: Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında olan (A) tasarlayarak ablası (B)'yi öldürmek istemektedir. Ancak elinin titremesi sonucu annesi (C)'yi öldürmüştür. Tasarlama bakımından: Bu olayda hem suçun mağduruna (C'nin anne olması) hem de failin bütünüyle iç dünyasına, saikine ve amacına ilişkin bir nitelikli hal (tasarlama) mevcuttur; ancak diğer taraftan da hedefte sapma söz konusudur. (A), herhangi bir kişiyi değil, (B) kişisini öldürmek istemiştir, ancak başaramamıştır. Yine (B)'yi alelade şekilde değil tasarlayarak öldürmek istemiştir. Ancak (A) bunu da başaramamıştır. Dolayısıyla (A)'nın nasıl ki herhangi bir kimseyi öldürme isteği ile (B)'yi öldürme isteği aynı şekilde değerlendirilmemekte, öyleyse nitelikli halin de (A)'ya yüklenilememesi uygun olacaktır. Öyleyse (A), (C)'ye karşı basit adam öldürmeden sorumludur. (B)'ye karşı ise nitelikli adam öldürmeye

C. Sebebinde Serbest Hareket Kuramı (*Actio Libera In Causa*) Ve Şahısta Hata – Hedefte Sapma

Bir olayda hem ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin hem de şahısta hatanın veya hedefte sapmanın bir arada olduğu ihtimallerden sonuncusu, failin iradi olarak alkol veya uyuşturucu madde alması ve işlediği suçta şahısta hataya düşmesi veya olayda hedefte sapmanın gerçekleşmesidir.

Bilindiği üzere ceza hukukunda kusur yargısına konu olan failin işlediği fiildir. Kusur değerlendirmesinin yapılacağı zaman ise, bu fiilin işlendiği zamandır; zira ceza hukuku genel olarak failin kusur yeteneğine sahip olup olmadığı ile değil, fiilin işlendiği sırada failin kusur yeteneği olup olmadığı ile ilgilenir. Dolayısıyla failin alkol ve/veya uyuşturucu madde etkisi altında bir suçu işlemesi halinde, kural olarak bu kişinin kusur yeteneğinin olmadığı kabul edilir. Ne var ki bu, istenmeyen cezalandırma boşluklarını da beraberinde getirmektedir. Tam da bunu engellemek için kanun koyucu iradi olarak alınan alkol ve/veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişinin kusur yeteneğinin var olduğunu kabul etmiştir (TCK m. 34/2). Bu norm ile kanun koyucu "*sebebinde serbest hareket kuramı*" olarak adlandırılan "*actio libera in causa (alic)*" kavramını, hüküm altına almıştır. Daha basit bir ifadeyle, *alic* ilkesi ile kanun koyucu, failin kendi iradesi ile kusur yeteneğini kaldırması ve bu sırada suç işlemesi halinde, suçu işlediği sırada kusur yeteneği olmayan failin yine de cezalandırılabilmesini sağlamıştır[162].

TCK m. 34/2 iradi sarhoşluğun varlığı için, alkol ve/veya uyuşturucu maddenin iradi olarak alınmasını yeterli görmüş; failin bunları sarhoş olmak veya uyuşturucu madde etkisinde kalmak amacıyla kullanması ya da sarhoş olmak veya uyuşturucu madde etkisine girmek amacıyla almaması ancak

---

teşebbüsten dolayı sorumludur. Burada (A)'ya hem tasarlayarak adam öldürme hem kardeş öldürme ağırlatıcı nedenleri yüklenmektedir. Ancak söz konusu ağırlatıcı nedenlerin aynı maddenin aynı fıkrasında yer almasından dolayı, verilecek olan ceza bir kez artırılacaktır. Haksız tahrik bakımından: (A), (C) karşı işlediği suçtan dolayı haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. (B)'ye karşı işlediği ve teşebbüs aşamasında kalmış suçta ise haksız tahrik indiriminden yararlanabilecektir. Dolayısıyla (A), (C)'ye karşı haksız tahrik indiriminden faydalanmaksızın basit adam öldürmeden, (B)'ye karşı ise haksız tahrik indiriminden faydalanmak suretiyle nitelikli adam öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumlu olacaktır.

162 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 335 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 769 vd.; ÖZGENÇ , s. 420 vd.

son tahlilde yine bu maddelerin etkisi altına girmesi arasında herhangi bir ayrım yapmamıştır[163]. Dolayısıyla örneğin kendisini aldatan sevgilisini sarhoş olduğunda unutabileceğini düşünen ve bu nedenle sırf sarhoş olmak için alkol alan kişi ile sevgilisiyle güzel bir akşam yemeği yiyen ve bu arada alkolü biraz fazla kaçıran kişi, alkol almalarının iradi olması sebebiyle, kanun koyucunun gözünde kusur yeteneğine sahip kişilerdir.

Suç politikası çerçevesinde haklı gerekçelerle Kanun'da kendisine yer bulan TCK m. 34/2, ne var ki alkol ve/veya uyuşturucu maddenin etkisi altında iken işlenen suçlarda, failin fiile olan sübjektif bağlantısının ne olacağı konusunda bir açıklama getirmemektedir. Lakin bu bir eksiklik değildir; zira failin bu maddeleri iradi olarak kullanması ile bu maddeler etkisi altında işlediği suçun işleniş şekli birbirinden bağımsız iki kavramdır[164]. Dolayısıyla sevgilisini unutmak isteyen, yani kusur yeteneğini kasten kaldıran kişi, kasıtlı bir suç işleyebileceği gibi taksirli bir suç da işleyebilir. Keza sevgilisiyle yemek yiyen kişi, yani kusur yeteneğini taksirle kaldıran kişi de kasıtlı bir suç işleyebileceği gibi taksirli bir suç da işleyebilir[165]. Tüm bu ihtimallerin üst başlığı ise *taksirli alic* olarak adlandırılmaktadır. Taksir lafından dolayı yanlış anlamalara neden olabilecek *taksirli alic* ile ifade edilmek husus, örneklerden de anlaşılacağı üzere aslında basit bir düşünceye dayanmaktadır: Kusur yeteneğini ister kasten isterse de taksirle kaldıran ve daha sonrasında da ister kasti isterse de taksirli bir suç işleyen fail, son tahlilde alkol ve/veya uyuşturucu madde alma sırasında kusur yeteneğinin kalktığı zaman işleyeceği bir suçu gerçekleştirme düşüncesinde değildir[166].

Buna karşın *kasti alic* kavramı ile anlatılmak istenen, failin kusur yeteneğinin kalkması için alkol ve/veya uyuşturucu madde kullanmasının tek sebebinin, kusur yeteneği kalktıktan sonra işleyeceği haksızlığı gerçekleştirme düşüncesidir. Bir örnekle açıklamak gerekirse: Fail bir kişiyi öldürmek istemektedir. Ancak bunu ayık kafayla yapamayacağına inanmaktadır. Bu nedenle alkol ve/veya uyuşturucu madde kullanarak tabiri caizse işleyeceği suç için cesaret toplamaktadır. Suç işlemesini engelleyen psikolojik etkenle-

---

163 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 335 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 769 vd.; ÖZGENÇ , s. 420 vd.

164 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 335 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 769 vd.

165 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 334 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 376.

166 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 339; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 779.

rin, aldığı alkol ve/veya uyuşturucu madde sayesinde kalktığına inanan fail, daha sonra baştan beri planladığı fiilini gerçekleştirmektedir[167].

Tüm bu açıklamaların şahısta hata ve hedefte sapma için anlamı nedir?

Hemen belirtilmelidir ki, *taksirli alic* olduğu sürece, failin şahısta hataya düşmesinin veya olayda hedefte sapmanın olmasının, failin ceza sorumluluğuna herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Gerçekten de kendisini aldatan sevgilisini sarhoş olduğunda unutabileceğini düşünen ve bu nedenle sırf sarhoş olmak için barda alkol alan (A), barda hasmı (B)'yi görünce onu öldürmeye karar verir. Ancak karanlıkta (C)'yi (B) zannetmesi sonucu (C)'yi öldürür (*örnek 30*). Veyahut kendisini aldatan sevgilisini sarhoş olduğunda unutabileceğini düşünen ve bu nedenle sırf sarhoş olmak için barda alkol alan (A), barda hasmı (B)'yi görünce onu öldürmeye karar verir. Ancak (A) elinin titremesi sonucu (C)'yi öldürür (*örnek 31*). Yine sevgilisiyle güzel bir akşam yemeği yiyen bu arada alkolü biraz fazla kaçıran (A), hasmı (B)'yi görünce onu öldürmeye karar verir. Ancak karanlıkta (C)'yi (B) zannetmesi sonucu (C)'yi öldürür (*örnek 32*). Ya da sevgilisiyle güzel bir akşam yemeği yiyen bu arada alkolü biraz fazla kaçıran (A), hasmı (B)'yi görünce onu öldürmeye karar verir. Ancak (A) elinin titremesi sonucu (C)'yi öldürür (*örnek 33*). Tüm bu örneklerde *taksirli alic* hali mevcuttur. Bu örneklerin hiçbirinde (A), alkol ve/veya uyuşturucu madde alma sırasında kusur yeteneğinin kalktığı zaman işleyeceği bir suçu gerçekleştirme düşüncesinde değildir. (A)'nın ceza sorumluluğu şahısta hata ve hedefte sapmaya ilişkin ortaya konan genel kurallar ışığında belirlenecektir[168].

Genel kurallardan ayrık olarak değerlendirilmesini gerektirmeyen diğer bir durum ise, olayda hem *kasti alic*'in hem hedefte sapmanın mevcut olmasıdır. (B)'yi öldürmek isteyen ancak bunu ayık kafayla yapamayacağına inanan (A), işleyeceği suç için cesaret toplamak amacıyla önce kendi evinde bir miktar uyuşturucu madde kullanmış, daha sonra (B)'nin her gece uğradığı bara gitmiştir. Gecenin ilerleyen vakitlerinde (B), tam da (A)'nın istediği gibi, bara gelmiştir. Ancak (A) elinin titremesi sonucu (C)'yi öldürür (*örnek 34*). Hedefte sapmanın olduğu bu örnekte de (A)'nın ceza sorumluluğu genel kurallar ışığında belirlenecektir[169].

---

167 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 338 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 779.

168 Kıyaslayınız BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 17 kn. 46; KÜHL, § 11 kn. 23.

169 Kıyaslayınız BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 17 kn. 46; KÜHL, § 11 kn. 23.

Ancak *örnek 34* biraz değiştirilirse ve şahısta hatanın olduğu şekli düşünülürse, yani (A)'nın karanlıkta (C)'yi (B) zannetmesi sonucu (C)'yi öldürmesi ihtimalinde (*örnek 35*), (A)'nın ceza sorumluluğunun nasıl belirlenecektir?

Tipiklik modeli olarak isimlendirilen teoriye göre, *kasti alic*'ten bahsedilebilmesi için failin çifte kasta sahip olması gerekmektedir. Zira bu modeli savunan yazarlar, kişinin kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışını tipikliğin bir parçası olarak görmektedirler. Dolayısıyla failin kusur yeteneğine sahip olduğu andaki kastının, hem kusur yeteneğini ortadan kaldırmayı hem de bu durumdayken, zihninde canlandırdığı suçu işlemeyi kapsaması gerekmektedir. Failin işlemeyi düşündüğü suç tipinin belli olması demek, aynı zamanda mağdurun da belli olması demektir[170].

Tipiklik modelinin ortaya koyduğu bu düşünceyi *kasti alic*-şahısta hata kombinasyonuna taşıyan bir görüşe göre, *örnek 35*'te şahısta hata değil hedefte sapma mevcuttur; zira olay her ne kadar şahısta hata ile hedefte sapma ayrımı çerçevesinde şahısta hata olarak gözükse de, *kasti alic*'in kendine has özelliğinden dolayı, failin artık asıl planından uzaklaştığı, olayda failin ceza sorumluluğuna etki eden bir sapmanın mevcut olduğu kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle hedefte sapmanın (*aberratio ictus*) hukuki sonuçlarını doğuran suçun maddi konusunda (*error in persona vel in objecto*) hata mevcuttur[171]. Dolayısıyla şahısta hata (*error in persona*) ve *kasti alic*'in birlikte mevcut olduğu bu olayda, şahısta hatada her zaman tek bir neticeden doğan sorumluluğun söz konusu olmasından dolayı[172], (A), – şahısta hatanın sonu-

---

170 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 17 kn. 42; JAKOBS, § 17 kn. 66; JESCHECK/WEIGEND, s. 447 vd.; KÜHL, § 11 kn. 19; OTTO, § 13 kn. 28; ROXIN, § 20 kn. 67; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 417; teori hakkında detaylı açıklamalar için HEINRICH, kn. 602 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 337; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 774 vd.

171 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 dn. 172; HEINRICH, kn. 610; ROXIN, § 20 kn. 73 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 418.

172 Hatırlanacağı üzere, suçun maddi konusunda yanılmanın kabul edildiği olaylarda, ortada teşebbüs aşamasında kalmış ilk suç ve de tamamlanmış ikinci suç olmak üzere iki ayrı suç bulunmamaktadır. Tek fiile (harekete) bağlı olarak doğmuş tek netice sonucu tek suç mevcuttur. Dolayısıyla klasik anlamda şahısta hata halinde (*kasti alic*'in mevcut olmadığı olaylarda), (A), (C)'ye karşı kasten adam öldürme suçundan dolayı cezalandırılacaktır. (A)'nın (B)'ye karşı kasten adam öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılması söz konusu değildir, BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.;

cu olarak – *yalnızca* (C)'ye karşı – hedefte sapmanın sonucu olarak – *yalnızca* taksirle adam öldürmeden dolayı sorumlu olacaktır[173]. Fark edileceği üzere bu görüş, *kasti alic*'in ve eşyada/nesnede hatanın (*error in objecto*) bir arada olduğu durumlarda cezasızlık boşluğu yaratmaktadır. Örneğin (A) çok beğendiği (B)'nin deri montunu çalmak istemektedir. Ancak bunu ayık kafa yapamayacağını düşünen (A) işleyeceği suç için cesaret toplamak amacıyla alkol almış ve kusur yeteneğinin kaybına neden olmuştur. Daha sonra (B)'ye ait olduğunu düşündüğü, ancak gerçekte (C)'ye ait olan montu çalmıştır (*örnek 36*). Hırsızlık suçunun taksirle işlenemeyeceğinden bahisle, (A)'nın ceza sorumluluğu bu görüşü savunan yazarlara göre doğmayacaktır[174].

Diğer bir görüşe göre ise, gerek *örnek 35*'te gerekse de *örnek 36*'da, genel kurallardan ayrılmayı gerektirecek haklı bir sebep bulunmamaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar, her ne kadar failin çifte kasta sahip olması gerektiği hususunda tipiklik modelinin ortaya koyduğu düşünceye iştirak etmektelerse de, söz konusu somut olaylarda, kastı etkilemeyen motivasyon/saik hatasının kabul edilmesini istemektedirler[175]. Bu görüşe katılmak gerekir; aksi halde *kasti alic* çerçevesinde suç işleyen ancak şahısta hataya düşen fail, hukuk gözünde *taksirli alic* çerçevesinde suç işleyen ancak şahısta hataya düşen failden daha avantajlı konuma gelecektir. Bu ise kabul edilemez bir sonuçtur[176].

STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57, 59 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.

173 Somut olayda (C)'nin ölümünün (A) açısından öngörülen ve fakat istenilmemiş (bilinçli taksir) olan bir netice olduğu kabul edilmiştir; zira öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere, failin eyleminin üçüncü kişi üzerinde yarattığı neticede olası kastın kabulünü haklı kılan nedenler varsa, ortada aslında teknik anlamda hedefte sapma yoktur, DÖNMEZER/ERMAN, kn. 669; KÜHL, § 13 kn. 31; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 79, yalnızca görünürde hedefte sapma durumu mevcuttur, kıyaslayınız ROXIN, § 12 kn. 164.

174 Kıyaslayınız WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 418.

175 GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 23; KÜHL, § 11 kn. 23; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 77.

176 Bu sonuç *alic* kuramına ilişkin ortaya konan tipiklik modelinden bağımsız bir şekilde tamamen Türk Hukukunun kendine has özellikleri ile de açıklanabilir. Zira Alman Ceza Kanunu'nun 323a paragrafı, kendini kasten ya da taksirle sarhoş eden kişinin, bu durumdayken hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirmesi halinde ve kusur yeteneğinin ispatı hususunda oluşan eksiklikler nedeniyle, işlediği hukuka aykırı bir fiilden dolayı cezalandırılamaması halinde, kişinin sırf kasti ya da taksirli olarak kendini sarhoş etmesini beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırmaktadır (metin için YENİSEY/PLAGEMANN, s. 458 vd.). Dolayısıyla *örnek 36*'da her ne kadar, (A)'nın hırsızlıktan cezalandırılamayacağını belirtmekte ise de, (A)'nın Alman Ceza Kanunu 323a paragrafından doğan ceza sorumluluğu saklı kalmaya devam edecektir, WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 418. Buna karşın

3. Şahısta Hata Ve Hedefte Sapmanın Aynı Anda Mevcut Olması

Bir olayda hem şahısta hatanın hem hedefte sapmanın aynı anda mevcut olması da ihtimal dâhilindedir. (B)'yi öldürmek isteyen (A) karanlıkta (C)'yi (B) zanneder ve (C)'ye doğru ateş eder (şahısta hata); ancak elinin titremesi sonucu (X)'i vurur (hedefte sapma) (*örnek 37*). Öğreti bu gibi durumlarda son tahlilde hedefte sapma kurallarının işletilmesini istemekte, dolayısıyla (A)'nın (C)'ye karşı kasten adam öldürmeye teşebbüsten, (X)'e karşı ise taksirle adam öldürme suçundan sorumlu olacağını belirtmektedir. Hatta aynı sonuç, (X) kişinin (B) kişisi olması halinde de geçerlidir. Diğer bir ifadeyle (B)'yi öldürmek isteyen (A) karanlıkta (C)'yi (B) zanneder ve (C)'ye doğru ateş eder, ancak elinin titremesi sonucu diğer kaldırımda yürüyen (B)'yi vurur (*örnek 38*). Öğreti bu durumda dahi, (A)'nın (C)'ye karşı kasten adam öldürmeye teşebbüsten, (B)'ye karşı ise taksirle adam öldürme suçundan sorumlu olacağını belirtmektedir[177].

4. Fail İle Mağdurun Yüz Yüze Olmadığı Durumlar ve Şahısta Hata - Hedefte Sapma

Şu ana kadar verilen tüm örneklerde fail (A) ile mağdur (B) ve diğer mağdur (C), yüz yüze gelmekte, ancak (A) bir nedenden dolayı istediği neticeyi ya gerçekleştirememekte ya da gerçekleştirmekle birlikte fiilinin neticeleri başka biri daha üzerinde etki doğurmaktaydı. Buna karşın, failin mağduru görmemesi de söz konusu olabilir. Öğretide bu tip olaylara "uzak etki olayları" denilmektedir[178].

TCK, bu şekilde bir hükme yer vermediğine göre, Türk Hukukunda *kasti alic* kavramı ile anlatılmak istenen hususun, failin kusur yeteneğinin kalkması için alkol ve/veya uyuşturucu madde kullanmasının tek sebebinin, kusur yeteneği kalktıktan sonra işleyeceği haksızlığı gerçekleştirme düşüncesi olduğunu belirtmek her halükarda doğru olmakla birlikte; çifte kastın varlığını aramak yanlış sonuçlara götürecektir. Bir örnek vermek gerekirse: (A), (B)'ye tecavüz etmek istemektedir. Ancak bunu ayık kafa yapamayacağını düşünür. (A), işleyeceği suç için cesaret toplamak amacıyla bir miktar uyuşturucu madde kullanır. Ancak (A), (C)'yi (B) zannetmesi sonucu (C)'ye tecavüz eder. Olayda hedefte sapmanın varlığı kabul edilirse ve de cinsel suçların taksirle işlenemeyeceği göz önünde bulundurulursa, hiçbir şekilde makul bir gerekçeyle açıklanmayacak cezalandırma boşluğu yaratılmış olur. Bu nedenle bu olayda klasik anlamda şahısta hata mevcuttur ve bu hata yalnızca kastı kaldırmayan motivasyon/saik hatası olarak değerlendirilmelidir.

177 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 97; HEINRICH, kn. 1111; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 105; KUDLICH/KOCH, s. 829; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 257.

178 *Fernwirkungsfälle*: KÜHL, § 13 kn. 27.

Fail ile mağdurun karşılaşmadığı olaylarda gerek şahısta hataya gerekse de hedefte sapmaya ilişkin örnekler bulmak mümkündür. Bu tip olaylara verilebilecek ilk örnek olarak, Alman öğretisinde[179] de tartışılan, bu arada Türkiye'de de bir Yargıtay kararına[180] konu olan şu olay verilebilir[181]: (A), birçok defalar (Emine)'nin telefonunu aramış ve telefonda kendisini dinleyen kişinin (Emine) olduğunu düşünerek, "*seni seviyorum güzelliğin bozulmasın, banyoya gidelim vb.*" demiştir. Ancak gerçekte telefonu her seferinde açan kişi (Emine) değil (Rukiye)'dir (*örnek 39*).

Bu örnekte *örnek 39*'da şahısta hatanın mevcut olduğu hususunda şüphe bulunmamalıdır. (A)'nın (Rukiye)'ye karşı işlediği suçtan ve de yalnızca (Rukiye)'ye karşı işlediği suçtan dolayı sorumlu olacağı ortadadır[182]. Ne var ki Yargıtay aksi görüştedir. Yargıtay'a göre "*Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, Ancak; Sanığın, mağdure Emine'nin ev telefonunu birçok kez arayıp (…) mağdure Emine'ye yönelik söylediğini zannederek mağdure Rukiye'ye yönelik telefonda birçok kez "seni seviyorum, güzelliğin bozulmasın, banyoya gidelim vb." sözleri söylemesi karşısında (…) mağdure Emine'ye ilişkin eylemleri nedeniyle TCK'nın 123/1 (…) uyarınca cezalandırılması gerektiğinin gözetilmemesi, (…) Mağdure Rukiye'ye yönelik eylemlerinin Emine'yi kastederek ve o*

---

179 KÜHL, § 13 kn. 28; ROXIN, § 12 kn. 198 vd.

180 Yar. 14. CD., 25.09.2012, E: 2011/6444, K: 2012/8973, söz konusu karar öğretide de incelenmiştir: TUNÇ Kübra, "Karar İncelemesi – Telefonla İşlenen Suçlarda Şahısta Hata", in: **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 25, Sayı 1, Haziran 2019, s. 471 vd.

181 Çalışmanın temel amacından sapmamak amacıyla Yargıtay kararı sadeleştirilerek aktarılmıştır.

182 Suçun maddi konusunda yanılmanın kabul edildiği olaylarda, ortada teşebbüs aşamasında kalmış ilk suç ve de tamamlanmış ikinci suç olmak üzere iki ayrı suç bulunmamaktadır. Tek fiile (harekete) bağlı olarak doğmuş tek netice sonucu tek suç mevcuttur. Netice kimin üzerinde doğmuşsa, mağdur da odur, BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57, 59 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.

olduğunu sanarak gerçekleştirmesi karşısında; TCK'nın 30/1. maddesinde öngörülen fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlardan olan mağdurdaki hata nedeniyle sanığın, Rukiye'ye yönelik işlediği iddia olunan suçlardan beraati yerine her mağdur için ayrı ayrı TCK'nın (…) 123/1, 43 maddeleri gereğince mahkûmiyet hükümleri kurulması, (…) bozmayı gerektirmiştir."[183] Yargıtay'a göre TCK m. 123'te düzenlenen suç, (Emine)'ye karşı işlenmiştir.

Yargıtay'ın ulaştığı sonuç hatalıdır. Yukarıda da bahsedildiği üzere, şahısta hata ile karıştırılmaması gereken husus, hedefte sapmadır. Bir olayda hatadan bahsedilebilmesi için objektif gerçeklik ile failin tasavvuru arasında bir farklılık bulunması gerekmektedir. Oysaki sapmada, gerçeklik ile tasavvur arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Her ikisi birbiriyle uyumlu olmasına rağmen, bir nedenden dolayı, fail arzu ettiği sonuca ulaşamamaktadır. Yine unutulmaması gereken diğer bir husus şudur: Suçun maddi konusunda hata, hedefte sapmadan farklı olarak, her zaman tek bir neticenin meydana geldiği durumdur. Dolayısıyla suçun maddi konusundaki hatada yalnızca meydana gelen tek neticeden dolayı failin ceza sorumluluğu söz konudur. Oysaki hedefte sapmada, ilk suç ile arzulanan ve ikinci suç ile gerçekte meydana gelen iki ayrı neticeden dolayı failin iki ayrı suçtan – içtima tartışmasından bağımsız olarak – sorumluluğu söz konusudur[184]. Yargıtay ise suçun mağdurunun (Emine) olduğunu belirterek, hem şahısta hata ile hedefte sapmayı birbirine karıştırmış hem de gerek şahısta hatanın gerekse de hedefte sapmanın hukuki sonuçlarını somut olaya aktaramamıştır.

Bu noktada şu düşünülebilir: Somut olayda suçun mağdurunun hatalı olarak (Emine) kabul edilmesi, söz konusu eylemin TCK m. 123'te düzenle-

---

183 Yar. 14. CD., 25.09.2012, E: 2011/6444, K: 2012/8973.

184 AKBULUT, s. 372 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 564 vd.; BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 433 vd.; DEMİRBAŞ, s. 437 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 652 vd.; 667 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HAKERİ, s. 466 vd.; 473 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; İÇEL, s. 476 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 686 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 422 vd., 433 vd.; ÖZGENÇ, s. 466 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 582 vd., 584 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57, 59 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.; ZAFER, s. 276 vd.

nen suça vücut vermesi ve de karardan anlaşıldığı kadarıyla, (Rukiye)'nin de aynı suçun mağduru olabilecek bir kişi olması, (A)'nın ceza sorumluluğunda herhangi bir farklılığa neden olmamaktadır. Bu nedenle Yargıtay'ın suçun mağduru olarak (Emine)'yi kabul etmesi, sonucu etkilemeyen önemsiz bir hatadır.

Ancak bir olayda faile verilecek olan cezanın son tahlilde aynı olacak olması, teorinin doğru şekilde uygulanmasını engellememelidir. Farz edilsin ki, (A) yıllardır yalnız yaşayan, geleni gideni bayramdan bayrama olan (B)'ye ait ev telefonu numarasını (B)'ye hakaret etmek için çevirmiş, telefonu açan kişinin de (B) olduğunu zannederek küfürler savurmaya başlamış ve sonrasında da telefonu kapatmış olsun. Ancak gerçekte telefonu açan kişi, eve musluk tamiri için gelen (C)'dir. Bu örnekte, nedensellik bağının ve objektif isnadiyetin varlığı kabul edilse bile, Yargıtay gibi düşünülecek olursa, suçun mağdurunun (B) olduğunu iddia etmek zordur. Dolayısıyla Yargıtay'ın sonuç odaklı yaklaşımı her zaman doğru değildir. Şahısta hata ve hedefte sapma ayrımının doğru bir şekilde uygulanması ve şahısta hata kuralları çerçevesinde, nedensellik bağının, objektif isnadiyetin, sübjektif unsurların vs. varlığı halinde, suçun (C)'ye karşı işlendiğinin kabulü, teorik olarak daha uygun bir yaklaşım olacaktır[185].

Failin mağduru görmediği olaylarda, Yargıtay'ın kararı bir kenara bırakılacak olursa, tartışmaların odağındaki asıl konu, görünürde hedefte sapmanın olduğu durumlardır. (A), (B)'yi öldürmek istemektedir. Bunun için de (A), içinde ağzının açılmasıyla aktif hale gelen bir bomba düzeneği bulunan kutuyu, (B)'nin karısı (C) tatildeyken, (B)'nin evine gönderir. Ancak ne var ki, tatilden erken dönen (C) paketi posta kutusundan alır, meydana gelen patlama sonucu hayatını kaybeder (*örnek 40*). Söz konusu örnek birçok farklı versiyonuyla düşünülebilir. (A)'nın (B)'nin evine içinde zehir bulunan çikolata yollaması, ancak (B)'den önce çikolatayı (B)'nin çocuğu (C)'nin yemesi; (A)'nın (B)'nin arabasına bomba düzeneği yerleştirmesi, ancak o gün (B)'nin arabasını kendi arabası bozulan üst komşusu (C)'ye vermesi, (C)'nin de patlama sonrası yaşamını yitirmesi vs.[186]

---

185 Bu nedenle, (B)'nin telefon numarasını çeviren ancak telefon hatlarında meydana gelen teknik sorun nedeniyle (C)'nin telefonun çalması ve (C)'nin gelen aramaya cevap vermesi ve bu nedenle (A)'nın (C)'ye hakaret etmesi gibi oldukça istisnai hallerde hedefte sapmadan bahsetmek gerekir, ROXIN, § 12 kn. 198 dn. 374.

186 Örnekler için EL-GHAZI Mohamad, "Die Abgrenzung von error in persona (vel obiecto)

Dikkat edilecek olursa şahısta hata ve hedefte sapma ayrımının tartışıldığı bu örneklerde çözülmesi gereken mesele, (C)'ye karşı işlenen suçun (A)'ya taksir veyahut kast üzerinden mi isnat edileceği değildir. Tartışılan mesele şudur: (A), yalnızca (C)'ye karşı kasten ya da taksirle adam öldürme suçundan mı cezalandırılacak (şahısta hata); yoksa (A), (B)'ye karşı kasten öldürmeye teşebbüs ve (C)'ye karşı kasten/taksirle adam öldürme olarak iki ayrı suçtan mı[187] sorumlu tutulacaktır (hedefte sapma)[188].

---

und aberratio ictus", in: **Juristische Schulung (JuS)**, 2016, s. 305 vd.; LEU Nicolas, "Zur Abgrenzung zwischen aberratio ictus und error in obiecto", in: **Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR)**, 2014, s. 390 vd.

187 Bunların fikri içtima yoksa gerçek içtima mı çerçevesinde içtimaa tabi kılınacağı sorusundan da bağımsız olarak. Kendiliğinden anlaşılmakla birlikte belirtilmesinde fayda bulunan husus, eğer ki hedefte sapma kabul edilecek olursa, içtima meselesi yukarıda bahsedilen genel kurallar çerçevesinde ele alınmalıdır.

188 Bu soru gerek Türk gerekse de Alman öğretisinde baskın olan ve burada da benimsenen somutlaştırma teorisi (*Konkretisierungstheorie*: BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.) veya eylem planı teorisi (*Tatplan-Theorie*: ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.) kabul edildiğinde, mevcut olan bir tartışmadır. Buna karşın eşdeğerlik/denklik teorisi (*Gleichwertigkeitstheorie*: HEUCHEMER, s. 277 vd.; FRISTER, § 16 StGB kn. 55 vd.; PUPPE, in: NK-StGB, § 16 kn. 95 vd.; RUDOLPHI/STEIN, in: SK-StGB, § 16 kn. 32) kabul edilir ve şahısta hata ile hedefte sapma arasında herhangi bir farkın olmadığı iddia edilir ise, bu olaylarda şahısta hatanın varlığı tartışmasız olacaktır. Bu noktada yeri gelmişken belirtilmesinde önem arz eden bir husus daha mevcuttur. Farz edilsin ki (A), karısı (B)'yi öldürmek istemektedir ve bu nedenle her zaman (B)'nin kullandığı arabaya geceleyin bomba yerleştirmiştir. Sabah olduğunda (B)'nin arabasına gidişini ve nasıl öldüğünü keyifle izlemek isteyen (A), evin penceresinden dışarıya bakmaktadır. Ancak tam da o gün, (A)'nın hiç hesaplamadığı ve arzulamadığı bir şekilde, çocukları olan (C), (B)'nin arabasına doğru elinde araba anahtarıyla ilerlemektedir. Bu durumu fark eden (A), hemen pencereyi açar ve (C)'yi arabaya binmemesi için uyarır. Eşdeğerlik teorisi, tek fiil (hareket) tek netice düşüncesiyle, şahısta hata ve hedefte sapma ayrımını reddettiğinden dolayı, (A) burada yalnızca (C)'ye karşı teşebbüsten sorumludur ve de (A) hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması mümkündür. Buna karşın şahısta hata ve hedefte sapmanın ayrı kavramlar olduğunu düşünen baskın görüş, hedefte sapmada tek fiil (hareket) iki netice olduğunu kabul ettiğinden dolayı, (A) hakkında gönüllü vazgeçmenin ancak (C)'ye karşı işlenen suç için geçerli olacağını; buna karşın (A)'nın (B)'ye karşı adam öldürmeye teşebbüsten dolayı ceza sorumluluğunun devam ettiğini belirtir. Görüldüğü üzere ilk bakışta fail aleyhine çalışan eşdeğerlilik teorisi, bazı olaylarda ise fail lehine sonuçlara neden olabilmektedir, WALTRAUD Nolden, **Examensrelevante Irrtümer im Strafrecht**, 1. Auflage, Verlag Personal, Recht Ltd, Birmingham, 2010, s. 23 vd.

Öğretide bir görüş, fail ile mağdurun yüz yüze gelip gelmemesi arasında herhangi bir farkın bulunmadığını, her olayda her zaman şahısta hata ve hedefte sapma kavramlarını ayırmada kullanılan klasik formülün[189] uygulanması gerektiğini belirtmekte, dolayısıyla *örnek 40*'ta (A)'nın hedefte sapma kuralları çerçevesinde cezalandırılmasını istemektedir[190].

Buna karşın bir diğer görüş ise, haklı olarak bu tip olayların şahısta hata olarak değerlendirilmesini istemektedir. Bu yazarlara göre, *örnek 40*'ta verilen olayda, ilk bakışta şahısta hata kurallarını işletmek gerçekten de zordur. Ancak yine de şahısta hata ve hedefte sapma kavramlarını ayırmada kullanılan kıstaslardan geri adım atmadan da, (A)'yı tek bir neticeden, yani (C)'ye karşı kasten adam öldürmeden, sorumlu tutmak mümkündür. Zira (A), herhangi bir kimse üzerinde değil, (B) kişisi üzerinde öldürme kastını somutlaştırmış gibi görünse de, fail ile mağdurun yüz yüze geldiği olaylardan farklı olarak, söz konusu somutlaştırmayı kullandığı bomba düzeneği, gönderdiği çikolata ve benzeri araçlar vasıtasıyla, yalnızca dolaylı olarak sağlamıştır[191]. Bu nedenle (A), (B) kişisini somutlaştırmayı yalnızca zihninde yapmış; bunu gerçek dünyaya taşımamıştır[192]. Oysaki ceza hukuku yalnızca dış dünyada

---

189 YCGK, 10.12.2013, E: 2102/1-1572, K: 2013/600: "*Hedefte sapma; yapılan hareketin, gerçekleştirilmek istenen suç konusu üzerinde değil de failin yetersizliği veya yeteneğini gereği gibi kullanamaması ya da sair bir sebepten ötürü meydana gelen sapma sonucunda başka bir konu üzerinde gerçekleşmesidir. Hedefte sapma halinde bir hata söz konusu değildir. Zira hedefte sapmada sapan failin iradesi değil hareketidir. Bu halde hareket adeta saparak yön değiştirmekte ve neticesini istenilen konu üzerinde değil de başka bir konu ya da istenilen konu yanında istenilmeyen başka konu veya konular üzerinde gerçekleştirmektedir. Hatada ise failin bilgisizliği ya da yanlış bilgisi söz konusu olup, failin düşündüğüyle gerçek arasında zıtlık bulunmaktadır. Bu itibarla, hedefte sapmayla hatanın özel bir hali olan şahısta hata farklı hususlardır. Şahısta hatada fail mağdurun şahsında hataya düşmektedir. Örneğin, failin A'yı öldürmek isterken, A olduğunu zannederek B'yi öldürmesi gibi, Oysa hedefte sapmada fail, eylemini gerçekleştirmek istediği kişiyi karıştırmamakta, ancak hareketinin sonucunda meydana gelen sapma sebebiyle kastettiği kişi dışında bir başka kişi veya kastettiği kişiyle birlikte başka bir kişiyi de öldürmekte ya da yaralamaktadır.*"

190 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 95; HEINRICH, kn. 1112; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 87.

191 GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 23; KUDLICH/KOCH, s. 829 vd.; KÜHL, § 13 kn. 27; ROXIN, § 12 kn. 197; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 59.

192 Bu tip görünürde hedefte sapma, gerçekte ise şahısta hatanın söz konusu olduğu durum, pek tabi ki, (B)'nin arabasına bomba yerleştirmek isteyen (A)'nın, (B)'nin arabası zannederek (C)'nin arabasına bomba yerleştirmesi; (B)'nin ev adresini yanlış bilmesinden dolayı zehirli

meydana gelen neticeye değer atfeder[193].

5. İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Şahısta Hata – Hedefte Sapma

Şu ana kadar yapılan açıklamalar, fiilin tek kişi tarafından gerçekleştirildiği hallerde ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceğine ilişkindi. Zira ceza normu, suçun tipikliğini belirleyen kanuni tanımda, fiilin tek kişi tarafından gerçekleştirildiğini ve neticenin de bu tek kişinin hareketi sonucu ortaya çıktığını esas almaktadır. Suçun birden çok kişinin katılımıyla işlenmesinin istisna olmadığı ise bilinen bir gerçektir. Bir kişinin işleyebileceği suçun, aralarındaki işbirliği anlaşmasına uygun olarak birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi olarak tanımlanabilecek iştirak kavramıyla bu noktada karşılaşılır[194]. İştirak çerçevesinde işlenen suçlarda kimin fail kimin şerik olduğu sorunsalıyla karşılaşıldığı gibi[195]; karşılaşılan diğer bir sorun

---

çikolatayı (C)'nin evine göndermesi hallerinde de geçerlidir, WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 255. Başka bir örnek: (B)'yi öldürmek isteyen (A), (B)'nin arabasına bomba koymuştur, ancak (B) iki arabaya sahiptir ve o gün (B)'nin eşi olan (C) bomba konulmuş arabayı kullanmak için arabaya binmiş ve hayatını kaybetmiştir. Bu olayda da şahısta hatanın varlığı kabul edilmektedir. Buna karşın bomba yerleştirilen gece, bir hırsızın arabayı çalmak isterken hayatını yitirmesi halinde hedefte sapma kabul edilmelidir, KUDLICH/KOCH, s. 830.

193 Oldukça ender karşılaşılabilecek bir durum olmakla birlikte, fail ile mağdurun yüz yüze gelmediği olaylar çerçevesinde incelenen diğer bir durum da, hukuksal değer taşıyıcısının tek olmadığı hallerdir. (A), (B)'nin ceza kovuşturmasına uğraması amacıyla sahte deliller hazırlamıştır. Ancak hazırlamış olduğu sahte deliller nedeniyle, şüphe (B)'nin değil (C)'nin üzerinde yoğunlaşmış; (C) hakkında iddianame hazırlanmıştır, GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 23 dn. 98. Bir görüşe göre burada şahısta hata vardır, VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 87. Diğer bir görüşe göre ise bu olayda hedefte söz konusudur, KÜHL, § 13 kn. 27. Türk öğretisinde de, TCK m. 267'de yer alan "*belirli bir kişi*" ifadesinden dolayı, bu tip olaylarda hedefte sapma kurumunun uygulanmasının daha doğru olacağı ifade edilmiştir, ERMAN, s. 90.

194 DÖNMEZER/ERMAN, kn. 871 vd.

195 Fiil üzerinde ortak hâkimiyet kuran kişinin müşterek fail olarak tanımlandığı TCK'nın 37. maddesinin gerekçesinden anlaşıldığı üzere TCK'nın kabul ettiği fiil hâkimiyet teorisine göre, sadece tipik eylemin geneline hâkim olan ve bu nedenle de tipik olayın gelişimini dizginleyebilme egemenliğine sahip olan kişi fail olarak kabul edilmeli, bunun dışındakiler ise şerik olarak sınıflandırılmalıdır. Bu teoriye göre şerik, netice açısından illi olmakla birlikte, suç tipinde düzenlenmemiş hareketleri gerçekleştiren ve böylece failin fiili gerçekleştirmesine atipik hareketle katkı sağlayandır. Ancak şeriklik, failliğin yumuşatılmış bir şekli olarak da anlaşılmamalıdır. Buradaki fark, suç teşkil eden vakıa ile olan temasın doğrudan veya dolaylı oluşundan kaynaklanmaktadır, detaylar için DÖNMEZER/ERMAN, kn. 871 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 446 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 857 vd.; ÖZGENÇ, s. 517 vd.

da suç ortaklığı ilişkisi içinde suçun maddi unsurlarını yerine getiren failin, şahısta hataya düşmesinin veya olayda hedefte sapmanın varlığının, diğer suç ortaklarının ceza sorumluluğuna nasıl etki edeceğidir[196]. Diğer bir ifadeyle (B)'yi öldürmek isteyen (A)'nın karanlıkta (C)'yi (B) zannetmesi ve bu sebeple (C)'yi öldürmesi şeklinde örneklendirilebilecek şahısta hata ve (A)'nın (B)'ye ateş ederken elinin titremesi sonucu (C)'yi öldürmesinin örnek olarak sunulabileceği hedefte sapma, şu ana kadar yapılan tek faile ilişkin açıklamaların konusu iken, aşağıda suç ortağı olan (D)'nin ceza sorumluluğu araştırılacaktır[197].

A. Azmettirme Ve Şahısta Hata – Hedefte Sapma

(D) tarafından (B)'yi öldürmek üzere azmettirilen (A)'nın karanlıkta (C)'yi (B) zannetmesi ve bu sebeple (C)'yi öldürmesi (*örnek 41*) ihtimalinde, azmettirmenin[198] ve şahısta hatanın birlikte var olduğu bir durum söz konusudur.

Öğretide[199] ve yüksek mahkeme kararlarında[200] kendisine taraftar bulan

---

196 Bu, gerek Türk gerekse de Alman öğretisinde baskın olan ve burada da benimsenen somutlaştırma teorisi (*Konkretisierungstheorie*: BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.) veya eylem planı teorisi (*Tatplan-Theorie*: ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.) kabul edildiğinde, mevcut olan bir tartışmadır. Buna karşın eşdeğerlik/denklik teorisi (*Gleichwertigkeitstheorie*: HEUCHEMER, s. 277 vd.; FRISTER, § 16 StGB kn. 55 vd.; PUPPE, in: NK-StGB, § 16 kn. 95 vd.; RUDOLPHI/STEIN, in: SK-StGB, § 16 kn. 32) kabul edilir ve şahısta hata ile hedefte sapma arasında herhangi bir farkın olmadığı iddia edilir ise, bu olaylarda şahısta hatanın varlığı tartışmasız olacaktır, Kıyaslayınız HILLENKAMP, s. 149 vd.

197 Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, iştirak halinde işlenen suçlarda şahısta hata veya hedefte sapma söz konusu olduğunda, tartışmalı olan husus, suçun maddi unsurlarını gerçekleştiren failin ceza sorumluluğu değil, zira iştirak hali olsa da bu kişinin ceza sorumluluğu yukarıda ortaya konan genel kurallarına göre belirlenecektir, suça iştirak edenlerin ceza sorumluluğunun belirlenmesidir.

198 Konunun daha rahat takip edilebilmesi amacıyla, çalışmada şeriklerden yalnızca azmettirmenin ceza sorumluluğu etraflıca incelenmiştir. Ancak pek tabi ki, gerekli değişiklikler yapılarak (*mutatis mutandis*) azmettirmeye ilişkin yapılan açıklamaların yardım eden için de geçerli olacağı ortadadır, kıyaslayınız KÜHL, § 20 kn. 242a.

199 AKBULUT, s. 645; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 671; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 491 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 912; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 785; ayrıca bakınız HAKERİ, s. 575; ÖZGENÇ, s. 558.

200 BGH, Urteil vom 25.10.1990 – 4 StR 371/90 (Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 1991,

bir görüşe göre, nasıl ki şahısta hata (A)'nın ceza sorumluluğu açısından herhangi bir öneme sahip değildir[201], öyleyse azmettiren (D) açısından da (A)'nın şahısta hataya düşmesi, (D)'nin ceza sorumluluğu açısından herhangi bir öneme olmamalıdır. Bu görüşü savunanlara göre fail azmettirenin alelade bir aracı değildir, azmettirenin hareketi ile netice arasında alelade bir nedensellik bağı mevcut değildir, bilakis fail ile azmettiren ve dolayısıyla hareket ile netice arasında sıkı bir bağlılık söz konusudur, öyleyse şahısta hata eğer genel yaşam deneyimlerine göre öngörülebilirlik sınırları içinde kalıyorsa, bağlılık ilkesi gereği azmettireni de tamamlanmış suçtan sorumlu tutmak gerekir[202]. Dolayısıyla (D) de, tıpkı (A) gibi, kasten adam öldürme suçundan azmettiren olarak sorumludur[203].

Öğretide savunulan diğer bir görüşe göre ise, failin şahısta hataya düşmesi, azmettiren açısından hedefte sapma olarak değerlendirilmelidir; zira eylem azmettirenin kontrol edebileceği alandan çıktıktan sonra onun elinde olmayan nedenlerden dolayı öngörmediği şekilde sonuçlanırsa, azmettirenin sahip olması gereken çifte kastın varlığından söz etmek artık mümkün değildir; dolayısıyla, her ne kadar (A) kasten adam öldürme suçundan dolayı ce-

---

s. 123 vd. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1991, s. 933 vd. = BeckRS 9998, 169074 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 37, s. 214 vd.) – *Hoferben-Fall* (*Rose-Rosahl-Fall II*).

201 AKBULUT, s. 372 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 564 vd.; BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 433 vd.; DEMİRBAŞ, s. 437 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 652 vd.; 667 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HAKERİ, s. 466 vd.; 473 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; İÇEL, s. 476 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 686 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 422 vd., 433 vd.; ÖZGENÇ, s. 466 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 582 vd., 584 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57, 59 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.; ZAFER, s. 276 vd.

202 HILLENKAMP, s. 149 vd.

203 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 26 kn. 69 vd.; FREUND Georg, **Strafrecht Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre**, 2. Auflage, Springer-Verlag, Heidelberg, 2009, § 10 kn. 130vd.; GROPP, § 10 kn. 283 vd.; HEINE Günther/WEIßER Bettina, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, **Strafgesetzbuch Kommentar** (S/S-StGB), 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2019, § 26 StGB kn. 26; JAKOBS, § 22 kn. 29 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 6 kn. 76 vd.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF/DÖLLING/LAUE/RENZIKOWSKI, § 51 kn. 34 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 577 vd.

zalandırılmaya devam edecekse de[204], azmettiren (D)'nin ceza sorumluluğu hedefte sapma kurallarına göre belirlenmelidir[205]. Diğer bir ifadeyle (A)'nın şahısta hataya düştüğü *örnek 41*'de (D) açısından hedefte sapmanın (*aberratio ictus*) hukuki sonuçlarını doğuran suçun maddi konusunda (*error in persona vel in objecto*) hata mevcuttur[206]. Bu görüşü savunan yazarların bir kısmı (D)'nin (C)'ye karşı taksirle adam öldürme suçundan ve (B)'ye karşı kasten adam öldürme suçuna teşebbüse iştirakten dolayı fikri içtima kuralları çerçevesinde cezalandırılmasını istemektedir[207]. Diğer bir grup yazar ise (D)'nin (C)'ye karşı taksirle adam öldürme suçundan ve (B)'ye karşı teşebbüs aşamasında kalmış kasten adam öldürmeye azmettirmeden fikri içtima kuralları çerçevesinde cezalandırılmasını istemektedir[208].

Açıklamaların daha rahat takip edilebilmesi bakımından, ulaşılacak olan sonucun daha en başta açıkça ortaya konulmasında fayda bulunmaktadır: Olması gereken hukuk bakımından (A)'nın şahısta hataya düştüğü *örnek 41*'de, (D) açısından hedefte sapmanın hukuki sonuçlarını doğuran suçun maddi konusunda hata mevcuttur. Ancak TCK'nın gerek elverişsiz teşebbüsü gerekse de neticesiz iştiraki (iştirake teşebbüsü) cezalandırmıyor olması karşısında, yani olan hukukta, (A)'nın şahısta hataya düşmesi, (D)'nin ceza sorumluluğu açısından herhangi bir öneme sahip değildir, (D) de, tıpkı (A)

---

204 AKBULUT, s. 372 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 564 vd.; BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 433 vd.; DEMİRBAŞ, s. 437 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 652 vd.; 667 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HAKERİ, s. 466 vd.; 473 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; İÇEL, s. 476 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 686 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 422 vd., 433 vd.; ÖZGENÇ, s. 466 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 582 vd., 584 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: S/S-StGB, § 15 kn. 57, 59 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd.; ZAFER, s. 276 vd.

205 HILLENKAMP, s. 151 vd.

206 ERMAN, s. 90 vd.; DEHNE-NIEMANN Jan/WEBER Yannic, "Über den Einfluss des Irrtums im Objekte beim Morde und bei der Anstiftung zu diesem Verbrechen – Zum 150-jährigen Jubiläum des Falls Rose-Rosahl", in: **Juristische Ausbildung (Jura)**, Jahr 2009, Heft 5, s. 374 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 690; KÜHL, § 20 kn. 209; ROXIN, § 26 kn. 116 vd.; SCHÜNEMANN Bernd, in: **Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch** (LK-StGB), 12. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2007, § 26 StGB, kn. 84 vd.

207 Kıyaslayınız DEHNE-NIEMANN/WEBER, s. 378 vd.; ROXIN, § 26 kn. 116 vd.

208 Kıyaslayınız ERMAN, s. 90 vd.

gibi, kasten adam öldürme suçundan azmettiren olarak sorumlu addedilecektir. Bu sonucun gerekçesi şudur:

Hatırlanacağı üzere failin seçtiği araçların yetersiz olmasından dolayı veya failin seçtiği araçlar yeterli olsa bile failin bunları becerikli bir şekilde kullanamamasından dolayı ya da başka bir sebepten dolayı, fiilin failin tasavvurundaki şekliyle istenen konu üzerinde değil, ya yalnızca başka bir konu üzerinde ya da istediği şekliyle olmasa da amaçladığı konunun yanında başka bir konu üzerinde gerçekleşmesine hedefte sapma denir[209]. Hedefte sapmaya ilişkin genel kabul gören bu tanım, *örnek 41*'e aktarıldığı zaman rahatlıkla fark edilecek ki, (A) azmettiren (D) açısından (B)'nin ölüm neticesinin meydana gelmesi için yalnızca seçilen bir araçtır ve araç olan (A) kendisini becerikli şekilde kullanamamıştır ve bu nedenden dolayı (D)'nin amaçladığı netice başka bir konu olan (C) üzerinde gerçekleşmiştir. Öyleyse *örnek 41*'de (D) açısından hedefte sapma mevcuttur[210].

Yine bu çerçevede unutulmaması gereken diğer bir husus, (A)'nın şahısta hataya düşmesini (D) için de şahısta hata olarak değerlendiren görüşün, suç genel teorisi açısından kabul edilemeyecek sonuçlara yol açabileceğidir. Bilindiği üzere bir kişinin suça azmettiren olarak iştirak edebilmesi için gerek failin gerçekleştirdiği fiilin maddi unsuruna ilişkin gerekse de kendi hareketine ilişkin kastının mevcut olması gerekmektedir. Bu iki yönlü kast, azmettirmenin çifte kastı olarak adlandırılmaktadır[211]. Buna göre çifte kast, azmettirenin failin fiiline ilişkin kastı[212] ve fiile katılmaya ilişkin kastı[213] olmak üzere iki koldan oluşmaktadır. Dolayısıyla azmettirmeden bahsedilebilmesi için öncelikle azmettirenin failin gerçekleştirdiği esas fiile, yani

---

209 AKBULUT, s. 372 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 564 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 433 vd.; DEMİRBAŞ, s. 437 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 652 vd.; 667 vd.; HAKERİ, s. 466 vd.; 473 vd.; İÇEL, s. 476 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 686 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 422 vd., 433 vd.; ÖZGENÇ, s. 466 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 582 vd., 584 vd.; ZAFER, s. 276 vd.

210 DEHNE-NIEMANN/WEBER, s. 374 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 690; KÜHL, § 20 kn. 209; ROXIN, § 26 kn. 116 vd.; SCHÜNEMANN, in: LK-StGB, § 26 kn. 84 vd.

211 KÜHL, § 20 kn. 195 vd.; ROXIN, § 26 kn. 132, 270; SCHÜNEMANN, in: LK-StGB, § 26 kn. 57 vd.

212 JOECKS, in: MüKo-StGB, § 26 kn. 56 vd.

213 JOECKS, in: MüKo-StGB, § 26 kn. 75.

failin gerçekleştireceği harekete ilişkin kastı mevcut olmalıdır[214]. Bu, şart ancak yeterli değildir. Ayrıca azmettirenin failin fiiline kasten katılması da gerekmektedir[215]. Bu, bir suça katılanların bağımsız hareketlerinin bir bütün içinde değerlendirilerek birbirine bağlanması ve dolayısıyla kişinin kendi hareketi dışında asıl suç teşkil eden fiilden sorumlu tutulmasını ifade eden iştirak iradesi olarak adlandırılmaktadır[216]. Öyleyse, azmettirenin her ne kadar katıldığı suçun tüm ayrıntılarını bilmesi gerekli değilse de, suça bilerek ve isteyerek katılmalıdır[217]. Dolayısıyla taksirle azmettirme mümkün değildir. Eğer asıl fail tarafından meydana getirilen netice, azmettiren için öngörüle-

---

214 SCHÜNEMANN, in: LK-StGB, § 26 kn. 57 vd.

215 SCHÜNEMANN, in: LK-StGB, § 26 kn. 79 vd.

216 Kıyaslayınız YCGK, 07.03.2000, E. 2000/1-43, K. 2000/47: "*Müteaddit şeriklerin birbirinden ayrı hareketlerini bir bütün içinde birleştiren, bağlayan koşul iştirak iradesidir.*"

217 YCGK, 13.10.2015, E. 2013/634, K. 2015/315: "*Sanık (…)'ın aralarındaki husumet ve olay günü meydana gelen kavgadan duyduğu öfke ve aldığı alkolün etkisiyle, kayınvalidesinin evinin yakınına giderek elindeki tüfekle beklemeye başladığı, yapılan ihbar sonrası polisin gelmesi üzerine olay yerinden uzaklaştığı, elindeki tüfeği yakalatmamak için babası olan sanık (…)'ı ve ağabeyi sanık (…)'yı telefonla arayarak gelip kendisini almalarını istediği, sanıklar (…) ve (…)'ın araba ile gelerek sanık (…)'ı beklediği yerden aldıkları, aracın sanık (…)'ın kayınvalidesinin evinin önünden geçtiği sırada kayınbiraderi olan mağdur (…)'i gören sanık (…)'ın arabadan inerek mağdur (…)'e doğru av tüfeği ile ateş etmeye başladığı, mağdur (…)'in kaçarak saklandığı, ancak bu sırada yoldan geçmekte olan ve açılan ateş nedeniyle korkarak kaçmaya çalışan maktul (…)'ya (…) ailesinden birisi zannederek ateş etmesi sonucunda (…)'yu öldürdüğü olayda, sanıklar (…) ve (…)'a isnat edilen eylem, sanık (…)'ın maktul (…)'yu öldürmesi sırasında yanında bulunmaktan ibarettir. Sanıklar (…) ve (…)'ın sanık (…)'ın yanında ve aynı araçta bulunmalarının nedeni dosyadaki delillerden de anlaşıldığı üzere, sanık (…)'ın telefonla arayarak kendisini olay yerinden almasını istemesidir. Sanıklar (…) ve (…) sanık (…)'ı olay yerinden araçla aldıktan sonra geri döndükleri sırada sanık (…) aracı durdurup, tüfekle ateş etmeye başlamış ve maktul (…)'yu öldürmüştür. Sanıklar (…) ve (…) o ana kadar (…)'ın böyle bir eylem yapacağını bilmemektedir, olay aniden gelişmiştir, sanıkların (…)'ın yanında bulunmaları ona destek veya yardım niteliği taşımamaktadır. Sanıkların (…)'ın adam öldürme eylemine iştirakten sorumlu tutulmasını gerektirecek ne icrai ne de ihmali bir hareketleri bulunmamakta, (…)'ın yanında bulunmaktan ibaret davranışları ise, ne suçun yasal tanımında yer alan fiili, ne de yardım şeklinde değerlendirilebilecek bir fiili oluşturmamaktadır. Ani gelişen bu olayda, sanıkların fiili önleme imkân ve yükümlülüğü de bulanmamaktadır. Ayrıca sanıklar (…) ve (…)'nın, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurduklarına, birlikte suç işleme kararıyla hareket ettiklerine ve eylemin asli faili (…)'ya suçun işlenmesinden önce ve işlenmesi sırasında yardımda bulunduklarına dair cezalandırılmalarına yeterli, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil yoktur. Bu nedenlerle sanıklar (…) ve (…)'nın, şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca sanık (…)'ın öldürme eyleminden sorumlu tutulmaları mümkün değildir.*"

bilir ise, azmettiren kendi taksirli eyleminin faili olarak sorumlu olacaktır[218]. İştirak iradesinin bir diğer önemli sonucu ise, azmettirenin sorumluluğunun iştirak iradesindeki suçla sınırlı olacağıdır[219]. Bu nedenle asıl failin, önemsiz sapmalar göz ardı edilmek şartıyla, kararlaştırılan suçtan tamamen bağımsız ayrı bir suç işlemesi halinde azmettiren, bu suçtan dolayı cezalandırılmayacaktır[220]. Bu açıklamalar inceleme konusu açısından da önemlidir; zira azmettiren açısından failin şahısta hataya düşmesi önemli sapmadır[221]. Zira farz edilsin ki, şahısta hataya düştüğünü fark eden (A), bir kez daha silahını ateşler ve bu kez (B)'yi öldürür (*örnek 42*). Bu ihtimalde (D), (A)'nın şahısta hataya düşmesi kendisi için de şahısta hata kabul edilirse, hem (C)'yi hem de

---

218 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 488.

219 YCGK, 19.12.1994, E. 1994/1-320, K. 1994/347: "*Sanıklarda, adam öldürme konusunda, soyguna başlamadan önce verilmiş bir irade birliği bulunmamaktadır. Önceden aralarında bu konuda anlaşmamışlar, sadece bankayı soymayı planlamışlar, soygunla ilgili fikir birliğine varmışlardır. Sanık Abdullah'ın diğer iki sanıkta silah bulunduğunu bilmesi, onların bu silahla işleyebilecekleri tüm suçları, onlarla birlikte bulunmakla önceden kabul ettiği, silahlı sanıklara manevi destek olduğu şeklinde kabul edilemez. Zira önceden iştirak iradesi olmadığı gibi, suçun icrası sırasında müzaheret ve muavenet de bulunmamaktadır. Kararlaştırılan ve icrasına başlanan soygun fiili işlenirken görevlilerin gelmesi üzerine sokakta gözcülük yapan sanık Mehmet, polis memuruna ateş etmiş, sanık Abdulkadir ile Vecdettin kaçmaya başlamışlardır. Sanık Abdulkadir önde koşarken, arkasından gelen Vecdettin de ateş etmiştir. Önde koşmakta olan sanığın; peşinden gelen ve ateş eden Vecdettin ile kendisi henüz pasajın içinde bankanın camlarını kırmakta iken sokakta, polis memuruna ateş etmeye başlayan sanık Mehmet'e varlığı ile destek olması veya onları engellemesi söz konusu olamaz. Ayrıca, sanık tarafından adam öldürme olayında kullanılmak üzere silah da temin edilmiş değildir. Sanık, karakolda alınan ifadesinde; "Vecdettin gidip silahları getirdi, poşette iki silah vardı. Birini kendisi aldı, birini bana verdi. Bana verdiği tabancayı gözcülük yapacak olan Mehmet'e verdim" demiş, aşamalarda bu beyanını geri almıştır. Sanık Vecdettin ise karakoldaki ifadesinde; "silahları evde sakladım. İnşaata götürdüm ve inşaattan çıkıp bankaya giderken birini ben, diğerini Mehmet aldı. Mehmet, bankanın arka tarafında gözcülük yaptı" şeklinde beyanda bulunmuştur. Sanıkların, silahla ilgili anlatımları çelişkilidir. Sanığın, kendisine verilen tabancayı gözcülük yapan Mehmet'e verdiği kabul edilse dahi, "tabancayı al, gelen olursa öldür" diye verdiği hususunda kesin kanıt yoktur. Gelenlerin korkutulması maksadıyla verilen silahın, amaç aşılarak adam öldürme suçunda kullanılması halinde, silahı verenin öldürme fiiline iştirakinden söz edilemez. Bu nedenlerle, sanığın iştirak iradesi soygun suçuna ilişkin olup, öldürme suçuna iştirak iradesinin varlığından söz edilemez bunun doğal sonucu olarak da öldürmenin feri faili sayılması hukuken mümkün görülmediğinden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.*"

220 KÜHL, § 20 kn. 198 vd.; ROXIN, § 26 kn. 109 vd.; SCHÜNEMANN, in: LK-StGB, § 26 kn. 80 vd.

221 DEHNE-NIEMANN/WEBER, s. 374 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 690; KÜHL, § 20 kn. 209; ROXIN, § 26 kn. 116 vd.; SCHÜNEMANN, in: LK-StGB, § 26 kn. 84 vd.

(B)'yi öldürmeye azmettirmeden dolayı iki kez cezalandırılacaktır. Oysaki bu sonuç, şerik sorumluluğunun sübjektif şartı ile açıkça uyumsuzdur. Daha basit ifade etmek gerekirse, *örnek 42*'de (D)'nin öncesinde şahısta hata olsa dahi son tahlilde (B)'yi öldürmeye azmettirmeden sorumlu tutulması gerektiği şüphesiz ise de, (C)'yi öldürmeye azmettirmeden de sorumlu tutulması mümkün değildir, zira (D) tek bir netice olan (B)'nin ölümü için çifte kasta sahiptir, tek bir iştirak iradesi ile iki neticeden sorumlu tutulması söz konusu olmamalıdır[222].

(A)'nın şahısta hataya düştüğü *örnek 41*'de ve *örnek 42*'de (D) açısından hedefte sapmanın (*aberratio ictus*) hukuki sonuçlarını doğuran suçun maddi konusunda (*error in persona vel in objecto*) hatanın mevcut olduğu tespit edildikten sonra; cevaplanması gereken husus, (D)'nin ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceğidir. (D)'nin (C)'ye karşı taksirle adam öldürmeden sorumlu olacağı hususunda, neticenin (D) için öngörülebilir olması şartıyla, şüphe bulunmamakla birlikte[223], (B)'ye karşı işlenen suçtan sorumluluğu noktasında iki ihtimal düşünülebilir[224]:

İlk olarak, (D)'nin (B)'ye karşı kasten adam öldürme suçuna teşebbüse iştirakten cezalandırılacağı ileri sürülebilir. Nitekim öğretide de bu görüşün kendisine taraftar bulduğu görülmektedir[225]. Bunun altında yatan sebep Alman Ceza Kanunu'nun 30. paragrafıdır[226]. Bu paragrafa göre, birini suç iş-

---

222 DEHNE-NIEMANN/WEBER, s. 374 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 690; KÜHL, § 20 kn. 209; ROXIN, § 26 kn. 116 vd.; SCHÜNEMANN, in: LK-StGB, § 26 kn. 84 vd.

223 DEHNE-NIEMANN/WEBER, s. 378 vd.

224 Bu noktada olası yanlış anlamaların önüne geçilmesi için belirtilmesinde fayda bulunan bir hususa dikkat çekmek gerekir. Bu örneklerin tamamında (C)'nin ölümü (D) açısından istenilmeyen neticedir. Buna karşın, (D) (A)'yı bombalı saldırı yapmak hususunda azmettirse ya da örneğin köşeden ilk kişiyi vurması hususunda azmettirse, (A) gibi (D)'nin de tamamlanmış olan suçtan dolayı cezalandırılacağı ortadadır; zira azmettiren daha baştan yanılma riskini kendi üzerine almıştır. Dolayısıyla bu tip örnekler açısından tartışılması gereken bir husus mevcut değildir; bu sonuç karşıt görüşün savunduğu görüşün mefhumu muhalifinden de çıkmaktadır, kıyaslayınız BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 26 kn. 69 vd.; FREUND, § 10 kn. 130 vd.; GROPP, § 10 kn. 283 vd.; HEINE/WEIßER, in: S/S-StGB, § 26 kn. 26; JAKOBS, § 22 kn. 29 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 6 kn. 76 vd.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF/DÖLLING/LAUE/RENZIKOWSKI, § 51 kn. 34 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 577 vd.

225 DEHNE-NIEMANN/WEBER, s. 378 vd.; ROXIN, § 26 kn. 119 vd.

226 § 30 StGB: "(1) *Her kim, bir başkasını bir cürüm işlemek veya bir cürme azmettirmek için*

lemeye azmettiren kişi, azmettirmenin sonuçsuz kalması halinde, örneğin failin tamamen kendi iradesi ile suç işlemekten vazgeçmesi, failin bağlılık kuralı anlamında suçu kasten işlememesi veyahut *örnek 41* ve *örnek 42*'de olduğu gibi şahısta hata sonucu iştirak iradesi kapsamında bulunmayan bir suçu işlemesi ve bu nedenle neticenin azmettirene isnat edilememesi gibi durumlarda, azmettirilen suça teşebbüsle cezalandırılmaktadır (azmettirmeye teşebbüs)[227]. Dolayısıyla bu görüşe göre (D), (C)'ye karşı taksirle adam öldürme suçundan ve (B)'ye karşı kasten adam öldürme suçuna teşebbüse azmettirmeden dolayı, yani hukuki sonuç bakımından kasten adam öldürmeye teşebbüsten, fikri içtima kuralları çerçevesinde cezalandırılacaktır. Ancak bu düşünce tarzının TCK bakımından geçerli olması mümkün değildir; zira Türk Hukuku'nda Alman Hukuku'ndan farklı olarak neticesiz iştiraki (iştirake teşebbüsü) cezalandıran bir hükme yer verilmemiştir.

İkinci olarak ise, (D)'nin (B)'ye karşı işlenen teşebbüs aşamasında kalmış kasten adam öldürme suçuna azmettirmekten dolayı cezalandırılması gerektiği ileri sürülebilir[228]. İlk bakışta bu düşünce tarzının Türk Hukuku bakımından da geçerli olabileceği zannedilebilir; zira TCK azmettirme için iştirak edilen fiilin tamamlanmış ya da en azından teşebbüs aşamasına varmış, kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiil olmasını şart ama aynı zamanda da yeterli görerek, sınırlı bağlılık kuralını kabul etmiştir (TCK m. 40/1 ve 40/3). Dolayısıyla mademki TCK, suçun işlenişine iştirak eden herkesin kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacağını belirterek, failin ve azmettirenin farklı şekillerde cezalandırılabilmesinin önünü açmıştır, öyleyse azmettirenin, failin şahısta hataya düşmesi durumunda, hedefte sapma kuralları çerçevesinde

---

sevk etmeğe teşebbüs ederse, cürme teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır. Ancak, cezası 49. paragrafın birinci fıkrası uyarınca indirilir. 23. paragrafın üçüncü fıkrası kıyasen uygulanır. (2) Her kim, bir cürüm işlemeye veya bir kişiyi cürme azmettirmeye hazır olduğunu açıklar, bir başkasının önerisini kabul eder veya başka birisi ile bunu yapmak üzere anlaşırsa, aynı şekilde cezalandırılır." (Çeviri için YENİSEY/PLAGEMANN, s. 23 vd.).

227 Görüldüğü üzere Alman Ceza Kanunu (*StGB*), hazırlık hareketlerinin tek fail tarafından yapılmasını, Türk Hukuku gibi genel olarak cezalandırılmayan eylem olarak değerlendirse de, hazırlık hareketlerinin birden çok kişi tarafından yapılmasını belli şartlar halinde cezalandırmaktadır, KÜHL, § 20 kn. 243.

228 ERMAN, s. 90 vd.

sorumlu tutulacağı düşünülebilir[229]. Ancak son tahlilde bu ihtimalin de TCK açısından geçerli olamayacağı ortadadır; zira TCK m. 40 şerik sorumluluğunun doğumu için iştirak edilecek eylemin, elverişsiz teşebbüsü cezalandıran Alman Hukuku'ndan[230] farklı olarak, TCK m. 35 anlamında, yani objektif kriterler çerçevesinde, teşebbüs aşamasına varmış olmasını şart koşmuştur. Daha basit bir ifadeyle, şahısta hata halinde fail, bir kişiyi öldürmek istemiştir ve öldürmüştür; öyleyse asıl öldürülmek istenen kişiye karşı (yani B'ye karşı) işlenemeyen, sadece ve sadece işlenmesi amaçlanan suçtan dolayı - ki bu suçtan fail (A)'nın bile sorumlu tutulamadığı unutulmamalıdır[231], azmettirenin sorumlu olacağını iddia etmek, ancak elverişsiz teşebbüsün cezalandırıldığı bir sistemde mümkün olabilir. Ne var ki TCK elverişsiz teşebbüsü

---

229 Türk Hukuku'nda bu görüşün savunucusu olarak ERMAN, s. 91 vd.

230 Yukarıda da bahsedildiği üzere Alman Ceza Kanunu (*StGB*) elverişsiz teşebbüsü cezalandırmaktadır. Gerçekten de, söz konusu Kanun'un 22. paragrafında, teşebbüs, suçun elverişli hareketlerle işlenmeye başlanıp başlanmadığına bakılmaksızın, sübjektif bir yorum tarzıyla kaleme alınmış ve kendi tasavvuruna göre tipin gerçekleşmesi için eyleme başlayan kişinin teşebbüsten cezalandırılacağı belirtilmiştir. Kanun'un 23. paragrafının 3. fıkrası ise elverişsiz teşebbüste failin cezasının indirilebileceğini veya tamamen kaldırılabileceğini hükme bağlamıştır. § 22 StGB: "*Her kim, fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre, suç tipinin gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icraya baslarsa, suç islemeye teşebbüs etmiş sayılır.*" § 23 StGB: *"(1) Bir cürüme teşebbüs daima cezalandırılır; bir cünhaya teşebbüs, ancak kanunda açıkça belirtildiği takdirde cezalandırılır. (2) Teşebbüs, tamamlanmış olan suçtan daha hafif cezalandırılabilir. (3) Fail ağır bir bilgi ve anlama hatası yapması nedeniyle, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan vasıtaların cinsinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak etmemişse, mahkeme ceza vermekten vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirebilir, § 49/2*." (Çeviri için YENİSEY/PLAGEMANN, s. 20 vd.).

231 Suçun maddi konusunda yanılmanın kabul edildiği örneklerde, ortada teşebbüs aşamasında kalmış ilk suç – (A)'nın (B)'yi öldürememesi – ve de tamamlanmış ikinci suç – (A)'nın (C)'yi öldürmesi – olmak üzere iki ayrı suç bulunmamaktadır. Tek fiile bağlı – kasten adam öldürmeye yönelik hareket – olarak doğmuş tek netice – bir insanın öldürmesi – sonucu tek suç – kasten adam öldürme – mevcuttur. (A), (C)'ye karşı kasten adam öldürme suçundan dolayı cezalandırılacaktır. (A)'nın (B)'ye karşı kasten adam öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılması söz konusu değildir; şahısta hata halinde netice kimin üzerinde doğmuşsa, mağdur da odur, BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 11 kn. 85 vd., 88 vd.; GAEDE, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 16 kn. 22 vd.; HEINRICH, kn. 1099 vd., 1105 vd.; JAKOBS, § 8 kn. 80 vd.; JESCHECK/WEIGEND, s. 311 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 16 kn. 97 vd.; KÜHL, § 13 kn. 18 vd., 29 vd.; OTTO, § 7 kn. 94 vd.; ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 74 vd.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 250 vd. Bu kuralın azmettiren için de geçerli olması gerekmektedir.

cezalandırmamaktadır. Dolayısıyla (D)'nin (B)'ye karşı işlenen teşebbüs aşamasında kalmış kasten adam öldürme suçuna azmettirmekten dolayı cezalandırılması, TCK sistematiği çerçevesinde, konu yokluğundan dolayı mümkün değildir[232].[233]

Özetlemek gerekirse, azmettirme ve şahısta hatanın bir araya geldiği durumlarda, failin şahısta hatasının azmettiren açısından hedefte sapma olarak değerlendirilmesi teorik olarak doğru olandır. Ne var ki iştirake teşebbüsü cezalandırmayan TCK açısından, teorik olarak doğru olan sonuç, kabul edilemez cezalandırma boşlukları yaratmaktadır. Azmettireni yalnızca taksirle işlenen suçtan cezalandırmak, bu da neticenin azmettiren için öngörülebilir olmasına ve de söz konusu suçun taksirle de işlenebilen bir suç olmasına bağlıdır, aksi halde azmettirenin tümüyle cezasız kalmasını savunmak; adalet duygusunu zedeleyici bir sonuç olacaktır. Zira fail azmettirenin alelade bir aracı değildir, azmettirenin hareketi ile netice arasında alelade bir nedensellik bağı mevcut değildir, bilakis fail ile azmettiren ve dolayısıyla hareket ile netice arasında sıkı bir bağlılık söz konusudur. Öyleyse TCK'ya akim

---

232 Kendiliğinden anlaşılmakla birlikte belirtilmesinde fayda bulunan husus, verilen tüm örneklerde fail (A)'nın kasten adam öldürme suçundan sorumluluğunun devam ettiğidir.

233 Bu sonuç, şu örnek için de geçerli olmalıdır. (D) tarafından (B)'yi öldürmek üzere azmettirilen (A), karanlıkta (D)'yi (B) zannetmiş ve bu sebeple (D)'yi öldürmüştür. Yani şahısta hata sonucu azmettiren, mağdur olmuştur. Bu örnekte de elverişsiz teşebbüsün varlığı kabul edilecektir, zira iştirakin bir şartı da, saldırılan hukuki değerin şerike ait olmamasıdır. Bu durumda da olsa olsa azmettirmeye teşebbüsten dolayı sorumluluk düşünülebilir, HEINE/WEIßER, in: S/S-StGB, § 26 kn. 27; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 913. Şu ana kadar ki örnekler eşdeğerliliğin mevcut olduğu durumlara ilişkindi. Ancak eşdeğerliliğin mevcut olmadığı örneklerde de temel kurallardan ayrılmayı gerektiren bir husus mevcut değildir. (B)'yi öldürmesi için (D) tarafından azmettirilen (A), bu amaçla gece vakti (B)'nin evinin bahçesine girer. (A) bahçede gördüğü karartıyı (B) zannederek ona doğru ateş eder. Ne var ki gerçekte (A)'nın gördüğü karartı (B)'ye ait değerli bir heykelden başka bir şey değildir. Eşdeğerliliğin mevcut olmadığı bu örnekte (A)'nın mala zarar verme suçundan dolayı cezalandırılamayacağı yukarıda *örnek 4* çerçevesinde açıklanmıştı; zira mala zarar verme suçu yalnızca kasten işlenebilen suçlardandır. Kasten işlenen bir suç olmadığına göre bağlılık kuralı gereği (D)'nin de azmettiren olarak sorumlu tutulamayacağı ortadadır. Yine *örnek 4*'te (A)'nın kasten adam öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılmasının, TCK'nın elverişsiz teşebbüsü cezalandırmaması nedeniyle mümkün olmadığı açıklanmıştı. Aynı sonuç, aynı gerekçe ile (D) açısından da geçerli olacaktır. Bu durumda da olsa olsa azmettirmeye teşebbüsten dolayı sorumluluk düşünülebilir, ancak azmettirmeye teşebbüsün de cezalandırılmaması nedeniyle (D)'nin sorumluluğu doğmayacaktır.

kalan azmettirmeyi cezalandırılan bir hüküm ekleninceye kadar[234], failin şahısta hataya düştüğü durumlarda, azmettirenin ceza sorumluluğunu şahısta hata kuralları çerçevesinde belirlemek gerekmektedir.

Hedefte sapma halinde, azmettirenin ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği hususunda ise, şahısta hatadan farklı olarak, uzun açıklamalar yapmaya gerek yoktur. Hedefte sapmanın mevcut olduğu tüm ihtimallerde, ortaya çıkan ikinci suçtan dolayı azmettirenin sorumluluğu ancak ve ancak azmettirenin kastının varlığına bağlıdır. Bunu bir örnek ile açıklamak gerekirse: (D) tarafından (B)'yi öldürmek üzere azmettirilen (A), hasmı olan (B)'yi öldürmek için ateş etmiştir. (B) aldığı yara nedeniyle hayatını kaybetmiştir. (A)'nın tabancasından çıkan kurşun aynı zamanda (C)'nin de ölümüne neden olmuştur (*örnek 43*). Somut olayda (C)'nin ölümünün (A) açısından öngörülen ve fakat istenilmemiş (bilinçli taksir) olan bir netice olduğu kabul edildiğinde, (D)'nin (C)'ye karşı işlenen suçtan dolayı herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı kendiliğinden anlaşılmaktadır; zira taksirli suçlar bakımından iştirak hükümleri uygulanmamaktadır[235]. Buna karşın olay yeri, olayda kullanılan araç, mağdurun hedef alındığı yerdeki özellikler gibi hususlar dikkate alındığında (C)'ye karşı işlenen suçun olası kastla işlendiği kabul edilebilirse[236], bu takdirde gerçekleşen neticeden azmettiren (D)'yi de sorumlu tutmak[237]

---

234 Sonuçsuz (akim) kalan azmettirmenin cezalandırılması yönünde haklı talep için MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 952; ÖZGENÇ, s. 556 vd.

235 Dolayısıyla (D), yalnızca (B)'ye karşı işlenen kasten adam öldürme suçundan azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır. Eğer (A) tarafından meydana getirilen netice, (D) için öngörülebilir ise, (D) kendi taksirli eyleminin faili olarak sorumlu olacaktır.

236 Öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere, failin eyleminin üçüncü kişi üzerinde yarattığı neticede olası kastın kabulünü haklı kılan nedenler varsa, ortada aslında teknik anlamda hedefte sapma yoktur, DÖNMEZER/ERMAN, kn. 669; KÜHL, § 13 kn. 31; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 79, yalnızca görünürde hedefte sapma durumu mevcuttur, kıyaslayınız ROXIN, § 12 kn. 164.

237 Benzer açıklamalar için MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 912 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 492; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 785. Dolayısıyla (D), (B)'ye karşı işlenen kasten adam öldürme suçuna azmettirmekten dolayı cezalandırılacağı gibi, (C)'ye karşı işlenen kasten adam öldürme suçundan da azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır.

gerekecektir[238].[239]

---

238 Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Örneğin (B) ölmemiş sadece yaralanmış veyahut (C) ölmemiş sadece yaralanmış olabilirdi. Bu tip durumlarda tartışılması gereken tek husus, (D)'nin gerçek içtima kurallarına göre mi yoksa fikri içtima kurallarına göre mi cezalandırılacağıdır. Bu noktada (A) hakkında yukarıda yapılan tüm açıklamalar olduğu gibi (D)'ye de aktarılabileceğinden, yukarıdaki açıklamalara atıf yapmak yeterli olacaktır.

239 Azmettirme ve şahısta hata-hedefte sapmanın mevcut olduğu olaylarda nitelikli unsurlara da değinmekte fayda bulunmaktadır. Yürürlükteki hukuk bakımından failin şahısta hatasının azmettiren için de şahısta hata olduğu düşünüldüğünde, yukarıda *örnek 12-21* arasında verilen tüm örneklerde, nitelikli unsurlar hangi halde (A)'ya isnat ediliyorsa, bu unsurların (D)'ye de o halde isnat edilmesi gerekmektedir. Ancak klasik anlamda hedefte sapmanın mevcut olduğu durumlarda oldukça dikkat çekici özel durumlarla karşılaşmak mümkündür; zira nitelikli unsurların şeriklere sirayeti hususunda Türk Hukuku'nda tam bir karmaşa hâkimdir. Bu noktada üç farklı görüş mevcuttur, detaylar için KARAASLAN Reşit, "Suça Etki Eden Ağırlatıcı Ve Hafifletici Nedenlerin Şeriklere (Azmettiren Ve Yardım Eden) Sirayeti", in: **Legal Hukuk Dergisi (LHD)**, Cilt 15, Yıl 2017, Sayı 173, s. 2295vd. İlk görüş şeriklerin ancak fail tarafından icra edilen esas fiile bağlı olarak sorumlu olabileceğini ve bu nedenle şeriklerden kaynaklanan nitelikli halden şeriklerin sorumlu olmayacağını, dolayısıyla bu nitelikli halin faile de sirayet etmeyeceğini; buna karşın failden kaynaklanan nitelikli halin şeriklere, şeriklerin bu nitelikli hali bilmeleri şartıyla, sirayet edeceğini savunmaktadır, KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 479 vd.; ÖZGENÇ, s. 570 vd. İkinci görüşe göre ise, failden kaynaklanan nitelikli halin diğer suç ortaklarına geçebilmesi mümkün olduğu gibi, şerikten kaynaklanan nitelikli halin de faile sirayeti mümkündür. Bunun için tek şart, nitelikli halden fail ve şerikin kesin olarak haberdar olmasıdır, MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 967. Üçüncü görüş ise, yalnız şerikten doğan ve kişisel bir nedene dayanan nitelikli halden şerik sorumlu olacak ve fakat bunun faile sirayeti mümkün olmayacaktır. Benzer şekilde failden kaynaklanan ve kişisel bir nedene dayanan nitelik hal de, şeriklere sirayet etmeyecektir. Diğer bir ifadeyle, suç ortağının mağdurla olan ilişkisinden doğan nitelikli hal yalnız o suç ortağı bakımından uygulanacak, diğer suç ortaklarına sirayet etmeyecektir, AKBULUT, s. 655; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 803 vd. Bu görüşleri (A)'nın, (C)'nin kardeşi (B)'yi öldürmek için (C)'yi azmettirmesi ve (C)'nin de kendi kardeşi (B)'yi öldürmesi veya (A)'nın kendi kardeşi olan (B)'yi öldürmek için (C)'yi azmettirmesi ve (C)'nin de (A)'nın kardeşi olan (B)'yi öldürmesi örneklerinde ulaştıkları sonuçlar bakımından sırasıyla özetlemek gerekirse: Sirayet sorunun bağlılık kuralı çerçevesinde çözülmesini isteyen görüşe göre (A), (B)'nin (C)'nin kardeşi olduğunu bilmesi halinde (birinci örnek) nitelikli kasten öldürme suçuna azmettirmekten (TCK m. 82/1-d, 38), ikinci örnekte ise kasten öldürmenin basit haline azmettirmeden cezalandırılacaktır (TCK m. 81, 38). (C) ise birinci örnekte nitelikli kasten öldürme suçundan (TCK m. 82/1-d), ikinci örnekte ise kasten öldürme suçunun temel şeklinden sorumlu olacaktır (TCK m. 81), kıyaslayınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 479 vd.; ÖZGENÇ, s. 570 vd. Kanun'da boşluk olduğunu düşünen ve bu boşluğun kusurluluk ilkesi uyarınca genel ilkeler ışığında kast kuralı çerçevesinde doldurulmasını isteyen görüşe göre ise, (A) her iki örnekte de azmettiren olarak (TCK m. 82/1-d, 38), (C) ise fail olarak kasten öldürmenin nitelikli halinden sorumlu olacaktır (TCK m. 82/1-d), kıyaslayınız MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 967. Şahsa ilişkin ağırlatıcı nedenlerin, Kanun'da hüküm bulun-

B. Dolaylı Faillik Ve Şahısta Hata – Hedefte Sapma

Bir suçun bizzat değil bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle işlenmesi halinde dolaylı faillik söz konusudur. Diğer bir ifadeyle dolaylı fail olarak tanımlanan kişi, araç olarak kullandığı kişi üzerinde, bu kişideki bildiği veya sebebiyet verdiği bir noksandan faydalanarak, bir egemenlik kurmakta ve bu egemenlik sayesinde kanunda öngörülen tipik eylemi başkası aracılığıyla kendisi işlemektedir. Dolaylı failin araç olarak kullandığı kişi üzerinde hâkimiyet kurmuş olması, araç olarak kullanılan kişinin neden olduğu neticenin dolaylı faile isnat edilmesini sağlamaktadır[240]. Dolaylı failliğin en önemli görünüm şekli, kusur yeteneği olmayanların bir suçun icrasın-

---

mamasından dolayı, yalnızca şahsında bu nedenler bulunan kişiye uygulanabileceğini savunan görüşe göre ise, (B)'nin (C)'nin kardeşi olduğu birinci örnekte azmettiren (A) kasten öldürmenin temel halinden (TCK m. 81, 38); (B)'nin (A)'nın kardeşi olduğu ikinci örnekte ise kasten öldürmenin nitelikli halinden sorumlu olacaktır (TCK m. 82/1-d, 38). (C) ise birinci örnekte nitelikli kasten öldürme suçundan (TCK m. 82/1-d), ikinci örnekte ise kasten öldürme suçunun temel şeklinden (TCK m. 81) sorumlu olacaktır, kıyaslayınız AKBULUT, s. 655; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 803 vd. Bu görüşlerden doğru olan sonuncu görüştür. Zira ilk görüş, bağlılık kuralına hatalı anlam yüklemekte ve bağlılığın ölçüsü olarak sınırlı bağlılık kuralının icra ettiği fonksiyon ile bağlılık kuralının kendisinin icra ettiği fonksiyonu birbirine karıştırmaktadır. İkinci görüş ise TCK m. 38 ve 39 hükümlerinin lafzını aşan bir yorumdur. Şerikten kaynaklanan şahsi ağırlatıcı nedenlerin faile sirayet edebilmesi ise, TCK'da bağlılık kuralının düzenlenmiş olması karşısında tatmin edici değildir. Dolayısıyla yalnız şerikten doğan ve kişisel bir nedene dayanan nitelikli halden şerik sorumlu olacak ve fakat bunun faile sirayeti mümkün olmayacaktır. Benzer şekilde failden kaynaklanan ve kişisel bir nedene dayanan nitelik hal de, şeriklere sirayet etmeyecektir, detaylı açıklamalar için KARAASLAN, s. 2324 vd. Bu açıklamalar çerçevesinde farz edilsin ki, (D) tarafından (B)'yi öldürmek üzere azmettirilen (A), (B)'yi öldürmek için ateş etmiştir. (B) aldığı yara nedeniyle hayatını kaybetmiştir. (A)'nın tabancasından çıkan kurşun aynı zamanda olası kastın kabul edilmesini haklı kılan nedenler çerçevesinde (C)'nin de ölümüne neden olmuştur. Somut olayda (B), (A)'nın kardeşidir. Bu olayda gerek (A) gerekse de (D), (C)'ye karşı kasten adam öldürme suçundan dolayı sorumludur. (B)'ye karşı işlenen suç açısından ise, (D) kasten öldürmenin temel halinden (TCK m. 81, 38), (A) ise nitelikli kasten öldürme suçundan (TCK m. 82/1-d) dolayı cezalandırılacaktır. Buna karşın aynı örnekte (B)'nin (D)'nin kardeşi olduğu düşünülürse; (D) kasten öldürmenin nitelikli halinden sorumlu olacaktır (TCK m. 82/1-d, 38). (A) ise kasten öldürme suçunun temel şeklinden (TCK m. 81) sorumlu olacaktır.

240 Dolaylı faillik hakkında genel açıklamalar için AKBULUT, s. 599 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 661 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 964 vd.; HAKERİ, s. 565vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 461 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 875 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 525 vd.; ÖZGENÇ, s. 549 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 756 vd.

da araç olarak kullanılmasıdır[241]. Bu durumda da suçta araç olarak kullanılan kişinin şahısta hataya düşmesinin veya olayda hedefte sapmanın mevcut olmasının dolaylı failin ceza sorumluluğuna nasıl etki ettiği cevaplanmalıdır.

(D), akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamayan veya bu fiil ile ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan (A)'yı (B)'yi öldürmesi için suçta araç olarak kullanmıştır. Ancak (A) karanlıkta (C)'yi (B) zannetmiş ve bu sebeple (C)'yi öldürmüştür (*örnek 44*). Şahısta hatanın söz konusu olduğu bu örnekte, aksi görüşler mevcut olsa da[242], genel kabul gören görüşe göre, (D)'nin sorumluluğu hedefte sapma kurallarına göre belirlenmelidir. Diğer bir ifadeyle (D) açısından hedefte sapmanın (*aberratio ictus*) hukuki sonuçlarını doğuran suçun maddi konusunda (*error in persona vel in objecto*) hata mevcuttur ve (D), (C)'ye karşı taksirle adam öldürme suçundan ve (B)'ye karşı kasten adam öldürme suçuna teşebbüsten dolaylı fail olarak, fikri içtima kuralları çerçevesinde cezalandırılacaktır[243]. Bu haklı yaklaşımın temelinde yatan sebep, aslında çok basit bir mantığa dayanmaktadır: Hatırlanacağı üzere failin seçtiği araçların yetersiz olmasından dolayı veya failin seçtiği araçlar yeterli olsa bile failin bunları becerikli bir şekilde kullanamamasından dolayı ya da başka bir sebepten dolayı, fiilin failin tasavvurundaki şekliyle istenen konu üzerinde değil, ya yalnızca başka bir konu üzerinde ya da istediği şekliyle olmasa da amaçladığı konunun yanında başka bir konu üzerinde gerçekleşmesine hedefte sapma denir[244]. Hedefte sapmaya ilişkin genel kabul gören bu tanım, *örnek 44*'e aktarıldığı zaman rahatlıkla fark edilecek ki, (A) dolaylı fail (D) açısından (B)'nin ölüm neticesinin meydana gelmesi için yalnızca seçilen bir araçtır ve araç olan (A) kendisini becerikli şekilde kullanamamıştır ve bu nedenden dolayı (D)'nin amaçladığı netice başka bir konu olan (C)

---

241 Kıyaslayınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 468 vd.

242 GROPP, § 10 kn. 114, 162 vd.

243 HEINRICH, kn. 1267; JESCHECK/WEIGEND, s. 671 vd.; KÜHL, § 20 kn. 89a; ROXIN, § 25 kn. 169; SCHÜNEMANN, in: LK-StGB, § 25 kn. 149; ayrıca JAKOBS, § 21 kn. 106; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 25 kn. 165; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 550.

244 AKBULUT, s. 372 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 564 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 433 vd.; DEMİRBAŞ, s. 437 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, kn. 652 vd.; 667 vd.; HAKERİ, s. 466 vd.; 473 vd.; İÇEL, s. 476 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 686 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 422 vd., 433 vd.; ÖZGENÇ, s. 466 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM kn. 582 vd., 584 vd.; ZAFER, s. 276 vd.

üzerinde gerçekleşmiştir. Öyleyse *örnek 44*'te (D) açısından hedefte sapma mevcuttur[245].

Bu sonuç şu örnek için de geçerli olmalıdır: (D), akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamayan veya bu fiil ile ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan (A)'yı (B)'yi öldürmesi için suçta araç kullanmıştır. (A), (B)'yi öldürmek için ateş etmiştir. (B) aldığı yara nedeniyle hayatını kaybetmiştir. (A)'nın tabancasından çıkan kurşun aynı zamanda (C)'nin de ölümüne neden olmuştur (*örnek 45*). Şahısta hatanın olduğu durumlarda dahi, hatanın dolaylı fail açısından hedefte sapma olduğu kabul edildiğine göre, klasik anlamda hedefte sapma hallerinde de (D)'nin ceza sorumluluğunun hedefte sapmaya ilişkin genel kurallara tabi olacağı aşikârdır[246].

Buna karşın dolaylı failin, suçta araç olarak kullanılan kişinin kusurluluğu hakkında veya kasten hareket edip etmediği hususlarında hataya düşmesi halinde veya kusurluluğu kısmen ortadan kaldıran durumların mevcut olması halinde, ayrık sonuçlara ulaşılmasını gerektiren özel durumlarla karşılaşmak mümkündür. Gerçekten de dolaylı failin kusur yeteneğine sahip bir kişiden faydalandığını düşünüyor olması ancak gerçekte araç durumundaki kişinin kusur yeteneğini kaldıracak derecede akıl hastası olması mümkündür[247]. Keza dolaylı failin kusur yeteneğine sahip olmayan bir kişiden faydalandığını düşünüyor olması ancak gerçekte araç durumundaki kişinin kusur yeteneğinin bulunması da mümkündür[248]. Bu gibi durumlarda dolaylı failin, gerçekte azmettiren olarak sorumlu olacağı kabul gördüğüne göre[249], araç

---

245 HEINRICH, kn. 1267; JESCHECK/WEIGEND, s. 671 vd.; KÜHL, § 20 kn. 89a; ROXIN, § 25 kn. 169; SCHÜNEMANN, in: LK-StGB, § 25 kn. 149.

246 Bu anlatımlardan da anlaşılacağı üzere, (A)'nın kusur yeteneğinin tamamen yokluğundan yararlanılarak suçta araç olarak kullanılması durumlarında, ortada gerçek anlamda bir iştirakten bahsetmek mümkün değildir. Bu tip durumlarda ortada tek bir fail vardır o da (D)'dir. Öyleyse çalışmada tek fail için yapılan tüm açıklamalar (D) için de geçerli olmalıdır, hatta dolaylı faillik söz konusu ise, yalnızca (D) için geçerli olmalıdır. Dolayısıyla dolaylı failliğin söz konusu olduğu durumlarda nitelikli hallerin sirayeti sorunsalı ile de karşılaşılmaz. Yukarıda (A) hakkında yapılan tüm açıklamalar, (D) için de geçerli olacaktır; zira (A)'nın ceza sorumluluğu söz konusu değildir. Suça iştirake ilişkin teorik esaslarla bağdaşmayan TCK m. 38/2 hükmünün hatalı olduğu hususunda, KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 496.

247 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 471 vd.

248 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 471 vd.

249 JOECKS, in: MüKo-StGB, § 25 kn. 156 vd.; KÜHL, § 20 kn. 82 vd.

olarak kullanılan kişinin şahısta hataya düşmesi veya olayda hedefte sapmanın meydana gelmesi halinde, görünürde dolaylı fail gerçekte ise azmettiren olan kişinin ceza sorumluluğunun, yukarıda azmettirene ilişkin yapılan açıklamalar çerçevesinde belirlenmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır[250].

Daha da ilginç bir durum, dolaylı failin araç kişinin kastı konusunda yanılgıya düşmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Farz edilsin ki, araç konumundaki kişi kasten hareket etmediği halde, dolaylı fail bu kişinin kasten hareket ettiğini düşünmektedir. Bu tip durumlarda, objektif olarak dolaylı failliğin, sübjektif olarak ise azmettirmenin bulunduğu kabul edilmekte ve görünürde dolaylı fail olan kişinin ceza sorumluluğunun azmettirene ilişkin kurallar çerçevesinde belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir[251]. Dolayısıyla, mademki şerikin failin kasten hareket ettiğini sandığı ancak gerçekte failin kasten hareket etmediği durumlarda, şerikin sorumluluğunun yalnızca azmettirmeye teşebbüsten doğduğu kabul edilmekte[252], öyleyse dolaylı failin de, gerçekte kendisinin azmettiren olarak sorumluluğunun söz konusu olması karşısında[253], benzer hataya düştüğü hallerde, ceza sorumluluğu yalnızca azmettirmeye teşebbüsten doğacaktır. Ne var ki yukarıda açıklandığı üzere, TCK, neticesiz teşebbüsü cezalandırmamaktadır. Öyleyse dolaylı failin bu şekilde bir hataya düştüğü durumlarda, görünürde dolaylı fail gerçekte ise azmettiren olan kişinin hiçbir şekilde ceza sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Suçta araç olarak kullanılan kişinin de kasıtlı suçtan ceza sorumluluğu söz konusu olmayacaktır; zira şahısta hata veya hedefte sapma yalnızca kasten işlenen suçlarda mümkündür[254].

Bilindiği üzere dolaylı failliğin bir diğer görünüm şekli, kusur yeteneği olan ancak kasten hareket etmeyen kişinin suçta araç olarak kullanılmasıdır[255]. Örneğin bir avcının çalılığın arkasındaki bir kimseyi av hayvanı zannederek vurması durumunda nasıl ki kasten hareket etmediği kabul

---

250 Tüm bu açıklamalar kusur yeteneği az olan kişinin suçun icrasında araç olarak kullanılması hali için de geçerlidir.

251 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 472.

252 MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 960.

253 Kıyaslayınız JOECKS, in: MüKo-StGB, § 25 kn. 156 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 471 vd.; KÜHL, § 20 kn. 82 vd.

254 ROXIN, § 12 kn. 160 vd., 193 vd.

255 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 464 vd.

edilmektedir[256], failin yanındaki bir kimsenin faili yanıltarak veya var olan yanılgısından faydalanarak onu söz konusu eylemi gerçekleştirmeye ikna etmesi halinde de, failin kasten hareket etmemesi nedeniyle, yanılgıya düşüren kişinin şerikliğinin söz konusu olamayacağı tartışmasızdır[257]. Bu tip durumlarda faili yanılgıya sürükleyen veya var olan yanılgıdan faydalanan kişinin dolaylı fail olduğu kabul edilmektedir[258]. Bu düşünce tarzının suçta araç olarak kullanılan kişinin, suçun maddi unsurunda hataya düşmesinin söz konusu olduğu durumlara aktarılmasında bir engel bulunmamaktadır. (D), silahla oynamayı seven ve ormanlık arazide sürekli bir yerleri vurmayı çalışan ancak uzağı iyi göremeyen (A)'ya nehirde hareket eden şeyin bir kütük olduğunu söyler. (A)'da bunun üzerine ateş eder. Gerçekte ise hareket şey, (B)'dir (*örnek 46*). Bu olayda da *örnek 44* ve *örnek 45*'e ilişkin yapılan açıklamalar aynen geçerli olacaktır. Ancak tek bir farkla; zira *örnek 46*'da (A)'nın içinde bulunduğu hata kastı kaldıran hatadır, taksirden doğan sorumluluğu devam etmektedir (TCK m. 30/1)[259].

Son olarak incelenmesi gereken husus, kusur yeteneği olan ve de kasten hareket eden kişilerin işledikleri suçlarda, araç olarak kullanılan kişinin şahısta hataya düşmesinin veya olayda hedefte sapmanın meydana gelmesinin, dolaylı failin ceza sorumluluğuna nasıl etki ettiğidir. Zira kasten hareket eden ve de kusur yeteneğine sahip olan kişinin dahi bazı hallerde araç olabileceği düşüncesi öğretide kabul görmektedir. Öğreti bu ihtimali, dolaylı failliğin diğer görünüm şekillerinden ayırmak için, "*fail arkasında fail*" olarak isimlendirmektedir. Bu tip bir durum büyük ölçüde organize suç örgütleri çerçevesinde işlenen suçlarda masa başı failin ceza sorumluluğu çerçevesinde tartışılmakta ise de[260], şahısta hata halinde de dolaylı failliğin bu alternatif görünüm şekliyle ender de olsa karşılaşmak mümkündür. (B)'yi öldürmek isteyen (A) karanlıkta (C)'yi (B) zannetmiş ve bu sebeple (C)'yi öldürmüştür. Ancak (A)'nın şahısta hataya düşmesinin altında yatan neden, o anda yanında bulunan (D)'nin, (A)'ya gelen kişinin (B) olduğunu söylemesidir (*örnek 47*). Ceza hukukuna ilişkin eserlerde *manipüle edilmiş error in per-*

256 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 465.

257 MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 961.

258 ROXIN, § 25 kn. 63.

259 Kıyaslayınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 465.

260 Detaylar için bakınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 466 vd.; ROXIN, § 25 kn. 105 vd.

sona olarak adlandırılan bu ihtimalde[261], failin, yani (A)'nın, suç işlemeye karar vermiş olması nedeniyle (D)'nin azmettiren olarak cezalandırılamaması karşısında (*omnimodo facturus*)[262], (D)'nin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiği, aksi görüşlerin varlığına rağmen[263], genel olarak kabul görmektedir[264]. Dolayısıyla *örnek 47*'de, hem (A) fail olarak hem (D) dolaylı fail olarak, (C)'ye karşı adam öldürmek suçundan sorumlu tutulacaklardır.

C. Müşterek Faillik ve Şahısta Hata – Hedefte Sapma

Birden çok suç ortağının fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurarak bir suçu işlemeleri halinde müşterek faillikten söz edilmektedir. Bu durumda da suç ortaklarından birinin şahısta hataya düşmesi veya olayda hedefte sapmanın meydana gelmesi mümkündür. Bu halde de yine benzer soru cevaplanmalıdır. Bir suç ortağının şahısta hataya düşmesi veya olayda hedefte sapmanın mevcut olması halinde, bu durum diğer suç ortağının ceza sorumluluğunu nasıl etkileyecektir? Bu soruya yanıt aranırken yine şahısta hata ile hedefte sapma durumlarının ayrı ayrı incelenmesi faydalı olacaktır.

(A) ve (D) ortak hasımları olan (B)'yi öldürmek amacıyla anlaşırlar. Amaçlarına ulaşmak için (B)'nin her gece evine giderken kullandığı sapa bir sokağın bir ucunda (A) diğer ucunda ise (D) beklemeye başlar. (A) karanlıkta (C)'yi (B) zanneder ve bu sebeple (C)'yi öldürür (*örnek 48*). Söz konusu bu örnekte, (D)'nin ceza sorumluluğunun nasıl belirlenmesi gerektiği hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, (D)'nin sorumluluğu hedefte sapma kurallarına göre belirlenmelidir. Diğer bir ifadeyle (D) açısından hedefte sapmanın (*aberratio ictus*) hukuki sonuçlarını doğuran suçun maddi konusunda (*error in persona vel in objecto*) hata mevcuttur ve (D), (C)'ye karşı taksirle adam öldürme suçundan kendi taksirli suçunun faili olarak ve (B)'ye karşı kasten adam öldürme suçuna teşebbüsten müşterek fail olarak, fikri içtima kuralları çerçevesinde cezalandırılacaktır; zira işlenmesi amaçlanan müşterek suç, (B)'ye karşı işlenmesi istenilen suçtu, oysaki suç

---

261 JOECKS, in: MüKo-StGB, § 25 kn. 112; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 876 dn. 65.

262 HAKERİ, s. 577; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 486.

263 JESCHECK/WEIGEND, s. 667.

264 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 25 kn. 142; HEINE/WEIßER, in: S/S-StGB, § 25 kn. 24; KÜHL, § 20 kn. 74; ROXIN, § 25 kn. 102 vd.; SCHÜNEMANN, in: LK-StGB, § 25 kn. 104 vd.

(C)'ye karşı işlenmiştir[265]. Haklı olarak savunulan diğer bir görüşe göre ise, mademki ortak suç işleme kararı çerçevesinde hareket eden müşterek faillerden birinin icra hareketlerini gerçekleştirmesi neticenin diğer müşterek faile isnat edilmesi için zorunlu ve yeterlidir ve de (A)'nın şahısta hataya düştüğü bu örnekte genel kurallar çerçevesinde kasten adam öldürmeden sorumlu olacağı tartışmasızdır; öyleyse (D)'nin de (C)'ye karşı işlenen kasten adam öldürme suçundan müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiği, iştirake ilişkin genel kurallar çerçevesinde kendiliğinden anlaşılmaktadır[266]. Bu nedenle *örnek 48*'de (A)'nın şahısta hataya düşmesi (D) için de şahısta olarak değerlendirilecektir; zira bir başkası ile suç işleyen kişi en başından itibaren diğer suç ortağının yanılma riskini kendi üzerine almıştır.

Bu belirlemenin önemli bir sonucu ise, müşterek faillerden birinin suçun hem mağduru hem de faili olabileceğidir[267]. İlk bakışta oldukça şaşırtıcı olan bu ifadeyi, yargı kararlarına yansıyan gerçek bir olay üzerinden somutlaştırmak mümkündür: (A) ve (D) silahlı soygun yapmak için anlaşırlar. Hatta (A) ve (D) hem soygun sırasında hem de yakalanmamak için kaçış sırasında gerekirse silah kullanmak için de hemfikirdirler. (A) ve (D) soygunu gerçekleştirirler. Ancak daha sonrasında (A) kaçarken, arkasından gelen kişiyi kendisini yakalamak isteyen bir kişi zanneder ve bu kişiyi öldürmek kastıyla bir el ateş eder. Sonuçta (A)'nın arkasından koşan kişi omzundan yaralanır. Ancak (A)'nın arkasından koşan kişi gerçekte kendisini yakalamak isteyen bir kişi değil, aksine diğer suç ortağı olan (D)'dir (*örnek 49*)[268]. Bu örnek-

---

265 DEHNE-NIEMANN Jan, "Zum fünfzigjährigen Jubiläum des Verfolgerfalls (BGHSt 11, 268) – Beteiligung des Tatopfers an einem gegen das Tatopfer gerichteten Mordversuch?", in: **Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)**, Jahr 2008, s. 351 vd.; ROXIN, § 25 kn. 102 vd.; SCHÜNEMANN, in: LK-StGB, § 25 kn. 104 vd.

266 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 25 kn. 99 vd.; FREUND, § 10 kn. 174 vd.; HEINE/WEIßER, in: S/S-StGB, § 25 kn. 101; JAKOBS, § 21 kn. 45; JESCHECK/WEIGEND, s. 675 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 25 kn. 248 vd.; KÜHL, § 20 kn. 121; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF/DÖLLING/LAUE/RENZIKOWSKI, § 49 kn. 65; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 533, ayrıca bakınız RÜCKERT Christian, "Tatplan, Vorsatz und Irrtum des Mittäters – Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 1. August 2018 – 3 StR 651/17 = HRRS 2019 Nr. 84", in: **Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS)**, Jahr 2019, s. 245 vd.

267 MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 914.

268 BGH, Urteil vom 23.01.1958 – 4 StR 613/57 (Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1958, s. 836 vd. = BeckRS 9998, 119273 = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Band 11, s. 268 vd.) – *Verfolger-Fall*.

te (A)'nın kasten adam öldürmeye teşebbüsten cezalandırılacağı hususunda şüphe bulunmamaktır. Yine (D) de, kendisine karşı işlenen bu suçtan müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır. Saldırılan hukuki değerin (D)'ye ait olması ve de bir kimsenin kendisini öldürmesinin veya öldürmeye teşebbüs etmesinin cezalandırılmıyor olmasının, ulaşılan bu sonucu değiştirmeyeceğinin de belirtilmesi gerekir[269]. Zira müşterek faillikte işlenmesi için anlaşılan suç sonucu ortaya çıkan neticenin her bir suç ortağına karşılıklı olarak isnat ediliyor olmasının ve de bir suç ortağının şahısta hataya düşmesi halinde diğer suç ortağının ceza sorumluluğunun da şahısta hataya ilişkin kurallar çerçevesinde belirleniyor olmasının sonucu şudur: Nasıl ki (A) (D)'yi değil de, herhangi başka birini vursaydı bu netice (D)'ye de isnat edilecekti ya da (D) başka birisini vursaydı bu netice (A)'ya da isnat edilecekti veyahut (D) (A)'yı vursaydı bu netice (D)'ye isnat edilecekti, öyleyse (A)'nın (D)'yi vurması da (D)'ye de isnat edilmelidir[270].

Değerlendirilmesi gereken son husus, somut olayda hedefte sapmanın mevcut olmasının, diğer suç ortağının ceza sorumluluğuna nasıl etki edeceğidir. İster tek neticeli veya çok neticeli sapma olsun isterse de eşdeğerlilik mevcut olsun ya da olmasın, düşünülebilecek tüm ihtimaller şu örnek üzerinden açıklanabilir: (A) ve (D) ortak hasımları olan (B)'yi öldürmek amacıyla anlaşırlar. Amaçlarına ulaşmak için (B)'nin her gece evine giderken kullandığı sapa bir sokağın bir ucunda (A) diğer ucunda ise (D) beklemeye başlar. (A), hasmı olan (B)'yi öldürmek için ateş eder. (B) aldığı yara nedeniyle hayatını kaybeder. (A)'nın tabancasından çıkan kurşun aynı zamanda (C)'nin de ölümüne neden olur (*örnek 50*). Somut olayda (C)'nin ölümünün (A) açısından öngörülen ve fakat istenilmemiş (bilinçli taksir) olan bir netice olduğu kabul edildiğinde, (D)'nin (C)'ye karşı işlenen suçtan dolayı müşterek fail sıfatıyla herhangi bir sorumluluğunun bulunmayacağı rahatlıkla anlaşılmaktadır; zira taksirli suçlarda müşterek failliğin söz konusu olamayacağı genel kabul gören görüştür[271]. Dolayısıyla (D), yalnızca (B)'ye karşı işlenen kasten adam öldürme suçundan müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır. Buna karşın (C)'ye karşı işlenen suçun olası kastla işlendiği kabul

269 MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 914.

270 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 25 kn. 99 vd.; FREUND, § 10 kn. 174 vd.; HEINE/WEIßER, in: S/S-StGB, § 25 kn. 101; JAKOBS, § 21 kn. 45; JESCHECK/WEIGEND, s. 675 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 25 kn. 248 vd.; KÜHL, § 20 kn. 121; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF/DÖLLING/LAUE/RENZIKOWSKI, § 49 kn. 65; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 533.

271 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 449.

edilebilirse[272], bu takdirde gerçekleşen neticeden (D)'yi de sorumlu tutmak gerekecektir. Her ne kadar bir suç ortağının kararlaştırılan suç dışında başka bir suçu işlemesi halinde diğer suç ortağının bu neticeden sorumlu olmayacağı iştirak teorisinin genel ilkelerinden biri ise de[273], hedefte sapma duru-

---

272 Öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere, failin eyleminin üçüncü kişi üzerinde yarattığı neticede olası kastın kabulünü haklı kılan nedenler varsa, ortada aslında teknik anlamda hedefte sapma yoktur, DÖNMEZER/ERMAN, kn. 669; KÜHL, § 13 kn. 31; VOGEL, in: LK-StGB, § 16 kn. 79, yalnızca görünürde hedefte sapma durumu mevcuttur, kıyaslayınız ROXIN, § 12 kn. 164.

273 Kıyaslayınız YCGK, 17.05.2011, E: 2011/6-76; K: 2011/100: "*Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kimse tarafından işbirliği içinde işlenmesini ifade eden iştirakin kabulü için gerek öğretide gerekse uygulamada kabul edilen ölçütler kısaca; 1) Birden fazla fail tarafından yapılan birden çok hareket, 2) Hareketlerin nedensellik değeri taşıması 3) İştirak iradesi (suça iştirak kastı) 4) Bir suçun icrasına başlanması 5) Suçun bütün ortaklar için aynı olması, şeklinde belirtilmiş olup, somut olay açısında özellikle bir ve üç numaralı koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti önem taşımaktadır. Öğretide, bu şartın iki hususu barındırdığı, ortada birden fazla fail tarafından gerçekleştirilen birden fazla hareketin bulunmasının gerektiği, hareket olmadan iştirakin söz konusu olmayacağı, bir suçun işlenmesini istemek veya onaylamanın suça iştirak anlamına gelmeyeceği vurgulanmıştır. Hareket maddi veya manevi olabileceği gibi olumlu ya da olumsuzda olabilir. Ancak olumsuz (ihmali) bir hareketle iştirakin olabilmesi için ihmali harekette bulunanın iştirak iradesi ile bu hareketi yapması gerekmektedir. Suç ortaklarını sadece kendi hareketlerinden değil diğerlerinin de hareketlerinden sorumlu tutulmasını sağlayan husus da iştirak iradesidir. Bu sebeple suç ortakları hangi suça iştirak ettiklerini bilmeli ve bunu istemelidir. Bu irade açık bir şekilde ortaya konabileceği gibi zımni de olabilir. İştirak iradesi en geç suçun işlenmesi sırasında ortaya çıkmalıdır. Suçun bütün ortaklar için aynı olması koşuluna gelince burada, üzerinde anlaşılan suçun dışında bir suçun işlenmesi uyuşmazlık açısından önem arz etmektedir. Failin iştirak iradesinin dışına çıkarak başka bir harekette bulunması veya 2. harekette bulunması halinde bu hareketler suç oluştursa da, diğer ortakların bundan sorumlu tutulmasına imkân bulunmamaktadır, yapılan hareketler diğer ortaklar tarafından öngörülebilir nitelikte olsa dahi bu sonuçtan diğer ortaklar sorumlu tutulamazlar. Somut olay bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde; Her üç sanığa isnat edilen eylem yağma sırasında diğer sanıkların yanlarında bulunmaktan ibarettir. Sanıklar ve mağdurların bir arada bulunmasının nedeni dosyadaki delillerden de anlaşıldığı üzere mesajlaşma konusunu konuşmaktır. Konuşmanın seyri içinde cep telefonlarının alınmasıyla sanıklar Mehmet Ali ve Bekir'in eylemleri yağmaya dönüşmüştür, diğer sanıklar o ana kadar bu durumdan haberdar değillerdir, olay aniden gelişmiştir, sanıkların, diğer sanıkların yanlarında bulunmaları onlara destek veya yardım niteliği taşımamaktadır. Her üç sanığında iştirakten sorumlu tutulmasını gerektirecek ne icrai ne de ihmali bir davranışı bulunmamakta, sanıkların diğer sanıkların yanında bulunmaktan ibaret olan davranışları, ne suçun yasal tanımında yer alan fiili, ne de yardım şeklinde değerlendirilebilecek bir fiili oluşturmamaktadır. Bir an için sanıkların mağdurları dövmek veya tehdit için olay yerlerine götürdüğü kabul edilse dahi, failler iştirak iradesinin dışına çıktıklarından, ani gelişen bu olayda, sanıkların fiili önleme imkân ve yükümlülüğü bulunmadığından meydana gelen yağma sonucundan diğer ortakların sorumlu tutulması da mümkün değildir.*"

munda farklı bir değerlendirme yapmak uygun olacaktır. Zira bir başkası ile suç işleyen kişi en başından itibaren diğer suç ortağının işlediği suçta meydana gelebilecek sapma riskini kendi üzerine almıştır. Bu kabulün ön şartı ise, olay yeri, olayda kullanılan araç, mağdurun hedef alındığı yerdeki özellikler gibi hususların dikkate alınması sonucunda, başka bir neticenin de gerçekleşebileceğini müşterek failin en azından tahmin edebilmesi, hesaba katabilmesi ve buna rağmen kararlaştırılan suçu işlemeye başlaması ve/veya devam etmesidir. Bu şartlar mevcut olduğu sürece, (D), (B)'ye karşı işlenen kasten adam öldürme suçundan dolayı cezalandırılacağı gibi, (C)'ye karşı işlenen kasten adam öldürme suçundan da müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır[274].

SONUÇ

Çalışmada şahısta hata ve hedefte sapmaya ilişkin genel esaslar ortaya konulduktan sonra, bunlarda özellik arz eden durumlar incelenmiştir. Ulaşılan sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

(1) Hedefte sapma şahısta hatanın özel bir görünüm şekli değildir. Dolayısıyla bu kavramları teorik olarak birbirleriyle eşdeğer kabul etmek de mülga TCK zamanından kalma alışkanlıklarla "tek neticeli şahısta hata ve hedefte sapma"-"çok neticeli şahısta hata ve hedefte sapma" başlıkları altında incelemek de uygun değildir. Bir olayda şahısta hatadan bahsedilebilmesi için objektif gerçeklik ile failin tasavvuru arasında bir farklılık bulunması gerekmektedir. Oysaki hedefte sapmada, gerçeklik ile tasavvur arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Her ikisi birbiriyle uyumlu olmasına rağmen, bir nedenden dolayı, fail arzu ettiği sonuca ulaşamamaktadır. Bu belirleme önemlidir: Şahısta hata unsur yanılgısının bir çeşidi olsa da, eğer ki eşdeğerlilik mevcut ise, bu hata önemsiz kabul edilir ve kastı kaldırmaz. Yine şahısta hatada, hedefte sapmadan farklı olarak, her zaman tek bir netice meydana gelmektedir. Dolayısıyla şahısta hatada yalnızca meydana gelen tek neticeden dolayı failin ceza sorumluluğu doğmaktadır. Oysaki hedefte sapmada, genel olarak ilk suç ile arzulanan ve ikinci suç ile gerçekte meydana gelen, biri teşebbüs aşamasında kalmış diğeri ise neticelenmiş iki ayrı suç mevcuttur. Hedefte sapmada iki farklı suçun mevcut olması, hedefte sapma

---

274 Kıyaslayınız BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 25 kn. 99 vd.; HEINE/WEIßER, in: S/S-StGB, § 25 kn. 101; JAKOBS, § 21 kn. 45; JESCHECK/WEIGEND, s. 675 vd.; JOECKS, in: MüKo-StGB, § 25 kn. 248 vd.; KÜHL, § 20 kn. 121; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF/DÖLLING/LAUE/RENZIKOWSKI, § 49 kn. 65; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 533.

hususunda yapılan tartışmaların neden içtima konusunda yoğunlaştığını anlatır niteliktedir. Gerek tek neticeli gerekse de çok neticeli sapma halinde, olayda eşdeğerlilik olsun ya da olmasın, fiil terimine hareket anlamı yüklenmeli ve failin sorumluluğu fikri içtima kurallarına göre saptanmalıdır. Ancak kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının mevcut olduğu farklı neviden fikri içtima-aynı neviden fikri içtima kombinasyonunda failin ceza sorumluluğu gerçek içtima kuralları ile belirlenmelidir.

(2) Mağdurun şahsından kaynaklanan ağırlatıcı neden, gerek şahısta hata gerekse de hedefte sapma durumunda, faile isnat edilmemelidir. Buna karşın failin bütünüyle iç dünyasından kaynaklanan ağırlatıcı nedenler şahısta hata halinde faile yüklenmelidir. Hedefte sapma durumunda ise failin TCK m. 30/2 hükmünden yararlanması gerekmektedir.

(3) Meşru savunma çerçevesinde icra edilen fiilin saldırıyla ilgisi bulunmayan kişi üzerinde etki göstermesi halinde, soruna götürü şekilde yaklaşmak ve failin kül halinde hukuka uygunluk nedeninden yararlanmasını istemek, makul bir yaklaşım değildir. Zira meşru savunmanın, saldırgana karşı fiili hukuka uygun hale getirmesi başka bir husustur, meşru savunma çerçevesinde icra edilen fiilin neticelerinin üçüncü kişiye etki etmesi başka bir husustur. Meşru savunma çerçevesinde işlenen fiil, bunun saldırgana karşı ve de saldırgan üzerinde sonuç doğurması halinde hukuka uygun addedilebilir. Dolayısıyla meşru savunma çerçevesinde icra edilen fiil şahısta hata veya hedefte sapma sonucu üçüncü bir kişi üzerinde etki doğurmuşsa, fiilin bu kişiler üzerinde etki doğuran kısmı hukuka aykırılığını korumaya devam edecektir.

(4) Haksız tahrik altında işlenen bir suçta neticenin şahısta hata veya hedefte sapma sonucunda haksız tahrike neden olmayan bir kişi üzerinde gerçekleşmesi halinde, failin bu kişiye karşı işlediği suçta haksız tahrikten yararlanması mümkün değildir.

(5) Gerek *taksirli alic* gerekse de *kasti alic* halinde, somut olayda ister şahısta hata isterse de hedefte sapma mevcut olsun, failin ceza sorumluluğu genel esaslara göre belirlenmelidir.

(6) Bir olayda hem şahısta hatanın hem hedefte sapmanın aynı anda mevcut olması ihtimalinde, failin sorumluluğu hedefte sapma kurallarına tabi olmalıdır.

(7) Fail ile mağdurun yüz yüze olmadığı, failin mağduru görmediği olaylarda, görünürde hedefte sapma mevcuttur. Ceza hukuku yalnızca dış dünyada meydana gelen neticeye değer atfettiğine göre, fail şahısta hata kurallarına göre sorumlu tutulmalıdır.

(8) Azmettirilen failin şahısta hataya düştüğü durumlarda, azmettiren açısından hedefte sapmanın hukuki sonuçlarını doğuran suçun maddi konusunda hata mevcuttur. Ancak TCK'nın gerek elverişsiz teşebbüsü gerekse de neticesiz iştiraki cezalandırmıyor olması karşısında, yani olan hukukta, azmettirilenin şahısta hataya düşmesi, azmettirenin ceza sorumluluğu açısından herhangi bir öneme sahip olmayacaktır. Azmettiren de tıpkı azmettirilen gibi şahısta hata kuralları çerçevesinde sorumlu addedilecektir. Hedefte sapma durumunda ise azmettirenin sorumluluğu meydana gelen neticenin öngörülen ve fakat istenilmemiş bir netice olup olmadığına göre belirlenmelidir.

(9) Dolaylı faillikte, failin bir başkasını suçta araç olarak kullanması söz konusu olduğuna göre, suçta araç olarak kullanılan kişinin şahısta hataya düşmesi veya olayda hedefte sapmanın mevcut olması durumunda, dolaylı fail hedefte sapma kurallarına göre sorumlu tutulmalıdır.

(10) Müşterek faillerden birinin şahısta hataya düşmesi durumunda, netice şahısta hata kuralları uyarınca diğer suç ortağına isnat edilecektir. Bu sonuç müşterek faillerden birinin şahısta hata sonucu suçun mağduru olması halinde de geçerli olacaktır. Hedefte sapma halinde ise, müşterek failin sorumluluğu meydana gelen neticenin öngörülen ve fakat istenilmemiş bir netice olup olmadığına göre belirlenmelidir.

KAYNAKÇA

AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN M. Emin/ÇAKIR Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN M. Emin/ÇAKIR Kerim, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017 ("*Özel Hükümler*").

BAUMANN Jürgen/WEBER Ulrich/MITSCH Wolfgang/EISELE Jörg, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 12. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016.

BUßMANN Heike, § 52 StGB, in: Matt, Holger/Renzikowski, Joachim, **Strafgesetzbuch Kommentar** (Matt/Renzikowski-StGB), 1. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2013.

CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016.

DEĞİRMENCİ Olgun, "Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı Ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, in: **Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)**, Yıl 2014, Sayı, 110, s. 129-188.

DEHNE-NIEMANN Jan, "Zum fünfzigjährigen Jubiläum des Verfolgerfalls (BGHSt 11, 268) – Beteiligung des Tatopfers an einem gegen das Tatopfer gerichteten Mordversuch?", in: **Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)**, Jahr 2008, s. 351-367.

DEHNE-NIEMANN Jan/WEBER Yannic, "Über den Einfluss des Irrtums im Objekte beim Morde und bei der Anstiftung zu diesem Verbrechen – Zum 150-jährigen Jubiläum des Falls Rose-Rosahl", in: **Juristische Ausbildung (Jura)**, Jahr 2009, Heft 5, s. 373-379.

DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku – Genel Kısım, Cilt II**, 14. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2019.

EL-GHAZI Mohamad, "Die Abgrenzung von error in persona (vel obiecto) und aberratio ictus", in: **Juristische Schulung (JuS)**, 2016, s. 303-308.

EREM Faruk/DANIŞMAN Ahmet/ARTUK Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997.

ERMAN Ragıp Barış, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.

EROĞLU Fulya, "Sapma Kavramı ve Türk Ceza Hukukunda Sapma Halinde Uygulanacak Hükümler", in: **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi** – Özel Sayı: Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, Yıl 2012, Cilt IX, Sayı, 2, s. 633-657.

FREUND Georg, **Strafrecht Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre**, 2. Auflage, Springer-Verlag, Heidelberg, 2009.

FRISTER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2008.

GAEDE Karsten, § 16 StGB, in: Matt, Holger/Renzikowski, Joachim, **Strafgesetzbuch Kommentar** (Matt/Renzikowski-StGB), 1. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2013.

GÖKTÜRK Neslihan, "Türk Hukuku'nda Suçların İçtiması", in: **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (CHKD)**, Cilt 2, Sayı 1-2, Yıl 2014, s. 31-60.

GROPP Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Springer-Verlag, Heidelberg, 2015.

HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2015.

HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

HEINE Günther/WEIßER Bettina, §§ 25, 26 StGB, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, **Strafgesetzbuch Kommentar** (S/S-StGB), 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2019.

HEINRICH Bernd, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, Ünver, Yener (Editör), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

HEINRICH, Bernd, **Ceza Hukuku Genel Kısım II**, Ünver, Yener (Editör), Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

HEUCHEMER Michael, "Zur funktionelen Revision der Lehre vom konkreten Vorsatz: Methodische und dogmatische Überlegungen zur aberratio ictus", in: **Juristische Arbeitsblätter (JA)**, 2005, s. 275-280.

HEUSER Martin, "Aberratio ictus als error in persona vel in objecto in der Sphäre des § 16 Abs. 1 StGB (!) – Anmerkungen zur Begriffsbildung und Unterscheidungsfähigkeit strafrechtlicher Irrtumsdogmatik", in: **Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)**, Jahr 2019, Heft 3, s. 181-192.

HILLENKAMP Thomas, **32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil**, 12. Auflage, Luchterhand Fachverlag, Neuwied, 2006.

İÇEL Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016.

JÄGER Christian, Vor § 52 StGB, in: **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB)**, Loseblattsammlung, Carl Heymanns, Köln, Stand: 01.10.2010.

JAKOBS Günther, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre – Lehrbuch**, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1993.

JESCHECK Hans-Heinrich/WEIGEND Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin, 1996.

JOECKS Wolfgang, § 16 StGB, in: **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch** (MüKo-StGB), 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2017.

KARAASLAN Reşit, "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata", in: **Legal Hukuk Dergisi (LHD)**, Cilt 15, Yıl 2017, Sayı 172, s. 1665-1721.

KARAASLAN Reşit, "Suça Etki Eden Ağırlatıcı Ve Hafifletici Nedenlerin Şeriklere (Azmettiren Ve Yardım Eden) Sirayeti", in: **Legal Hukuk Dergisi (LHD)**, Cilt 15, Yıl 2017, Sayı 173, s. 2295-2360.

KAŞIKARA M. Serhat, "Türk Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma", in: **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Temmuz 2010, Yıl 1, Sayı 2, s. 346-384.

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017 ("*Özel Hükümler*").

KUDLICH Hans/KOCH Jennifer, "Tatbestandsirrtum – error in persona – aberratio ictus", in: **Juristische Arbeitsblätter (JA)**, 2017, s. 827-832.

KÜHL Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, Verlag Vahlen, München, 2017.

LEU Nicolas, "Zur Abgrenzung zwischen aberratio ictus und error in obiecto", in: **Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR)**, 2014, s. 383-402.

MAHMUTOĞLU Fatih Selami/KARADENİZ Serra, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017.

MAURACH Reinhart/GÖSSEL Karl Heinz/ZIPF Heinz/DÖLLING Dieter/LAUE Christian/RENZIKOWSKI Joachim, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat**, 8. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 2014.

OTTO Harro, **Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre**, 7. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2004.

ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018 ("*Özel Hükümler*").

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

PUPPE Ingeborg, § 16 StGB, in: **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch** (NK-StGB), 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017.

RISSING-VAN SAAN Ruth, Vor § 52 StGB, in: **Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch** (LK-StGB), 12. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2006.

ROXIN Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I**, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006.

ROXIN Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II**, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2003.

RÖNNAU Thomas/HOHN Kristian, § 32 StGB, in: **Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch** (LK-StGB), 12. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2007.

RUDOLPHI Hans-Joachim/STEIN Ulrich, § 16 StGB, in: **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch** (SK-StGB), Loseblattsammlung, Carl Heymanns, Köln, Stand: 01.10.2010.

RÜCKERT Christian, "Tatplan, Vorsatz und Irrtum des Mittäters – Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 1. August 2018 – 3 StR 651/17 = HRRS 2019 Nr. 84", in: **Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS)**, Jahr 2019, s. 245

SCHÜNEMANN Bernd, Vor § 25, Vor § 26, §§ 25, 26, 27, StGB, in: **Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch** (LK-StGB), 12. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2007.

SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

STERNBERG-LIEBEN Detlev/BOSCH Nikolaus, Vor § 52 StGB, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, **Strafgesetzbuch Kommentar** (S/S-StGB), 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2019.

STERNBERG-LIEBEN Detlev/SCHUSTER Frank, § 15 StGB, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, **Strafgesetzbuch Kommentar** (S/S-StGB), 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2019.

ŞENOL Cem, "5237 Sayılı TCK'ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata", in: **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 14, Sayı 149, Ocak 2019, s. 60-69.

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

TOROSLU Nevzat/TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 23. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.

TUNÇ Kübra, "Karar İncelemesi – Telefonla İşlenen Suçlarda Şahısta Hata", in: **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 25, Sayı 1, Haziran 2019, s. 471-480.

VOGEL Joachim, § 16 StGB, in: **Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch** (LK-StGB), 12. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2007.

VON HEINTSCHEL-HEINEGG Bernd, § 52 StGB, in: **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch** (MüKo-StGB), 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2016.

WALTRAUD Nolden, **Examensrelevante Irrtümer im Strafrecht**, 1. Auflage, Verlag Personal, Recht Ltd, Birmingham, 2010.

WESSELS Johannes/BEULKE Werner/SATZGER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau**, 44. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 2014.

YENİSEY Feridun/PLAGEMANN Gottfried, **Alman Ceza Kanunu**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 6. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016.

TCK M. 89 IŞIĞINDA TAKSİRLİ SUÇLARDA NİTELİKLİ HALLERE YER VERİLMESİNİN HAREKETİN VE NETİCENİN HAKSIZLIK İÇERİĞİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Serkan MERAKLI[*]

Öz: Taksirli suçlar yapısı gereği kasten işlenen suçlardan ayrılmaktadır. Taksirli suçların kasten işlenen suçlardan farklı bir yapıya sahip olması nitelikli haller bakımından da kendini gösterir. Taksirli suçlarda suç netice ile belirleneceğinden nitelikli hallerin işlevi bu noktada tartışmaya açıktır. Bu makalede taksirli suçlarda nitelikli hallere yer verilmesinin haksızlık kavramı bakımından yerinde olup olmadığı ele alınacaktır. TCK'daki ilgili hükümler de göz önünde tutularak bir değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Taksir, Nitelikli Haller, Haksızlık, Hareket, Netice

A CONSIDERATION ON THE QUALIFICATIONS IN THE NEGLIGENT OFFENSES WITH REGARDS TO THE INJUSTICE OF ACT AND RESULT IN THE LIGHT OF ARTICLE 89 OF THE TURKISH CRIMINAL CODE

Abstract: The negligent offenses differ from the intentional offenses by nature.

[*] Makale Gönderim Tarihi: 15.10.2019. Makale Kabul Tarihi: 22.11.20169

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0003-4414-5466; *serkanmerakli@gmail.com*)

The fact that negligent offenses have a different structure compared to the intentional offenses have also an effect the qualifications. By virtue of the fact that the offense is determined by the result in negligent offenses, function of qualifications is controversial on this subject. This essay examines whether the qualifications in negligent offenses are in conformity with the concept of wrongdoing. The consideration is made in the light of the provisions in the Turkish Penal Code.

Keywords: Negligence, Qualifications, Injustice, Act, Result

KISALTMALAR

AT	**:**	Allgemeiner Teil
Bkz.	**:**	Bakınız
C.	**:**	Cilt
CD	**:**	Ceza Dairesi
CHD	**:**	Ceza Hukuku Dergisi
dpn.	**:**	Dipnot
E.	**:**	Esas
FS	**:**	Festschrift
K.	**:**	Karar
kn	**:**	Kenar numarası
krşl.	**:**	Karşılaştırınız
LPK	**:**	Lehr- und Praxiskommentar
m.	**:**	Madde
MÜHFHAD	**:**	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
NJW	**:**	Neue Juristische Wochenschrift
s.	**:**	Sayfa
S.	**:**	Sayı
T.	**:**	Tarih
TCK	**:**	Türk Ceza Kanunu
vd.	**:**	Ve devamı
Vor	**:**	Vorbemerkungen
Y.	**:**	Yıl
Yarg.	**:**	Yargıtay
ZStR	**:**	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

GİRİŞ

Taksirli suçların yapısı kasten işlenen suçların yapısından farklılık taşır. Gerçekten kanunda aksi belirtilmediği sürece bir suç ancak kasten işlenebilir. Bu yönüyle taksirle işlenen suçlar istisnaî bir nitelik taşımaktadır. Taksirli suçların bu şekilde istisnaî bir nitelik taşıyor olması esasen yapı-

sal özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten taksirli suçların haksızlık sergileyebilmeleri için oluşması gereken koşulların kasten işlenen suçlardan oldukça farklı olduğu söylenmelidir. Taksirli suçlarda özellikle hareketin ve neticenin failin iradesi ile olan ilişkisi kendine özgü bir nitelik taşımaktadır. Bu farklılık özellikle nitelikli haller veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından kendini göstermektedir. Taksirli suçların nitelikli hallerinin söz konusu olup olamayacağı ya da taksirli suçlarda neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallere yer verilip verilemeyeceği tartışmalıdır. Çalışmada da TCK m. 89/ 2 ve 3 özelinde taksirli suçların nitelikli halleri ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine yer verilme imkanının bulunup bulunmadığı özellikle hareketin ve neticenin haksızlık içeriği ile bağlantılı olarak incelenecektir.

I. TAKSİRLİ SUÇLARDA HAREKETİN VE NETİCENİN HAKSIZLIK İÇERİĞİ

A. Taksirli Suçlarda Hareketin Haksızlık İçeriği

1. Genel Olarak

Haksızlık kavramı ve ona bağlı olarak ortaya çıkan haksızlık içeriği kavramı suçun yapısının ve maddî anlamının açıklanması bakımından başvurulan kavramlardır. Aşağıda bu kavramlar ele alınacaktır.

2. Haksızlık Kavramı

Haksızlık kavramı en genel anlamıyla norma aykırılığı ifade eder. Buna göre ceza hukuku normlarının belirlediği davranış modellerine aykırı düşen bir davranış haksızlık içerir[1]. Ceza hukuku normunun çeşitli davranış modellerini yasaklaması (icraî suçlar) ya da emretmesine (ihmalî suçlar) rağmen failin bu davranış modellerine aykırı hareket etmesi, failin ceza hukuku normunu tanımadığını gösterir. Çünkü, normun getirdiği emir veya yasakları ihlal eden fail, bu normların kendisi için geçerli olmadığını göstermekte ve davranış normlarını ihlal etmekten kaçınmamaktadır. İşte bu durum haksızlığın varlığını ortaya koymaktadır. Örneğin kasten insan öldürme suçunun

---

1 KINDHÄUSER Urs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Baden Baden 2013, § 5 kn. 3 vd.; KINDHÄUSER Urs, "Zur Logik des Verbrechensaufbaus", **Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?**, Berlin 1997, s. 79; ÖZGENÇ İzzet, "Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)", **Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan**, Konya 1996, s. 447; MERAKLI Serkan, **Ceza Hukukunda Kusur**, Ankara 2017, s. 37.

içerdiği davranış normu "öldürmeyeceksin" emrini içermektedir. Bu emre rağmen bir başkasını kasten öldüren kişi bu normun kendisi için geçerli olmadığını eylemi ile ifade etmiş olmaktadır. Bu bakımdan haksızlık kavramı davranış normunun ihlal edilmiş olmasıdır.

Öte yandan davranış normlarının ihlal edilmesine rağmen haksızlığın oluşmadığı durumlar söz konusu olabilir. Bu noktada izin normları adı verilen hukuka uygunluk sebepleri devreye girmektedir. İzin normlarının devreye girdiği durumlarda, davranış normunun içerdiği emir veya yasağı ihlal etmiş olmasına rağmen fail, eylemi ile ceza hukuku normunun kendisi için geçerli olmadığını ifade etmemektedir. Gerçekten bu durumda fail her ne kadar davranış normundaki emir veya yasağı ihlal etmiş olsa da, ceza hukuku normunun içerisinde bulunan izin normları haksızlığın oluşmasının önüne geçmektedir. Haksızlık oluşmadığı için hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu hallerde faile ceza verilmesi söz konusu olmamaktadır[2].

Haksızlık kavramı kimi zaman değersizlik kavramı ile de ifade edilebilmektedir. Hem haksızlık hem de değersizlik kavramı esasen eylemin içerdiği "kötülüğü" dile getirmektedir. Buna göre davranışı ile ceza hukuku normlarını ihlal eden bir kişi ortaya bir kötülük koymuş olmaktadır. Ancak, bu kötülük kavramı dilbilimsel anlamdaki etik ya da ahlâki bir içerikten çok hukukî bir içeriğe sahiptir. Bu kötülük hukuk normları karşısında bir değer taşımayan haksızlıktır. Bu nedenle değersizlik olarak da ifade edilmektedir[3]. Diğer taraftan eğer bir eylemin haksızlığı ortadan kalkmışsa artık eylemin hukuksal düzende bir kötülük ifade etmediği de tespit edilmiş olmaktadır.

3. Haksızlığın Sübjektif Niteliği

a. Haksızlığın Sübjektif Niteliğinin Dayanağı

Bir eylemin haksızlık içeriği sadece objektif nitelikteki unsurlardan meydana gelmemektedir. Objektif unsurların yanı sıra sübjektif nitelikteki unsurlar da bir eylemin haksızlık içeriğinin belirlenmesinde rol oynar. Eylemin haksızlığını ortaya koyan objektif nitelikteki unsurlar maddî unsur olarak da ifade edilebilir. Bu unsurlar belirli bir hareket icra edilmesi ve bu

---

2 Bkz. ve krşl. STRATENWERTH Günter/ KUHLEN Lothar, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2011, § 9 kn. 1.

3 MERAKLI, s. 39.

hareket ile bağlantılı olarak (faile objektif olarak isnad edilebilir şekilde) dış dünyada bir neticenin meydana getirilmesidir. Ancak, bir hareketin gerçekleştirilmesi ve bir neticenin dış dünyada meydana getirilmesinin haksızlığı oluşturmak bakımından yeterli olması mümkün değildir[4]. Çünkü, bir eylemin haksızlık olarak nitelenebilmesi failin aynı zamanda bu neticeye hareketi ile iradî şekilde yol açmış olmasına bağlıdır. Dolayısıyla haksızlığın ortaya çıkması failin eylemi ile arasındaki iradîlik bağlantısının varlığını gerektirir. O halde haksızlığın sübjektif nitelik taşıyan yönü "*failin hareketini gerçekleştirerek bir neticeye yol açma iradesi*" olarak karşımıza çıkar. Bu sübjektif unsur kasten işlenen eylemlerde hareketin belirli bir neticeye yönelmesi şeklinde oluşsa da taksirli suçlarda yapısı biraz farklıdır. Taksirli suçlarda haksızlığın sübjektif yönü "*failin hareketini gerçekleştirerek zararlı ya da tehlikeli bir neticenin gerçekleşmesinden kaçınmaması*" olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yönüyle bir failin trafik kurallarına uymayarak araba kullanması neticesinde bir yayaya çarpıp onu yaralaması durumunda failin esasen yaralama neticesine yönelen bir iradesinden söz edilemez. Fakat fail özen yükümlülüğü kurallarına aykırı davranarak bu tür bir neticeye yol açmaktan çekinmemiş ya da diğer bir deyişle kaçınmamıştır. Bu nedenle de yaralama neticesine doğrudan yönelen bir iradesinden bahsedilemese de, yaralama neticesinden kaçınmak için yapması gereken davranışı yapmadığı için neticeye yol açma ihtimali özelinde iradesi dış dünyaya yansımıştır[5].

Nitekim kasten yaralama ile taksirle yaralama suçlarında netice her iki suçta da aynı olmasına rağmen taksirli yaralamanın cezasının daha az olmasının sebebi bu noktada ortaya çıkmaktadır. Taksirle bir başkasını yaralayan failin iradesi bir kişiyi yaralama ihtimalinden kaçınmamak veya bu ihtimali önemsememek iken kasten bir başkasını yaralayan failin iradesi bir kişiyi yaralamaya yönelik bilerek ve isteyerek davranmış olmasıdır. İşte her iki suç tipinin hareketi de araba kullanmak iken ve neticesi bir insanın yaralanması iken bu eylemlerin farklı suç tiplerini oluşturmasının sebebi her ikisinin sahip olduğu haksızlığın birbirinden farklı olmasıdır. Her iki suç tipinin hak-

---

4 SCHÖNKE Adolf/ SCHRÖDER Horst- LENCKNER/ EISELE, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2014, § Vor 13 kn. 52/ 53.

5 Bkz. ve krşl. WELZEL Hans, **Das Deutsche Strafrecht**, 1. Auflage, Walter De Gruyter Verlag, Berlin 1947, s. 83; KINDHÄUSER Urs, **Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar**, 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden- Baden 2013, § 15 kn.80; KINDHÄUSER, **AT**, § 33 kn. 49; MERAKLI, s. 155- 156.

sızlık içeriği arasında bu yönüyle bir ağırlık farkı oluşmaktadır[6]. Bu farkı karakterize eden unsur ise failin iradesi olmaktadır.

Tüm bu nedenlerle irade, suç tipini belirleyen bir unsur olarak (manevî unsur) tipiklik unsuruna dahildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere bir insan yaralama eyleminin manevî unsuru, eylemin hangi suç tipine uygun olduğunu da belirlemektedir. Gerçekten, kasten yaralama suçu ile taksirle yaralama suçu birbirlerinden ayrı suç tipleridir[7]. Bu yüzden haksızlık kavramı salt objektif unsurlardan değil; aynı zamanda sübjektif unsurlardan da oluşmaktadır. Bu da haksızlığı sübjektif bir yapıya büründürmektedir.

b. Haksızlığın Sübjektif Niteliğine Özel Bir Yaklaşım: Kişisel Haksızlık Öğretisi

Öte yandan haksızlığın sübjektif bir niteliğe sahip olduğundan bahsedilirken ***kişisel haksızlık öğretisine*** de kısaca değinmek gerekir. Kişisel haksızlık öğretisi finalizm akımının öne sürdüğü bir öğreti olup haksızlık kavramının sübjektifleşmesi sürecinde önemli bir role sahiptir. Kişisel haksızlık öğretisi, finalizm akımının özellikle kast kavramını haksızlık içerisinde konumlandırırken oluşturduğu bir konsepttir. Buna göre haksızlık o döneme kadar klasik suç öğretisinin savunduğunun aksine salt objektif unsurlardan oluşmamakta; bunun yanında ayrıca sübjektif bazı unsurları da bünyesinde barındırmaktadır. Kişisel haksızlık teorisi kast kavramını hareket kavramına özgülemiş ve bu iki kavram arasında sıkı bir ilişki kurmuştur. Kastın esasen sadece hareketle ilgili bir kavram olduğunu; çünkü hareketin final (amaçsal) niteliğini karakterize eden unsurun "kast" olduğunu savunmuştur. Buna bağlı olarak da neticenin haksızlığın oluşması bakımından geri plana itilmesi sonucu ortaya çıkmıştır. Finalizm düşüncesinin yaratıcısı olan *Welzel* bu yönüyle haksızlık kavramının esasen hareketin ifade ettiği haksızlık olarak anlaşılması gerektiğini öne sürmüştür. İşte bu düşünce finalizmin haksızlık bakımından benimsediği kişisel haksızlık öğretisinin temelini oluşturmuştur.

---

6 Bkz. ve krşl. SCHÖNKE/ SCHRÖDER- LENCKNER/ EISELE, Vor 13 kn. 55.

7 Bkz ve krşl. ROXIN Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 4. Auflage, Verlag C. H. München 2006, § 10 kn. 63. Finalist bir yaklaşımla aynı sonuca varan görüş için bkz. WELZEL Hans, "*Studien zum System des Strafrechts*", **Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie**, Berlin New York 1975, s. 143- 144; SCHÖNKE/ SCHRÖDER- LENCKNER/ EISELE, Vor 13 kn. 55; MERAKLI, s. 141.

Kısacası, kişisel haksızlık öğretisine göre haksızlık sübjektif unsurlardan da oluşmakta olup bu sübjektif unsurlardan kast harekete ve ona bağlı olarak haksızlığa karakteristik özelliğini kazandıran unsurdur. Çünkü haksızlık sadece hukuk normlarını ihlal eden yanlış iradenin bizzat kendisidir. Dolayısıyla haksızlık hareketten kaynaklanmaktadır. Kişisel haksızlık öğretisi neticenin haksızlık bakımından ifade ettiği değersizliği reddetmiştir[8].

Hatta ilerleyen yıllarda finalizm akımının savunucularından ve finalizmin öncüsü *Welzel*'in öğrencisi olan *Armin Kaufmann* kişisel haksızlık öğretisini bir adım daha öteye götürerek neticenin sadece objektif cezalandırılabilme şartı olduğu düşüncesini ortaya atmıştır. Bunun sebebi, haksızlığın hareketin haksızlığından ibaret olması; neticenin bu haksızlığa etki etmeyecek olması düşüncesidir[9]. Ancak, bu düşüncenin suçun dogmatik yapısı ile uyuşmamasının yanı sıra bu düşüncenin bir adım ötesinin neticenin cezalandırılabilirlik bakımından göz ardı edilmesi olacağı söylenmelidir. Bu tür bir durumun ise özellikle totaliter rejimlerde kişi hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında ceza hukukunun sağladığı güvenceyi ortadan kaldıracağı açıktır[10].

---

8 Bkz. WELZEL, **Studien**, s. 147- 148; JESCHECK Hans Heinrich/ WEIGEND Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Berlin 1996, § 38 II 4; ROXIN, **AT I**, § 8 kn. 26; STRATENWERTH Günter, "*Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht*", **ZStrR,** 79 (1963), s. 239; KAUFMANN Armin, "*Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*", **FS für Hans Welzel zum 70. Geburtstag**, Walter de Gruyter Verlag, Berlin 1974, s. 395; SCHAFFSTEIN Friedrich, "*Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten*", FS für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter Verlag, Berlin 1974, s. 559; KEÇELİOĞLU Elvan, "*Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)*", **CHD**, Y. 8, S. 21, Nisan 2013, s. 27; ERSOY Uğur, "*Hareketin ve Neticenin Haksızlığı Kavramları Işığında Taksirli Suçlarda Meydana Gelen Sonucun/ Neticenin Hukuki Niteliği Üzerine Bir İnceleme*", **CHD**, Y. 13, S. 36, Nisan 2018, s. 48. Bu düşünce uyarınca hareketin değersizliği söz konusu değilse ortaya çıkardığı neticenin değersizliği çok ağır da olsa artık haksızlığın varlığından söz edilemez (Bkz. SCHAFFSTEIN, s. 561). Kaza veya tesadüfün söz konusu olduğu durumlar buna örnek verilebilir. Ayrıca bkz. MERAKLI, s. 148- 150.

9 KAUFMANN, 411; ROXIN, **AT I**, § 7 kn. 18; STRATENWERTH, **Unwert**, s. 248; SCHAFFSTEIN, s. 560; MERAKLI, s. 148; KEÇELİOĞLU, **Haksızlık**, s. 29; ERSOY, s. 50.

10 Cezalandırılabilirliği salt hareketin haksızlığı üzerinden meşrulaştırma ve gerçekleştirmenin ortaya çıkaracağı sakıncalar bakımından bkz. LÜDERSSEN Klaus, "*Der -Erfolgsunwert- Eine inkonsequente Kategorie zwischen Strafrechtsdogmatik und Rechtspolitik*", **Rechtsfreie Räume?**, Berlin 2012, s. 666.

Kişisel haksızlık öğretisinin taksire yaklaşımı ise çeşitli dönemlerde farklılık göstermiştir. Finalizmin başlangıcında *Welzel* klasik suç teorisine karşı olmasının da etkisi ile objektif haksızlık kavramına karşı çıkarak taksirin de sübjektif haksızlığın bir parçasını oluşturduğunu savunmuştur. Bu düşünce uyarınca finalizm akımının başlangıç yıllarında taksir tüm yönleri ile haksızlığın içerisinde değerlendirilmiştir. Fakat ilerleyen yıllarda *Welzel* bu görüşünü değiştirerek taksirin sadece objektif yönünü oluşturan objektif özen yükümlülüğünün ihlali ve neticenin objektif öngörebilirliği kavramlarının haksızlığın bir parçasını oluşturduğunu; taksirin sübjektif yönlerinin ise kusurun bir parçasını teşkil ettiğini savunmuştur[11].

Kişisel haksızlık öğretisinde taksirli hareketin final (amaçsal) yönünün tespit edilebilmesi tartışmalıdır. Çünkü taksirli hareketler belirli bir neticeye bir amacı gerçekleştirme çerçevesinde yönelmemektedir. Ancak taksirli suçlarda hareket, özen yükümlülüğünün ihlali suretiyle yasaklanan neticeden kaçınmamaya yönelmektedir. Ayrıca *Welzel* bir dönem, özen yükümlülüğünü ihlal eden davranışın, örneğin aracın direksiyonuna geçilmesinin amaçsallığı üzerinden taksirli suçların final (amaçsal) yönünü gerekçelendirmeye çalışmıştır. *Welzel* bu durumu potansiyel amaçsallık olarak ifade etmiştir[12]. Ancak, her ne kadar finalizm taksirli suçları da açıklamaya çalışmış olsa da, kişisel haksızlık öğretisinin esaslarını taksirli suçlar bakımından da benimsemiştir. Buna göre finalizm ve onun haksızlık öğretisi olan kişisel haksızlık öğretisi, taksirli suçların haksızlığının da hareketin haksızlığı ile belirlendiğini savunmuştur[13].

4. Taksirli Suçlarda Hareketin Haksızlık İçeriğinin Belirlenmesi

a. Genel Olarak

Yukarıda haksızlığın davranış normunun ihlal edilmesi olarak tanımlanması haksızlığın salt objektif bir niteliğe sahip olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Salt ceza hukuku normunun yasakladığı neticeye yol açılmış olması tek başına davranış normunun ihlal edildiğini göstermez. Örneğin TCK m. 81'de yer verilen davranış normu her öldürmeyi değil, sadece kasten insan öldürülmesini yasaklamaktadır. Bu bakımdan davranış normunun ihlali, fa-

---

11 WELZEL Hans, **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Auflage, Walter de Gruyter Verlag, Berlin 1969, s. 130, 175; JESCHECK/ WEIGEND, § 22 V 4; MERAKLI, s. 157.

12 Bkz. WELZEL, **AT (11),** s. 129; MERAKLI, s. 156.

13 Bkz. WELZEL, **AT (11),** s. 129; MERAKLI, s. 156; ayrıca bkz. ERSOY, s. 52.

ilin sadece neticeye yol açmış olmasına değil; bu neticeye kasten yol açmış olması durumunda söz konusu olmaktadır[14].

Ceza normunun ihlal edilebilmesi için hareket ile netice arasındaki iradî bağlantının da kurulmuş olması gerekmektedir. Örneğin taksirle öldürme suçunun düzenlediği davranış normunun ihlal edilebilmesi için gerekli koşullar arasında ölüm neticesine yol açılması bulunmakta ise de, bu neticeye taksirle sebebiyet verilmiş olması da mutlaka gerekmektedir[15]. Taksirin bulunmadığı hallerde taksirle öldürme suçunun davranış normunun ihlal edildiğinden söz edilemez. Taksirle öldürme suçunun içerdiği yasak normu "özen yükümlülüğünü ihlal ederek öngörülebilir bir şekilde bir başkasını öldürmeyeceksin" şeklindedir. Bu normun ihlali bakımından özen yükümlülüğünün ihlaline dayalı bir neticenin oluşması zorunludur.

İşte bu zorunluluk, netice ile hareket arasında bulunması gerekli olan iradî bağlantının (manevî unsur) da haksızlığın bir unsurunu oluşturduğunu ortaya koyar[16]. Madem ki ölüm neticesi ile ceza hukuku normunun içerdiği yasağın ihlal edilmesi gerekiyor; bunun için davranış normunun ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Davranış normunun ihlal edilmiş olması için ise failin bu normun kendisi için geçerli olmadığını eylemi ile topluma ilan etmiş olması gerekmektedir. İşte davranış normunun ("*taksirle bir başkasını öldürmeyeceksin*!") kendisi için geçerli olmadığını ilan ettiğinden söz edilebilmesi için özen yükümlülüğüne aykırı hareketi ile yol açtığı netice arasında "*neticenin öngörülebilirliği*" incelemesinin yapılması gerekmektedir. Çünkü failin normun kendisi için geçerli olmadığını ilan ederken neticeye yönelen bir hareketinin varlığı söz konusu olmalıdır. Taksirli suçlarda hareketin neticeye yönelmesi ise neticenin öngörülebilirliği üzerinden gerçekleşmektedir. Bu nedenle de taksirli suçlarda haksızlığın oluşması, failin hareketi ile ortaya çıkardığı netice arasında "öngörülebilirlik" niteliğindeki iradî bağlantının varlığına bağlıdır. Bu iradî bağlantı taksirli suçlarda haksızlığın manevî yönünü de oluşturmaktadır. Gerçekten, taksirle hareket eden failin bu davranışını esasen neticeye yönlendirdiğini söylemek mümkün olmadı-

---

14 Bu hususta özellikle bkz. WELZEL, **Studien**, s. 132 vd.

15 Hareket ile netice arasında iradî bağlantının bulunması gerektiği hakkında bkz. ve krşl. KÜHL Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2008, § 3 kn. 5.

16 KINDHÄUSER, **AT**, § 6 kn. 6; KÜHL, **AT**, § 3 kn. 5- 6.

ğından hareketi ile netice arasındaki iradî bağlantı öngörülebilirlik kavramı üzerinden kurulabilmektedir[17].

Failin iradesinin netice ile olan ilişkisinin de haksızlık kavramının bir unsurunu oluşturması karşısında hareketin haksızlığı ile neticenin haksızlığı kavramları ortaya çıkmıştır. Buna göre hareketin haksızlığı, failin hareketinin ortaya çıkardığı tehlike ya da zarardan ayrıca ifade ettiği değersizliktir[18]. Hareketin haksızlığı failin hareketi ile bu hareketini dış dünyaya yansıtırken sahip olduğu iradesidir. Diğer yandan neticenin haksızlığı ise gerçekleştirilen hareket ile suçla korunan hukukî değerin uğradığı zarar ya da karşılaştığı tehlikedir[19]. Bu yönüyle neticenin haksızlığı, dış dünyada neticenin oluşturduğu değersizliktir.

Hareket ve neticenin haksızlık içeriklerinin birbirinden ayrılabilir olmasının bir diğer tezahürü ise teşebbüs aşamasında kalan suçlarda söz konusu olmaktadır. Buna göre her ne kadar netice ortaya çıkmamış olsa dahi hareketin tek başına ortaya koyduğu haksızlık cezalandırılmaya değer bir nitelik taşıyabilmektedir[20].

Taksirli suçlarda hareketin ve neticenin haksızlığı taksirin kast kavramına kıyasen sahip olduğu özellikler çerçevesinde ayrıca ele alınmalıdır.

b. Taksirli Suçlarda Hareketin Haksızlık İçeriğinin Objektif İçeriği: Objektif Özen Yükümlülüğü İhlali

Haksızlık kavramı ile ilgili yukarıda yapılan tüm açıklamalar ışığında taksirli suçların haksızlık içeriğinin belirlenmesinde etki doğuran ilk husus hareketin ifade ettiği haksızlık olduğu söylenmelidir. Hareketin haksızlı-

---

17 Bkz. ve krşl. STRATENWERTH/ KUHLEN, § 15 kn. 17. Bu bağlantının neticeden kaçınmak için gereken davranışla failin somut olaydaki davranışının karşılaştırılması ve birbiri ile örtüşüp örtüşmediği üzerinden kurulacağına ilişkin bkz. STRATENWERTH/ KUHLEN, § 6 kn. 22; § 15 kn. 3; STRATENWERTH Günter, **Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat**, Bern 2005, § 7 kn. 18. Ayrıca krşl. ROXIN**, AT I**, § 24 kn.. 74.

18 JESCHECK/ WEIGEND, § 24 III 3, 4c ; ROXIN**, AT I**, § 10 kn. 88; KINDHÄUSER, **AT**, § 6 kn. 6; STRATENWERTH/ KUHLEN, § 8 kn. 60; HEINRICH Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Stuttgart 2012, kn. 155; ayrıca Bkz. ve krşl. GROPP Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, kn. 80, 138 vd.

19 JESCHECK/ WEIGEND, § 24 III 3; ROXIN**, AT I**, § 10 kn. 88; KINDHÄUSER, **AT**, § 6 kn. 6; STRATENWERTH/ KUHLEN, § 8 kn. 60; HEINRICH, kn. 154.

20 STRATENWERTH/ KUHLEN, § 8 kn. 60; HEINRICH, kn. 155.

ğının ise objektif ve sübjektif yönleri bulunur. Failin hız limitini aşarak araç kullanması objektif bir yöne sahipken aynı zamanda failin kendi üzerine düşen ve uyması zorunlu olan bu özen yükümlülüğü kuralını önemsemeyerek aracını kullanıp bir kişinin yaralanmasını öngörmemesi veya öngörse de kendisine güvenmesi ise sübjektif bir yöne sahiptir. Dolayısıyla taksirli suçlarda hareketin salt objektif bir niteliğe sahip olduğu; bunun da objektif özen yükümlülüğünün ihlalinden ibaret olduğu düşüncesi yerinde değildir[21].

Taksirli suçlarda failin hareketini salt dışsal yönü özelinde yapılan bir değerlendirme ile ele alacak olursak bu bizi taksirli suçun hareketinin salt objektif haksızlığa sahip olduğu sonucuna ulaştırır. Örneğin, aracına binen fail hız limitini aşması ile veya kırmızı ışıkta geçmesi ile ya da aracının balatalarının trafiğe çıkmasına izin vermeyecek derecede aşınmış olması ile artık objektif özen yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılır. Çünkü hız limiti, kırmızı ışıkta geçme kuralı ve aracın teknik donanımının trafiğe çıkmaya uygun bir standartta olması birer özen yükümlülüğü içerir. Bu yükümlülükler herkes için aynı ölçüde geçerli olduğundan objektif nitelik taşır[22]. İşte failin hareketinin dışsal yönünü oluşturan objektif özen yükümlülüğü ihlali failin o esnada hangi düşünce ya da saikle hareketini gerçekleştirdiğinden ya da kişisel özelliklerinden bağımsız olarak bir haksızlık sergiler[23].

Failin objektif nitelik taşıyan bir özen yükümlülüğü kuralını ihlal etmiş olması, örneğin hatalı sollama yapması tek başına haksızlık teşkil etse de, hareketin objektif olarak ifade ettiği bu haksızlık tek başına cezalandırılabil-

---

21 Bu hususta bkz. JAKOBS, **AT**, s. 323; MERAKLI, s.216.

22 Bkz. ve krşl. WESSELS Johannes/ BEULKE Werner/ SATZGER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 43. Auflage, C.F. Müler Verlag, Heidelberg 2013, kn. 669; KÜHL, **AT**, § 17 kn. 22; HAFT Fritjof, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Auflage, München 2004, s. 166. Bunun tek istisnasını failin özel bilgisinin bulunduğu durumlar oluşturur. Örneğin somut olayda bir hekim ortalama bir hekimden ya da bir işveren ortalama bir işverenden daha fazla husus konusunda bilgi sahibi ise artık kendisine özgü bir özen yükümlülüğünün esas alınması gerekir. Ancak, bunun oldukça istisnaî bir durum olduğu unutulmamalıdır. Bu hususta bkz. OTTO, § 10 kn. 15; KINDHÄUSER, **AT**, § 33 kn. 52; KINDHÄUSER Urs, "*Zur Funktion der Sorgfaltsnormen*", **FS für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014**, De Gruyter Verlag, Berlin/ Boston 2014, s. 154- 155; DONATSCH Andreas/ TAG Brigitte, **Strafrecht I Verbrechenslehre**, 8. Auflage, Zürich Basel Genf 2006, s. 334; MERAKLI, s. 221- 222.

23 STRATENWERTH/ KUHLEN, § 15 kn. 12; STRATENWERTH, **AT I**, § 16 kn. 11; JAKOBS, **Studien**, s. 65; KİNDHÄUSER, **AT**, § 33 kn. 16; KEÇELİOĞLU Elvan, **Taksirli Suçun Dogmatiği**, Ankara 2015, s. 74.

meye imkan tanımaz. Cezalandırılmaya layık bir hareketten söz edebilmek için ayrıca bu özen yükümlülüğü ihlaline dayalı olarak ortaya çıkabilecek neticenin fail tarafından öngörülebilir de olması gerekir. Fail tarafından öngörülebilir olmayan bir neticeye özen yükümlülüğünü ihlal ederek yol açan failin hareketi objektif olarak haksızlık sergilese de sübjektif açıdan bir haksızlık sergilemeyeceği için cezalandırılamaz. Örneğin, belediye tarafından yol çalışması yapıldığı için çitlerle çevrelenen ve girilmesinin yasak olduğunun belirtildiği yol kenarındaki alana bir yayanın girdiğini farz edelim. O esnada çok hızlı gittiği için direksiyon hakimiyetini kaybederek yol çalışmasının yapıldığı alana giren sürücü, oradaki yayaya çarpmamak için manevra yapıp aracıyla takla atarak yaralanır. Bu örnekte yaya kendi üzerine düşen özen yükümlülüğüne aykırı davranarak girilmesi yasak olan bir yol çalışması alanına girmiştir. Bunun üzerine özen yükümlülüğüne aykırı davranan bir başka kişi olan sürücü de o alana direksiyon hakimiyetini yitirdiği için girip yayaya çarpmamak için takla atarak yaralanmıştır. Acaba burada yayanın yaralama suçundan cezalandırılması mümkün olabilir mi? Yaya özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olsa da, o alana bir başka aracın girebileceğini öngörmesi mümkün değildir. Çünkü söz konusu alan araçların girmesinin yasaklandığı bir alandır. Bu nedenle yayanın, her ne kadar özen yükümlülüğünü ihlal ederek yasak alana girmiş olması söz konusu olsa da, bir aracın hakimiyetini kaybederek o alana girebileceğini öngörmesi mümkün değildir. Dolayısıyla yayanın özen yükümlülüğü ihlalinin sübjektif açıdan da desteklenmesi (neticenin öngörülebilir olması) sadece bu yükümlülük ihlaline bağlı olarak ortaya çıkan örneğin yol çalışmasının yapıldığı alandaki bir çukura kucağındaki çocuğunu düşürmesi gibi durumlarda söz konusu olabilir. Özen yükümlülüğü ihlali ile bağlantısı bulunmayan durumlarda ortaya çıkan neticeler kaza ve tesadüf olarak değerlendirilmelidir[24].

Bu örnekte yayanın yasak alana girmiş olması aslında özen yükümlülüğü ihlali oluşturduğundan bir haksızlık sergiler. Fakat burada neticenin öngörülebilir nitelik taşımamasından ötürü bunun sübjektif bir haksızlık oluşturduğu söylenemez. Bu hareket salt objektif bir haksızlık sergilemiş olacağından bu olayda oluşan haksızlık cezalandırılmaya layık olmayan bir haksızlık niteliği taşıyacaktır.

---

24 ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 474; KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 205.

c. Taksirli Suçlarda Hareketin Haksızlık İçeriğinin Sübjektif İçeriği: Neticenin Sübjektif Öngörülebilirliği

Her ne kadar objektif özen yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması tek başına bir haksızlık sergilese de hareketin haksızlığı salt bu özen yükümlülüğünün ihlal edilmesine bakılarak tespit edilemez. Bunun yanında hareketin ifade ettiği haksızlığın tam olarak tespit edilebilmesi için özen yükümlülüğünü ihlal eden bu hareketi ile fail arasında bir iradî bağlantının da kurulabilmesi gerekir. Bu bağlantı neticenin fail tarafından öngörülebilir olmasıdır.

Bir hareketin taksirli nitelik taşıdığının tespiti için salt dışsal bir değerlendirme, yani hareketin objektif bir özen yükümlülüğünü ihlal ettiğinin tespiti yeterli değildir. Ayrıca, içsel bir değerlendirme de yapılmalıdır. Bunun anlamı, failin hareketini gerçekleştirerek neticeye karşı nasıl bir konum aldığının belirlenmesidir. Failin neticeyi öngörmesinin mümkün olmaması durumunda artık gerçekleştirdiği hareketin salt dışsal bir değerlendirmeyle (objektif özen yükümlülüğü ihlali) taksirli bir hareket oluşturduğu söylenemez[25]. Failin öngörülebilir bir neticeyi öngördüğü ya da öngörülebilir bir neticeyi öngörmüş olmasına rağmen neticenin gerçekleşmeyeceğini düşünmesi durumunda hareketin ifade ettiği haksızlık cezalandırılmaya liyakat anlamında bir nitelik ve yoğunluk kazanmaktadır[26]. Bu da hareketin haksızlığını ortaya koymaktadır. Hareketin haksızlığı objektif ve sübjektif unsurlardan meydana gelmekte ve bu unsurların birleşmesiyle ortaya çıkmaktadır. Failin neticenin ortaya çıkması ile arasındaki içsel bağlantı ya da diğer bir deyişle iradî bağlantı failin objektif özen yükümlülüğü ihlalinin netice ile olan ilişkisini temsil eder. Hareketin gerçekleştirildiği esnada failin neticeye bakış açısı onun hareketinin anlamlandırılmasında en önemli etkendir. Failin hareketinin içsel açıdan değerlendirilmesi hareketin kendisinden ayrılarak örneğin kusur ile bağlantılı bir şekilde ele alınamaz[27]. Hareket ile netice arasındaki sübjektif bağlantı bizatihî hareketin kendisinin unsurudur. Bu yönüyle de kusurdan önce gelen bir isnadiyet aşaması sergiler.

Taksirli suçlarda davranış normunun, somut olaydaki fail bakımından kaçınılabilir olan belirli bir neticeden failin kaçınması gerektiği üzerinden

---

25 Bkz. ve krşl. DONATSCH/ TAG, s. 323.

26 Bkz. ve krşl. KÜHL Kristian, "*Das Unrecht als Kern der Straftat*", **FS für Hans- Heiner Kühne zum 70. Geburtstag am 21. August 2013**, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2013, s. 18.

27 Benzer yönde bkz. ve krşl. DONATSCH/ TAG, s. 323.

somutlaştırılması halinde, neticeden kaçınma yükümlülüğü de failin neticeyi öngörebilme imkanının varlığı üzerinden tesis edilecektir[28]. Bunun anlamı, somut olaydaki fail bakımından öngörülebilir nitelik taşımayan bir neticeden kaçınma yükümlülüğünün o fail bakımından söz konusu olmayacağıdır. Bu durumda eğer ortada yükümlülük bulunmuyorsa taksirli bir hareket de bulunmayacağından haksızlık da oluşmaz. Bu denklem, taksirli davranış normunun kasıtlı davranış normunun aksine kanunda önceden tüm açıklığıyla somut olarak niçin yer almadığını da ortaya koymaktadır. Buna göre taksirli suçları içeren davranış normları her somut olaydaki failin kendi kişisel özellikleri üzerinden somutlaştırılarak bir emre veya yasağa vücut verecektir[29]. Bu nedenle de taksirin, haksızlığı (hareketin haksızlığını) belirleyen bir unsur olduğu vurgulanmalıdır.

B. Taksirli Suçlarda Neticenin Haksızlık İçeriği

Ceza hukuku belirli hukukî menfaatleri korumayı amaçladığından suç tipleri bu hukukî menfaatlerin zarar görmesine ya da tehlikeye sokulmasına bağlı olarak kaleme alınmaktadır. Özellikle zarar suçlarında hareketin varlığının yanı sıra hukukî menfaatin zarara uğraması da gerektiği için bu zararın ortaya çıkmaması durumunda neticenin haksızlığı oluşmaz. Bu halde ortada sadece hareketin haksızlığı bulunur. Bu durumda kasten işlenen suçlarda hareketin haksızlığına dayalı olarak teşebbüs hükümleri çerçevesinde failin cezalandırılması söz konusu olsa da taksirli suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün olmadığından hareketin haksızlığının tek başına cezalandırılabilmesi mümkün olmaz[30]. Bu yönüyle taksirli suçlar kural olarak netice ile belirlenen veya diğer bir deyişle neticenin oluşması ile cezalandırılabilir bir alana dahil olan suçlardır.

Nitekim tehlike suçlarında dahi kanunkoyucu bu durumu göz önüne almış ve TCK'da yer verdiği taksirle işlenen tehlike suçlarını somut tehlike

---

28 JAKOBS Günther, **Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt**, Walter de Gruyter Verlag, Berlin 1972, s. 64 vd.; STRATENWERTH Günter, "*Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt*", **FS für Hans- Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag**, I. Band, Duncker&Humblot Verlag, Berlin 1985, s. 287; MERAKLI, s. 284-285.

29 HAFT, s. 164- 165; KÜHL, **AT**, § 17 kn. 14, 15, 16; MERAKLI, s. 285. Bu hususta ayrıca bkz. KEÇELIOĞLU, **Haksızlık**, s. 30.

30 STRATENWERTH, **AT I**, § 16 kn. 40, 41; KEÇELİOĞLU, **Taksir**, s. 114, 115, 116.

suçu olarak düzenlemiştir[31]. Bu bakımdan somut tehlike suçunun taksirle işlenen haline yer veren suçlarda neticenin haksızlığının oluşabilmesi bakımından somut tehlikenin ortaya çıkması gerekecektir. Bu yönüyle somut tehlikenin de esasen bir netice olduğu söylenmelidir. Örneğin TCK m. 180'e göre, "*Deniz, hava veya demiryolu ulaşımında, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye taksirle neden olan kimseye üç aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir*." Buna göre taksirli bir şekilde somut tehlikeye yol açan failin eyleminde netice unsuru "somut bir tehlikenin ortaya çıkması"dır[32]. TCK m. 171'e göre, "*Taksirle; a) Yangına, b) Bina çökme-*

---

31 ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 753, 769; ayrıca bkz. ve krşl. KAYMAZ Seydi/ GÖKCAN Hasan Tahsin, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları**, Ankara 2006, s. 442. Somut tehlike suçlarında somut tehlikenin netice unsurunu oluşturduğu hakkında ayrıca bkz. BEKAR Elif, **Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar**, İstanbul 2017, s. 246.

32 STRATENWERTH, **AT I**, § 16 kn. 41; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, **Genel Hükümler**, s. 227- 228; ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1- 75**, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 209- 210; AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara 2018, s. 310; DARAGENLİ Vesile Sonay, "Tehlike Suçları", **Prof. Dr. Sahir ERMAN'a Armağan**, İstanbul 1999, s. 179. Somut tehlike suçlarında meydana gelen somut tehlikenin objektif cezalandırılabilme şartı olduğu görüşü için bkz. ARTUK Mehmet Emin/ ALŞAHİN Mehmet Emin, "Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı", **MÜHFHAD, Prof. Dr. Nur CENTEL'e Armağan**, Özel Sayı, Y. 2013, C. 19, S. 2, s. 20 dpn. 13; ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet/ YENİDÜNYA A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 535- 536. Ayrıca bkz. ve krşl. AYNURAL Ömer Metehan, **Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179/ 3)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 24. Öğretide *Ersoy*, taksirle işlenen tehlike suçlarında meydana gelen sonucun netice olarak değil, objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi gerektiği görüşünü ileri sürmektedir (Bkz. ERSOY, s. 63- 64). Öğretide *Özgenç ve Koca*/ *Üzülmez* hem taksirle işlenen tehlike suçlarında hem de taksirle işlenen zarar suçlarında neticenin bir objektif cezalandırılabilme şartı teşkil ettiği görüşünü savunmaktadırlar (bkz. ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara 2018, Seçkin Yayınevi, s. 272- 273, 682; KOCA/ ÜZÜLMEZ, **Genel Hükümler,** s. 211- 212, 377). *Özgenç*, bu görüşünü ifade ederken taksirli suçlarda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış ile haksızlığın gerçekleştiğini belirtmektedir (ÖZGENÇ, **Genel Hükümler**, s. 272). Ayrıca objektif cezalandırılabilme şartlarını ele alırken de bu şartların haksızlık içeriği üzerinde bir etkisinin bulunmadığını ifade etmektedir (ÖZGENÇ, **Genel Hükümler**, s. 680). Dolayısıyla yazarın hem taksirle işlenen tehlike suçlarında hem de taksirle işlenen zarar suçlarında neticeyi bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul ettiği çıkarımı yapılabilir. Kanımızca bir somut tehlike suçunda failin cezalandırılabilmesi için meydana gelmesi gereken tehlikenin fail tarafından

sine, 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." Bu suç bakımından da netice olarak "*hareketin başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olması*" aranmaktadır.

II. TAKSİRLİ SUÇLARIN NİTELİKLİ HALLERİNE YER VERİLMESİ SORUNU (TCK m. 89/2- 3)

A. TCK m. 89/2- 3'te Yer Verilen Hallerin Hukukî Niteliği

TCK m. 89/2 ve 3'teki nitelikli hallerin neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu düzenleyen TCK m. 87/1 ve 2 ile aynı olduğu görülmektedir[33]. Buna bağlı olarak taksirle yaralama suçunun nitelikli hallerini düzenleyen TCK m. 89'un gerekçesinde m. 89/2 ve 3'te suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış haline yer verildiği hatalı bir şekilde ifade edilmiştir[34]. Bu düzenleme bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hali olarak nitelendirilemez. Çünkü neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan söz edebilmek için failin yaralama eylemini kasten gerçekleştirmiş olması ve bunun ardından ortaya

---

öngörülebilir bir tehlike olması gerekir. Aksi takdirde failin sorumluluğu kusur ilkesi ile ters düşecek şekilde genişletilmiş olur. Madem ki bir tehlikenin ortaya çıkması kanunkoyucu tarafından aranmıştır, o halde kuralın suç tipinde yer verilen unsurların failin iradesi tarafından kapsanması olduğu unutulmamalıdır. Somut tehlikenin netice olarak değil, sadece objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabulü somut tehlikenin haksızlığın bir parçası olmadığı; sadece cezalandırmanın objektif bir şartı olduğunu ortaya koyacaktır. Somut tehlikenin haksızlığın bir parçası olarak eylemin davranış normuna aykırılığının yani hukuk düzeni ile çatışmasının doğrudan bir unsuru olduğu gözden uzak tutulamaz. Öte yandan bu görüşteki yazarlardan *Ersoy* bu görüşünü savunurken örnek olarak TCK m. 162'de düzenlenen taksirli iflas suçunu vermektedir (bkz. ERSOY, s. 64). Gerçekten bu suç tipinde iflas kararı verilmesi bir objektif cezalandırılabilme şartıdır. Fakat somut tehlike suçları bakımından ortaya çıkması aranan tehlikenin de buna benzer şekilde objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabulü mümkün değildir; çünkü, taksirli iflas suçundaki iflas kararı verilmesi şartı ile somut tehlike suçlarında tehlikenin ortaya çıkmasının hukukî nitelikleri birbirinden farklıdır.

33 Sadece TCK m. 87/3'te düzenlenen "mağdurun vücudunda kemik kırılmasına yol açma" haline taksirle yaralama suçu bakımından TCK m. 89/2-b'de yer verilmemiş olup bu hususta ayrıca bir artırım daha yapılması tercih edilmemiştir (Bkz. YILDIZ Ali Kemal, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 191, dpn. 479).

34 YILDIZ Ali Kemal, Taksirle Öldürme Suçu, **Özel Ceza Hukuku, C. II, Kişilere Karşı Suçlar**, İstanbul 2017, s. 206- 207; DOĞAN Koray/ MERAKLI Serkan, **Trafik Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 108. Ayrıca bkz. ve krşl. YILDIZ, **Türk Ceza Kanunu**, s. 191.

çıkan ağır veya başka netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekir[35]. Ancak, TCK m. 89'un uygulandığı eylemlerde fail yaralama eylemini taksirle gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla failin taksirle hareket etmesine dayalı olarak bir taksirle yaralama neticesi ortaya çıkmakta; fakat bu yaralama neticesi suçun temel halindekinden daha ağır bir netice niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamada kast + taksir kombinasyonu söz konusu iken TCK m. 89/2, 3 bakımından taksir + taksir kombinasyonu söz konusudur. Bu nedenle de TCK m. 89/2 ve 3 neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama olarak nitelendirilemez[36].

TCK m. 89/2 ve 3'ün taksirle yaralama suçunun nitelikli hali olarak kabul edilmesi daha yerindedir[37]. Zira bir suçun nitelikli hali, temel suç tipindeki unsurların yanı sıra ek başka unsurları da içerir ve böylece temel suç tipine oranla suçun haksızlık içeriğini arttırır ya da azaltır[38]. Gerçekten, TCK m. 89/2 ve 3'te de TCK m. 89/1'de yer alan unsurlara ek olarak belirli bazı neticelerin meydana gelmesinin daha ağır cezalandırıldığı görülmekte-

---

35 SCHÖNKE Adolf/ SCHRÖDER Horst, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2014, § 251 kn. 5; LÜDERSSEN Klaus, "*Erfolgszurechnung und Kriminalisierung*", **FS für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag**, München 1979, s. 185; CENTEL Nur/ ZAFER Hamide/ YENERER ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 397; ZAFER, s. 296- 297.

36 DOĞAN Koray, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 25; DOĞAN/ MERAKLI, s. 108.

37 DOĞAN, s. 26; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, **Özel Hükümler**, s. 242; DOĞAN/ MERAKLI, s. 108. Ayrıca bkz. ve krşl. CENTEL Nur/ ZAFER Hamide/ YENERER Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C. I, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 193, 201, 207. *Koca/Üzülmez*, TCK m. 23'teki "kastedilen" ifadesinin sadece **ağır** netice bakımından söz konusu olduğunu, bunun dışında **başka** neticeler bakımından ise "*kastedilen*" ifadesinin geçerli olmadığından yola çıkarak taksir- taksir kombinasyonunu da TCK m. 23 anlamında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kabul etmektedirler. Ancak, TCK m. 23'te kullanılan "*kastedilen*" ifadesinin hem ağır hem de başka neticeleri kapsayacak şekilde kullanılması bu görüşe katılmamıza engel olmaktadır. Bu hususta bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, **Genel Hükümler**, s. 248. Öte yandan yazarların taksirli suçlarda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun söz konusu olup olamayacağının tartışılması gereken bir husus olduğunu belirttikleri de söylenmelidir. Bkz. KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 223. Ayrıca öğretide *Akbulut*, TCK m. 23'ün TCK'nın genel hükümlerinde düzenlenmesinden ötürü özel hükümlerde pekâla bu maddeye aykırı düzenlemelerin söz konusu olabileceğini dile getirerek TCK m. 89/2 ve 3'ün bir taksir- taksir kombinasyonu teşkil ettiğini savunmaktadır (Bkz. AKBULUT, s. 446).

38 KINDHÄUSER, **AT**, § 8 kn. 7; HEINRICH, kn. 524; ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 181, 182.

dir. Fakat taksirli bir suça ilişkin olarak nitelikli hal düzenlemesine gidilmesi yerinde değildir[39]. Nitelikli haller öğretide de sadece kasten işlenen suçlar bakımından ele alınmakta olup taksirli suçların nitelikli hallerinin söz konusu olabileceği değerlendirilmemektedir[40]. Bunun sebebi mesele taksirli suçlarda hareketin ve neticenin haksızlık içeriği bakımından ele alındığında daha iyi anlaşılacaktır.

Nitekim taksirle yaralamayı düzenleyen Alman Ceza Kanunu § 229'da da nitelikli hallere yer verilmemiş olması buradaki yaklaşımımızı destekler niteliktedir[41]. Alman hukukunda taksirli yaralama suçunda ağır neticelerin ortaya çıkması durumunda bunun cezanın belirlenmesi aşamasında göz önüne alınması ve cezanın üst sınıra yaklaşılarak belirlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır[42].

Öte yandan, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara karakterini veren unsurlardan bir tanesi de "netice"nin kanunda nitelikli (diğer bir deyişle özel bir unsur) olarak düzenlenmiş olmasıdır. Halbuki nitelikli hallerde daha ziyade hareketin işlenişi ya da mağdurun veya failin vasfı, fail ile mağdur arasındaki ilişki, suçun konusu veya fiilin işlenmesi ile güdülen amaç veya saik suça nitelikli unsur özelliğini kazandırmaktadır[43]. TCK'da kasten işlenen suçlara bakıldığında neticenin taşıdığı özellikten ötürü nitelikli hallere yer verildiği görülmemektedir. **Neticenin cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olarak ayrıca düzenlendiği hallerin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar olduğu görülmektedir**. Temel suçun taksirli olarak işlendiği suçlarda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan bahsedilemeyeceğine göre TCK m. 89/2 ve 3'teki düzenlemenin niteliği bakımından geriye sadece "nitelikli hal" seçeneği kalmakta ise de, neticenin ağırlaştırıcı sebep arz ettiği suçlarda nitelikli halden de bahsedilmesi mümkün değildir. Gerçekten, yukarıda vurgulandığı üzere

---

39 DOĞAN, s. 26; DOĞAN/ MERAKLI, s. 108.

40 Bkz. HEINRICH, kn. 179.

41 Bkz. SCHÖNKE/ SCHRÖDER- STREE Walter/ STERNBERG-LIEBEN Detlev, § 229 kn. 2; SATZGER Helmut/ SCHLUCKEBIER Wilhelm/ WIDMAIER Gunter- MOMSEN/ MOMSEN-PFLANZ, **StGB Strafgesetzbuch Kommentar**, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2014, § 229 kn. 1; FISCHER, § 229 kn. 2.

42 Bkz. SATZGER/ SCHLUCKEBIER/ WIDMAIER- MOMSEN/ MOMSEN-PFLANZ, § 229 kn. 1.

43 İÇEL Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 276; ÖZGENÇ, **Genel Hükümler**, s. 221 vd.

TCK'da nitelikli hal olarak düzenlenen hiçbir suçta "netice" unsuruna dayalı olarak nitelikli hal ortaya çıkmamaktadır. Dolayısıyla TCK m. 89/2 ve 3'te neticenin cezayı ağırlaştıran bir sebep olarak düzenlenmesi bu yönüyle de yerinde değildir.

B. Meselenin Hareketin Haksızlık İçeriği Bakımından Değerlendirilmesi

Taksirli suçlarda nitelikli hallere yer verilmesinin yerinde olmamasının sebeplerinden ilki bunun hareketin haksızlık içeriği ile örtüşmeyecek olmasıdır. Taksirli suçlarda hareket, failin objektif özen yükümlülüğü kuralını ihlal etmesi ile yani neticeden kaçınması için gerçekleştirmesi gereken davranışı gerçekleştirmemesi ile ortaya çıkmaktadır. Ancak bu objektif özen yükümlülüğünün ihlali netice meydana gelmeden bir anlam ifade etmemektedir. Çünkü iradîlik unsurunun oluşabilmesi için neticeyi ortaya çıkaran bir özen yükümlülüğü ihlalinin varlığı gerekir. Aksi takdirde, taksirli suçlar salt hareket suçları olur ki taksirli suçların çoğu zaman somut tehlike suçu (TCK m. 180) veya zarar suçu (TCK m. 89) olarak düzenlendiği göz önünde tutulursa neticesi gerçekleşmeden failin zarar gerçekleşmiş gibi cezalandırılması söz konusu olacaktır. Neticeyi ortaya çıkarmayan objektif özen yükümlülüğü ihlallerinin haksızlık içerikleri ceza hukukunun devreye girmesini gerektiren yoğunlukta değildir. Gerçekten, ceza hukukunun devreye girebilmesi için belirli bir eşiğin aşılmış olması lazımdır. Bu eşik ise hukuka aykırı nitelik taşıyan eylemin haksızlık içeriğine göre tespit edilmektedir. Hukuka aykırı olan bir eylemin haksızlık içeriği belirli bir eşiği aşıyor ise kanunkoyucu bu hukuka aykırı eylem tiplerini suç olarak düzenler. Aksi takdirde hukuka aykırı bir eylemin kabahat olarak düzenlenmesi söz konusu olabilir[44]. İşte taksirli hareket niteliği taşıyan objektif özen yükümlülüğünün ihlal edilmesinin ceza hukuku bakımından bir anlam ifade edebilmesi için ya da diğer deyişle ceza hukuku eşiğini aşabilmesi için bir somut tehlikeye ya da zarara yol açması gerekir. Eğer böyle bir somut tehlike ya da zarar ortaya çıkmamış ise bu özen yükümlülüğü ihlali sadece kabahat teşkil edebilecektir. Örneğin kırmızı ışıkta geçmek, hız limitlerine uymamış olmak ya da hatalı sollama yapmış olmak ilgili suç tipleri özelinde somut bir tehlike ya da zarar ortaya

---

44 Bkz. ve krşl. JAKOBS Günther, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Berlin New York 1991, s. 54; HEINRICH, kn. 52; Bu durum ceza hukukunun son çare olma ilkesini de ortaya koymaktadır. Bkz. WESSELS/ BEULKE/ SATZGER, § 1 kn. 9.

koymamışsa artık sadece kabahat teşkil eder. Burada failin hareketi neticeye sebebiyet vermemişse artık neticeyi öngörmüş olması dahi herhangi bir etki doğurmaz.

Öte yandan objektif özen yükümlülüğü ihlalinin haksızlık içeriğinin artışından söz etmek de mümkün değildir. Örneğin failin emniyet kemerini ne kadar uzun süre takmadığı ya da hatalı sollamayı oldukça riskli bir noktada yapmış olması daha az tehlikeli bir noktada bu kuralı ihlal etmekten farklı bir haksızlık sergilemez. Failin hatalı sollamayı riskli bir noktada ya da risksiz bir noktada yapmış olması neticenin öngörülebilirliği bakımından farklı bir değerlendirmeye yol açabilir. Çünkü özen yükümlülüğü ihlali objektif nitelik taşımakta olup ihlalin varlığı ile norma aykırılığın ilk ayağı ortaya çıkar. Norma aykırılığın tamamen oluşabilmesi bakımından[45] özen yükümlülüğü ihlalinin neticeyi ortaya çıkarmaya ne denli elverişli olduğu failin bu neticeyi ne ölçüde öngörebilir olduğu üzerinden cevaplanabilir. Bu açıklamalar ışığında taksirli suçların nitelikli hallerine yer verilmesi bu hallerde hareketin haksızlık içeriğinin arttığı öne sürülerek gerekçelendirilemez.

Taksirli suçlar bakımından nitelikli hallere yer verildiği takdirde hareketin haksızlık içeriğinin değil, neticenin haksızlık içeriğinin daha ağır olduğu haller daha ağır cezalandırılmak istenmektedir. Çünkü taksirli suçlarda hareket objektif nitelik taşıyan özen yükümlülüğü ihlalidir. Ayrıca manevî unsur olarak "*neticenin öngörülebilirliği*" göz önüne alındığında da nitelikli hallerde suçun basit haline göre değişen bir durum bulunmaz. Neticenin öngörülebilirliğinin artmış olması eylemin sadece basit taksir ya da bilinçli taksirle işlendiğinin tespiti bakımından etki doğurur. Nitelikli hallerin ortaya çıkması için netice önem taşımakta ve temel hale göre daha ağır bir neticenin oluşması gerekmektedir. Bu yönüyle örneğin hız yarışı yapan bir failin eyleminin haksızlığını arttıran husus onun ortaya çıkabilecek olası neticeleri ne ölçüde öngörebildiğidir. Örneğin trafikte hız yarışı yapan bir fail caddede hız limitlerinin çok üzerinde araç kullanırken sadece bir kişiye çarparak onu yaralayabileceğini veya somut olayın şartlarına göre onun ölümüne yol açabileceğini öngörebilir. Fakat TCK m. 89'da yer verilen nitelikli hallerin

---

45 Taksirli suçlarda norma aykırılığın tamamen oluşabilmesi için taksirin tüm yönleri ile oluşmuş olması gerekir. Zira taksir normunun koyduğu emir veya yasak, taksirli bir haksızlığın ortaya çıkmasına bağlıdır. Taksirli haksızlığın oluşması ise özen yükümlülüğü ihlaline bağlı olarak ortaya çıkan neticenin fail tarafından öngörülebilir nitelik taşıyıp taşımadığına bağlıdır.

sürücü tarafından öngörülebilmesi çoğu zaman mümkün olmaz. Gerçekten, hız yarışı yapan bir sürücü birazdan birine çarpıp onun yüzünde sabit ize yol açabileceği veya yüzünün sürekli değişikliğine yol açabileceği gibi hususları öngöremez. Bu gibi unsurlar çok özel nitelikli unsurlar olup somut olayda özellikle doğrudan bu tehlikeyi içinde barındıran hareketlerde oluşabilir. Örneğin bir kavga esnasına bu unsurların oluşabileceğinin fail tarafından öngörülmesi mümkün olabilir; çünkü, burada kasten işlenen bir yaralama hareketi söz konusudur. Fakat hızlı araba kullanan bir kişinin bu tehlikeleri somut olarak öngörmesi "çoğu zaman" mümkün değildir. Aksi takdirde sübjektif öngörülebilirlik kriterinden vazgeçip tamamen objektif ve varsayımsal bir öngörebilirlik kriteri tercih edilmiş olacaktır[46]. Kaldı ki, taksirle işlenen suçların en sorunlu noktalarından bir tanesinin uygulamada sübjektif öngörülebilirliğin artık olay anına geri dönüp failin ne düşündüğünü tam olarak tespit etmek mümkün olmadığından varsayımsal olarak kabul ediliyor olmasıdır. Bu nedenle özellikle uygulamada sübjektif öngörebilirlik kriterinin esasen geniş ve genel geçer ya da diğer bir deyişle her fail bakımından benzer bir değerlendirmeye dayanan objektif öngörebilirliğe dönüştürüldüğü söylenebilir[47]. İşte TCK m. 89'da yer verilen nitelikli hal düzenlemeleri de bu hatalı yaklaşımı destekleyici bir niteliğe sahiptir[48]. Taksirli suçlarda süb-

---

46 Benzer eleştiri için bkz. ve krşl. DÖNMEZER Sulhi/ ERMAN Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, C. II, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 534- 535; SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 433. Ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda dahi benzer bir eleştiriyi getiren görüş için bkz. BAYRAKTAR Köksal, "Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Sorumluluk İçin En Az Taksirle Hareket Etme Durumu", **Prof. Dr. Feridun YENİSEY'e Armağan**, C. I, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 10- 12.

47 Alman uygulamasında da benzer yaklaşımın var olduğu hususunda bkz. OTTO Harro, **Grundkurs Strafrecht**, 7. Auflage, Berlin 2004, § 10 kn. 16.

48 Nitekim Yargıtay TCK m. 89/2 ve 3'ün söz konusu olduğu olaylarda failin bu ağır neticeleri öngörebilir konumda olup olmadığını araştırmaktan ziyade ortaya çıkan ağır neticenin haksızlığının ağırlığına yoğunlaşmaktadır. Yargıtay'ın bu olaylarda ağır netice ortaya çıktığı için failin TCK m. 89/2 veya 3 için öngörülen ceza bakımından dahi üst sınıra yaklaşılması gerektiğini savunmaktadır. Diğer bir deyişle Yargıtay, sübjektif öngörülebilirliği tartışmak bir yana sadece neticeye yoğunlaşıp neticenin zaten daha ağır olmasından ötürü TCK m. 89/2 ve 3'te TCK m. 89/1'e kıyasla daha ağır ceza öngörülmüş olduğunu da göz ardı ederek TCK m. 89/2 ve 3'ten ötürü belirlenecek cezanın üst sınıra yakınlaşmasını istemektedir. Failin sübjektif öngörebilirliğini hiçbir şekilde araştırmaksızın veya tartışmaksızın salt neticenin haksızlık içeriğinin ağırlığını esas alan bu yaklaşımın kusur ilkesi ile kesinlikle bağdaşmadığı söylenmelidir. Yargıtay'ın bu yaklaşımı için bkz. "*Taksirli suçlar açısından temel*

jektif öngörebilirliği ön plana çıkartacak ve suçun oluşumunda belirleyici bir unsur haline getirecek düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır[49]. Diğer bir deyişle öngörülebilirliğin tespitinde, somut olaydaki failin kişisel özellik ve yeteneklerini göz önünde bulundurarak yapılacak ayrıntılı, özel bir inceleme ve değerlendirme gereklidir[50]. Taksirli suçların nitelikli hallerine yer vermek neticenin sübjektif öngörülebilirliğinin arttığı hallerde mümkün olabilir. Bu

---

cezanın belirlenmesinde TCK'nın 61/1. ve 22/4. madde ve fıkralarında yer alan ölçütlerden olan failin kusuru, meydana gelen zararın ağırlığı, suçun işleniş biçimi ile suçun işlendiği yer ve zaman nazara alınmak suretiyle aynı Kanunun 3/1. maddesi uyarınca işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde maddede öngörülen alt ve üst sınırlar arasında hakkaniyete uygun bir cezaya hükmolunması gerekirken, asli kusurlu olarak meydana getirdiği kaza sonucu katılanın nitelikli şekilde yaralanmasına neden olan sanık hakkında, adalet ve hakkaniyet kuralları uyarınca cezada orantılılık ilkesi gözetilerek alt sınırdan daha fazla uzaklaşmak suretiyle ceza tayini gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurularak sanık hakkında eksik cezaya hükmolunması…bozmayı gerektirmiş olup…" Yarg. 12. CD, T. 03.04.2019, E. 2017/ 8450, K. 2019/ 4500 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 21.09.2019); "*Katılan vekilinin celse arasında sunduğu dilekçe ve temyiz dilekçesinde mağdurun yaralanmasının bitkisel hayata girmesine sebep olduğunu, sürekli yatağa bağımlı hale geldiğini belirttiği, dosya içerisinde bulunan Üsküdar Devlet Hastanesi Engelli Sağlık Kurulu raporunda mağdurun yatağa bağımlı olduğunun belirtildiği ve Adli Tıp Kurumu raporunda bu hususların değerlendirilmediği anlaşıldığından, katılanın tüm tedavi evraklarının Adli Tıp Kurumuna gönderilerek bu olay nedeniyle vücudunda oluşan yaralanmaların, TCK'nın 89/3-a-b-c bentlerinde belirtilen, "İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına," neden olup olmadığı hususlarında rapor alındıktan sonra, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, Kabule göre ise… Taksirli suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde TCK'nın 61/1. ve 22/4. madde ve fıkralarında yer alan ölçütlerden olan failin kusuru, meydana gelen zararın ağırlığı, suçun işleniş biçimi ile suçun işlendiği yer ve zaman nazara alınmak suretiyle aynı Kanunun 3/1. maddesi uyarınca işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde maddede öngörülen alt ve üst sınırlar arasında hakkaniyete uygun bir cezaya hükmolunması gerekirken, tamamen kusurlu olarak meydana getirdiği kaza sonucu bir kişinin nitelikli şekilde yaralanmasına neden olan sanık hakkında, adalet ve hakkaniyet kuralları uyarınca cezada orantılılık ilkesi gözetilerek alt sınırdan daha fazla uzaklaşmak suretiyle ceza tayini gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurularak sanık hakkında eksik cezaya hükmolunması…kanuna aykırı olup…*" Yarg. 12. CD, T. 17.04.2019, E. 2017/ 9108, K. 2019/ 5243 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 21.09.2019).

49 Bkz. ve krşl. JAKOBS, **Studien**, s. 65; JAKOBS, **AT**, s. 320- 323.

50 JAKOBS, **AT**, s. 323; OTTO**,** § 10 kn. 13- 16. Ancak, öğretide sıklıkla gerçekleştirilen, tehlikeli nitelik taşıyan ve anonim olan faaliyetlerde toplumun hassasiyet taşımasından dolayı özellikle trafikte gerçekleştirilen eylemlerde objektifleştirilmiş bir taksir kavramının daha yerinde olacağını savunan görüşler de bulunmaktadır (Bkz. BOOß Helmuth, Keine Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht; **NJW**, 1960, s. 373).

hallerin de nitelikli hal olarak düzenlenmesi mümkün olamaz; zira TCK m. 89/2 ve 3'teki ağır neticelerin ortaya çıkması dahi öngörülebilecek şekilde sübjektif öngörülebilirlik somut olayda artmışsa bu durumda neticenin muhtemelliği oldukça yakın kabul edileceği için manevî unsurun olası kast şeklinde ortaya çıktığı kimi olaylarda kabul edilebilir. TCK m. 89'da yer verilen nitelikli haller bu yönüyle taksirli suçlarda hareketin haksızlık içeriği ile örtüşmemektedir.

C. Meselenin Neticenin Haksızlık İçeriği Bakımından Değerlendirilmesi

Taksirli suçlarda nitelikli hallere yer verilmesi neticenin haksızlık içeriğinin artmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten mağdurun ağır neticeleri içermeyen yaralanması ile ağır neticeleri içerecek şekilde yaralanması arasında bir ağırlık farkı bulunmaktadır. Ancak, salt neticenin daha ağır olmasının failin işlediği eylemin nitelik kazandığı şeklinde yorumlanması mümkün olamaz. Bunun için özellikle failin iradesinin de bu ağır neticeler bakımından mevcut olması lazımdır. Taksirli suçların nitelikli halleri bakımından ise ağır netice bakımından failin taksirinin bulunduğunu söyleyebilmek için manevî unsur üzerinden bir değerlendirme yapılarak ağır neticenin fail tarafından öngörülebilir olduğunu söylemek gerekir. Fakat kasten işlenen suçlarda bunun tespiti mümkün olsa da, taksirli suçlarda bunu söylemek pek mümkün gözükmemektedir. Gerçekten kasten bir kişinin yüzüne yumruk atan biri bu yumruğun mağdurun gözünde sürekli bir görme kaybına yol açabileceğini öngörebilir. Çünkü fail kasten yaralama eylemini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmekte ve en azından yaralama neticesinin oluşacağını bilmektedir. Buna dayalı olarak ortaya çıkabilecek ağır neticelerin öngörülebilmesi bu bakımdan mümkündür. Oysa ki hız sınırını aşan bir failin bir yayaya veya diğer bir araca çarpacağı dahi bir kesinlik taşımamaktadır. Taksirli yaralama suçunda hareket gerçekleştirildiğinde yani objektif özen yükümlülüğü ihlal edildiğinde yaralama neticesi dahi uzak bir ihtimal olarak görülmektedir. Bu bakımdan failin bir yayaya çarparak bunun neticesinde onun görme kaybı yaşayacağını öngörebilmesi mümkün gözükmemektedir. Ya da fail gebe bir kadına çarpıp onun çocuğunu düşürmesine yol açabileceğini nasıl öngörebilir?

Olması gereken açısından söylenmelidir ki, özen yükümlülüğünü ihlal eden failin böyle bir ağır neticeden (nitelikli halden) sorumlu tutulması iste-

niyorsa bunun için failin "temel" netice bakımından en azından olası kastının varlığı aranmalıdır[51]. Bu durumda fail oldukça yakın bir neticeyi öngörmüş olduğundan somut olay özelinde ağır neticeyi de olayın şartlarından hareketle öngördüğü söylenebilecektir. Dolayısıyla örneğin TCK m. 87 bakımından failin ağır netice bakımından en azından taksirle hareket etmesinin aranmasının da anlamı budur. TCK m. 87'nin söz konusu olduğu hallerde fail kasten yaralama eylemi gerçekleştirmekte olduğundan somut olaydaki temel neticenin oldukça yakın bir ihtimal sergilemesinden ötürü ağır neticeyi de temel neticeye dayalı olarak öngörebilecektir. Fakat kasten işlenen suçların aksine taksirli suçlarda failin zaten en başta öngöremediği ya da öngörse bile çok uzak ve gerçekleşmeyecek nitelikte gördüğü bir netice mevcuttur. Bu bakımdan çok soyut ve uzak bir olası neticenin ortaya çıkış anında ağır hallerin de oluşacağının öngörüldüğünü söylemek objektif öngörebilirliği yeterli görmek anlamına gelir. Bu da failin iradesi ile örtüşmeyebilir. **Bu nedenlerle taksirle işlenen suçlarda ortaya çıkan nitelikli neticelerin de aslında basit neticeden farklı olarak sadece cezanın belirlenmesi aşamasında (TCK m. 61) bir etki doğurması gerekir**[52]. Bu da taksirli hareketiyle ağır yaralama neticelerine yol açan failin cezasının üst sınıra doğru yaklaştırılarak belirlenmesi gerektiği anlamına gelir[53]. Bu haliyle kanunkoyucu TCK m. 89/2 ve 3'teki neticelerin ortaya çıkması durumunda neticenin haksızlığına sıkı sıkıya bağlı kalmak suretiyle hareketin haksızlığına oranla oldukça ölçüsüz bir ceza verilmesinin önünü açmıştır. Taksirli suçlarda temel ya da ağır neticeden söz edilemez. Bu taksirli suçların yapısına aykırı düşer. Burada daha ziyade yaptırım normları bakımından cezanın belirlenmesi ile ilgili özellik gösteren bir mesele bulunduğu unutulmamalıdır.

Dolayısıyla taksirli suçlarda esasen ne nitelikli hallere ne de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesine yer verilmelidir. Her ne kadar olması

---

51 Burada ifade edilmek istenen husus TCK m. 89/2, 3'te yer verilen nitelikli hallerin sadece kasten işlenmeye müsait olduğu ve bu nedenle bu fıkradaki unsurların taksirli suçun nitelikli hali gibi düzenlenmesinin yerinde olmadığıdır. Şu an "olan hukuk" açısından meseleye yaklaşıldığında ise bu nitelikli hallerin taksirle işlenmesi durumunda TCK m. 89/2, 3'ten ötürü cezalandırılabilir olduğu söylenmelidir. Ancak, bu cezalandırmanın hareketin ve neticenin haksızlık içeriği ile ve ona bağlı olarak da failin kusuru ile orantılı olmadığı açıktır.

52 Bkz. SCHÖNKE/ SCHRÖDER- STREE/ STERNBERG-LIEBEN, § 229 kn. 2, 5/ 7; SATZGER/ SCHLUCKEBIER/ WİDMAIER- MOMSEN/ MOMSEN-PFLANZ, § 229 kn. 1.

53 Bkz. SCHÖNKE/ SCHRÖDER- STREE/ STERNBERG-LIEBEN, § 229 kn. 2, 5/7; SATZGER/ SCHLUCKEBIER/ WIDMAIER- MOMSEN/ MOMSEN-PFLANZ, § 229 kn. 14.

gereken bu ise de şu anda TCK m. 89/2 ve 3'ün nitelikli hal olarak düzenlenerek temel cezada ekstra bir artırım yapılmasını mümkün kılması karşısında şu söylenebilir: Taksirli suçlar netice ile belirleneceğinden TCK m. 89/2 ve 3'ün oluştuğu olaylarda suçun temel halinden daha ağır ceza verilmesi gereken bir netice ortaya çıktığından failin cezasında artırım yapılacaktır. Bu da en azından göstermektedir ki, TCK m. 89/2 ve 3'ün neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramı ile bir bağlantısı bulunmamaktadır[54].

D. Hedefte Sapma Durumları TCK m. 89/2 ve 3'ün Dayanağı Olabilir Mi?

Taksirle yaralama suçunda (TCK m. 89/2, 3) neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçuna (TCK m. 87) benzer bir düzenleme getirilmesindeki amaç özellikle kasten gerçekleştirilen bir yaralamanın sonucunda mağdurun dışındaki üçüncü bir kişinin taksirle yaralandığı durumlarda meydana gelen ağır neticelerin daha ağır cezalandırılması gerektiği düşüncesi olabilir. Örneğin A, B'ye yumruk atarken yumruklardan bir tanesi onları ayırmak için aniden aralarına giren C'ye de isabet etse ve C'de sürekli bir görme kaybı oluşsa bu durumda neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama (TCK m. 87) hükümleri uygulanamaz. Çünkü, bu olayda kasten işlenen eylem B'ye karşı; taksirle ortaya çıkan netice ise C'ye karşı işlenmiştir. Dolayısıyla sürekli görme kaybı B'de meydana gelseydi cezanın TCK m. 87 uyarınca daha ağır olacağını göz önünde bulunduran kanunkoyucu aynı neticenin -özellikle üçüncü bir kişide- taksirle meydana gelmesi durumları için de benzer şekilde daha ağır bir ceza öngörülmesi gerektiğini düşünmüş olabilir. Fakat, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların yapısı bu ağır cezayı meşru kılmaktayken aynı durumun taksirli suçlar için de bir meşruiyet sağlayacağı söylenemez. Çünkü, yukarıda verilen örnekte A'nın B'ye ve C'ye karşı gerçekleştirdiği hareketlerin ayrı ayrı değerlendirilmesi ve cezaların da fikri içtima uyarınca verilmesi gerektiğinden; her ikisi de tek hareketmiş gibi birleştirilmek suretiyle B'ye karşı kasten başlatılan ancak daha hafif neticelere yol açan hareket ile C'ye karşı taksirle başlatılan fakat daha ağır neticelere yol açan hareketi bir arada değerlendirip C'ye karşı gerçekleştirilen eylemi neticesi sebebiyle ağırlaşmış ya da nitelikli hal olarak değerlendirmek yerinde bir yaklaşım olmayacaktır. Burada A'nın C'ye yönelik hareketi en başından beri taksirle gerçekleştirilmiş olup A'nın sadece öngöremediği ya da öngörse de gerçekleşmesini istemediği bir yumruk isabetinden ibaret olup daha ağır netice bakımından bir öngörüsünün bulunmadığı unutulmamalıdır. Çünkü, A'nın C'ye yönelik ağır

54 DOĞAN/ MERAKLI, s. 108- 109.

neticenin de ötesinde temel neticeyi dahi öngörmemiş olması somut olayın özelliğine göre mümkündür. Dolayısıyla sübjektif öngörülebilirliğe üstünlük tanıyacak bir yaklaşım benimsenmesi ve TCK m. 89/2 ve 3'teki düzenlemelerin madde metninden çıkartılması daha yerinde olacaktır.

III. TAKSİRLİ SUÇLAR BAKIMINDAN NİTELİKLİ HAL DÜZENLEMELERİNİN KUSUR İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

En temel anlamıyla failin işlediği bir haksızlıktan ötürü cezalandırılmasının dayanağını ve ölçüsünü oluşturan kusur ilkesi suç teorileri çeşitlilik kazansa da geçerliliğini sürdürmektedir. Bu doğrultuda örneğin taksirin haksızlığın ya da kusurun kapsamında kaldığına ilişkin tartışmalar çeşitli suç teorileri kapsamında tartışılsa da bu tartışmalardan bağımsız olarak kusur ilkesine uygun düşmeyen bir cezalandırma bir hukuk devletinde mümkün olamaz[55]. Bu bakımdan kanunkoyucu ceza hukukunun meşruiyetini idame ettirmek için kusur ilkesine uygun düşmeyen hükümlere yer vermemelidir[56].

Kusur ilkesi uyarınca faile işlediği haksızlıkla ve ona bağlı olarak kusuruyla orantılı bir ceza verilmesi gerekir[57]. Bu noktada faile verilecek cezanın hareketinin ve neticenin haksızlık içeriği ile de orantılı olması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Taksirli yaralama suçu bakımından TCK m. 89/2 ve 3'te öngörülen cezaların bu yönüyle kusur ilkesi ile örtüşmediği söylenebilir. Çünkü taksirli suçlarda TCK m. 89/2 ve 3'te olduğu gibi nitelikli hallere yer verilmesi durumunda neticenin haksızlık içeriğinin artmış olması tek başına göz önünde tutularak faile daha ağır bir ceza verilmesi söz konusu olacaktır. Örneğin mağdurun yüzünde sabit izin meydana geldiği hallerde neticenin haksızlığı basit yaralamaya nazaran artmıştır; fakat failin hareketinin diğer bir deyişle özen yükümlülüğünü ihlali ve neticeyi öngörebilirliği de bu öl-

---

55 MERAKLI, s. 54.

56 Bkz. ve krşl. ÖZTÜRK Bahri/ ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 18. Baskı, Ankara 2018, s. 50 vd.; DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara 2018, s. 60- 61; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, **Genel Hükümler**, s. 77- 78; KOCA/ ÜZÜLMEZ, **Genel Hükümler**, s. 53- 54; HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Ankara 2018, s. 34; MERAKLI, s. 53 vd. Ayrıca bkz. ve krşl. İSFEN Sabit Osman, **Das Schuldprinzip im Strafrecht**, München 2008, s. 141- 142.

57 JESCHECK/ WEIGEND; § 39 IV 3; JAKOBS, **AT**, s. 311- 483; OTTO, § 12 kn. 20; WESSELS/ BEULKE/ SATZGER, § 10 kn. 398; HEINRICH, kn. 527; GROPP, § 6 kn. 46; HILGENDORF Eric/ VALERIUS Brian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München 2013, § 6 kn. 1; MERAKLI, s. 33, 34, 55.

çüde artmış mıdır? Bu husus ayrıca araştırılmaksızın salt ortaya çıkan ağır neticeye dayalı daha ağır bir ceza öngörmek isnadiyeti nedensellik bağlantısı ve objektif isnadiyet ile sınırlayıp suçun manevi unsurunu göz ardı etmek anlamını taşır. Eğer fail örneğin araç kullanırken cep telefonu ile ilgilendiği için bariyere çarpıp aracın içindeki bir yolcunun yaralanmasına yol açarsa failin daha ağır cezalandırılması bakımından göz önünde tutulacak husus "genel bir" yaralama neticesi bakımından öngörülebilirliğinin bulunup bulunmadığı olacaktır. Mağdurun yüzünde sabit iz kalacak şekilde yaralanmasını öngörebilir olup olmadığı tamamen göz ardı edilip yüzde sabit ize yol açmışsa ve failin "sadece" yaralamaya ilişkin öngörebilirliği bulunuyorsa TCK m. 89/2- c'den dolayı cezalandırılacaktır[58].

Bu örnek de göstermektedir ki, netice ile fail arasındaki sübjektif isnadiyet bağlantısına aykırı olarak failin daha ağır cezalandırılması gündeme gelecektir. Bu düzenlemenin özellikle kusur ilkesi ile bağdaşmadığı söylenebilir. Kusur ilkesi failin eylemi ile arasında sübjektif ve kişisel isnadiyet ilişkisi kurulmaksızın sorumluluğunun tesis edilememesi güvencesini getirmektedir. TCK m. 89/2 ve 3'ün gerçekleştiği hallerde objektif olarak sadece suçun basit haline oranla ortaya çıkan "*daha ağır*" netice esas alınmaktadır. Bunun suçun nitelikli halini oluşturduğunun kabulü objektif sorumluluğu beraberinde getirir. Taksirli suçlarda kusur ilkesinden sapmamak için failin yasak neticeden kaçınmaya yönelik uyması gereken özen yükümlülüğü kuralını ihlal etmesi ile ortaya çıkan netice arasında "*öngörülebilirlik*" anlamında bir bağlantı kurulabilmesi gerekir.

TCK m. 89/2 ve 3 bakımından konu ele alındığı takdirde yaralama suçunun temel neticesi ile ağır neticelerinin bir taksirli suç tipi altında temel hal ve nitelikli hal olarak düzenlenmiş olması karşısında failin ağır neticeleri de ayrıca öngörmüş ya da öngörebilir olduğu araştırılmalıdır. Ağır neticelerin fail tarafından öngörülebilir olup olmadığını araştırıp öngörülebilir olduğu hallerde faile suçun temel şekline oranla daha ağır ceza öngörmek oldukça varsayımsal bir yaklaşımdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, TCK m. 89/2 ve 3'teki ağır neticelerin taksirli bir hareketin devamında ortaya çıkabileceğinin öngörülebilmesi TCK m. 87'deki neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara kıyasla pek mümkün değildir. Çünkü m. 87'de kasten işlenen harekete dayalı olarak ortaya çıkabilecek ağır neticelerin öngörülebilir olması mümkün ola-

---

58 Aynı yönde bkz. ve krşl. DÖNMEZER/ ERMAN, s. 534- 535; SOYASLAN, s. 433. Nitekim yukarıda 47 numaralı dipnotta yer verilen Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere, Yargıtay TCK m. 89/2 ve 3'ün uygulanabilmesi için öngörülebilirlik bakımından ayrıca herhangi bir değerlendirme yapmaksızın sadece neticenin haksızlığının artmış olmasını yeterli görmektedir.

bilecekken zaten herhangi bir neticeye yol açma bilinci ve isteği bulunmayan failin bunun da ötesinde daha ağır neticeleri öngörebileceğini söylemek varsayımdan başka bir şey olamaz. Bu da objektif bir isnadiyet yapılması anlamına gelir ki, kusur ilkesine uygun bir isnadiyet formu sergilemek bakımından ciddi sakıncalar barındırır.

Son olarak kast + taksir kombinasyonu şeklinde ortaya çıkan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar dahi öğretide kimi yazarlarca bazı yönleriyle kusur ilkesini ihlal eden bir kurum olarak görülmekteyken[59] taksir + taksir şeklinde bir kombinasyona yer vererek failin daha ağır cezalandırılmasını düzenlemek evleviyetle kusur ilkesine aykırılık taşıyacaktır. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar kasten işlenen bir temel suçu gerektirmekte olduğundan failin ortaya çıkan ağır netice bakımından en azından taksirli hareket ettiğini tespit etmek somut olayda mümkün olabilir. Birini kasten yaralamaya başlayan biri eyleminin ağırlığını göz önünde tutarak fiilen karşısında duran mağdura ne tür ağır zararlar verebileceğini öngörebilir. Fakat taksirle bir harekete başlayan failin bu harekete bağlı ağır neticeleri öngördüğünün tespiti bu denli mümkün değildir.

SONUÇ

1. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların yapısı temel suç tipinin taksirle işlendiği durumlara uygun düşmemektedir. Bu nedenle her ne kadar TCK m. 89'un gerekçesinde ikinci ve üçüncü fıkraların bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç niteliği taşıdığı söyleniyorsa da, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suçun kasten işlenmesi gerektiği açıkça TCK m. 23'te yer aldığından TCK m. 89/2, 3'ün neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir.

2. TCK m. 23 gereği neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar taksir+taksir kombinasyonu şeklinde ortaya çıkamadıkları için TCK m. 89/2 ve 3'ün taksir+taksir kombinasyonu şeklinde düzenlenmesi m. 23 üzerinden açıklanamaz. Burada TCK m. 89/2 ve 3'ü taksirle yaralamanın nitelikli halleri olarak kabul etmek daha doğru olsa da, taksirli suçların işlenme şekillerinden ötürü bu tür bir düzenlemeye yer verilmesi yerinde değildir. Taksirli suçlar

---

59 Bkz. KAUFMANN Arthur, **Das Schuldprinzip**, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg 1976, s. 246; HIRSCH Hans- Joachim, "Zur Problematik des erfolgssqualifizierten Delikts", **Strafrechtliche Probleme Schriften aus drei Jahrzehnten**, Duncker& Humblot Verlag, Berlin 1999, s. 272; DÖNMEZER/ ERMAN, s. 533- 534; BAYRAKTAR, s. 11- 12. TCK m. 23'ün bir karineye dayalı ceza öngördüğü görüşü hakkında bkz. ve krşl. HAFIZOĞULLARI Zeki/ ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, USA Yayıncılık, Ankara 2012, s. 311- 312.

nitelikleri gereği öngörülebilecek bir neticenin öngörülememesi ya da öngörülse dahi gerçekleşmeyeceğine güvenilmesi ile ortaya çıkar. Bu bakımdan temel yaralanma neticesini dahi öngörememiş bir faili daha ağır bir neticeyi öngöremediği için daha ağır şekilde cezalandırmak doğru bir yaklaşım değildir. Bu tür bir olayda ceza adaleti sağlanmak isteniyorsa, cezanın belirlenmesi aşamasında bu pekâla sağlanabilir. Fail, daha ağır bir neticeye yol açtığı için cezası üst sınıra doğru artırılabilir. Nitekim taksirle yaralama suçunu düzenleyen Alman Ceza Kanunu § 229'da da sorun bu şekilde çözülmüştür.

3. Taksirle yaralama suçunda daha ağır bir netice ortaya çıktığı için bunu nitelikli hal olarak sınıflandırmak ve daha ağır ceza öngörmek neticenin haksızlık içeriğini ölçüsüz bir şekilde ön plana çıkartıp hareketin haksızlık içeriğini göz ardı etmek anlamını taşır. Temel yaralama neticesini dahi öngörememiş olan bir araç sürücüsünü, yaralayacağı kişinin örneğin yüzünde sabit ize yol açabileceğini öngöremediği için daha ağır cezalandırmak salt ortaya çıkan neticenin ağır olmasına dayandırılmaktadır. Oysa ki taksirle yaralamanın basit şekline yol açan fail de nitelikli haline yol açan fail de aynı özen yükümlülüğü ihlalini gerçekleştirmektedirler. Bu da objektif özen yükümlülüğü ihlalidir. Dolayısıyla bir kural ihlali şeklinde ortaya çıkan hareketin haksızlığı yaralama suçunun basit şeklinde de nitelikli şeklinde de aynıdır. TCK m. 89/1 ile 89/2 ve 3'ü birbirinden ayıran nokta neticeleri arasındaki ağırlık farkıdır. Taksirli suçların basit hali ile nitelikli hali arasındaki farkı sadece netice ortaya koyduğu için taksirli suçlarda nitelikli hallere yer verilmez. Çünkü bu takdirde hareketin haksızlığı her zaman göz ardı edilmiş olacaktır. Gerçekten hareketin haksızlık içeriği aynı olsa da sadece netice daha ağır olduğu için faili daha ağır cezalandırmak ölçüsüz bir cezalandırmayı beraberinde getirir.

4. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara karakterini veren unsurlardan bir tanesi de "netice"nin kanunda nitelikli (diğer bir deyişle özel bir unsur) olarak düzenlenmiş olmasıdır. Halbuki nitelikli hallerde daha ziyade hareketin işlenişi ya da mağdurun veya failin vasfı, fail ile mağdur arasındaki ilişki, suçun konusu veya fiilin işlenmesi ile güdülen amaç veya saik suça nitelikli unsur özelliğini kazandırmaktadır. TCK'da kasten işlenen suçlara bakıldığında neticenin taşıdığı özellikten ötürü nitelikli hallere yer verildiği görülmemektedir. Neticenin cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olarak ayrıca düzenlendiği hallerin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar olduğu görülmektedir. Temel suçun taksirli olarak işlendiği suçlarda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan bahsedilemeyeceğine göre TCK m. 89/2 ve 3'teki düzenlemenin niteliği bakımından geriye sadece "nitelikli hal" seçeneği kalmakta ise de, neticenin

ağırlaştırıcı sebep arz ettiği suçlarda nitelikli halden de bahsedilmesi mümkün değildir. Gerçekten, yukarıda vurgulandığı üzere TCK'da nitelikli hal olarak düzenlenen hiçbir suçta "netice" unsuruna dayalı olarak nitelikli hal ortaya çıkmamaktadır. Dolayısıyla TCK m. 89/2 ve 3'te neticenin cezayı ağırlaştıran bir sebep olarak düzenlenmesi bu yönüyle de yerinde değildir.

5. Bununla da bağlantılı olarak TCK m. 89/2 ve 3'te yer verilen nitelikli haller kusur ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Kusur ilkesi gereği failin gerçekleştirdiği "eylem" ile bu eylemin kendisine isnat edilmesi suretiyle verilecek cezanın birbiriyle örtüşmesi gerekir. Diğer bir deyişle eylem ile ceza arasında bir ölçü bulunması gerekir. Ancak, TCK m. 89/2 ve 3'e dayalı olarak failin suçun temel şekline göre daha ağır cezalandırılması "eylem"in daha ağır olmasından değil, sadece "netice"nin daha ağır olmasından kaynaklanmaktadır. Oysa ki, eylem, hareketi ve neticeyi birlikte bünyesinde barındıran üst bir kavramdır[60]. Bu yönüyle TCK m. 89/2 ve 3 hareketin içeriğini göz ardı ettiği için kusur ilkesine aykırı düşen bir ceza öngörmektedir.

6. Öte yandan kusur ilkesi failin eylemi ile arasında isnadiyet ilişkisi kurulmaksızın sorumluluğunun tesis edilememesi güvencesini getirmektedir. TCK m. 89/2 ve 3'ün gerçekleştiği hallerde objektif olarak sadece suçun basit haline oranla ortaya çıkan "*daha ağır*" netice esas alınmaktadır. Bunun suçun nitelikli halini oluşturduğunun kabulü objektif sorumluluğu beraberinde getirir. Taksirli suçlarda kusur ilkesinden sapmamak için failin yasak neticeden kaçınmaya yönelik uyması gereken özen yükümlülüğü kuralını ihlal etmesi ile ortaya çıkan netice arasında "*öngörülebilirlik*" anlamında bir bağlantı kurulabilmesi gerekir.

7. Bu konuda yapılması gereken düzenleme, TCK m. 89/2 ve 3'ün madde metninden çıkartılması ve bu haller gerçekleştiği takdirde faili TCK m. 89/1'den sorumlu tutmak; fakat cezanın belirlenmesi aşamasında ortaya çıkan ağır neticeye dayalı olarak daha ağır ceza verilmesi yönünde olmalıdır. Öte yandan TCK m. 89/2 ve 3'ün kusur ilkesi ile bağdaşmadığına ilişkin kanaatin dayanağı esasen bu ağır neticelerin somut olayda fail tarafından bizzat öngörülebilir olup olmadığı ya da fail tarafından bizzat öngörülüp öngörülmediği araştırılmaksızın faile bu fıkralara dayalı olarak ağır ceza verilecek olmasıdır. Gerçekten, uygulamada taksirli suçlardan ötürü kurulan hükümlerde somut olaydaki failin kişilik özellikleri, tecrübesi, bilgi düzeyi, algı düzeyi, olgunluğu, öngörüsü gibi hususlar tek tek incelenmeden götürü

---

60 Eylem kavramının hareket ve netice ile olan ilişkisi hakkında bkz. ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, **Genel Hükümler**, s. 212.

bir değerlendirme yapılarak failin neticeyi öngördüğü ya da öngörebileceği adeta varsayılmaktadır. Hatta Yargıtay TCK m. 89/2 ve 3'ün söz konusu olduğu olaylarda failin bu ağır neticeleri öngörebilir konumda olup olmadığını araştırmaktan ziyade sadece ortaya çıkan ağır neticenin haksızlığının ağırlığına yoğunlaşmaktadır. Hatta Yargıtay bir adım daha ileri giderek ortaya çıkan neticenin "ağır" bir nitelik taşımasından ötürü TCK m. 89/ 2 ve 3'ten dolayı verilecek cezaların üst sınıra yaklaşılarak belirlenmesi ve artırımın bunun üzerinden yapılması gerektiğini belirterek faili iki kere "daha ağır" cezalandırmaktadır. Bu nedenle de TCK m. 89/2 ve 3'te yer alan ağır neticelerin nitelikli hal olarak düzenlenerek daha ağır cezalandırılması yerine TCK m. 89/1'de öngörülen cezanın TCK m. 61/1- e ve f hükümleri çerçevesinde daha ağır belirlenmesi kusur ile orantılı ceza tesis edilmesi bakımından daha yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

ARTUK Mehmet Emin/ ALŞAHİN Mehmet Emin, "Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı", **MÜHFHAD, Prof. Dr. Nur CENTEL'e Armağan**, Özel Sayı, C. 19, S. 2, İstanbul 2013, s. 17- 44.

ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet/ YENİDÜNYA A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara 2018.

AYNURAL Ömer Metehan, **Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179/ 3)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

BAYRAKTAR Köksal, "Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Sorumluluk İçin En Az Taksirle Hareket Etme Durumu", **Prof. Dr. Feridun YENİSEY'e Armağan**, C. I, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 3- 12.

BEKAR Elif, **Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar**, İstanbul 2017.

BOOß Helmuth, Keine Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht; **NJW**, 1960, s. 373 vd..

CENTEL Nur/ ZAFER Hamide/ YENERER ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

CENTEL Nur/ ZAFER Hamide/ YENERER Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C. I, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.

DARAGENLİ Vesile Sonay, "Tehlike Suçları", **Prof. Dr. Sahir ERMAN'a Armağan**, İstanbul 1999, s. 163- 188.

DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Seçkin Yayınevi, 13. Baskı, Ankara 2018.

DOĞAN Koray, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

DOĞAN Koray/ MERAKLI Serkan, **Trafik Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.

DONATSCH Andreas/ TAG Brigitte, **Strafrecht I Verbrechenslehre**, 8. Auflage, Zürich Basel Genf 2006.

DÖNMEZER Sulhi/ ERMAN Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, C. II, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2019.

ERSOY Uğur, "*Hareketin ve Neticenin Haksızlığı Kavramları Işığında Taksirli Suçlarda Meydana Gelen Sonucun/ Neticenin Hukuki Niteliği Üzerine Bir İnceleme*", **CHD**, Y. 13, S. 36, Nisan 2018, s. 39- 67.

GROPP Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2015.

HAFIZOĞULLARI Zeki/ ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, USA Yayıncılık, Ankara 2012.

HAFT Fritjof, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Auflage, München 2004.

HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Ankara 2018.

HEINRICH Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Stuttgart 2012.

HILGENDORF Eric/ VALERIUS Brian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München 2013.

HIRSCH Hans- Joachim, "Zur Problematik des erfolgssqualifizierten Delikts", **Strafrechtliche Probleme Schriften aus drei Jahrzehnten**, Duncker& Humblot Verlag, Berlin 1999, s. 269- 287.

İÇEL Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.

İSFEN Sabit Osman, **Das Schuldprinzip im Strafrecht**, München 2008.

JAKOBS Günther, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Berlin New York 1991. (JAKOBS, **AT**)

JAKOBS Günther, **Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt**, Walter de Gruyter Verlag, Berlin 1972. (JAKOBS, **Studien**)

JESCHECK Hans Heinrich/ WEIGEND Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Berlin 1996.

KAUFMANN Armin, "*Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*", **FS für Hans Welzel zum 70. Geburtstag**, Walter de Gruyter Verlag, Berlin 1974, s. 393- 414.

KAUFMANN Arthur, **Das Schuldprinzip**, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg 1976.

KAYMAZ Seydi/ GÖKCAN Hasan Tahsin, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları**, Ankara 2006.

KEÇELİOĞLU Elvan, **Taksirli Suçun Dogmatiği**, Ankara 2015. (KEÇELİOĞLU, **Taksir**)

KEÇELİOĞLU Elvan, "*Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)*", CHD, Y. 8, S. 21, Nisan 2013, s. 21- 32. (KEÇELİOĞLU, **Haksızlık**)

KINDHÄUSER Urs, **Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar**, 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden- Baden 2013. (KINDHÄUSER, **LPK**)

KINDHÄUSER Urs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Baden Baden 2013. (KINDHÄUSER, **AT**)

KINDHÄUSER Urs, "Zur Logik des Verbrechensaufbaus", **Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?,** Berlin 1997, s. 77- 94. (KINDHÄUSER, Logik)

KNDHÄUSER Urs, "*Zur Funktion der Sorgfaltsnormen*", **FS für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014**, De Gruyter Verlag, Berlin/ Boston 2014, s. 143- 156. (KINDHÄUSER, **Sorgfaltsnormen**)

KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018. (KOCA/ ÜZÜLMEZ, **Genel Hükümler**)

KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016. (KOCA/ ÜZÜLMEZ, **Özel Hükümler**)

KÜHL Kristian, "*Das Unrecht als Kern der Straftat*", **FS für Hans- Heiner Kühne zum 70. Geburtstag am 21. August 2013**, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2013, s. 15- 29. (KÜHL, **Unrecht**)

KÜHL Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2008. (KÜHL, **AT**)

LÜDERSSEN Klaus, "*Der -Erfolgsunwert- Eine inkonsequente Kategorie zwischen Strafrechtsdogmatik und Rechtspolitik*", **Rechtsfreie Räume?,** Berlin 2012, s. 659- 676.

LÜDERSSEN Klaus, "*Erfolgszurechnung und Kriminalisierung*", **FS für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag**, München 1979, s. 181- 200.

MERAKLI Serkan, **Ceza Hukukunda Kusur**, Ankara 2017.

OTTO Harro, **Grundkurs Strafrecht**, 7. Auflage, Berlin 2004.

ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019. (ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, **Genel Hükümler**)

ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019. (ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ**, Özel Hükümler**)

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara 2018. (ÖZGENÇ, **Genel Hükümler**)

ÖZGENÇ İzzet, "*Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)*", **Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan**, Konya 1996, s. 443- 454. (ÖZGENÇ, **Davranış Normları**)

ÖZTÜRK Bahri/ ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 18. Baskı, Ankara 2018.

ROXIN Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 4. Auflage, Verlag C. H. München 2006.

SATZGER Helmut/ SCHLUCKEBIER Wilhelm/ WIDMAIER Gunter, **StGB Strafgesetzbuch Kommentar**, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2014.

SCHAFFSTEIN Friedrich, "*Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten*", **FS für Hans Welzel zum 70. Geburtstag**, Walter de Gruyter Verlag, Berlin 1974, s. 557- 578.

SCHÖNKE Adolf/ SCHRÖDER Horst, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2014.

SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016.

STRATENWERTH Günter, "*Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt*", **FS für Hans- Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag**, I. Band, Duncker&Humblot Verlag, Berlin 1985, s. 285- 302. (STRATENWERTH, **Fahrlässigkeitsdelikt**)

STRATENWERTH Günter, "*Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht*", **ZStrR**, 79 (1963), s. 233- 256. (STRATENWERTH, **Unwert**)

STRATENWERTH Günter, **Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat**, 3. Auflage, Bern 2005. (STRATENWERTH, **AT I**)

STRATENWERTH Günter/ KUHLEN Lothar, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2011.

WELZEL Hans, **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Auflage, Walter de Gruyter Verlag, Berlin 1969. (WELZEL, **AT (11)**)

WELZEL Hans, **Das Deutsche Strafrecht**, 1. Auflage, Walter De Gruyter Verlag, Berlin 1947. (WELZEL, **AT (1)**)

WELZEL Hans, "*Studien zum System des Strafrechts*", **Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie**, Berlin New York 1975, s. 120- 184. (WELZEL, **Studien**)

WESSELS Johannes/ BEULKE Werner/ SATZGER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 43. Auflage, C.F. Müler Verlag, Heidelberg 2013.

YILDIZ Ali Kemal, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007. (YILDIZ, **Türk Ceza Kanunu**)

YILDIZ Ali Kemal, Taksirle Öldürme Suçu, **Özel Ceza Hukuku, C. II, Kişilere Karşı Suçlar**, İstanbul 2017.

ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1- 75**, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.

2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ SONRASI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİN ANAYASA'YA UYGUNLUK DENETİMİ

Taylan BARIN[*]

Öz: 16/4/2017 tarihli halkoylaması ile kabul edilen 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* ile başta hükümet sistemi olmak üzere birçok konuda değişiklik yapılmıştır. Değişiklikle birlikte Bakanlar Kurulu kaldırılarak yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. Anayasa'nın özgün halinde yer alan ve Bakanlar Kurulu'na Kanun Hükmünde Kararname (KHK) çıkarma yetkisi veren 91. madde de ilga edilmiştir. 6771 sayılı Kanunun 18. maddesine göre değişikliklerin tamamı birlikte yapılan ilk TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanı'nın göreve başladığı 9/7/2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten itibaren KHK çıkarma yetkisi de sona ermiştir. Değişiklik neticesinde, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) görev ve yetkileri arasında yer alan KHK'ları denetleme yetkisi, yerini yürütmenin yeni düzenleyici işlemi olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini (CBK) denetlemeye bırakmıştır. Anayasa'nın geçici madde 21/(F) hükmü yürürlükte olan KHK'ların geçerliliğini sürdüreceğini, AYM'nin de 152. ve 153. maddeleri (somut norm denetimi) bağlamında görev ve yetkilerinin devam edeceğini düzenlemiştir. Bu değişiklikler KHK'ların iptali için dava açılıp açılamayacağı ile KHK'ların denetiminde yetki kanununa uygunluğun Anayasa'ya aykırılık teşkil edip etmeyeceğine ilişkin iki problemi beraberinde getirmiştir. Bu çalışmada anılan iki soruya AYM içtihadı çerçevesinde yanıt aranacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kanun Hükmünde Kararname, Yetki Kanunu, Yetki Kanunu'na Aykırılık, Somut Norm Denetimi, İptal Davası, Anayasa Geçici Madde 21/(F)

---

[*] Makale Gönderim Tarihi: 23.07.2019. Makale Kabul Tarihi: 10.12.2019.

Dr., Anayasa Mahkemesi Raportörü, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi (ORCID kimlik no: 0000-0001-8227-642X; *taylan.barin@anayasa.gov.tr* / *tbarin@ybu.edu.tr*).

Bu konuyu zihnimde olgunlaştırırken istişare ettiğim ve ufuk açıcı fikirlerini benden esirgemeyen kıymetli mesai arkadaşlarım Anayasa Mahkemesi Raportörleri Dr. Volkan Has ve Muharrem İlhan Koç'a teşekkürlerimi sunarım.

JUDICIAL REVIEW OF DECREES HAVING THE FORCE OF LAW AFTER CONSTITUTIONAL AMMENDMENTS OF 2017

Abstract: The Act on the Amendment of the Constitution (Act No. 6771), adopted by referendum dated 16/4/2017, has changed the system of government of the Republic of Turkey. With the amendment, the Council of Ministers was abolished and the executive power has been assigned to the President. Article 91 of the Constitution, which authorizes the Council of Ministers to issue decrees having force of law was repealed by the amendment. According to Article 18 of the Amendment act, (Act No. 6771), all the amendments came into force on 9/7/2018, when the President took office. The Constitutional Court's duty to review the constitutionality of decrees having force of law, has been replaced by that of the Presidential Decrees. Provisional Article 21 / (F) of the Constitution stipulates that *"The decrees having the force of law, … that are in force as of the effective date of this Act shall remain in force unless they are repealed. The articles 152 and 153* (concrete judicial review) *shall continue to be applied to the decrees having the force of law that are in force."* These amendments contain two issues regarding whether a lawsuit can be filed for the annulment of the decrees having force of law (I) and whether compliance with the empowering law of decrees having force of law will constitute a violation of the Constitution (II). In this study, these two questions are discussed within the framework of case law of the Constitutional Court.

Key Words: Decrees Having the Force of Law, Empowering Law, Concrete Judicial Review, Action for Annulment, Provisional Article 21/(F) of the Constitution

GİRİŞ

21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 18/10/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 71 maddesinde değişiklik yapılarak hükümet sistemi değiştirilmiş, Cumhurbaşkanlığı Sistemine geçilmiştir[1]. 6771 sayılı

---

1 Benimsenen yeni hükümet sistemi için *"Türk Tipi Başkanlık", "Türkiye Modeli Başkanlık" gibi isimler kullanıldıysa da, resmi metinlerde hükümet sisteminin "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi" olarak anıldığı görülmektedir. Nitekim, 10.05.2018 tarihli ve 7142 sayılı "6771 Sayılı Kanunla Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Çeşitli Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Konusunda Yetki Kanunu"un genel gerekçesinde de "Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi" kavramı tercih edilmiştir.*

Kanun'un 17. maddesi ile Anayasa'ya eklenen Geçici 21. maddenin (B) fıkrası *"Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu Kanunla yapılan değişikliklerin gerektirdiği Meclis İçtüzüğü değişikliği ile diğer kanuni düzenlemeleri yapar."* hükmü ile TBMM'ye yeni hükümet sistemine geçmeden evvel uyum yasalarını çıkarma vazifesini yüklemiştir.

TBMM'nin 2017 yılının Ekim ayına kadar Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine yönelik İçtüzük değişikliği ile uyum yasalarını çıkarması gerekiyorken, TBMM herhangi bir düzenleme yapmamıştır[2]. Geçici 21. maddenin (A) fıkrasında Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş tarihi olarak baz alınan seçim tarihi 3/11/2019 olarak belirtildiği için anayasanın altı ay olarak belirttiği süreye uyulmaması halinde dahi uyum yasaları için yeteri kadar süre kalmaktaydı. Şu kadar ki, TBMM'nin seçim kararı alarak 27. Yasama Dönemi milletvekili genel seçimi ve Cumhurbaşkanlığı seçim tarihini bir buçuk yıl öne alarak 24/06/2018 olarak belirlemesi, uyum yasalarının hükümet sistemi değişikliği yürürlüğe girmeden önce yapılmasını sağlamak amacıyla hızlandırılması gerekliliğini beraberinde getirmiştir.

27. Yasama Dönemi milletvekili genel seçimi ve Cumhurbaşkanlığı seçim tarihinin erkene alınması neticesinde gerekli değişikliklerin kanunların tabi olduğu usullere göre yapılması için yeterli vakit olmadığından dolayı *"Anayasa değişikliğinin gerektirdiği kanuni düzenlemelerin bir an önce yapılması önem arz etmekte olup ivedi olarak yapılması gereken bazı düzenlemelerin kanun hükmünde kararname çıkarılması yoluyla gerçekleştirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır."* gerekçesiyle TBMM yetki kanunu çıkarmıştır[3]. Bu yetki kanununa dayanarak Bakanlar Kurulu sayıları 698, 699, 700, 702 ve 703 olmak üzere toplam beş Kanun Hükmünde Kararname (KHK) çıkarmıştır. Bu arada bir de (701 Sayılı) Olağanüstü Hal (OHAL) KHK'sı çıkarılmıştır.

Tüm anayasa değişiklikleri yürürlüğe girdikten sonra, KHK'lar için iptal davası açılmış, Anayasa Mahkemesi (AYM), OHAL KHK'sı için 2016

---

2 27.7.2017 tarihli 1160 numaralı Kararla, TBMM İçtüzüğünün 3'üncü, 19'uncu, 37'nci, 54'üncü, 56'ncı, 57'nci, 58'inci, 63'üncü, 73'üncü, 81'inci, 87'nci, 102'nci, 143'üncü, 160'ıncı, 161'inci ve 163'üncü maddelerinde değişiklik yapıldıysa da bu değişiklikler yeni sisteme uyumu kapsamamaktadır.

3 Yetki Kanunu'nun iptali için dava açılmış, AYM E. 2019/14, K. 2019/16 ve 14/3/2019 tarihli kararıyla iptal talebinin reddine karar vermiştir.

sonrası içtihadıyla uyumlu olarak yetkisizlik nedeniyle red kararı verirken, diğer KHK'ların esasına geçilmesine karar vermiştir. Bu çalışmada hem AYM'nin bu kararları tahlil ve tenkit edilecek hem de itiraz yoluyla yürürlükteki KHK'ların AYM'nin önüne gelmesi durumunda denetimin nasıl yapılabileceği tartışılacaktır.

I. ANAYASA MAHKEMESİNİN GÖREV ve YETKİLERİNİN TESPİTİ

2017 yılı Anayasa Değişikliği ile yürürlükten kaldırılan hükümler arasında KHK'lara ilişkin hükümler de bulunmaktadır. Buna göre, Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi veren Anayasa'nın 91. maddesi ile olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda KHK çıkarma yetkisi veren Anayasa'nın 121. maddesi 6771 sayılı Kanun'un 16. maddesinin (E) fıkrasıyla yürürlükten kaldırılmıştır. Mezkûr Kanun'un 8. maddesi ile Anayasa'nın 104. maddesinde yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanının, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabileceği hükme bağlanmıştır.

Anılan tüm bu değişikliklerle uyumlu olarak AYM'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddede 6771 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile değişiklik yapılmış ve söz konusu maddenin birinci fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: *"Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz."*

Yürürlükte bulunan KHK'ların akıbeti ile AYM tarafından denetimi, 6771 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle Anayasa'ya eklenen geçici 21. maddenin (F) fıkrasında hükme bağlanmıştır. Anılan fıkraya göre *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür. Yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler hakkında 152*

nci ve 153 üncü maddelerin uygulanmasına devam olunur." Anayasa'nın atıfta bulunulan 152. maddesi, Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülme usulünü (somut norm denetimi- itiraz başvurusu) , 153. maddesi de AYM'nin kararlarının niteliğini, hüküm ve sonuçları ile iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelenebilme usulünü düzenlemektedir.

6771 sayılı Kanun'un 18. maddesinde, bu Kanun ile Anayasa'da yapılan değişikliklerin yürürlüğe gireceği üç farklı tarih belirlenmiştir. Bunlar;

1. Birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarih[4],
2. Birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin takvimin başladığı tarih[5],
3. 6771 sayılı Kanun'un halkoylamasında kabul edildiği 16 Nisan 2017 tarihidir[6].

Çalışmamız açısından önem arz eden maddelerin yürürlüğe girdiği tarih, *birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarih* olan **9 Temmuz 2018**'dir. Bu tarihte Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişiklik yürürlüğe girerek KHK'ların anayasaya uygunluğu denetiminin AYM tarafından yapılacağını düzenleyen ibare yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı tarihte KHK'lara ilişkin AYM'nin görevinin somut norm denetimi bağlamında devam ettiğini belirten Anayasa geçici madde 21/ F de yürürlüğe girmiştir.

---

4 8, 15, 17, 19, 73, 82, 87, 88, 89, 91, 93, 96, 98, 99, 100, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 üncü maddelerinde yapılan değişiklikler ile 114 üncü maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarının ilgaları yönünden, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124 ve 125 inci maddelerinde yapılan değişiklikler ile 127 nci maddenin son fıkrasına dair değişiklik; 131, 134, 137 nci maddelerinde yapılan değişiklikler ile 148 inci maddenin birinci fıkrasındaki değişiklik ile altıncı fıkrasındaki "Bakanlar Kurulu üyelerini" ibaresine dair değişiklik, 150, 151, 152, 153, 155 inci maddenin ikinci fıkrası, 161, 162, 163, 164, 166 ve 167 nci maddelerinde yapılan değişiklikler ile geçici 21 inci maddenin (F) ve (G) fıkraları

5 75, 77, 101 ve 102 nci maddelerinde yapılan değişiklikler. (Seçim takvimi başlangıcı 30 Nisan 2018'dir)

6 Değiştirilen diğer hükümleri ile 101 inci maddesinin son fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişiği kesilir" ibaresinin ilgası.

A. 9 Temmuz 2018 Sonrası AYM'nin Norm Denetimine Yönelik Görev ve Yetkileri

27. Dönem TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri 24 Haziran 2018 günü yapılmış, 4 Temmuz 2018 tarihinde Yüksek Seçim Kurulunca seçim sonuçları açıklanmıştır. Seçim sonuçlarının açıklanmasını müteakip Cumhurbaşkanı'nın göreve başlamasının hemen öncesinde biri Olağanüstü Hal (OHAL) KHK'sı olmak üzere toplam altı KHK Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir:

KHK No	KHK Adı	KHK Tarihi	Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi	Yetki Kanunu	İptal Davası
698	477 Sayılı Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname	2/7/2018	4/7/2018	10/5/2018 No : 7142	E.2018/111 sayılı dosya 25/9/2018 tarihli toplantıda Esasa geçilmesine karar verilmiştir.
699	Cumhurbaşkanı Seçimi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname		6/7/2018	10/5/2018 No : 7142	E.2018/112 sayılı dosya 25/9/2018 tarihli toplantıda Esasa geçilmesine karar verilmiştir
700	Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname	2/7/2018	7/7/2018	10/5/2018 No : 7142	E.2018/113 sayılı dosya 25/9/2018 tarihli toplantıda Esasa geçilmesine karar verilmiştir
701	Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname	Bakanlar Kurulunca 4/6/2018 Tarihinde kararlaştırılmıştır	8/7/2018	OHAL KHK'sı Yetki Kanunu yok	E.2018/114, K. 2018/91 K.T. 25/9/2018
702	Nükleer Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname	2/7/2018	9/7/2018	10/5/2018 No : 7142	E.2018/115 sayılı dosya 25/9/2018 tarihli toplantıda Esasa geçilmesine karar verilmiştir
703	Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname	2/7/2018	9/7/2018	10/5/2018 No : 7142	E.2018/117 sayılı dosya 25/9/2018 tarihli toplantıda Esasa geçilmesine karar verilmiştir

9 Temmuz 2018 Tarihinde Cumhurbaşkanı yemin ederek göreve başlamış, bu tarih itibarıyla de tüm anayasa değişiklikleri yürürlüğe girmiştir. Tüm hükümlerin yürürlüğe girmesi neticesinde AYM'nin norm denetimine ilişkin görev ve yetkileri aşağıda sayılanlardan ibarettir:

1. *Kanunların, Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetlemek (m. 148),*

2. *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetlemek (m. 148),*
3. *Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetlemek (m. 148),*
4. *Anayasa Değişikliklerini şekil bakımından incelemek ve denetlemek (m. 148),*
5. *Yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararname hükümlerinin itiraz yoluyla önüne getirilmesi durumunda Anayasaya esas bakımından uygunluğunu denetlemek (Geçici Madde 21/F.)*

Görüldüğü üzere, AYM'nin yürürlükte bulunan ve olağan/olağanüstü ayrımı yapılmaksızın tüm KHK'lara ilişkin görev ve yetkisi, somut norm denetimiyle sınırlı olarak devam etmektedir. Anayasa'nın iptal davasını düzenleyen 150. maddesinde de değişiklik yapılmış, bu değişiklik de 9/7/2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir:

"Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir."

6771 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle Anayasa'ya eklenen Geçici madde 21/ (F) şu şekildedir:

"F) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür. Yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler hakkında 152 nci ve 153 üncü maddelerin uygulanmasına devam olunur."

Fıkra, KHK'lar ile diğer düzenleyici işlemlerin geçerliliğini sürdüreceğini hüküm altına alırken, KHK'ların somut norm denetimi yoluyla AYM'nin önüne getirilmesine ve Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılmasına imkân vermektedir. Şu halde bir davaya bakmakta olan mahkeme, davada uygulanacak KHK hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan

birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, ilgili hükümlerin iptali için itiraz yoluyla AYM'nin önüne getirebilecektir.

B. AYM'nin KHK'lara İlişkin Görev ve Yetkilerinin Tespiti

Anayasa'nın AYM'ye açıkça yetki vermediği hatta açıkça AYM'yi yetkisiz saydığı alanlarda dahi AYM'nin kendisini yetkili olarak gördüğü ve esas incelemesi yaptığı kararları mevcuttur. AYM'nin OHAL KHK'larını denetlemesi, anayasa değişikliklerinin esas bakımından anayasaya uygunluğunun dolaylı olarak denetlemesi ile yürürlüğü durdurma kararı vermesi bu bağlamda akla gelen ilk örneklerdir.

Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesi neticesinde AYM'nin görev ve yetkileri de değişmiş, Anayasa geçici madde 21/(F) istisnası dışında AYM'nin KHKlara yönelik herhangi bir denetleme yetkisi kalmamıştır. Buna rağmen AYM, fıkrayı Anayasa'nın iptal davasını düzenleyen 150. ve 151. maddelerine de şamil bir şekilde yorumlayarak; *"6771 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle KHK çıkarabilme imkânının ortadan kalkmış olması dolayısıyla süreye tabi olan iptal davası açma yönteminin işletilebilmesinin fiilen mümkün olmayacağı düşüncesinden kaynaklan*dığını" belirterek *"Anayasa Mahkemesinin gerek itiraz başvurusu gerekse iptal davası yönünden KHK'lara ilişkin var olan yargısal denetim yetkisinin anılan değişiklik sonrasında da aynen sürdüğünü"* kabul etmiştir[7].

Bu kabul AYM'nin denetim yaparken yürürlükteki Anayasa hükümleri ile mi yoksa yürürlükten yeni kaldırılan hükümler ile mi kendi yetkisini tayin edeceğine ilişkin olup AYM yürürlükten kaldırılan hükümlere göre kendisini yetkili saymıştır. Oysa genel olarak kamu hukukunda özel olarak da idare hukukunda yetkisizlik kural, yetki ise istisnadır[8]. Bu kaide AYM için de geçerlidir. Gözler'in de ifade ettiği üzere *"Anayasa Mahkemesi, tüm kamu hukuku organları gibi, kural olarak yetkisiz bir organdır. Kendisinin sahip olduğu yetkiler, kendisine "verilmiş" olan yetkilerdir. Anayasa Mahkemesi*

---

7 AYM E. 2018/114, K. 2018/91 ve 25/9/2018 tarihli karar, paragraf 8 ve 9.

8 *"Bu itibarla, idare hukukunda "yetki" kavramı, Anayasa ve yasalarla idareye tanınmış olan karar alma gücünü ifade etmekte ve bu alanda yetkisizlik kural, yetkililik istisna olarak kabul edilmektedir. Bu istisna hali ise, yetkinin, yalnızca yasayla gösterilen hallerde ve yine yasayla gösterilen idari merciler tarafından kullanılması anlamına gelmektedir."*
Danıştay 15. Daire., E. 2014/5898 K. 2018/7938 T. 28.11.2018

tüm diğer kamu hukuku organları gibi kendisine ayrıca ve açıkça yetki verilmemişse, o konuda yetkisizdir hiçbir karar alamaz."[9]

AYM 1982 Anayasasına geçiş sürecinde de çalışmamıza konu durumu ölçü normun yürürlükten kaldırılan Anayasadan mı yoksa yürürlükteki yeni Anayasadan mı alınacağını tartışmış ve çalışmamıza da ışık tutacak kararında şu ifadelere yer vermiştir:

"Yasa koyucu herhangi bir yasada değişiklik yaptığı veya yeni bir düzenlemede bulunduğu takdirde, bu yasa kurallarının yürürlüğe girmeleriyle birlikte uygulamalarını da istemiş demektir. Bu kural, Anayasa değişikliklerinde veya yeni bir Anayasanın yürürlüğe girmesi hallerinde öncelikle geçerlidir.

Anayasa kurallarının, bir taraftan kamu düzenini doğrudan ilgilendirmesi, öte yandan Anayasaların üstünlüğü prensibi gereği olarak yürürlüğe girdiği andan itibaren etkisini göstermesi zorunludur. Anayasa yargısı ile güdülen Anayasa kurallarının üstünlüğünü koruma, Anayasayı egemen kılma gereğini gerçekleştirmenin doğal sonucu da budur.

Anayasa Mahkemesi, bir yasa kuralının Anayasaya aykırı olup olmadığını inceleyip Anayasaya aykırı yasa kurallarını iptal etmekle, hukuk düzenini Anayasaya aykırı kurallardan arıtma görevini yaptığına göre, bu denetimin elbette yürürlükte bulunan Anayasaya göre yapılması gerekecektir.[10]"

Kanaatimizce AYM'nin 1983 tarihli bu kararı isabetlidir, esas incelemesi bağlamında ölçü normda olduğu gibi, görev ve yetkilerinin tespiti bağlamında usule ilişkin kurallar açısından da yürürlükteki anayasa hükümlerini esas alması gerekir. Anayasa'nın egemenliği düzenleyen 6. maddesinde ifade edildiği üzere *"Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz."* demek suretiyle bu hususu açıkça belirtmekte, 11. maddesinde ise anayasa hükümlerinin yargı organlarını da bağladığını hüküm altına almaktadır. 6. ve 11. maddelerdeki "Anayasa"dan, yürürlükteki Anayasa'nın anlaşılması gerekliliği ise izahtan varestedir.

---

9 GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Gözden Geçirilmiş 22. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2018, s. 462.

10 AYM, E. 1981/13, K. 1983/8 ve 28/4/1983 tarihli karar.

II. İPTAL DAVASI BAĞLAMINDA AYM'nin YETKİSİ(ZLİĞİ)

6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile AYM'nin yetkilerinde yapılan değişikliğin geçici madde ile itiraz yolunu içermesine rağmen iptal davasına yer vermemesi, yeni hükümet sistemine geçiş için yapılması gereken düzenlemelerin 6 ay içerisinde yapılmasını düzenleyen Anayasa Geçici Madde 21/B hükmü ile birlikte ele alındığında oldukça makuldür. Yapılması gereken yasal düzenlemeler belirtilen sürede yapılsaydı iptal davası açılması için yeteri kadar süre kalacaktı.

TBMM'nin 6 aylık süreyi etkili bir şekilde kullanmamasına bir de seçim kararı alarak 27. Yasama Dönemi milletvekili genel seçimi ve Cumhurbaşkanlığı seçim tarihini 24/06/2018 olarak belirlemesi eklenmiş, uyum yasalarının Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmeden önce yapılmasını sağlamak amacıyla hızlandırılması gerekmiştir. Bu gereklilik de anılan düzenlemelerin KHK ile hızlıca yapılması pratik çözümünü tercihe şayan kılmış ve değişiklikler KHK'larla yapılmıştır[11]. Bu durum da Anayasa değişikliği esnasında hiç hesapta olmayan bir gelişmenin yaşanmasına sebebiyet vermiştir.

Bakanlar kurulu KHK'ların iptali için Anayasa m. 148 bağlamında iptal davası açılamayacağına dair eksik düzenlemeyi de fark etmiş olacak ki,

---

11 10.05.2018 tarihli ve 7142 sayılı "6771 Sayılı Kanunla Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Çeşitli Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Konusunda Yetki Kanunu"'nun 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasında 19 adet kanun sayıldıktan sonra "ile diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin" (1) numaralı fıkrada belirtilen hususlara ilişkin hükümlerinde yapılacak "değişiklik, yürürlükten kaldırma ve yeni düzenlemeler" yetki kanununun kapsamı olarak belirlenmiştir. Plan ve Bütçe Komisyonu'nun 10 Mayıs 2018 Perşembe günü yapılan birinci oturumunda bu kapsam şu sözlerle detaylandırılmıştır: "Uluslararası antlaşmaların uygun bulunmasına dair kanunlar dışında şu anda yürürlükte 879 kanun, 80 kanun hükmünde kararname bulunduğunu, yaklaşık olarak yetki kanunu kapsamında değişiklik yapılacak kanun sayısının 521, kanun hükmünde kararname sayısının ise 40 olduğunu ifade etmiştir. Madde bazında kaldırılacak madde sayısı 2.483 ve değiştirilecek madde sayısı da 2.470 olarak şu anda yaptığımız tespitler çerçevesinde görülmektedir."

Değişiklik yapıldığı sırada yürürlükte olan kanunların yaklaşık %60'ında, KHK'ların ise yaklaşık %40'ında değişiklik yapılması sonucunu doğuran bu düzenlemenin Anayasa'nın 7. maddesinde düzenlenmiş olan yasama yetkisinin devredilmezliğine aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Anılan hükmün iptali için açılan davayı AYM 2018/100 E., 2018/79 K. ve 5/7/2018 tarihli kararı ile reddetmiştir.

bu hususu da uyum KHK'ları içerisinde düzenlemek suretiyle bu eksikliği gidermeye çalışmıştır. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'a, 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK ile eklenen geçici 2. maddenin (4) numaralı fıkrasında *Anayasa Mahkemesinin KHK'lara ilişkin görev ve yetkilerinin devam edeceğine* ilişkin kural eklenmiştir. Kanaatimizce bu kuralın Anayasa Geçici m. 21/F ile yani Anayasa m. 152 ve 153 ile sınırlı olarak yorumlanması gerekir. Başka bir ifadeyle anılan hükümden AYM'nin KHK'ların itiraz yolu ile denetlenebileceğini kanun düzeyinde tekrar etmesi anlaşılmalıdır.

Aksi yorum Anayasa'ya aykırı sonuca götürmektedir. Anayasa 148/son'da belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri 148. maddede belirtilenlerden başka Anayasa ile kendisine verilen görev ve yetkilerden ibarettir. Anayasa Mahkemesine ancak ve ancak Anayasa ile görev ve yetki verileceğinden, 703 sayılı KHK ile 6216 sayıla kanuna eklenen geçici maddenin iptali davasını da kapsayacak şekilde hüküm ve sonuç doğurması beklenemez[12].

Ancak burada konunun yasama yetkisinin asliliği ve genelliği bağlamında da tartışılmalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 2011/59 E., 2012/34 K. ve 1/3/2012 tarihli kararında, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 36. maddesinin Anayasa'ya uygunluğu denetlerken benzer bir hususu tartışmıştır. Anayasa'da, TBMM İçtüzüğü'nün şekil bakımından denetimi için herhangi bir sınırlama getirilmediği halde, anılan kural ile bu konuda getirilen denetim sınırlamasının Anayasa'ya uygunluğunu denetleyen Mahkeme, *"… Anayasa'da bu konuda bir düzenlemenin bulunmaması TBMM İçtüzüğü'nün sınırsız bir şekil denetimine tabi tutulacağı veya Anayasa'da bu konu düzenlenmediğine göre Kanunla da düzenlenemez gibi yasama yetkisinin asliliği ve genelliği ilkelerine tamamen aykırı bir yaklaşım ileri sürülemez."* şeklinde hüküm kurarak anılan hususun Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, aynı kararın takip eden paragrafında "*TBMM İçtüzüğü'nün şekil bakımından denetiminde Anayasa'da yer almayan düzenlemelere yer verilmesi, kaynağı Anayasa'da yer almayan bir devlet yetkisi kullanımı olarak değil, yasama*

---

12 Anayasa m. 142'ye göre *"Mahkemelerin … görev ve yetkileri … kanunla düzenlenir."* Nasıl CBK, Yönetmelik veya her ne adla olursa olsun kanun harici bir düzenleyici işlemle Mahkemelere görev ve yetki verilmezse, Anayasa Mahkemesine de Anayasa Harici herhangi bir düzenleyici işlemle görev ve yetki verilemez.

yetkisinin genelliği ve asliliği ilkelerinin doğal bir sonucu olarak görülmelidir." diyerek aynı hususu tekrar vurgulamıştır.

Kanaatimizce Mahkeme'nin buradaki yorumu ile bizim vardığımız sonuç çelişmemektedir. Gerçekten, kararda belirtildiği üzere kanun koyucu 6216 sayılı Kanun'un 36. maddesindeki düzenlemeyle, Anayasa m. 148'in şekil denetimi bağlamında TBMM içtüzüğünün şekil denetiminin nasıl yapılacağını sınırlayıcı değil açıklayıcı bir biçimde düzenlemektedir[13]. Dolayısıyla burada kanun koyucu, Anayasa'nın Anayasa Mahkemesi'nin yetkili olduğunu belirterek boşluk bıraktığı bir alanda düzenleme yapmıştır. Oysa çalışmamızda tartışılan konuda Anayasa Geçici m. 21/F ile yapılması gereken denetimi somut norm denetimi yani Anayasa m. 152 ve 153 ile sınırlı tutmuş, iptal davası yani 148. maddeyi burada zikretmemiştir. Dolayısıyla Anayasa, KHK'ların denetimi bağlamında kanun koyucu tarafından yasamanın asliliği ve genelliği bağlamında doldurulması gereken bir boşluk, iptal denetimini de kapsayacak şekilde bir yoruma elverişlilik bırakmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerinin açıklanmasını değil fakat genişletilmesi sonucunu doğuracak bir kanuni düzenlemenin Anayasa'nın 148. maddesine aykırı olacağı kuşkusuzdur.

Netice itibariyle 6771 sayılı kanunla yapılan Anayasa değişikliklerinin tamamının, 9/7/2018 tarihinde Cumhurbaşkanı'nın TBMM'de ant içerek göreve başlamasıyla yürürlüğe girmesinin ardından AYM'nin KHK'lara ilişkin görev ve yetkisi Anayasa Geçici 21/F'ye göre anayasanın 152. maddesiyle, yani somut norm denetimiyle sınırlıdır. Bu tarihten sonra açılan iptal davalarında AYM'nin yetkisizlik nedeniyle red kararı vermesi gerekirken kendisini yetkili sayması Anayasa'ya aykırıdır.

A. AYM 25/9/2018 Günlü E. 2018/114, K. 2018/91 Sayılı OHAL KHKsı Kararı

---

13 Anılan kararı değerlendiren ÜLGEN şu şekilde değerlendirmektedir: *"Anayasaya uygunluk denetiminde ölçü-norm anayasa olduğuna göre, anayasada yer alan kurallar bakımından yasa koyucu sınırlayıcı bir düzenleme yapamayacaktır. Anayasada yer almayan kurallar ise zaten anayasaya uygunluk denetiminin kapsamında değildir. Kanun koyucunun bu kuralları saptayarak, sınırlayıcı değil açıklayıcı bir biçimde düzenleme yapması elbette anayasaya aykırı olmayacaktır."* ÜLGEN Özen, "Anayasaya Uygunluğun Şekil Bakımından Denetiminin Kapsamına İlişkin Sorunlar ve Kanun Hükmünde Kararnamelerin Şekli Bakımdan Denetimi" **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 11, S:137, Yıl: 2016, s. 145-146.

1982 Anayasası'nın özgün halinde OHAL KHK'larının siyasi ve yargısal denetimi olağan dönem KHK'larından farklı bir rejime tabii tutulmuş; OHAL KHK'larının yargısal denetimindense siyasi denetimi tercih edilmiştir. Anayasa koyucu AYM'nin görev ve yetkilerini düzenlediği, 148. maddesinin birinci fıkrasında, OHAL KHK'larını mahkemenin denetim sahasına giren diğer kanun, KHK, TBMM içtüzüğü ve anayasa değişiklerinden ayırarak *"Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm OHAL KHK'larının yargısal denetimini açıkça yasaklamaktaysa da AYM bu yasağı, iptali istenen OHAL KHK'sının hukuki nitelendirmesini kendisi yapmak suretiyle aşmaktaydı[14]. Anayasa Mahkemesi, 2016 ve sonrasında vermiş olduğu kararlarıyla mezkur içtihadından dönmüş, (eski içtihadında yer alan) hukuki nitelendirmenin kendisi tarafından yapılabileceğini tekrar ettikten sonra, hiçbir nitelendirmenin OHAL KHK'larının yargısal denetiminin yapılabileceği sonucunu doğurmayacağına hükmetmiştir[15]. Mahkemenin değişen içtihadı, OHAL KHK'larının Ana-

---

14 Örneğin: AYM E.1990/25, K. 1991/1 ve 10/1/1991 tarihli karar; AYM E.1991/6, K.1991/20 ve 3/7/1991 tarihli karar.

Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin içtihatlarının tahlili bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Kısaca değinmemiz gerekirse; Mahkemenin terk ettiği içtihadının, temel hak ve hürriyetleri güçlendirdiğine ve hukuk devleti ilkesi ile uyumlu olduğuna kuşku yoktur.

Ancak OHAL KHK'larının denetlenememesi, Anayasa Mahkemesinin değil bizzat Anayasa koyucunun tercihidir ve bu tercihini yoruma açık olmayacak bir biçimde belirtmiştir. Hatta Anayasa koyucunun buradaki vurgusu da dikkate şayandır, Anayasa koyucu bu hükümde Anayasa Mahkemesine değil, iptal davası açabilme hakkına sahip olanlara yönelik "dava açılamaz" hükmüne yer vererek Mahkemeyi dahi bu tartışmadan vareste tutmayı amaçlamıştır.

15 Her ne kadar AYM, E.1990/25, K. 1991/1 ve 10/1/1991 tarihli kararında *"Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamaz."* gerekçesiyle bu denetim yasağını aştıysa da, AYM 2016/166 E., 2016/159 K. ve 12.10.2016 tarihli güncel içtihadında (p. 19)*"Anayasa Mahkemesinin önüne getirilen kuralın niteliğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu kuşkusuzdur. Bu çerçevede bir işlemin muhtevası esas alınarak maddi kritere veya işlemi tesis eden organ ve başvurulan usuller esas alınarak şekli-organik kritere göre niteleme yapılabilir. Hangi kriter esas alınırsa alınsın yapılan nitelemenin Anayasa'nın çizdiği çerçevenin dışına çıkılması, başka bir ifadeyle olağanüstü hâl KHK'larının şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğurmaması gerekir"* gerekçesiyle OHAL KHK'larını denetleyemeyeceğine hükmetmiştir.

Mahkemenin eski içtihatlarının irdelendiği bir çalışma için bkz: ÖDEN Merih, "Anayasa

yasaya uygunluğunun yargısal olarak (soyut norm denetimi bağlamında) denetlenemeyeceği sonucunu doğurmuştur[16].

Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 58, S: 3, Yıl: 2009, ss. 659-692; ALİEFENDİOĞLU Yılmaz. "Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri" **Anayasa Yargısı Dergisi**, C: 9, Yıl: 1992, ss. 411-434; EROĞUL Cem, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM'ce Onaylanması Sorunu" **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C: 54, S: 4, Yıl: 1999, ss. 31-46; GÖZLER Kemal, "Olağanüstü Hal Rejiminde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi" **Ankara Barosu Dergisi**, C: 47, S: 4, Yıl: 1990, ss. 561-590; TURHAN Mehmet, "Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler" **Amme İdaresi Dergisi**, C: 25, S: 3, Yıl: 1992, ss. 13-36.

16 Burada OHAL KHK'ları için itiraz yoluna başvurulup başvurulamayacağı tartışılabilir. OHAL KHK'ları için itiraz yoluna başvurulabilmesi Anayasa Mahkemesi'nin yeni içtihadının neticesinde değer kazandığı için doktrinde bu konu yeterince tartışılmamıştır.

Kısaca değinecek olursak: Anayasa m. 152/1 *"Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır."* hükmüyle OHAL KHK'ları ile KHK'lar arasında bir ayrım yapmamıştır. 1961 Anayasasının geçici 4. Maddesinde *"27 Mayıs 1960 Devrim tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunlar … hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılamıyacağı gibi, itiraz yoluyla dahi mahkemelerde Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez."* Hükmü yer almaktaydı mesela. Keza 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un İptal Davasının Açılamayacağı Haller başlıklı 19. Maddesinde (anayasaya uygunluğu tartışmalı olsa da) *"Olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde Anayasanın 121 ve 122 nci Maddeleri gereğince çıkarılan kanun hükmünde kararnamelere karşı şekil ve esas bakımından iptal davası açılamaz ve mahkemelerde anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez."* hükmü yer almaktaydı.

Güncel içtihadın değerlendirildiği bir çalışma için bkz. TÜRK Ender, Anayasa Mahkemesinin Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri Hakkında Verdiği Son Kararlar Üzerine Bazı Gözlemler, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C: 5, S: 10, Yıl: 2016, ss. 551-569.

1982 Anayasasında OHAL KHK'ları için itiraz yolunu engelleyen bir hüküm olmadığı gibi 2949 sayılı Kanunu ilga ederek onun yerine gelen 6216 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"da da itiraz yolunu yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır.

Ancak Anayasa Mahkemesi 12.10.2016 tarih ve 2016/166 E. ve 2016/159 K. sayılı güncel içtihadında (p. 19) *"… başka bir ifadeyle olağanüstü hâl KHK'larının şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğurmaması gerekir."* Şeklinde hüküm kurmuştur. Mahkeme'nin açıkça *"anayasaya uygunluk denetimi"* kavramını tercih etmesi, OHAL KHK'ları için itiraz yoluna da başvurulamayacağı yönünde yorumlanmaya müsaittir.

Anayasa Değişikliklerinin yürürlüğe girdiği 9/7/2018 tarihinden bir gün önce, 8 Temmuz 2018 Tarihli ve 30472 Sayılı Resmî Gazetede *"4/6/2018 tarihli ve 701 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"* yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesinden sonra bu OHAL KHK'sının iptali için AYM'ye iptal davası açılmıştır.

Yukarıda işaret edildiği üzere 9/7/2018 tarihi itibarıyla AYM'nin, KHK'ların iptali istemiyle açılan davaları inceleme yetkisi yoktur. AYM bu kararında yürürlükten kalkan Anayasa hükümlerine göre hüküm kurmuştur.

AYM, yapılan anayasa değişikliği ile *"… ulaşılmak istenen amacın KHK'ların yargısal denetim usulünde değişiklik yapmak olmayıp yürütme yetkisinin tek başına Cumhurbaşkanında toplanmasını ve bu itibarla Bakanlar Kurulunun oluşumuna son verilmesini öngören yeni hükûmet sistemine uyum sağlamak olduğu anlaşılmaktadır"* [17] yorumuyla yetkisinin devam ettiğine işaret etmiştir. AYM devamla aşağıda sunulan iki paragrafla benimsediği bu yorumu desteklemiştir:

"Söz konusu hükümde iptal davası kurumunu düzenleyen Anayasa'nın 150. ve 151. maddeleri belirtilmeksizin yalnızca Anayasa'nın 152. ve 153. maddelerine atıfta bulunulması, 6771 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle KHK çıkarabilme imkânının ortadan kalkmış olması dolayısıyla süreye tabi olan iptal davası açma yönteminin işletilebilmesinin fiilen mümkün olmayacağı ***düşüncesinden*** *kaynaklanmaktadır. Buna karşılık anılan değişiklik sonrasında da yürürlükte bulunan KHK'ların geçerliliklerini sürdürmesi ve itiraz yolunun herhangi bir süreye tabi olmaması sebebiyle itiraz yoluyla KHK'ların Anayasa'ya aykırılıklarının ileri sürülebilme olanağının devam edecek olması karşısında söz konusu yönteme ilişkin Anayasa hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı Anayasa'nın geçici 21. maddesinin (F) fıkrasının ikinci cümlesinde açıkça öngörülmüştür.*

Bu itibarla anayasa koyucunun 6771 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle KHK'ların yargısal denetim usulünde farklılığa gitmek yerine yeni hükûmet sistemine uyumun sağlanmasını amaçladığı ve Anayasa'ya aykı-

---

Mahkeme'nin bu sonuca ulaşması halinde dahi kanaatimizce OHAL KHK'larının iptali için itiraz yoluna başvurulabileceği kabul edilmelidir. Aynı yönde bkz. TÜRK, s. 559 vd.

17 Paragraf 6.

rılığı herhangi bir süreye tabi olmayan itiraz yoluyla ileri sürülebilen bir normun belirli bir sürede ve ancak sınırlı sayıdaki kişiler tarafından açılabilecek iptal davalarına konu olamayacağının söylenemeyeceği gözetildiğinde, Anayasa Mahkemesinin gerek itiraz başvurusu gerekse iptal davası yönünden KHK'lara ilişkin var olan yargısal denetim yetkisinin anılan değişiklik sonrasında da aynen sürdüğünü kabul etmek gerekir. Nitekim 6771 sayılı Kanun'la Anayasa'ya eklenen geçici 21. maddenin (F) fıkrasının ikinci cümlesinde "…devam olunur." ibaresine yer verilmesi de KHK'lara ilişkin yargısal denetim yetkisinin ***söz konusu değişiklik öncesinde mevcut olduğu şekliyle*** *devamının amaçlandığını göstermektedir."*

AYM son yıllarda net bir şekilde benimsediği kendi kendini sınırlama *(self-restraint)* içtihadından bu kararıyla sapmıştır. Anayasa koyucunun KHK'lara karşı açılan iptal davaları bağlamında AYM'ye vermediği yetkiyi, anayasa koyucunun bu düzenlemeyi yaparken neleri düşündüğü varsayımından hareketle kendisinde bularak iptal davaları bağlamında da yetkili olduğuna hükmetmiştir. AYM kendisini yetkili görürken, Geçici Madde 21/F'de yer alan *"… devam olunur."* ibaresine aşkın bir anlam yüklemiş, anayasa koyucunun söz konusu değişiklik öncesinde mevcut düzenin devamını amaçladığı sonucuna ulaşmıştır.

Kararın takip eden paragrafında bu yorumunu destekleyici bir norm olarak – üst abaşlıkta tartıştığımız – 703 sayılı KHK ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'a eklenen *"Mahkemenin kanun hükmünde kararnamelere ilişkin görev ve yetkileri devam eder.*[18]" fıkrasını da kararına taşımıştır. Anayasa m. 148/son'a göre AYM'ye kanunla veya KHK ile görev ve yetki verme imkânı bulunmamaktadır. AYM'nin bu kanun hükmünü ihmal etmesi gerekirken, bu yorumu benimsemesi de aktivist[19] yorumunun gerekçesini oluşturmaktadır.

---

18 Kanaatimizce bu hükmün Anayasa'ya uygun yorumu; AYM'nin KHK'lara ilişkin görev ve yetkileri Anayasa Geçici Madde 21/(F)'ye göre yani yalnızca itiraz yolu bağlamında devam eder şeklinde olmalıdır.

19 "Yargısal Aktivizm: *Gerçekleştirdikleri anayasaya uygunluk denetimi sürecinde mahkemelerin, belli bir sonuç elde etmeye odaklanmış aktif bir yaklaşımla, anayasa hükümlerini sahip olduğu anlamı zorlayarak ya da bazen tamamen tersyüz edecek biçimde yorumlayarak, nihai aşamada yasama tasarruflarına ilişkin olarak siyasal iradenin de hedeflemediği yeni uygulamalara yol açabilen kararlar vermeleri durumudur*."

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yar-**

Kaldı ki, bu yorumun yani AYM'nin KHK'lara ilişkin iptal davası bakımından görev ve yetkilerinin devam ettiğinin kabulünde dahi, AYM'nin nihai olarak ulaştığı sonuç yanlıştır. Şöyle ki, 9/7/2018 tarihinden sonra Anayasa metninde OHAL KHK'sı yer almamaktadır. Bunun doğal bir sonucu olarak, KHK'lara ilişkin görev ve yetkileri aynen devam eden AYM'nin, OHAL KHK'larına ilişkin görev ve yetkilerinin de olağan dönem KHK'larına yönelik olanlar gibi devam etmesi beklenir. **Başka bir ifadeyle 9/7/2018 tarihi itibarıyla OHAL KHK'larının başındaki "OHAL" ibaresinin norm denetimine bakan fonksiyonel bir anlamı kalmamıştır.** Dolayısıyla anayasa yargısının norm denetimine tabi olmak bakımından OHAL KHK'ları da tıpkı olağan dönem KHK'ları gibi yalnızca KHK'dır ve onlarla aynı rejime tabi olması gerekir. AYM, OHAL CBK'larına ilişkin denetim yasağının devam etmesinden hareketle anayasa koyucunun amacının *"… KHK'ların yargısal denetim usulünde değişiklik yapmak olma*dığı" sonucuna ulaşmış, ilga edilen OHAL KHK'larına karşı iptal davası açılamayacağı hükmü yürürlükteymiş gibi *"iptali taleplerinin yetkisizlik nedeniyle REDDİNE"* karar vermiştir.

Netice itibariyle AYM, 701 sayılı OHAL KHK'sının iptali talebini incelerken Anayasa m. 148'de yer alan görev ve yetkileri arasında KHK'ların anayasaya uygunluk denetimi olmadığını, Anayasa Geçici Madde 21/F ile kendisine verilen KHK'lara yönelik denetleme yetkisinin ise itiraz yoluyla sınırlı olduğuna işaret etmeli ve iptal talebinin yetkisizlik nedeniyle reddine karar vermeliydi. Her ne kadar bu karar özelinde AYM'nin aynı neticeye farklı gerekçelerle ulaştığı kabul edilebilirse de, AYM'nin bu gerekçesini aşağıda belirtilen olağan dönem KHK'larına da teşmil etmesi ihtimali, yetkisiz olduğu alanda bu defa anayasaya uygunluk denetimi yapması sonucunu doğurma potansiyelini barındırmaktadır.

AYM'nin bu kararı aynı zamanda son yıllarda benimsediği yargısal kendini sınırlama içtihadından da bir sapmadır. Kurulduğu günden itibaren AYM, yorum yoluyla yetki sahasını genişletmek suretiyle pek çok aktivist karar vermiştir[20]. Gözler, AYM'nin bu tür kararlarını şu cümlelerle eleştir-

---

gısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı: Türk Anayasa Mahkemesinin İşlevi, İnsan Hakları Anlayışı ve Oluşumu Üzerine Bir İnceleme, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 35.

20 Bkz. YAZICI Serap. Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü, **Haşim Kılıç'a Armağan**, der. Çoban, A. R. vd. C. I., Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015, ss. 385-413.

mektedir: *"Anayasa Mahkemesi, şimdiye kadar birçok talihsiz karar vermiştir. 1961 Anayasası döneminde, yetkisi olmadığı halde Anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemiş ve iptal etmiş, 1982 Anayasası döneminde yetkisi olmamasına rağmen olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri denetlemiş ve bu kararnamelerin bazı hükümlerini iptal etmiş, yetkisiz olduğu bazı parlâmento kararlarını denetlemiş, yetkisi olmadığı halde yürütmeyi durdurma kararı vermiştir."*[21] Tam da yazarın belirttiği gibi AYM'nin yargısal aktivizmi bilhassa bu dört temel konuda kendini göstermektedir[22].

AYM, özellikle 2015 sonrası yargısal aktivizm yaklaşımını terk ederek kendi sınırlarına çekilmiştir. Bu süre zarfında da aktivist kararlarından dolayı eleştirildiği bu dört konunun bir kaçıyla sınanmış ve benimsediği kendini sınırlama *(self-restraint)* yaklaşımını terk etmemiştir. Gerçekten, OHAL KHK'ları içtihadını değiştirerek OHAL KHK'larının iptali için açılan davaları yetkisizlik nedeniyle reddetmiştir. Aynı şekilde 2015 sonrası yürürlüğü durdurma kararı da vermemiştir. Şu halde açıkça söyleyebiliriz ki, bu makale kapsamında tenkit ettiğimiz 701 sayılı OHAL KHK'sına ilişkin 25/9/2018 Günlü E. 2018/114, K. 2018/91 sayılı karar ile 5 KHK'nın esasına geçilmesine ilişkin verilen ilk inceleme kararları, AYM'nin son yıllarda verdiği tek aktivist karardır.

B. Olağan Dönem KHK'ları Bağlamında Durum

1982 Anayasası'nda tek seferde yapılan en kapsamlı değişiklik 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan değişikliktir. Anayasa'da yapılan bu kapsamlı değişikliğin hareket noktası hükümet sistemi değişikliği olduğu için bu değişiklik, TBMM İçtüzüğü, Kanunlar ve KHK'larda yeni sisteme uyum bağlamında pek çok değişikliği gerektirmektedir. TBMM'nin bu değişiklikleri yukarıda açıklandığı üzere Anayasa geçici madde 21/B'de belirtilen sürede yapmaması neticesinde KHK'lar eliyle bu değişikliklerin yapılması fikrini doğurmuştur.

Bu gereklilikten dolayı TBMM, *10/5/2018 tarihli ve 7142 sayılı 6771 Sayılı Kanunla Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Yapılan Değişikliklere*

---

21 GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanununa Göre Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2018, s. 1139.

22 Bu dört türe AYM'nin bir dönem sık başvurduğu "yorumlu red" içtihadı da eklenebilir.

Uyum Sağlanması Amacıyla Çeşitli Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Konusunda Yetki Kanunu çıkararak mevzuattaki uyum yasalarının KHK'lar marifetiyle yapılması için Bakanlar Kurulu'na yetki vermiştir. KHK çıkarma yetkisinin tanındığı 1971'den bu yana en geniş yetkilendirmesi olan[23] bu Yetki Kanunu'nun iptali talebiyle dava açılmış, AYM kararıyla iptal talebinin reddine hükmetmiştir[24].

AYM'nin yetki kanunlarına yönelik 2011 öncesi içtihadı, *"Yetki yasalarının her konuda KHK'larla düzenlemelere gidilmesi, "önemli, zorunlu ve ivedi durumlar" dışında bu yetkinin verilmesi yasama yetkisinin devri anlamına gelir. Böylece yasama, yürütme ve yargı erki arasındaki denge bozularak yürütme, yasama organına karşı üstün duruma gelir."*[25] şeklindey-

---

23 Yetki Kanunu tasarısı, Plan ve Bütçe Komisyonu'nun 10 Mayıs 2018 Perşembe günü yapılan birinci oturumunda Başbakan Yardımcısı Bekir Bozdağ'ın sunumuyla başlamıştır. Bozdağ özetle: "*Anayasa değişikliğinin ilgili maddesinde Anayasa değişikliğine ilişkin uyum maddelerinin en geç altı ay içerisinde çıkarılacağı öngörüldüğünü belirttikten sonra kanunların ve diğer mevzuatın taranmasının çok büyük zaman aldığını ve bu süre içerisinde Türkiye Büyük Millet Meclisine uyum yasalarını sunma imkânının olamadığına değinmiştir. Uluslararası antlaşmaların uygun bulunmasına dair kanunlar dışında şu anda yürürlükte 879 kanun, 80 kanun hükmünde kararname bulunduğunu, yaklaşık olarak yetki kanunu kapsamında değişiklik yapılacak kanun sayısının 521, kanun hükmünde kararname sayısının ise 40 olduğunu ifade etmiştir. Madde bazında kaldırılacak madde sayısı 2.483 ve değiştirilecek madde sayısı da 2.470 olarak şu anda yaptığımız tespitler çerçevesinde görülmektedir."* İfadeleriyle KHK'lar marifetiyle ne denli geniş bir değişiklik yapılması planlandığına işaret etmiştir.

24 AYM, E. 2018/100, K. 2018/79 ve 5/7/2018 tarihli kararı

25 Bkz.,AYM E. 2001/9, K. 2001/56 ve 20/3/2001 tarihli kararı

Aynı doğrultudaki diğer bazı kararlar ise şunlardır:

AYM E. 2000/45, K. 2000/27 ve 14/4/2000 tarihli kararı

AYM E. 1997/3, K. 1997/2 ve 15/1/1997 tarihli kararı

AYM E. 1994/49, K. 1994/45-2 ve 7/7/1994 tarihli kararı

AYM E. 1993/26, K. 1993/28 ve 16/9/1993 tarihli kararı

AYM E. 1988/64, K. 1990/2 ve1/2/1990 tarihli kararı

KHK rejimi Türk Anayasa Hukuku literatüründe geniş bir yer kaplamaktadır. Bkz.GÖZLER Kemal, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, Ekin Yay, Bursa, 2000; ÖZBUDUN Ergun, "1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C: 2, 1986, ss. 227-238; TAN Turgut, "Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması ve Sorunları" **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C: 50, S: 1-2, Yıl: 1995, ss. 335-350; TEZİÇ Erdoğan, "Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler". **Amme İdaresi Dergisi**, C: 5, S: 1,Yıl: 1972, ss. 3-14; TÜRK Ender, **1982 Anayasası'na Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi**, Seçkin Yay., Ankara, 2013; YÜZBAŞIOĞLU Necmi. **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, Beta Yay., İstanbul, 1996.

ken 2011'de bu içtihadını değiştirmiş, "*KHK'lerin çıkarılabilmesi için acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olması gerektiğine dair Anayasa'da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.*" gerekçesiyle içtihadını değiştirmiştir[26]. AYM aynı kararında, Yetki Kanunuyla çok geniş bir alanda yetki verildiği ve hangi kanunlarda değişiklik yapılacağının belirtilmediğinden bahisle "konu" unsurunun belirsiz olduğu iddialarını ise "*Bununla birlikte belirlenen bu konunun mutlaka dar kapsamlı olması gerektiği yönünde Anayasada herhangi bir kural bulunmamaktadır.*" gerekçesiyle karşılayarak Anayasa'ya aykırılık görmemiştir[27].

AYM, 7142 sayılı Yetki Kanunu'nun iptali talebini incelerken de 2011 içtihadını takip etmiş, Bakanlar Kurulu'na mevzuatın yarısından fazlasında değişiklik yapma yetkisi veren 7142 sayılı Yetki Kanunu'nun konusunun da belirsiz olmadığına hükmederek[28], iptal talebini reddetmiştir[29]. Bakanlar Kurulu anılan yetki kanununa dayanarak beş KHK çıkarmış[30], bu KHK'ların iptali talebiyle de kritik tarih olan 9/7/2018 sonrasında dava açılmıştır.

Anılan beş KHK'nın en geniş değişiklikleri içeren ikisi 700[31] ve 703[32] sayılı olanlarıdır. 703 sayılı olan Cumhurbaşkanı'nın TBMM'de ant içerek göreve başlamasından, dolayısıyla anayasa değişikliklerinin tamamının yürürlüğe girmesinden yalnızca birkaç saat önce, 700 sayılı olan ise yalnızca iki gün önce yayımlanmıştır[33]. 7142 sayılı Yetki Kanunu'na dayanarak çıkarılan bu beş KHK için iptal davaları 9/7/2018 tarihinden sonra açıldığı gibi işbu davaların ilk inceleme toplantıları da – yukarıda belirtildiği üzere

---

26 AYM E. 2011/60, K. 2011/147 ve 27/10/2011 tarihli kararı

27 AYM E. 2011/60, K. 2011/147 ve 27/10/2011 tarihli kararı

28 Paragraf 25: "*Yetki Kanunu, çıkarılacak KHK'ların konusunu ve kapsamını bu şekilde belirleyip sınırlandırmıştır. Konusunun ve kapsamının belirli olduğunun söylenebilmesi için hangi kanunlarda değişiklik yapılacağının Yetki Kanunu'nda mutlaka sayma yoluyla gösterilmesi gerekmemektedir. Bu nedenle, bir kısım kanunların isimleri sıralandıktan sonra, belirlenen bu konularla ilgili "diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde" de değişiklik yapılabileceğinin ifade edilmiş olması, Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verilen konuların belirsiz olduğunu göstermemektedir.*"

29 AYM E. 2018/100, K. 2018/79 ve 5/7/2018 tarihli kararı

30 KHK'ların tablosu için yukarıda verilmiştir.

31 Toplam 218 madde + 1 Geçici Madde

32 Toplam 233 madde + 16 Geçici Madde

33 Sürelerin iptal davası bakımından kısalığı dikkat çekmektedir.

– AYM'nin KHK'ların iptal davasını karara bağlaması bağlamında yetkisiz olduğu dönemde yapılmıştır.

Buna rağmen AYM her bir KHK'nın iptali talebi için esasa geçilmesine karar vermiştir. İlk inceleme kararında esasa geçilmesine ilişkin bir gerekçe yer almamaktadır. Ancak mezkûr ilk inceleme toplantısının üst başlıkta tartıştığımız 701 sayılı OHAL KHK'sına dair kararla aynı gün alındığı göz önünde bulundurulduğunda, AYM'nin aynı gerekçelerle esasa geçilmesine karar vermiş olması kuvvetle muhtemeldir.

AYM'nin görev ve yetkilerinin tespiti başlığında yaptığımız açıklamalar bağlamında tekrara düşmemek adına kanaatimizce yetkisizlik nedeniyle red kararı verilmesi gerekirken esasa geçilmesi isabetsiz olmuştur.

Anayasa değişikliklerinin tamamının yürürlüğe girmesiyle birlikte KHK'ların anayasal dayanağı olan Anayasa'nın 91. Maddesi de ilga olmuştur. Bu nedenle AYM'nin işin esasına geçtikten sonra KHK'ların anayasaya uygunluk denetimini nasıl yapacağı başka bir ifadeyle hangi ölçü normlar marifetiyle gerçekleştireceği sorunu ortaya çıkmaktadır. AYM'nin benimseyeceği yöntem itiraz yolundakiyle aynı olacağı için bu konular itiraz yolunu tartıştığımız alt başlıkta incelenmiştir.

Tüm bu tespitlerimize rağmen - küçük bir ihtimal dahi olsa – ilk inceleme kararının bir ara karar olduğu, AYM'nin esası incelerken bu ara kararından dönebileceği de akılda tutulmalıdır.

III. İTİRAZ YOLUNDA AYM'nin YETKİSİ (Somut Norm Denetimi)

Anayasa Geçici Madde 21/F'nin ikinci cümlesi *"Yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler hakkında 152 nci ve 153 üncü maddelerin uygulanmasına devam olunur."* hükmüyle, AYM'nin itiraz yolu (somut norm denetimi) bağlamında KHK'lara ilişkin yetkisinin devam ettiği düzenlenmiştir.

Anayasa değişikliklerinin tamamının yürürlüğe girdiği 9/7/2018 tarihi öncesinde KHK'ların genel rejimini düzenleyen Anayasa m. 91 yürürlükte olduğu için KHK'ların anayasaya uygunluğu denetiminde ölçü norm olarak kullanılıyordu. Mülga 91. maddenin KHK'larla düzenlenemeyecek alanı belirten birinci fıkrası ile KHK çıkarma yetkisinin anayasal dayanağı yetki

kanununu düzenleyen ikinci fıkrası[34], KHK'ların denetiminde AYM tarafından en sık başvurulan Anayasa hükümleriydi. 9/7/2018 tarihi sonrası AYM yaklaşık yarım asırdır yaptığı KHK'ların anayasaya uygunluğu denetimini ilk defa bu ve benzeri hükümler olmaksızın yapacaktır.

AYM'nin görev ve yetkilerinin tartışıldığı kısımda belirttiğimiz üzere Mahkeme, bir kuralın anayasaya uygunluğunu denetlerken, ilgili kuralın yürürlükte bulunan anayasaya uygunluğunu denetleyecektir. Ulaşılan bu sonuç basit bir tespit gibi görünse doğuracağı sonuçlar pek çok tartışmayı da beraberinde getirecektir. Her iki duruma da birer örnek vererek açmak gerekirse:

Yürürlükte bulunan bir KHK hükmünün temel hak ve hürriyetlerden birini sınırlandırdığı varsayımında AYM, ilgili KHK hükmünü m. 91/1'e aykırı olduğu için iptal edebiliyordu. Aynı şekilde bir KHK hükmü, dayanağı olan yetki kanununa aykırıysa da dolaylı olarak Anayasa'ya aykırı olduğu için AYM m. 91/2'ye aykırılıktan iptal edebiliyordu. Keza, yetki kanununun iptal edilmesi durumunda da yerleşik AYM içtihadı, o yetki kanununa dayanan KHK hükümlerinden itiraz yolu ile önüne gelenlerin tamamını iptal yönündeydi[35]. Anayasa m. 91 hükümleri olmadan AYM'nin KHK'larla

---

34 Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi Verme

MADDE 91- (Mülga: 16/4/2017-6771/16 md.)

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.

Yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını gösterir.

35 AYM'nin KHK'ları denetlediği kararlarının "Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Hakkında Genel Açıklama" bölümünde şu açıklamalar yer almaktadır:

Her ne kadar Anayasa'nın 148. maddesinde KHK'ların yetki kanunlarına uygunluğunun denetlenmesinden değil yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de Anayasa'ya uygunluk denetiminin içine öncelikle KHK'nın yetki kanununa uygunluğunun denetimi girer.

KHK'nın Anayasa'ya uygun bir yetki kanununa dayanması, geçerliliğinin ön koşuludur. Bir yetki kanununa dayanmadan çıkarılan veya dayandığı yetki kanunu iptal edilen KHK'ların içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmasa bile bunların Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez.

KHK'lar ise konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden hem dayandıkları yetki kanununa hem de Anayasa'ya uygun olmak zorundadırlar.

düzenlenemeyecek alanlarda nasıl denetleme yapacağı ile dayandığı yetki kanununa aykırı KHK hükümlerini bu yönüyle denetleme imkânı olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır[36].

9/7/2018 sonrası Anayasa'nın güncel halinin 91. maddeye yer vermemesi dolayısıyla ilgili KHK'nın dayandığı yetki kanununa uyguluğu denetimine imkân verememe ihtimali ortaya çıkmıştır. Bu sorunun çözümünde akla ilk gelen cevap, KHK'ların denetiminde yalnızca yürürlükteki Anayasa hükümlerine uygunluğun denetlenebilmesidir. Bu acele verilmiş cevap, hem yetki kanununa dayanmayan bir KHK'nın denetlenememesi sonucunu hem de temel haklar bağlamında anayasal güvencelere aykırı bir KHK kuralının yürürlüğünün devamı sonucunu doğuracaktır.

Kanaatimizce AYM önüne gelen KHK'nın yetki kanununa uygunluğunu denetleyebileceği gibi KHK'larla düzenlenmesi yasaklanmış olan alana dair de denetim yapabilir. Şöyle ki, her olağan dönem KHK'sı henüz başlangıcında dayandığı yetki kanunu ile Anayasa maddesini belirtmektedir. Dolayısıyla Bakanlar Kurulu KHK çıkardığı başka bir ifadeyle işlemi tesis ettiği andaki yetkisinin sınırlarını KHK metninde belirtmektedir. Anayasa m. 6/3 c.2'ye göre *"Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz*." Bu hüküm sayesinde AYM, Anayasa'nın mülga 91. maddesiyle güncel Anayasa arasında bir köprü kurabilecek, KHK'ları

AYM E. 2017/175, K. 2017/175 ve 28/12/2017 tarihli kararı Paragraf: 10-14.

Ayrıca bkz. ÜLGEN Özen, **İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme**, Beta Yay., İstanbul, 2013, s. 26-34.

36 AYM, KHK'ların yetki kanuna uygunluğu denetimini esas değil şekil incelemesi kapsamında değerlendirmektedir. Ancak Mahkeme'nin bu yorumu hem mevzuatla hem de içtihadıyla birlikte anlamlı bir bütün oluşturmaktan uzaktır. Örneğin Mahkeme, 6216 sayılı Kanun'un 36. maddesi "*Şekil bozukluğuna dayanan Anayasaya aykırılık iddiası mahkemeler tarafından ileri sürülemez"* hükmünü, somut norm denetimi bağlamında KHK'ların yetki kanununa uygunluğunu denetlerken işletmemektedir. Benzer çelişki Anayasa m. 152/son bağlamında on yıl yasağında da karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme içtihatlarında KHK'ların da on yıl yasağına tabi olduğuna hükmederken, on yıl yasağına tabi bir kuralın yetki kanununa uygunluğu denetimi yaparken işin esasına girerek karar vermediği gerekçesiyle anayasallık denetimi yapmaktadır. Nihayetinde bu çelişkili tutum karar mimarisine de yansımakta, KHK'ların Anayasa'ya uygunluğu, esas inceleme başlığı altında denetlenmektedir.

Konuya ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. ÜLGEN Özen, "Anayasaya Uygunluğun Şekil Bakımından Denetiminin Kapsamına İlişkin Sorunlar ve Kanun Hükmünde Kararnamelerin Şekli Bakımdan Denetimi" **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 11, S:137, Yıl: 2016, ss. 147-153.

müstakar içtihadında benimsediği yöntemiyle incelemeye devam edecektir.

Burada benimsediğimiz 6. maddeye ilişkin yorumumuz, AYM'nin 1992 tarihli kararıyla da uyumludur. Anılan kararda AYM *"… dayandığı yetki yasasının Anayasa'ya aykırılığı saptanan ya da iptaline karar verilen KHK'lerin, Anayasa'nın … 6. maddesindeki "Hiç kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz." kuralı … (ile) bağdaştırılmaları olanaksızdır."* cümlesiyle tam da görüşümüzün anayasal kaynağını oluşturan bağlantıyı inşa etmiştir[37].

SONUÇ

Makale kapsamında iki temel konu tartışılmaktadır. Bunlardan ilki 6771 sayılı Kanun'la yapılan anayasa değişikliklerinin tamamının 9/7/2018 tarihiyle yürürlüğe girmesinin ardından AYM'nin yürürlükte bulunan KHK'lara ilişkin değişen görev ve yetkileri, diğeri ise AYM'nin yetkisi kapsamında kaldığını tespit ettiğimiz KHK'ların, somut norm denetimi yoluyla Anayasaya uygunluğunun nasıl denetleneceği sorunudur.

Makalede üzerinde durulan ilk konu, AYM'nin değişen görev ve yetkileri sonrasında KHK'ların iptali için açılan Anayasa m. 150 kapsamındaki iptal davalarında Mahkeme'nin yetkisizliğidir. Anayasa Geçici Madde 21/(F), AYM'nin KHK'ların denetimine ilişkin görev ve yetkilerini Anayasa'nın 152. maddesi yani itiraz yolu (somut norm denetimi) ile sınırlamaktadır. Şu halde AYM, olağan/olağanüstü ayrımı yapılmaksızın KHK'ların iptali için açılan davalarda yetkisizdir. Buna rağmen AYM aktivist bir yorumla yetki sahasını genişletmiştir. 701 sayılı OHAL KHK'sının iptali için açılan davada, AYM E. 2018/114, K. 2018/91 ve 25/9/2018 tarihli kararı ile KHK'lara ilişkin yetkisinin iptal davaları bağlamında da devam ettiğine hükmetmiştir. Bu doğrultuda 5 olağan dönem KHK'sı için açılan iptal davasının ilk incelemesinde de esasa

---

37 AYM E. 1990/22, K. 1992/6 ve 5/2/1992 tarihli kararı

İlgili kısımda AYM, hem Anayasa'nın başlangıcına hem de 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırı bulmuştur. Paragrafın tamamı şu şekildedir:

"*Bütün bu nedenlerle dayandığı yetki yasasının Anayasa'ya aykırılığı saptanan ya da iptaline karar verilen KHK'lerin, Anayasa'nın başlangıcındaki "Hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı", 2. maddesindeki "Hukuk devleti" ilkeleriyle 6. maddesindeki "Hiç kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz." kuralı ve KHK çıkarma yetkisine ilişkin 91. maddesiyle bağdaştırılmaları olanaksızdır."*

geçilmesine karar vermiştir. Kamu hukukunda egemen olan yetkisizliğin esas olması AYM'nin görev ve yetkisi için de geçerlidir. Mahkeme yalnızca kendisine Anayasa'da tanımlanan görev ve yetkilere sahiptir. Bu nedenle her iki karar da Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir ve Mahkeme yetkisiz olduğu alanda aktivizm yaparak kendisini yetkili saymıştır.

Öte yandan AYM'nin 701 sayılı OHAL KHK'sına ilişkin içtihadı, kendi içerisinde çelişkilidir. AYM, KHK'lara ilişkin iptal davası bakımından görev ve yetkilerinin devam ettiğini kabul etmiştir. AYM'nin KHK'lara ilişkin görev ve yetkilerinin aynen devam ettiği kabulü, OHAL KHK'larına ilişkin görev ve yetkilerinin de olağan dönem KHK'larına yönelik olanlar gibi devam etmesini gerektirmektedir. Çünkü OHAL KHK'larının iptali talebiyle AYM'de dava açılamayacağını düzenleyen 148. madde kuralı, OHAL KHK'sının iptali için davanın açıldığı vakit yürürlükte değildir. Üstelik anılan tarihte anayasallık denetimi bağlamında OHAL KHK'sını olağan dönem KHK'sından ayırmada kullanılabilecek herhangi bir anayasal dayanak mevcut değildir. Bu nedenle KHK'ların iptali bakımından kendisini yetkili gören AYM'nin, OHAL KHK'sı hükümlerinin esasına geçerek incelemesi, benimsediği yorumun doğal bir uzantısını oluşturmaktaydı. Fakat AYM, OHAL CBK'larına ilişkin denetim yasağının devam etmesinden hareketle anayasa koyucunun amacının *"… KHK'ların yargısal denetim usulünde değişiklik yapmak olma*dığı" sonucuna ulaşmış, ilga edilen OHAL KHK'larına karşı iptal davası açılamayacağı hükmü yürürlükteymiş gibi *"iptali taleplerinin yetkisizlik nedeniyle reddine"* karar vermiştir.

Mahkeme'nin son yıllarda yargısal aktivizm yaklaşımını terk ederek titizlikle kendini sınırladığı *(self-restraint)* görülmektedir. Geçmişte aktivist kararlarından dolayı literatürde sıklıkla eleştirilen AYM, OHAL KHK'larına ilişkin içtihadında açıkça görüldüğü üzere içtihadını değiştirerek aktivizmden uzaklaşmıştır. Bununla birlikte Anayasa ile kendisine verilmiş bir yetki olmamasına rağmen AYM'nin iptal davaları bağlamında kendini yetkili sayması, son yıllarda benimsediği kendini sınırlama yaklaşımı ile çelişmektedir. Nihai olarak KHK'ların denetlenebilmesine imkân tanıyan bu yaklaşımın hukuk devletini güçlendirme potansiyeli göz ardı edilemese de Mahkeme'nin benimsediği yorum metodundaki değişim dikkat çekicidir.

Makalede ele alınan ikinci konu, Anayasa m. 91'in ilgası sonrasında KHK'ların anayasaya uygunluğunun denetiminin nasıl yapılacağı sorunu-

dur. İşaret edildiği üzere AYM'nin KHK'lara ilişkin görev ve yetkileri Anayasa Geçici Madde 21/(F) hükmü uyarınca itiraz yoluyla sınırlı olarak devam etmektedir. Anayasa mülga m. 91 hem KHK'larla düzenlenemeyecek konuları hüküm altına almakta hem de KHK ile dayanağı olan yetki kanunu arasındaki bağı inşa etmekteydi. Yetki kanununa aykırı olan veya bir temel hakkı sınırlandıran KHK normunu Anayasa'ya aykırı kılan, mülga m. 91 idi. Bu hükmün ilgası sonrasında bu türden KHK hükümlerinin Anayasa'ya uygunluğunun nasıl denetlenebileceği sorunu ortaya çıkmıştır.

Yürürlükteki Anayasa KHK'ların çıkarıldığı dönemki dayanak anayasal norm olan 91. maddeye yer vermediği için, ilgili KHK'nın dayandığı yetki kanununa uyguluğunun denetlenmesi anayasallık denetiminin bir parçası olamayacak; ayrıca mülga 91. maddeye göre KHK'larla düzenlenemeyecek konuların düzenlenmesi durumu da denetlenemeyecektir. Şu halde, KHK'ların denetiminde yalnızca yürürlükteki Anayasa hükümlerine uygunluğun denetlenebilmesi sonucu doğacaktır. AYM'nin görevi, bir normun yürürlükteki anayasaya uygunluğunu denetlemekten başkası olamayacağına göre, bu çıkarım oldukça tutarlı ve isabetlidir. Ancak KHK'ların denetimi bağlamında yürürlükteki Anayasa ile mülga 91. madde ve KHK'nın dayanağı yetki kanunu arasında anayasal bir köprü halen mevcuttur.

Anayasa m. 6/3 c.2'ye göre *"Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz*." Bu hüküm KHK'ların çıkarıldığı dönemde yetki kullanan Bakanlar Kurulunun kullandığı yetki için de geçerlidir ve Anayasa'nın mülga 91. maddesiyle Anayasa'nın güncel halini birbirine bağlamaktadır. Başka bir ifadeyle Anayasa m. 6 sayesinde bir KHK hükmünün mülga 91. maddedeki sınırlara veya yetki kanununa uygunluğu denetlenebilecek, mülga m. 91'e aykırı olduğu tespit edilen KHK hükmü de Anayasa m. 6'ya aykırılık teşkil edecektir. Şu halde AYM'nin aşağıdaki içtihadı KHK'ların denetimi bağlamında geçerliliğini korumaktadır:

"Bir yetki yasasına dayanmadan çıkartılan, yetki yasasının kapsamı dışında kalan, dayandığı yetki yasasının Anayasa'ya aykırılığı saptanan ya da Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal edilen KHK'lerin anayasal konumları birbirinden farksızdır. Böyle durumlarda KHK'ler anayasal dayanaktan yoksun bulunduklarından içerikleri Anayasa'ya aykırı bulunmasa bile dava açıldığında iptalleri gerekir."[38]

---

38 AYM E. 1990/22, K. 1992/6 ve 5/2/1992 tarihli kararı

KAYNAKÇA

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz. "Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri" **Anayasa Yargısı Dergisi**, C: 9, Yıl: 1992, ss. 411-434.

EROĞUL Cem, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM'ce Onaylanması Sorunu" **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C: 54, S: 4, Yıl: 1999, ss. 31-46.

GÖZLER Kemal, "Olağanüstü Hal Rejiminde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi" **Ankara Barosu Dergisi**, C: 47, S: 4, Yıl: 1990, ss. 561-590.

GÖZLER Kemal, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, Ekin Yay, Bursa, 2000.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Gözden Geçirilmiş 22. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2018.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanununa Göre Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2018.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı: Türk Anayasa Mahkemesinin İşlevi, İnsan Hakları Anlayışı ve Oluşumu Üzerine Bir İnceleme**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

ÖDEN Merih, "Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 58, S: 3, Yıl: 2009, ss. 659-692.

ÖZBUDUN Ergun, "1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C: 2, 1986, ss. 227-238.

TAN Turgut, "Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması ve Sorunları" **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C: 50, S: 1-2, Yıl: 1995, ss. 335-350.

TEZİÇ Erdoğan, "Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler". **Amme İdaresi Dergisi**, C: 5, S: 1,Yıl: 1972, ss. 3-14.

TURHAN Mehmet, "Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler" **Amme İdaresi Dergisi**, C: 25, S: 3, Yıl: 1992, ss. 13-36.

TÜRK Ender, **1982 Anayasası'na Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi**, Seçkin Yay., Ankara, 2013.

TÜRK Ender, Anayasa Mahkemesinin Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararna-

meleri Hakkında Verdiği Son Kararlar Üzerine Bazı Gözlemler, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C: 5, S: 10, Yıl: 2016, ss. 551-569.

ÜLGEN Özen, **İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme**, Beta Yay., İstanbul, 2013, s. 26-34.

ÜLGEN Özen, "Anayasaya Uygunluğun Şekil Bakımından Denetiminin Kapsamına ilişkin Sorunlar ve Kanun Hükmünde Kararnamelerin Şekli Bakımdan Denetimi" **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 11, S:137, Yıl: 2016, ss. 125-157.

YAZICI Serap. Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü, **Haşim Kılıç'a Armağan**, der. Çoban, A. R. vd. C. I., Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015, ss. 385-413.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi. **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, Beta Yay., İstanbul, 1996.

KARARLAR

AYM E. 1981/13, K. 1983/8 ve 28/4/1983 tarihli karar

AYM E. 1988/64, K. 1990/2 ve1/2/1990 tarihli karar

AYM E. 1990/22, K. 1992/6 ve 5/2/1992 tarihli karar

AYM E.1990/25, K. 1991/1 ve 10/1/1991 tarihli karar

AYM E.1991/6, K.1991/20 ve 3/7/1991 tarihli karar

AYM E. 1993/26, K. 1993/28 ve 16/9/1993 tarihli karar

AYM E. 1994/49, K. 1994/45-2 ve 7/7/1994 tarihli karar

AYM E. 1997/3, K. 1997/2 ve 15/1/1997 tarihli karar

AYM E. 2000/45, K. 2000/27 ve 14/4/2000 tarihli karar

AYM E. 2001/9, K. 2001/56 ve 20/3/2001 tarihli karar

AYM E. 2011/60, K. 2011/147 ve 27/10/2011 tarihli karar

AYM E. 2016/166, K. 2016/159 ve 12.10.2016 tarihli karar

AYM E. 2017/175, K. 2017/175 ve 28/12/2017 tarihli karar

AYM E. 2018/100, K. 2018/79 ve 5/7/2018 tarihli karar

AYM E. 2018/114, K. 2018/91 ve 25/9/2018 tarihli karar

AYM E. 2019/14, K. 2019/16 ve 14/3/2019 tarihli karar

Danıştay 15. Daire. E. 2014/5898, K. 2018/7938 ve 28/11/2018 tarihli karar

GÜNÜMÜZ ÇATIŞMALARI AÇISINDAN İNSANCIL HUKUKTA UYUM MEKANİZMALARI VE ÇATIŞMA MAĞDURLARI İÇİN ONARIM SORUNU*

Rezzan KATILMIŞ**

Öz: İnsancıl hukuka dair özellikle 1990'lardan günümüze dek gerçekleşen birçok hukuki ilerleme ve çabaya rağmen insanlar, günümüz çatışmalarının korkunç sonuçlarından giderek artan bir şekilde zarar görmekte, korunamamakta ve yoğun acılar çekmektedir. Çatışma mağdurlarının korunması temelde insancıl hukuka gerekli saygının gösterilmesine ve hukukun etkin bir şekilde uygulanabilmesine bağlıdır. Bu nedenle, çatışmanın tüm taraflarının hukuka riayet etmesini ve hukukun uygulanmasını sağlayacak etkin mekanizmaların varlığı yaşamsal öneme sahiptir.

Bu çalışma günümüz çatışmalarının temel bir karakteristiği haline gelen 'uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar' bağlamında insancıl hukuku, uyum mekanizmaları açısından ele almayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda, insancıl hukuk kaynaklı mekanizmalar ve diğer uluslararası uyum mekanizmaları değerlendirilecek, sorumluluk

---

* Makale, yazarın 17.01.2019 tarihinde onaylanan "Yeni Çatışmaların Yarattığı Sorunlar ve İnsancıl Hukuk" adlı yüksek lisans tezinden faydalanılarak hazırlanmıştır.

** Makale Gönderim Tarihi: 15.04.2019. Makale Kabul Tarihi: 16.12.2019.

Lisansını Gazi Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Bölümünde, Yüksek Lisansını Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku alanında yapmıştır. 2000 yılından beri Türkiye Kızılay Derneğinde çalışmaktadır. Bu kapsamda yurtiçi ve yurt dışı insani yardım operasyonları dahil olmak üzere insani yardım, proje yönetimi ve denetim alanlarında çeşitli görevlerde bulunmuştur. 2014 Eylül-2015 Mart tarihleri arasında Uluslararası Kızılay Kızılhaç Federasyonunun (IFRC) Budapeşte'deki Avrupa Bölge Ofisinde; Kızılay Kızılhaç perspektifinin Dünya İnsani Zirvesi'ne yansıtılmasına dair hazırlık çalışmalarının yanısıra Cenevre ve New York Delegasyonları ve ilgili BM kuruluşlarının koordine edilmesi ve İnsancıl Diplomasi alanındaki faaliyetlerde yer almıştır. Halen Türkiye Kızılay Derneğinde baş kontrolör olarak görev yapmaktadır.

kavramı bu açıdan irdelenecek ve insancıl hukuk uyum mekanizmalarının güçlendirilmesine dair çabalar ve çözüm önerilerine yer verilecektir.

Anahtar kelimeler: Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar, Uyum Mekanizmaları, Çatışma Mağdurlarının Korunması, İnsancıl Hukukta Sorumluluk, Uyum Mekanizmalarının Güçlendirilmesi İçin Çabalar

THE PROBLEM OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMPLIANCE MECHANISMS AND REPARATION FOR VICTIMS OF CONFLICTS IN CONTEMPORARY ARMED CONFLICTS

Abstract: Despite many legal improvements and efforts on international humanitarian law especially from 1990s to present, people are increasingly getting harm by the terrible consequences of contemporary armed conflicts; they cannot be protected and they suffer intensely. Protection of the victims of armed conflicts depends primarily on respect for Humanitarian Law and on the effective implementation of law. Therefore, the existence of efficient mechanisms to ensure that all parties to the conflict comply with law and the law is implemented properly is of vital importance.

This study aims to address humanitarian law in terms of compliance mechanisms in the context of non-international armed conflicts, which has become a fundamental characteristic of contemporary armed conflicts. Within this scope, the mechanisms originated from humanitarian law and the other international compliance mechanisms will be evaluated, the concept of responsibility will be examined in this respect, likewise efforts and solution proposals for strengthening the compliance mechanisms of Humanitarian Law will be discussed.

Key words: Non-International Armed Conflicts, Compliance Mechanisms, Protection of the Victims of Armed Conflicts, Responsibility in Humanitarian Law, Efforts to Strengthen Compliance Mechanisms

A. GİRİŞ

Günümüz silahlı çatışmalarının büyük çoğunluğu, devletin silahlı kuvvetleri ile devlet dışı örgütlü silahlı gruplar arasında veya bu silahlı grupların kendileri aralarında gerçekleşen ve oldukça trajik insani sonuçlar doğuran uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalardır (UOSÇ). Devletler uzun süre bu tür çatışmaları ulusal egemenlikleri ve ulusal mevzuatları kapsamında kendi iç işleri olarak görmüştür. Devletlerin egemenliklerini ve kuvvet kullanma tekellerini korumaya ilişkin bu belirgin eğilimi, insancıl hukukta çatışmaların uluslararası silahlı çatışmalar ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar şeklinde ayrıştırılmasının da temel nedenlerinden biri olmuştur[1].

İnsancıl hukukun UOSÇ'lere dair temel hukuki metinleri, 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi ve UOSÇ'lere dair ilk uluslararası sözleşme olan 1977 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek II nolu Protokoldür. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesince, uluslararası hukukun temel kaynaklarından biri olarak teyit edilen ve evrensel düzeyde bağlayıcı olan uluslararası teamül hukuku başta olmak üzere *ad hoc* mahkeme içtihatları da UOSÇ'lerde önemli ölçüde yol gösterici olmuştur. Uluslararası çatışmaları düzenleyen hükümlere oranla oldukça sınırlı ve az gelişmiş olan UOSÇ hukuku günümüzde, yeni koşulların gerçeklikleri ve gelişmelerine bağlı olarak Ruanda ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemelerinin teamül hukukuna dayalı içtihatları, Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Roma Statüsü'nde yer alan savaş suçu tanımları, insan hakları hukukunun insancıl hukuk üzerinde giderek artan etkisi ve Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin[2]

---

1 UOSÇ'lerin insancıl hukuku kapsamına alınması çabaları 1900'lü yıllarda başlamış olmakla birlikte 1949 Cenevre Sözleşmelerine dek bu mümkün olmamıştır. İlk kez, 1949 yılında dört Cenevre Sözleşmesine ortak bir madde eklenmesi suretiyle UOSÇ'lerde asgari standartlar olarak bugünkü haliyle ortak 3. madde kabul edilmiştir. ÖKTEM, Emre. **Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları,** Derin Yayınları, İstanbul, 2011, s. 82.

2 1863'te İsviçre'de kurulan, Cenevre Sözleşmelerinin oluşumunda ana aktör olan ve misyonu 'silahlı çatışma ve diğer şiddet olayları mağdurlarının yaşam ve onurlarını korumak, insancıl hukukun ve evrensel insani ilkelerin güçlenmesi ve desteklenmesini sağlayarak insan acısını önlemeye çalışmak' olan ICRC, devletler tarafından kendisine verilen hem uluslararası hem de ulusal hukuktan kaynaklanan kendine özgü bir yasal statüsü, özel imtiyaz ve dokunulmazlıkları olan uluslararası bir kuruluştur. ICRC yetkisini uluslararası sözleşmeler aracılığı ile devletlerden almış ise de, kurucu bir antlaşma yoluyla devletlerce kurulmuş bir yapı değildir; varlığı ve yönetimi devletlerden bağımsızdır. Günümüzde ICRC'nin çalışmaları,

(ICRC) teamül hukukuna dair kapsamlı çalışması[3] neticesinde, uluslararası çatışmaları düzenleyen hukuka yaklaşmıştır. Özellikle 1990'lardan sonra birçok tamamlayıcı nitelikte hukuk, politika, norm ve mekanizma geliştirilmiş; ayrıca günümüz çatışmalarının yarattığı karmaşık sorunlar karşısında insancıl hukukun açıklığa kavuşturulması ve yeni çatışmalara uyarlanmasına ilişkin çabalar kapsamında Cenevre Sözleşmeleri güncellenmiş yorumları[4] ile de insancıl hukuk desteklenmiştir. İnsancıl hukuk her ne kadar günümüz çatışmalarının gerçekliklerini kusursuz olarak yansıtmıyor ve özellikle UOSÇ'lere dair birçok normatif boşluk ve güçlendirilmesi gereken alan içeriyor olsa da, başta çatışmaların icrası olmak üzere, çatışmadan etkilenen kişilere koruma sağlanması açısından yeterli ve temel hukuki çerçeveyi sunmaya devam etmektedir. Bu husus, ICRC'nin birçok raporunda, BM organlarınca ve Uluslararası Kızılay Kızılhaç Konferanslarında devletlerle alınan kararlarda birçok kez teyit edilmiştir.

'İnsan yaşamı ve onurunun silahlı çatışmanın orta yerinde bile korunma-

---

resmi olarak 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokoller, ICRC Tüzüğü, Uluslararası Kızılay Kızılhaç Hareketi Tüzüğü, ve devletlerle birlikte gerçekleştirilen Uluslararası Kızılay Kızılhaç Konferansları resmi kararlarına dayanır. Bunun yanısıra kendine özgü bir uluslararası kuruluş olarak Birleşmiş Milletlerde daimi gözlemci statüsüne sahiptir. DEBUF Els, Tools To Do The Job: The ICRC's Legal Status, Privileges and Immunities**, International Review of the Red Cross**, Principles Guiding Humanitarian Action (2016), 97 (897/898), ss. 319–344.

3 1995 yılında ICRC, teamül hukukunun yazılı hale getirilmesine dair on yıl süren kapsamlı ve detaylı bir çalışma başlatmıştır ve çalışma sonuçlarını online bir veri tabanı olarak yayınlamıştır. Bu çalışma birçok tartışma ve eleştirinin konusu olmuşsa da, tüm silahlı çatışmaları ve taraflarını bağlayan ve insancıl hukukun ortak temelini oluşturan 161 teamül kuralı tespit etmiş, bu kurallardan 136 tanesinin (tartışmalı olarak da 143 tanesinin) aynı zamanda UOSÇ'ler de uygulandığı sonucuna varmış ve UOSÇ'lere ilişkin antlaşma hukukundaki birçok boşluğu doldurmuştur. Devletler, Birleşmiş Milletler, ulusal ve uluslararası mahkemelerce de hukuki bir referans olarak kullanılmaktadır. SASSOLI Marco-BOUVIER A. Antoine- QUINTIN Anne, **How Does Law Protect in War,** Chapter 4, Sources of Contemporary International Humanitarian Law, s. 6. https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-0739-part-i.pdf

Çalışma 2 bölümden oluşmaktadır: **Kurallar**: İnsancıl Teamül Hukuku'nun mevcut kuralları ve detaylı analizi. **Pratik**: Bu kuralları oluşturan pratikleri. Çalışmanın düzenli olarak güncellenmekte olan haline buradan ulaşılabilmektedir: https://www.icrc.org/customary-ihl

4 2016 itibari ile I. Cenevre Sözleşmesi (özellikle uluslararası nitelikte olmayan yeni silahlı çatışmaların gerçeklikleri dikkate alınarak özel olarak odaklanılan ortak 3. madde), 2017 itibari ile de II. Cenevre Sözleşmesi güncel yorumları ICRC tarafından tamamlanmış olup III. Ve IV. Cenevre Sözleşmelerine dair çalışmalar devam etmektedir.

sı' esasına dayanan ve askeri gereklilikler ile insani kaygılar arasındaki denge üzerine temellendirilen insancıl hukuka dair tüm hukuki ilerlemelere ve çabalara rağmen, siviller silahlı çatışmaların korkunç sonuçlarından giderek artan bir şekilde neden zarar görmekte, korunamamakta ve yoğun acılar çekmektedir? Neden alandaki gerçeklikler ile hukuk arasında aşılması imkânsız gibi görünen derin bir uçurum söz konusudur? Sivillerin korunmasındaki başarısızlığın ve bu kadar yaygın ve yoğun insan acısı ile karşılaşılmasının aslında temel nedeni, hukukun kendisi ya da yetersizliğinden bağımsız olarak insancıl hukukun hem devletler hem de silahlı gruplar tarafından sistematik bir şekilde tekrar eden, yaygın ve çoğunlukla kasıtlı ihlalleridir.[5] Tek başına insancıl kuralların varlığı, silahlı çatışmaların yarattığı yoğun insan acısını önleyememektedir. İnsancıl hukukun en basit, en temel ilkeleri ve yasakları hem devletler hem de silahlı gruplar tarafından yoğun bir şekilde ihlal edilmektedir[6]. İnsancıl hukukta açıkça yasaklanmasına rağmen, siviller sürekli olarak hedef alınmakta; okullar, hastaneler, ibadet yerleri bombalanmakta, insani yardım ve sağlık çalışanları kaçırılmakta veya öldürülmektedir. Tıbbi birimler, ambulanslar, kültürel varlıklar ve insanlık mirası yapılar bir savaş taktiği olarak yağmalanmakta ve tahrip edilmekte; insani yardım örgütlerinin çatışma mağdurlarına erişimi keyfi olarak engellenmekte, kadınlar ve kız çocukları tecavüze uğramakta ve seks köleleri olarak satılmakta; işkence, aşağılanma, zulüm, insanlık dışı muameleler, katliamlar, kaybedilmeler, çocuk ölümleri sürekli olarak yaşanmaktadır. Bu ihlaller doğrudan günümüz çatışmalarının insancıl hukukun uygulanmasına dair yarattığı belirsizlikler ya da yetersizliklerle ilgili değildir. Yalnızca ortak 3. maddeye uygun şekilde riayet edilmesi durumunda bile, mevcut insani trajedilerin büyük çoğunluğunun yaşanmayacağı ve durumun tamamen farklı olacağını vurgulamak

---

5 SVOBODA Eva, Strengtening Access and Proximity To Serve The Needs of People in Conflict, **Humanitarian Policy Group (HPG), Overseas Development Institute,** July 2015. KELLENBERG Dr. Jakob, 60th Anniversary of the Geneva Conventions – Ministerial Working Session, 26 September 2009, address by Dr Jakob Kellenberger, President of the ICRC. 26.09.2009 https://www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/geneva-conventions-statement-260909.htm (24.09.2016)

6 BERNARD Vincent, Tactics, Techniques, Tragedies: A Humanitarian Perspective On The Changing Face Of War, **International Review of the Red Cross** (2015), Vol:97 ss. 959-968. ICRC Report, Strengthening Legal Protection for Victims of Armed Conflict, 31. International Conference of the Red Cross and Red Crescent Society, December 2011, ss. 10-14.

gerekir.[7] Hemen hemen tüm çatışmalarda, yaşanan acıların temel sebebi, siyasi iradenin yokluğu ve bunun da etkisi ile hukuka uymayı sağlayan gerekli mekanizmaların eksikliği ya da yetersizliği nedeniyle yürürlükteki hukuka riayet edilmemesidir. Çatışma mağdurlarının korunması için asıl gerekli olan şey, insancıl hukukun uygulanmasının ve hukuka gerekli saygının gösterilmesinin sağlanmasıdır. Bu nedenle UOSÇ hukukunda, çatışmanın tüm taraflarının hukuka riayet etmesini ve hukukun uygulanmasını sağlayacak etkin mekanizmaların varlığı yaşamsal öneme sahiptir.

Bu çalışma UOSÇ'ler bağlamında insancıl hukuku uyum mekanizmaları açısından ele almayı amaçlamaktadır. Öncelikle insancıl hukuk kaynaklı uyum mekanizmaları ya da bu çerçevede değerlendirilebilecek hususlar gözden geçirilecek; yeterliliği, işlevselliği ve uygulanmasına dair güçlükler irdelenecektir. Daha sonra, 'sorumluluk' kavramı; 'bireysel cezai sorumluluk', 'devletin sorumluluğu', 'devlet dışı silahlı grupların sorumluluğu' ve 'onarım' başlıkları ile ele alınacak ve ardından çatışma mağdurlarının korunması açısından diğer uluslararası mekanizmalar değerlendirilecektir. Son olarak insancıl hukuk uyum mekanizmalarının güçlendirilmesine dair çabalar ve çözüm önerilerine yer verilecektir.

B. İNSANCIL HUKUK KAYNAKLI MEKANİZMALAR

İnsancıl hukukta var olan 'koruyucu güç mekanizması', 'tahkikat usulü', 'gerçeği araştırma komisyonu' gibi uyum mekanizmaları sadece uluslararası silahlı çatışmalar için düzenlenmiştir.[8] Bunlar da pek etkili olamamış

---

7 SASSOLI Marco, **Is The IHL in crisis**, Panel on 21.04.2016 https://www.icrc.org/en/document/law-armed-conflict-crisis-and-how-recommit-its-respect

8 Uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilen Cenevre Sözleşmeleri ve I nolu Ek Protokolde yer alan uyum mekanizmaları şunlardır:

H**ami Devlet/Koruyucu Güç mekanizması (Protecting Powers mechanism)** İlk üç Cenevre Sözleşmesinin 8. Ortak maddesinde, IV. Cenevre Sözleşmesinin 9. Maddesinde (Türkçeye 'hami devlet' olarak çevrilmiştir.) ve I nolu Ek Protokolün 5. Maddesinde ('koruyu güç' olarak çevrilmiştir) düzenlenmiştir. Çatışmaya taraf her devletin çatışmanın başlaması ile birlikte, uluslararası çatışmalara ilişkin insancıl hukukun denetimi ve uygulamasını sağlamak üzere karşı tarafın da onaylayacağı tarafsız bir devleti ataması zorunluluğu getirir. Pratiğe bakıldığında, I. Dünya savaşından bu yana bu mekanizma bir kaç kez kullanılmış ve 2018 yılı itibari ile en son 40 yıl önce uygulanmıştır.

R**esmi Tahkikat Prosedürü (Formal Enquiry Procedure):** Dört Cenevre Sözleşmesinin sırasıyla 52, 53, 132 ve 149 maddelerinde düzenlenmiştir. Bu mekanizmaya göre uluslarara-

veya hiç kullanılmamıştır. Bu mekanizmaların harekete geçebilmesi için tanımlanmış gerekli şartlar diğer uluslararası hukuktaki mekanizmalardan farklı şekilde yapılandırılmış, bir 'sözleşme organı' ve kurumsal alt yapısı oluşturulmamış ve mekanizmaların işleyişi devletlerin rızası koşuluna bağlanmıştır. UOSÇ'ler ile ilgili olarak ise ne ortak 3. maddede ne de II nolu Ek Protokol'de uyum mekanizmalarına dair açık bir hüküm bulunmaktadır. Bu tür mekanizmaların kurulmasına ilişkin her türlü girişim, devletlerce 'iç işlerine karışma' refleksiyle engellenmiştir.[9] UOSÇ'lerde insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin yaptırım gücü gerçekte büyük oranda, devletlere, devletlerin ulusal mevzuatlarındaki mekanizmalara bırakılmıştır.[10]

C. Saygı Gösterme ve Saygı Gösterilmesini Sağlama Yükümlülüğü

İnsancıl hukukun uygulanmasının sağlanmasına ilişkin genel ilke en temel düzeyde, devletlerin taraf olduğu antlaşmalardan gelen yükümlülükleri-

---

sı çatışmalara ilişkin insancıl hukuku'un ihlaline ilişkin bir iddia durumunda tarafların uzlaşacağı bir usul ile ihlal iddiasına ilişkin tahkikat açılacaktır, tarafların uzlaşamaması halinde usulü belirleyecek bir hakem seçilecektir. Tahkikat hükmünün sözleşmelerde ilk kez yer aldığı 1929 yılından bu yana bu mekanizmaya ilişkin bir kaç girişimde bulunulmuşsa da hiç biri sonuçlanmamıştır.

U**luslararası Gerçeği Araştırma Komisyonu (International Humanitarian Fact Finding Commission/IHFFC**) I nolu Ek Protokolün 90. Maddesi uyarınca 1991 yılında kurulmuştur. Uluslararası çatışmalara ilişkin insancıl hukukun ağır ve ciddi ihlallerine dair iddialarda soruşturma yapmaya, ayrıca 'dostane girişimler' (good offices) aracılığı ile hukuka saygı tavrı geliştirilmesi yönünde çalışmalar yapmaya yetkilidir. Ancak komisyon yetkisini uluslararası çatışmada yer alan devletlerin I nolu Ek Protokole taraf olması, komisyonu bu yetkisini tanıdığını kabul eden resmi bir bildirimde bulunması ve bu devletlerden birinin hizmetlerini önermesi halinde kullanabilmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki 1993'te komisyon çatışmanın tüm taraflarının rızasına tabi olmak üzere UOSÇ kapsamındaki sivil savaşlar da dâhil olmak üzere tüm ihlalleri soruşturmaya hazır olduğunu beyan etmiştir. 1991'de kurulmasına rağmen bu mekanizma hiç çalıştırılmamıştır. Guidance Document, Informal Meeting on Strengthening Compliance with International Humanitarian Law, Geneva, 2012 https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/Background-Document-Third-Meeting-of-States-IHL-2012_EN.pdf. PHANNER Toni, Various Mechanisms And Approaches For Implementing International Humanitarian Law And Protecting And Assisting War Victims, **International Review of Red Cross,** Volume 91 Number 874, June 2009.

9 **PHANNER,** 2009 s. 299.

10 MELZER Nils / KUSTER Etienne, **International Humanitarian Law, A Comprehensive Introductio**n, ICRC, Geneva, August 2016.s. 306.

ni yerine getirmek zorunda olduklarını ifade eden 'ahde vefa' kuralı[11] gereği, her devletin tüm koşullarda insancıl hukuka saygı göstermesi ve saygı gösterilmesini sağlaması gerekliliğidir. Cenevre Sözleşmesinin Ortak 1. maddesi, Sözleşmeye taraf devletlerin her koşulda insancıl hukuka saygı göstermek, saygı gösterilmesini sağlamak, ihlalleri önlemek ve cezalandırmakla yükümlü olduklarını ifade eder. Uluslararası Adalet Divanı, saygı gösterme ve gösterilmesini sağlama yükümlülüğünün sadece Cenevre Sözleşmelerinden kaynaklanmadığını, insancıl hukukun genel ilkelerinden de kaynaklandığını, Cenevre Sözleşmelerine saygı gösterme yükümlülüğünün ortak 3. madde için de, dolayısı ile UOSÇ'lerin tüm tarafları ve üçüncü devletler açısından da geçerli olduğunu belirtmiştir.[12] Uluslararası Adalet Divanının yanısıra, hem BM Güvenlik Konseyi hem de BM Genel Kurulu birçok kararında[13] çatışmanın taraflarının yanısıra çatışmaya taraf olmayan üçüncü devletlerin de hukuka saygı gösterilmesini sağlama zorunluluğunu ve insancıl hukuku ihlal eden UOSÇ taraflarını desteklemenin yasak olduğunu teyit etmiştir.[14] 139 nolu teamül kuralı, çatışmanın her bir tarafının insancıl hukuka saygı gösterme ve silahlı kuvvetlerinin talimatı ile veya yönetimi ya da kontrolü altında hareket eden kişi ve grupların da saygı göstermesini sağlama yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir. UOSÇ'leri düzenleyen insancıl hukuk sadece savaşan devletleri değil, silahlı çatışmanın tüm taraflarını bağlamaktadır; diğer bir deyişle, devlet dışı silahlı grupların da insancıl hukuka uyma ve mensuplarının ihlallerini önleme yükümlülüğü vardır. 140 nolu teamül kuralı, bu yükümlülüğün karşılıklılığa tabi olmadığını ifade eder. Dolayısıyla devletler, riayet etmek zorunda oldukları saygı gösterme ve saygı göstermeyi sağlama yükümlülüklerinden, devlet dışı silahlı gruplar da dâhil olmak üzere karşı tarafın riayet etmediği gerekçesiyle kurtulamamaktadırlar.[15] 144 nolu

---

11 Antlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi 26. madde.

12 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Judgment (Merits), 27 June 1986, par. 220.

13 Detaylar için bkz: **PFANNER**, 2009, ss. 305–306 ve 314–323.

14 DÖRMANN Knut - SERRALVO PEREZ Jose -, "Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations," ***IRRC*****,** Vol. 96, No. 895/896, Autumn–Winter 2014.

15 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin 2000 tarihli Kupreskic Davası kararında da, insancıl hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin karşılıklılığa bağlı olmadığı hususunun uluslararası hukukun genel bir kuralı olduğu ifade edilmiştir. The Prosecutor v. Kupreskic, et al. ICTY Cases, 2000, par.519. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 60/5 hükmüne göre de, insancıl hukuk sözleşmeleri karşılıklılığa tabi değildir.

teamül kuralı devletlerin çatışma taraflarını insancıl hukuku ihlal etmeye teşvik edemeyeceklerini, insancıl hukukun ihlalini engellemek için mümkün olduğu ölçüde çaba harcamaları gerektiğini ifade etmiştir. İnsancıl hukuka saygı gösterme ve gösterilmesini sağlama yükümlülüğü sadece çatışma dönemlerinde değil, barış zamanlarında da uyulması gereken bir zorunluluktur.

'Saygı gösterilmesini sağlama' yükümlülüğü daha çok, proaktif adımlar gerektiren pozitif yükümlülükler içerir. İhlalleri teşvik etmemek, desteklememek gibi negatif yükümlülükler ile birlikte insancıl hukuku ihlal eden silahlı gruplar ya da devletlerle silah ticaretini durdurma, uluslararası silah ambargosuna katılma, ekonomik ya da diplomatik yaptırımlar uygulama gibi pozitif adımların da atılması gerekir. ICRC'nin Cenevre Sözleşmeleri ortak 1. maddeye ilişkin 2016 yorumunda belirttiği üzere devletler, ihlalleri önlemek ve ihlallere son vermek için makul olan her şeyi yapmak durumundadırlar; insancıl hukuk ihlalleri karşısında bir devletin tamamen pasif kalması, şüphesiz olarak 1. maddedeki yükümlülüğünü yerine getirmediği anlamına gelecektir.[16]

İnsancıl hukuk kurallarını eyleme geçirmek, uygulanmasını sağlamak öncelikle ve en çok devletlerin görevidir. İnsancıl hukuku ulusal mevzuatlarına ve askeri talimatnamelerine uyarlamak, silahlı kuvvetlerini ve vatandaşlarını bu hususta eğitmek, 'özel insancıl hukuk komiteleri' gibi yapılar[17] kurmak, barış zamanında da gerekli önleyici tedbirleri almak, savaş suçlarını engellemek ve ihlaller oluştuğunda sorumlularını yargılayarak cezalandırmak, ciddi ihlallerde BM ile işbirliği yapmak, ICRC ve Kızılay/Kızılhaç Dernekleri ile Kızılay/Kızılhaç Hareketi'nin ilkeleri doğrultusunda ortak

---

16 SASSOLI Marco / BOUTRUCHE Théo, **Expert Opinion on Third States' Obligations vis-à-vis IHL Violations under International Law, with a special focus on Common Article 1 to the 1949 Geneva Conventions**, November 2016. https://www.nrc.no/globalassets/pdf/legal-opinions/eo-common-article-1-ihl---boutruche---sassoli---8-nov-2016.pdf (15.10.2017)

DIAKONIA, Accountability for Violations of IHL, An introduction to the legal consequences stemming from violations IHL, October 2013, **Diakonia International Humanitarian Law Resource Centre** https://www.diakonia.se/globalassets/documents/ihl/ihl-resources-center/accountability-violations-of-international-humanitarian-law.pdf (19.10.2017) s. 3.

17 2014 Ağustos sonu yılı itibari ile; 29'u Avrupa, 18'i Asya-Pasifik, 19'u Amerika, 29'u Afrika ve 12'si Ortadoğu'da olmak üzere 107 ülkede bu tür komiteler kurulmuştur. https://www.icrc.org/en/download/file/1135/table-of-national-ihlcommittees-icrc-eng.pdf

çalışmalar yürütmek suretiyle devletlerin bu yükümlülüğünü yerine getirmeleri gerekir[18].

Hem devletlerin hem de silahlı grupların UOSÇ'lere ilişkin insancıl hukuk normlarıyla bağlı olduğu tartışmasızdır. Ancak, bu yükümlülük maalesef uygulamaya yeteri kadar yansımamaktadır. Devletler hukuki yükümlülüklerine rağmen gerekli önlemlerin alınması ve ihlallerin sorgulanmasında oldukça isteksizdirler. Özellikle UOSÇ'ler hukukunda, insancıl hukukta kişilerin korunmasına ilişkin uygulama ve zorlama mekanizmalarının eksikliği bunda önemli bir etkendir.

B. Özel Anlaşmalar (Special Agreements)

Ortak 3. maddeye göre çatışmanın tarafları 'özel anlaşmalar' aracılığı ile sözleşmenin diğer tüm veya bir kısım hükümlerini yürürlüğe koymak için çaba göstereceklerdir. Özel anlaşmalar, UOSÇ taraflarının insancıl hukuka uyacaklarına ilişkin açık taahhütte bulunmalarını teşvik eden, ancak tarafların hukuki statüsünü hiçbir şekilde etkilemeyen anlaşmalardır. Bu anlaşmalar, hâlihazırda tarafları bağlayan teamül hukuku ve antlaşma hukuku[19] hükümlerini çatışmanın özel koşullarını da dikkate alarak deklare edebileceği gibi, mevcut insancıl hukuk hükümlerinin ötesine geçerek taraflara yeni hukuki yükümlülükler yükleyen anlaşmalar şeklinde de olabilmektedir.[20] Günümüz çatışmalarının çeşitliliği ve karmaşıklığı içerisinde, ilgili çatışmaya özgü olarak açıklayıcı, net ve kolaylaştırıcı hükümler içerebilmesi, insancıl hukukun uygulanmasını teşvik edici olması ve ihlallere karşı takip edilecek işlemleri karşılıklı olarak taahhüt altına alma potansiyeli bakımından önemli bir mekanizmadır. Tarafların bilinen ve kabul gören liderleri tarafından karşılıklı rıza ile uygulama sorumluluğu üstlenilerek imzalanmış bir

---

18 Devletlerin bu konudaki yükümlülükleri, CS I, 48, 49, 45, 47 maddelerinde; CS II, 49, 55, 46, 48 maddelerinde; CS III, 127, 129 maddelerinde; CS IV, 46, 144 maddelerinde, II nolu Ek Protokolün 19. maddesinde, ayrıca 141, 142, 143 nolu teamül kurallarında belirtilmiştir.

19 Bu çalışmada 'anlaşma hukuku' ifadesi uluslararası hukukun antlaşmalar ya da sözleşmeler yoluyla oluşan alanına atfen (teamül hukukunu ya da esnek hukuk araçlarını kapsamadığını belirtmek amacıyla) kullanılmıştır. 'Viyana antlaşmalar hukukuna' herhangi bir göndermesi yoktur.

20 ICRC Report, Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts, Annex3 of the report of 'IHL and The Challenges of Contemporary Armed Conflicts' 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, October 2007.

özel anlaşma; ileriki süreçler için bir referans noktası ve savaşan güçlerin mensuplarına açık bir mesaj olabildiği gibi, tarafların insancıl hukuka ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmesini teşvik eden bir araç niteliği taşımaktadır. Özel anlaşmalarla ilgili oldukça önemli bir husus ise, devlet dışı silahlı örgütlere 'norm oluşturma' sürecine katılma fırsatı veren, ulusal hukukun asimetrisinden ve tarafların hukuki statüsünden bağımsız olarak 'çatışan tarafların eşitliği prensibi' altında devlet dışı silahlı aktörlerin argümanlarını dile getirebileceği bir zemin sağlayan tek mekanizma olmasıdır. [21]

Çoğunlukla ICRC'nin devreye girerek gösterdiği çabalar neticesinde gerçekleşmekle birlikte insancıl hukukun uygulanmadığı ve tanınmadığı bazı durumlarda hukuka riayeti teşvik etmek amacıyla özel anlaşmalar uzun zaman önce kullanılmaya başlanmıştır. Örneğin İspanya İç Savaşında (1936-1939), İngiliz mandası altındaki Filistin'de (1922-1939) ICRC'nin müzakereleri neticesinde özel anlaşmalar kullanılmıştır.[22] Ateşkes anlaşma-

---

21 HEFFES Ezequiel - KOTLIK Marcos D. Special Agreements as a Means of Enhancing Compliance with IHL In Non-international Armed Conflicts: An Inquiry Into The Governing Legal Regime, Generating respect for the law, **International Review of the Red Cross**, Vol. 96, No. 895/896, ss. 1195–1224.

22 DAVEY Elanor - JACKSON Ashley, From the Spanish Civil War to Afganistan, Historical and Contemporary Reflection on Humanitarian Engagement With Non-State Armed Groups, **HPG Working Paper,** Overseas Development Institute, May 2014, s. 8.

Ayrıca, 1960'larda Yemendeki çatışmalarda, Nijerya İç Savaşında (1967-1970), 1990'larda Bosna Hersek Cumhuriyeti bünyesinde birçok çatışma tarafı arasında imzalanmıştır. ICRC, Increasing Respect For International Humanitarian Law In Non-International Armed Conflicts, https://www.icrc.org/sites/default/files/topic/file_plus_list/0923-increasing_respect_for_international_humanitarian_law_in_non-international_armed_conflicts.pdf

Devletler ile silahlı örgütler arasındaki özel anlaşmalara örnek olarak,

2002 yılında Endonezya Hükümeti ile Özgür Aceh Hareketi arasındaki anlaşma (*Cessation of Hostilities Framework Agreement between Government of the Republic of Indonesia and the Free Aceh Movement, 9 December 2002 (Indonesia Agreement*), www.usip.org/sites/default/iles/file/resources/collections/peace_agreements/aceh_12092002.pdf (15.12.2017)

2004 yılında Sudan Hükümeti ile Eşitlik Adalet Hareketi ve Afrika Birliği arasındaki anlaşma *(Humanitarian Ceasefire Agreement on the Conflict in Darfur, 2 April 2004,* http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SD_040408_Humanitarian%20Ceasefire%20Agreement%20on%20the%20Conflict%20in%20Darfur.pdf (15.12.2017)

Silahlı grupların kendi aralarında gerçekleştirdiği özel anlaşmalara örnek olarak, 1981 yılında El-Salvadordaki devlet dışı silahlı gruplar arasındaki anlaşma *(Acuerdo Político Entre El FMLN Y La Juventud Militar Para La Constitución Del Nuevo Ejército,* http://www.cedema.org/ver.php?id=4788, HEFFES Ezequiel - KOTLIK Marcos D, a.g.e.

1993 yılında Somalideki devlet dışı silahlı gruplar arasındaki anlaşma (*General Agreement Signed in Addis Ababa on 8 January 1993,* http://theirwords.org/media/transfer/doc/1_so_1993_24-822dc2f9d5560375a319fe3bbe479232.pdf (15.12.2017)

ları ya da barış anlaşmaları da özel anlaşmalar kapsamında değerlendirilebilmektedir.[23]

Devlet dışı silahlı örgütlerin aktif olarak yer aldığı yeni silahlı çatışmalar ortamında, insancıl hukuka riayet edilmesini sağlamak için önemli bir potansiyele sahip bir araç olmasına rağmen, özel anlaşmaların pratikte yeterince yaygın olmadığı görülmektedir. Özel anlaşmalara daha çok, çatışmaların devletler ile görece güçlü silahlı gruplar arasında (etkili toprak kontrolü ve güçlü komuta zinciri açısından devletlere benzeyen) çekişmeli ve zorlu geçtiği durumlarda başvurulduğu ve başarıya ulaşıldığı görülmektedir.[24] ICRC'nin yoğun çabalarına ve ortak 3. maddenin özel anlaşmaların tarafların hukuki statüsünü etkilemediği vurgusuna rağmen devletler, silahlı grupların politik olarak bile meşruiyet kazanma çabalarına katkıda bulunmuş olma kaygısı ile bu tür anlaşmalardan imtina etme eğilimindedirler. Devletlerin bu tutumları karşısında devlet dışı silahlı aktörler, insancıl hukuka riayet edeceklerini tek taraflı beyanlarla taahhüt edebilmektedirler.

C. Tek Taraflı Beyanlar (Unilateral Declarations)

UOSÇ'lerin tüm tarafları hukuken insancıl hukuka tabi olmalarına rağmen, devletlerin aksine devlet dışı silahlı gruplar insancıl hukuk sözleşmelerine resmi olarak taraf olamamaktadır. Dolayısıyla tek taraflı beyanların temel amacı, silahlı grupların insancıl hukukla bağlı olduklarını taahhüt etmelerini gönüllü olarak sağlamaktır. Silahlı gruplar, tek taraflı beyan ile (ya da niyet beyanı ile) insancıl hukuka riayet ettikleri bir pozisyonda olduklarını bazen kendi inisiyatifleri ile basın açıklaması yaparak duyururlar; bazen de ICRC ya da başka bir insani yardım kuruluşunun inisiyatifi ile yapılan müzakereler sonucunda silahlı gruplardan bu taahhütler alınır[25]. Tek tarafları beyanlar, sadece ortak 3. maddeyi referans alabildiği gibi,[26] hem

---

23 Örn. 2002 yılında Angola Hükümeti ile UNITA (Angola'nın Tam Bağımsızlığı için Ulusal Birlik) arasında imzalanan anlaşma http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=3e81949e4 (15.12.2017)

24 **PHANNER**,2009, ss. 301-302.

25 Burada belirtmek gerekir ki, silahlı gruplar tek taraflı beyanda bulunsunlar ya da bulunmasınlar, her hâlükârda ortak 3. madde, teamül hukuku ve koşulların uygun olduğu durumlarda II nolu Ek Protokole karşı sorumludurlar.

26 Örn: 1956'da Cezayir'de FLN'nin (Ulusal Kurtuluş Cephesi) beyanı.

ortak 3. madde hem de II nolu Ek Protokolü referans alan[27] ya da herhangi bir anlaşmaya atıfta bulunmamakla birlikte insancıl hukuk normlarını içeren beyanlar[28] şeklinde olabilmektedir. Ana aktörlerden biri olan ICRC'nin insancıl hukuka riayet edilmesi yönündeki ikna müzakereleri genellikle iki taraflı ve gizli iken, diğer bazı aktörler bu taleplerini kamuoyuna açık olarak yapabilmektedir.[29] ICRC ayrıca bu taahhüt beyanlarını ihlallerin izlenmesi ve takibine zemin olarak da kullanmakta, ihlallerin tartışılmasını ya da taahhütlerin hatırlatılarak gerekli uyarıların yapılmasını sağlamaktadır. ICRC, Angola, Kolombiya, Nikaragua, Ruanda, Güney Afrika, Sri Lanka, Afganistan ve diğer birçok ülkede silahlı örgütlerle bu yönde kendi çalışma prensipleri doğrultusunda girişimlerde bulunmuştur[30]. *Geneva Call* örgütü de 2000 yılında İsviçre merkezli kurulan ve sivillerin korunması amacıyla devlet dışı silahlı grupların insancıl hukuk normlarına uymasını teşvik eden uluslararası bir kuruluş olarak, 'anti personel mayınlarının yasaklanması', 'silahlı çatışmalarda çocukların korunması' ve 'silahlı çatışmalarda cinsel şiddetin yasaklanması' yönünde girişimlerde bulunmaktadır. *Geneva Call*, 'taahhüt senedi' (*deed of commitment*) olarak adlandırılan; ilgili silahlı grup lideri, *Geneva Call* kuruluşu ve Cenevre Kantonu hükümeti tarafından imza altına alınan mekanizma aracılığı ile silahlı grupların taahhütlerde bulunmasını sağlamaktadır.[31]

---

27 Örn: 1988 yılında El Salvador'da FMLN'nin (Farabundo Marti Ulusal Kurtuluş Cephesi) ve 1991'de Filipinler'de NDFP'nin (*Filipinler* Ulusal Demokratik Cephesi) beyanı.

28 Örn:1995'de Kolombiya'da ELN'nin (Ulusal Kurtuluş Ordusu) beyanı.

29 ICRC ve diğer insani yardım aktörleri, Kolombiya, Endonezya, Liberya, Sudan gibi birçok ülkede silahlı örgütlerden bu türde tek taraflı beyanlar talep etmişler.

30 MACK Michelle- PEJIC Jelena, **Increasing Respect For International Humanitarian Law In Non-International Armed Conflicts**, ICRC, Geneva, Feb. 2008, ss. 19-21.

31 *Geneva Call*, devlet dışı silahlı gruplarla dünya çapında insani amaçlı girişimlerde bulunan ana kuruluşlardan biridir. Sorun odaklı 'taahhüt senedi (*deed of commitment*)' uygulaması BM Genel Sekreterliği raporlarında başarılı bir mekanizma olarak tanımlanmıştır. İlk olarak 2000 yılında 'anti personel mayınların yasaklanması taahhüdü' ile yola çıkmış, 2010 yılında 'silahlı çatışmalarda çocukların korunması' ve 2012 yılında 'silahlı çatışmalarda cinsel şiddetin yasaklanması' taahhütleri doğrultusunda çalışmalara başlamıştır. 2018 yılı itibari ile 52 silahlı grup anti-personel mayınların yasaklanması, 26 silahlı grup silahlı çatışmalarda çocukların korunması ve 24 silahlı grup silahlı çatışmalarda cinsel şiddet ve ayrımcılığın yasaklanmasına dair taahhüt senedini imzalamıştır. Silahlı grupların taahhütlerine ilişkin bu belgeler, 1864 yılında ilk Cenevre Sözleşmesinin imzalandığı Cenevre Belediye Binası Alabama Salonunda düzenlenen bir seremoni ile imzalanmaktadır. https://genevacall.org/how-we-work/deed-of-commitment/

Tek taraflı beyanlara ilişkin yapılan eleştirilere bakıldığında genellikle bu tür bildirimlerin silahlı gruplar tarafından politik amaçlı olarak yapıldığı, bu nedenle taahhütlerin başarılı bir şekilde uygulanabileceği ihtimalinin düşük olduğu algısı söz konusudur. Ayrıca tek taraflı beyanların teşvik edilmesinin insancıl hukukun her koşulda bağlayıcı olduğu hususuna şüphe düşürebileceği veya bu tür taahhütler için girişimde bulunan insani yardım kuruluşlarının ya da STK'ların silahlı grupların meşruiyet kazanma girişimleri için kullanılabileceği eleştirileri yapılmaktadır.[32]

D. İnsani İnisiyatif Hakkı (The Right Of Humanitarian Initiative)

İnsancıl hukuk, UOSÇ'lerle ilgili olarak ortak 3. madde ve II nolu Ek Protokolün 18. Maddesinde ICRC ve Kızılay/Kızılhaç Dernekleri gibi insani yardım kuruluşlarına silahlı çatışma mağdurlarının korunması için hizmetlerini sunma hakkı sağlamıştır[33]. Pratik alanda bu sadece insani yardımı değil, aynı zamanda koruma faaliyetlerini de içeren birçok insani hizmet ve faaliyete dönüşmüştür. Hizmetlerini sunma hakkı, silahlı çatışmadaki insani ihtiyaçları karşılama kapasitesine sahip tarafsız herhangi bir insani yardım kuruluşu ya da STK bakımından söz konusudur. Örneğin Sınır Tanımayan Doktorlar Örgütü MSF (Médecins Sans Frontières) tıbbi ve insani yardımda uzmanlaşmış, bu alanda iyi bilinen ve etkin bir uluslararası kuruluştur. OXFAM, Save The Children, Care, NRC bu anlamda bilinen birçok STK'dan bazılarıdır ve bu tür kuruluşların faaliyetleri, acil yardım, temel sağlık, hukuki yardım, mayın faaliyetleri, eğitim, toplumsal cinsiyet eşitliği, çatışma çözümleri, çevrenin korunması, kalkınma vb. alanları içeren geniş bir yelpazeye sahiptir. Adli olmayan zorlayıcı mekanizmalar (*non-judicial enforcement*) alanında örneğin Uluslararası Af Örgütü (Amnesty International) ve İnsan Hakları İzleme Örgütü (Human Rights Watch) insancıl hukuk ve insan

---

32 Silahlı grupların siyasi meşruiyet kazanmak ve ICRC gibi kuruluşları bu yönde araçsallaştırmaya çalışmak yönündeki eleştirilere karşı, devletlerin de sıklıkla politik güdülerle anlaşmaları onayladıkları ve taahhütlerde bulundukları; ancak bu durumun uluslararası toplumu bu taahhütleri kabul etmekten alıkoymadığı, dolayısı ile silahlı grupların bu konudaki güdüleri politik görünse de bu durumdan insani kaygılar doğrultusunda yararlanılması gerektiği ifade edilmiştir. **MACK & PEJIC**, 2008.

33 İnsani İnisiyatif hakkı, insancıl hukuk kapsamı dışında yer alan '*jus ad bellum*' kapsamındaki 'İnsani Müdahale Hakkı' ve 'Koruma Sorumluluğu'ndan (R2P) tamamen farklı ve ayrıştırılması gereken bir kavramdır. Çatışmanın nedenleri ve haklılığından bağımsız olarak tamamen insani kaygılarla tarafsız ve bağımsız bir yaklaşım gerektirir.

hakları hukuku ihlallerini raporlayarak kamuoyuna duyuran ve bu şekilde hukuka saygı gösterilmesine katkı sunmaya çalışan önemli kuruluşlardır.[34]

ICRC'nin insani inisiyatif hakkı, çatışma mağdurlarının çıkarlarına yönelik öneriler yapabilmesine ve insancıl hukukun gelişimine katkı sunmasına olanak sağlayan daha kapsamlı ve farklı bir yaklaşım içermektedir. [35]. ICRC, operasyonel varlığı ve güvenilirliğini koruyarak, insancıl hukuk bilgisinin yaygınlaştırılması ve diyalog girişimleri ile insancıl hukuk ihlallerini önlemeye çalışmaktadır. Bir silahlı çatışma başladığında ICRC, çatışmanın her bir tarafına insancıl hukuka ilişkin sorumluluklarını hatırlatır. Bu hatırlatma, çatışmanın tarafı devlet ise resmi bir tür muhtıra (memoranda) ile, silahlı grup ise basın bildirisi veya doğrudan görüşme şeklinde yapılır. ICRC operasyonlarını ilkelerine uygun yürütebilmek ve çatışma mağdurlarına güvenli bir şekilde erişim sağlamak ve insancıl hukukun uygulanmasını teşvik etmek için çatışmanın tüm tarafları ile ikili diyalog için girişimlerde bulunur.

ICRC'nin ihlallere müdahalesindeki davranış tarzı (*modus operandi*), "Şiddet Durumlarında Kişilerin Korunmasına İlişkin İnsancıl Hukukun ve Diğer Temel Kuralların İhlallerine Karşı ICRC'nin Tutumu" başlıklı kurumsal yönergesinde ifade edilmiştir. Buna göre ICRC'nin temel yöntemi gizlilik prensibi altında ikili diyaloglar geliştirerek tarafları ihlalleri durdurma veya engelleme yönünde ikna etmektir. Bu çabaların başarısı, ICRC'nin tarafsızlık konusunda oluşturduğu güvene, bulgu ve gözlemlerinin ve diyalogun içeriğinin gizliliğine bağlıdır. ICRC'nin diyalog girişimi, yardım ve koruma faaliyetleri, tutukluluk yerlerine ilişkin ziyaretleri gizli değil iken, diyalogların ve gözlemlerin içeriği kesinlikle gizlidir. Diğer bir deyişle 'ICRC'nin ne yaptığı kamuya açıkken, ne gördüğü gizlidir.'[36] Gizlilik pren-

---

34 **MELZER& KUSTER**, 2016, s. 312.

35 ICRC'nin kendisi aslında insancıl hukukun uygulanması açısından başlı başına önemli ve etkin bir mekanizma olmakla birlikte, burada ICRC'nin yalnızca insancıl hukuk ihlalleri karşısındaki tutumu ve ihlaller karşısındaki sorun ve engellerine yer verilecektir.

36 **MELZER & KUSTER** 2016, s. 324.

Taraflar özellikle ihlaller konusundaki bilgilerin paylaşılmayacağından emin olmadıkları sürece, ICRC ve delegelerine, özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilere erişme ya da hassas bilgilere ulaşma olanağı vermemektedir. (Bu kişilerin ICRC tarafından ziyaretleri uluslararası çatışmalar hukuku bakımından devletler için zorunluluk iken UOSÇ'ler açısından devletin rızasına tabidir.) Gizlilik prensibi ayrıca ICRC'nin operasyon alanındaki varlığının devamlılığı ve delegelerinin güvenliği açısından da hayati öneme sahiptir. Gizliliğe riayet sadece ICRC için değil, diyalog içerisindeki tarafların da sorumluluğudur. Örneğin taraflar-

sibi, zorunlu ya da koşulsuz değildir. ICRC bu yöntemi başarıya ulaşmada en uygun seçenek olarak gördüğü için kullanmaktadır. Gizlilik prensibi altında ikili diyalog ile tüm çabalarına rağmen ihlalleri engelleyemiyor ise, diğer yardımcı yöntemlere başvurur. Bu adımlardan ilki, ikili gizli diyaloğu, yine gizlilik prensibi altında genişletmektir. Özellikle ilgili tarafın devlet olması durumunda ortak 1. maddenin 'saygı gösterilmesini sağlama yükümlülüğü' hükmü doğrultusunda, ihlali yapan tarafa etki edebilme gücüne sahip üçüncü devletler, bölgesel veya uluslararası örgütler ile diyaloğa geçer. Bir sonraki adım, diyaloğun içeriğini, sorunu ve önerilerini ifşa etmeden diyaloğun kalitesine ilişkin kaygılarını kamuoyuna duyurmaktır. Buradaki amaç, ilgili taraftan daha olumlu bir yanıt alabilmek ve ICRC'nin sessizliğinin insani koşulların tatmin edici olduğu yanılgısını yaratmasını engellemektir. Son adım olarak ICRC ciddi ihlallerin tekrarı durumunda kamuoyuna açık olarak ihlalleri duyurarak sonlandırma çağrısında bulunur ve kınama yayınlar.[37] Bu yöntem ICRC'nin kullanmayı tercih etmediği, istisnai olarak başvurduğu bir yöntemdir.[38]

ICRC'nin insancıl hukukun uygulanmasını sağlama ve ihlalleri önleme konusunda operasyonel alanda özel bazı kısıtları söz konusudur. Bu alanda birincil görevi çatışma mağdurlarına yardım ve koruma sağlama olduğundan, mağdurlara yardım etmek ve ihlalleri engellemek arasında ikilemde kaldığında operasyonlarının amacı ve güvenliği için ihlaller karşısında sessiz kalmayı tercih etmek durumundadır. Bu nedenle de gizlilik prensibi altında çalışmakta ve soruşturmalar, adli usullerden uzak durmaktadır.

---

dan biri ICRC raporlarının bir kısmını insancıl hukuka uyduğuna ilişkin kamuoyu oluşturmak için sızdırırsa, ICRC tüm rapor içeriğini yayınlama hakkını saklı tutar.

37 Kınama yayınlanması belirli şartların oluşmasına bağlanmıştır: Tüm diğer çabaların başarısızlığa uğraması ihlallerin ağır ve tekrarlanma ihtimali olması, güvenilir delillerin olması veya doğrudan ICRC delegelerinin tanıklığında gerçekleşmesi ve bu kınamanın özellikle çatışma mağdurlarının çıkarına olması gerekmektedir. Bir örnek olarak ICRC 2007'de Myanmar'daki ihlallerle ilgili kınama yayınlamıştır: An example of 'public condemnation' "Myanmar: ICRC denounces major and repeated violations of international humanitarian law," ICRC, 29 July 2007. https://www.icrc.org/eng/resources/documents/news-release/2009-and-earlier/myanmar-news-290607.htm (01.10.2018)

38 ICRC, Reports and Documents, 'Action by the International Committee of the Red Cross in the Event of Volations of International Humanitarian Law or of Other Fundamental Rules Protecting Persons in Situations of Violence', **International Review of Red Cross,** Volume 87, Number 858, June 2005.

ICRC ile birlikte tüm diğer insani yardım kuruluşları açısından bir diğer önemli sorun, korunması gereken çatışma mağdurlarına erişim sorunudur. Günümüzün karmaşık yeni çatışmalarında, operasyonel alandaki güvenlik riskleri, insani yardım görevlilerine yapılan saldırılar, uluslararası alanda insani faaliyetlerin giderek daha fazla politize edilmesi ve bunun da etkisi ile devletlerin insani faaliyetlere rıza göstermekten imtina etmesi insani inisiyatif hakkının kullanılmasında engeller yaratmaktadır. İnsancıl hukuk insani inisiyatif hakkını, diğer bir deyişle hizmetlerini sunma önerisini çatışma taraflarının rızasına bağlamıştır. ortak 3. maddede 'çatışmanın tarafları' ibaresi geçtiğinden hizmetlerini sunma önerisi çatışmaya taraf devlete yapılabileceği gibi, silahlı gruplara da yapılabilmekte ve taraflardan birine bu önerinin yapılması diğer taraf ya da taraflara da bu önerinin yapılmasını gerektirmemektedir.[39] Ayrıca bu önerinin keyfi olarak reddedilmesi insancıl hukuk ihlali olarak kabul edilmektedir.[40] Bu önerinin muhatabı bakımından ortak 3. madde sessizken II nolu Ek Protokolün 18. maddesinde 'taraflar' ifadesi yerine '*…Yüksek Akit Devlet'in rızası ile başlatılacaktır*' ibaresi yer almaktadır. Özellikle son dönemlerdeki yeni çatışmalar açısından, hem bu rızanın devletlerden alınmasında hem de devletin sınırlarında olmakla birlikte otoritesinin olmadığı, toprak hâkimiyetinin silahlı gruplarda olduğu durumlarda rızanın nasıl sağlanacağı hususunda hem *de-facto* hem de hukuki durumlar açısından farklı sorunlar ve tartışmalar söz konusudur.[41]

---

39 2016 Commentary of Common Article 3. ICRC, par.825.

40 2016 Commentary of Common Article 3. ICRC, par. 780, 834.

SAULNİER Francoise Bouchet-, Consent to Humanitarian Access: An Obligation Triggered By Territorial Control, Not States' Rights**, IRRC**, Vol. 96, No. 893, 2014, ss. 207–217.

KRAEHENBUHL Pierre, "There Are No 'Good' or 'Bad' Civilians in Syria – We Must Help All Who Need Aid", **The Guardian**, 3 March 2013 www.theguardian.com/commentisfree/2013/mar/03/red-cross-aid-inside-syria (22.09.2018)

41 İnsani yardım ve koruma faaliyetleri, çatışma mağdurlarının ihtiyaçlarının karşılanması, temelde uluslararası genel hukukun da bir gereği olarak çatışma taraflarının sorumluluğundadır, insani yardım kuruluşlarının faaliyetleri tamamlayıcı, yardımcı niteliktedir. Bu ihtiyaçların karşılanamadığı durumlarda insani kuruluşlar hizmetlerini sunma önerisi ile devreye girerler ve bu hizmetler çatışma taraflarının rızasına tabidir. Bu rıza, yazılı olarak verildiği gibi sözlü ya da *de-facto* olarak da verilebilmektedir. ICRC bu rızanın her hâlükârda çatışmanın yer aldığı devletten de, o bölgede kontrol ve otoritesi olmasa da alınması gerektiği görüşündedir. Bununla birlikte devletin kontrolünün olmadığı bölgelerde, o bölgelerde kontrol gücüne sahip silahlı grupların rızalarının yeterli olduğu görüşü de söz konusudur. Örneğin MSF, Suriye'deki çatışmalarda hükümetten rıza alamamış ve hükümet kontrolündeki bölgelerde hizmet verememiş olmasına rağmen, hükümet kontrolünün olmadığı bölgelerde etkin

D. ULUSLARARASI NİTELİKTE OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALARDA SORUMLULUK KAVRAMI

A. Bireysel Cezai Sorumluluk

UOSÇ'leri düzenleyen ortak 3. madde ve II nolu Ek Protokol'de bireysel cezai sorumluluğun varlığına ilişkin bir hüküm yoktur[42]. 1949 Cenevre Sözleşmelerinden 1990'lı yıllara kadar, UOSÇ'lerde bireylerin kovuşturulması ulusal cezai normlar altında devletlerin kendi takdir yetkisine bırakılmıştır.[43] İnsancıl hukukun ciddi ihlallerine ilişkin bireysel cezai sorumluluk ilk kez Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ile UOSÇ'lere dâhil edilmiştir.[44] ortak 3. madde ve II nolu Protokolün ihlalleri, Uluslararası Ruanda Mahkemesi ile birlikte bireysel ceza sorumluluğu kapsamına alınmış;[45]

---

insani faaliyetler yürütmüştür. ICRC, pratik nedenler dolayısı ile UOSÇ'lerde tüm tarafların rızasını arayarak faaliyetlerde bulunmaktadır.

Günümüzde, uluslararası sistemde devlet egemenliğinin insani durumlarda sınırlanabileceği görüşünden hareketle, UOSÇ'lerde da devletin insani kuruluşların yardım önerileri karşısında karar vermede tam bağımsız olmadığı, bazı koşullar altında rıza göstermek zorunda olduğu kabul edilmektedir. Bu koşullarda devletin rıza göstermemesi bir insancıl hukuk ihlali olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte çatışma tarafının kontrolündeki halkın insani ihtiyaçlarını karşıladığı durumlarda, ya da hizmetlerini öneren kuruluşun tarafsız olmadığı durumlarda bu öneriyi reddetmesi ya da verdiği rızayı iptal etmesi meşru bir durumdur. Yine insani faaliyetlerine izin verilen kuruluşun faaliyetleri ile ilgili olarak ilgili tarafın kontrol hakkı saklıdır; yardımın içeriği ve niteliğini onaylama, yardımın teslim edilmesine ilişkin teknik detayları belirleme ya da zorunlu askeri gereklilikler nedeniyle yardım faaliyetlerini geçici olarak askıya alma hakkı mevcuttur. 2016 Commentary of Common Article 3, ICRC, par.832-839; ICRC report, International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts, 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, December 2015, ss. 27-30.

42 Yalnızca II nolu Ek protokolün 6/5 maddesinde silahlı çatışma sona erdiğinde çatışmaya katılmış kişilerin ve özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin mümkün olan en geniş af kapsamına alınmasına ilişkin çaba gösterilmesi ibaresi vardır. 159 nolu Teamül kuralı da iktidardaki yetkililerin savaş suçlarından dolayı itham edilen, şüphelenilen veya hüküm giymiş kişiler hariç olmak üzere, UOSÇ'lere katılmış veya silahlı çatışma nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilere geniş kapsamlı af konusunda çabalaması gerektiğini belirtmiştir. Ancak bu hükümler insancıl hukuk ihlallerine karşı bireysel cezai sorumluluk ilkesi ile doğrudan ilgili değildir.

43 2016 Commentary of Common Article 3, ICRC, par. 872, 873.

44 ICTY, The Prosecutor v. Dusko Tadił, op.cit. (note 70), par. 129. MELZER & KUSTER 2016, s. 306

45 TAŞDEMİR Fatma, **Uluslararası Nitelikte Olmayan Çatışmalar Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 265.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nde yer alan savaş suçları içine ortak 3. madde ve II nolu Ek Protokolün ciddi ihlalleri dâhil edilmiş[46] ve bireysel ceza sorumluluğu teamül hukukunun[47] önemli bir parçası haline gelmiştir. Teorik düzeyde hukukun bu denli gelişimi ve UOSÇ'lerdeki ihlallerin bireysel cezai sorumluluk doğurması oldukça önemli olmakla birlikte başarısı etkin bir şekilde işletilebilmesine bağlıdır.

İhlaller, ihlalin gerçekleştiği ülkede, mağdurun vatandaşı olduğu ülkede veya failin vatandaşı olduğu ülkede (ki UOSÇ'lerin çoğunda bu üç durum tek ülkeye karşılık gelmektedir) kovuşturulabilmektedir. Aslında işlevsel olarak çalıştırılabildiğinde ulusal mahkemeler, hem devletlerin egemenliği ilkesi ile uyumu açısından, hem delillere ve şahitlere doğrudan erişebilme, yerel normlar ve coğrafi etkenlerin uygunluğu, hem de uluslararası sisteme oranla daha güçlü ve etkin mekanizmalara sahip olması bakımından, çok daha avantajlıdır. Ayrıca, mağdurların çatışmanın gerçekleştiği topraklarda adaletin gerçekleştiğini doğrudan gözleyebilmeleri, barış ve uzlaşının sağlanmasına ve ileriki suçlar açısından caydırıcılığa katkıda bulunacaktır. Ancak teorideki bu avantajlar pratiğe gerektiği gibi pek yansımamaktadır. Devletler bu yolu izlemekte, kendi vatandaşlarını ya da silahlı kuvvet mensuplarını yargılamakta pek istekli değildirler ya da bu yargılamalar için gerekli mali, teknik vb. kaynaklara sahip değildirler[48]. Cezasızlık bu bakımdan insancıl hukukun uygulanmasında başlı başına bir sorun olabilmektedir.

Uluslararası çatışmalar hukukunda yer alan 'evrensel yargılama yetkisi' kapsamında suçluların milliyetine ya da suçun işlendiği ülkeye bakılmaksızın 'ağır ihlalleri' soruşturma yükümlülüğü, UOSÇ'de yoktur; bu nedenle devletler UOSÇ'ler de böyle bir yükümlülük altında değildirler[49]. Ancak

---

46 Roma Statüsü Madde 8 (2) (c-f)

47 Teamül Hukuku'nun 152-158 arasındaki kuralları.

48 2016 Commentary of Common Article 3, par.877.

49 2016 Commentary of Common Article 3, par.878.

Tüm ağır ihlaller savaş suçu olmakla birlikte her savaş suçu ağır ihlal değildir. Cenevre Sözleşmeleri ve I nolu Ek protokolde listelenen ihlaller ağır ihlallerdir. Ağır ihlallere ilişkin insancıl hukuk, uluslararası çatışmalarla ilgili olarak devletlerin ağır ihlalleri cezalandırmak için ulusal mevzuatlarında düzenlemeler yapmak suretiyle 'evrensel yargı yetkisi' kapsamında ulusal mahkemelerinde suçluları yargılamak ya da yargılanmak üzere iade etmek yükümlülüğü getirmiştir. UOSÇ'lerde savaş suçları için 157 nolu teamül kuralı (Devletler savaş suçları üzerinde kendi mahkemelerine evrensel yargı yetkisi tanıma hakkına sahiptir) doğrultusunda benzer bir durum söz konusu olabilmektedir. Ancak uluslararası çatışmalar

UOSÇ'leri de kapsayan teamül hukukunda devletlerin ulusal mahkemelerine evrensel yargı yetkisi tanıyabileceği belirtilmiştir. Evrensel yargı yetkisinin kullanılabilmesi için her hâlükârda, devletlerin ulusal mevzuatlarında gerekli düzenlemeleri yapmış olmaları gerekmektedir.

B. Devletin Sorumluluğu

Devletlerin uluslararası hukuk kurallarına aykırı her davranışı uluslararası sorumluluğa yol açar ve devletlere oluşan zararın giderilmesi yükümlülüğü getirir. Bu aynı zamanda teamül hukukunun da köklü bir kuralıdır. Uluslararası Hukuk Komisyonunun 2001 yılında son şeklini verdiği 'Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler[50]' devletlerin insancıl hukuka aykırı fiilleri açısından da geçerlidir.

Devletler silahlı çatışmalar sırasında yasama, yürütme ve yargı organları ile silahlı kuvvetleri ve görevlilerinin gerçekleştirdiği ihlallerden[51]; dev-

---

için bu bir yükümlülükken UOSÇ için bir seçenektir. SASSOLI& BOUVIER A.& QUINTIN, How Does Law Protect in War. https://casebook.icrc.org/law/criminal-repression#_ftnref_007

Pratiğe bakıldığında 2015 yılı itibari ile son 60 yılda ulusal mahkemelerce 'evrensel yargılama yetkisi' kapsamında savaş suçlularının kovuşturulduğu sadece 17 durum raporlanabilmiştir, bunların da çoğu son yirmi yıla ait olup UOSÇ'lere ilişkin ihlallerdir. Savaş suçlarının kovuşturulmasına ilişkin insancıl hukuktaki anlamıyla evrensel yargılama yetkisi, bu kadar az kullanılmış olmasına ve bazı handikaplarına rağmen, uluslararası mahkeme yargılamalarını tamamlayıcı niteliği ve suçun işlendiği ülkede yargılamanın yapılmaması durumları bakımından değerli ve önemlidir. 2016 Commentary of Common Article 3, par.880.

50 50 yılı aşkın bir çalışmanın ardından, devletlerin uluslararası haksız fiillerinden dolayı sorumluluklarına ilişkin uluslararası hukukun temel kurallarını düzenleyen 'Taslak Maddeler' 2001 yılında BM Genel Kurulunca kabul edilmiştir. Metin için bkz: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf

51 Hükümetin yürütme, yasama, yargı erklerinin herhangi bir başka kuruluşu gibi, silahlı kuvvetler de devletin bir organıdır. Bir Devletin silahlı kuvvetlerini oluşturan kişililerin işledikleri bütün eylemlerden dolayı sorumlu olması 1907 Lahey Sözleşmesi (IV) Madde 3 ile ortaya konan ve Ek I Protokol Madde 91'de tekrarlanan, uluslararası teamül hukukunun köklü bir kuralıdır. Bu kural, devletin kendi organlarının davranışlarından ötürü sorumlu olacağına dair uluslararası haksız fiilden ötürü devlet sorumluluğuna ilişkin genel kuralın bir uygulamasıdır. (Draft Articles on Responsibility of States, Mad. 1, 4.) Dört Cenevre Sözleşmesi'nde de devletin sorumluluğunun varlığı belirtilmiştir. Bireysel cezai sorumluluğa ek olarak devletin sorumluluğunun varlığına dair bu ilke Kültürel Malvarlığının Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokol, Mad. 38'de de teyit edilmiştir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi 1998 tarihli FurundŁija davası kararında ve 1999 tarihli Tadi davasındaki temyiz hakkındaki kararında devletlerin, silahlı kuvvetlerinin dav-

letin doğrudan kendi organı olmayan, ancak kamu gücü kullanmaya yetkili kişi ve kuruluşlar tarafından gerçekleştirilen ihlallerden[52]; devletin talimatları, yönlendirmesi veya kontrolü altında hareket eden kişi veya gruplar tarafından gerçekleştirilen ihlallerden[53] ve devletin kendi davranışı olarak onay-

---

ranışları nedeniyle sorumlu olduklarına hükmetmiştir. HENCKAERTS Jean Mary - BECK Louse Doswald, **Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku** Cilt I: Kurallar, Çev. ÖKTEM vd. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, ss. 591-594. ; MELZER Nils / KUSTER Etienne, **International Humanitarian Law, A Comprehensive Introductio**n, ICRC, Geneva, August 2016.ss. 281-283.

52 Devletler, ulusal hukukları altında kamu gücünün unsurlarını kullanmaya yetkilendirdikleri başka kişiler ya da kuruluşlar tarafından, kendilerine verilen yetkiler dâhilinde gerçekleştirdikleri fiillerinden dolayı da sorumludur. (Draft Articles on Responsibility of States, Mad.5.) Bu kural, devletlerin bazı faaliyetlerinin devlet organları yerine yarı kamusal bazı kuruluşlarca yürütülmesi yoluna gidebileceği ancak bu şekilde sorumluluktan kaçamayacakları düşüncesi üzerine temellendirilmiştir. Silahlı kuvvetlere ait görevlerin icrasında silahlı kuvvetler tarafından kullanılan özel askeri ve güvenlik şirketleri veya paralı askerler bu kişi ve kuruluşlara örnektir. Özellikle günümüz çatışmalarında oldukça sık başvurulan bir durum olarak devletler, silahlı kuvvetlerine ait bazı görevlerin yürütülmesinde özel sektöre bağlı şirket ya da kişileri kullanmaktadır. Böyle durumlarda bu şirket ve kişilerin insancıl hukuka aykırı fiillerinden dolayı devletler sorumlu tutulabilmektedir. DÜLGER Kenan, **Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu**, Beta Basım, Istanbul, 2015, ss. 117-166. ; **HENCKAERTS** & **BECK**, s. 594.

53 Devletlerin sorumlu tutulabilmesi için genelde devlet adına hareket eden organları ya da görevlileri tarafından hukuka aykırı fiilin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Özel kişi ya da grupların hukuka aykırı fiilleri devlete atfedilememektedir. Ancak bu kişi ve grupların devletin talimatları, yönlendirmesi veya kontrolü altında hareket etmeleri durumunda gerçekleştirdikleri fiiller o devletin fiilleri olarak kabul edilmekte ve sorumluluk devlete atfedilebilmektedir. (Draft Articles on Responsibility of States, Mad.8.) Ayrıca savaşan taraf olmasa dahi devletler, savaşan tarafın hukuka aykırı fiiline yardım etmek ya da fiili teşvik etmek suretiyle, söz konusu fiilin hukuka aykırı olduğunun farkında olması ve desteğinin fiilin gerçekleşmesine yönelik olması koşuluyla sorumlu tutulabilmektedir. (Draft Articles on Responsibility of States, Mad. 16) Devletlerin talimatları, yönlendirmesi ya da kontrolü altında hareken eden kişi ya da gruplarca gerçekleştirilen fiiller nedeniyle sorumluluğuna ilişkin önemli yargı kararlarından birisi Uluslararası Adalet Divanının 1986 tarihli Nikaragua davasına ilişkin kararıdır. Uluslararası Adalet Divanı, 1986 tarihli Nikaragua'daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler Davası'nda, ABD'nin yönetime karşı silahlı mücadele eden kontralara verdiği mali yardım, istihbarat, silah, personel, eğitim ve lojistik destekle ilgili olarak; ABD'nin insancıl hukuka saygı gösterme, gösterilmesini sağlama ve insancıl hukuk ihlallerini önleme yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle bu fiillerinden dolayı sorumlu olduğunu, ancak ABD'nin bu katkılarının kontraların hukuka aykırı fiillerinden doğrudan sorumlu tutulmasına yetmediğini, fiillerin doğrudan ABD'ye atfedilebilmesi için daha yüksek derecede bir bağımlılık etkisinin bulunması gerektiğini belirtmiştir. ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Judgment (Merits), 1986, par. 220, 292.

ladığı veya benimsediği özel kişiler ya da gruplar tarafından gerçekleştirilen ihlallerden[54] tüzel kişi olarak sorumludur. Diğer bir deyişle, silahlı kuvvetler mensupları, polis teşkilatı ve istihbarat yetkilileri gibi hükümet görevlilerinin (*de jure*) yanı sıra, devletlerin ulusal mevzuatları ile yetkilendirdiği veya talimatı ya da kontrolü altındaki özel güvenlik ve askeri şirketlerin ya da yarı- kamusal kuruluşların mensuplarınca gerçekleştirilen fiillerden, silahlı gruplar tarafından gerçekleştirilen kendilerine atfedilebilir nitelikteki ihlallerden (*de facto*), ayrıca silahlı çatışmaya taraf olmamakla birlikte çatışmaya taraf bir devletin insancıl hukukun ihlaline belirgin bir şekilde yardım etmek veya ihlali teşvik etmek suretiyle katkıda bulundukları ihlallerden devlet sorumlu tutulabilmektedir[55].

C. Devlet Dışı Silahlı Grupların Sorumluluğu

Devlet dışı silahlı grupların tüzel kişi olarak sorumluluğu uluslararası hukukta belirsiz ve tartışmalıdır; bu tür bir sorumluluğun sonuçları da net değildir[56].

---

54 Devletler, kendilerine atfedilemeyen hukuka aykırı fiilleri, daha sonra kendi fiilleri gibi benimsemeleri ve onaylamaları halinde, söz konusu hukuka aykırı fiillerden aynı ölçüde sorumlu tutulabilecektir. Diğer bir deyişle bu fiiller benimsendiği ve onaylandığı ölçüde devletlere atfedilebilecektir. (Draft Articles on Responsibility of States, Mad. 11.) Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi 1999 tarihli Tadić davası temyiz kararında, hukuka aykırı fiilin devlet tarafından alenen benimsenmesi veya geçmişe etkili biçimde onaylanarak kabul edilmesi halinde hukuka aykırı fiili gerçekleştiren kişi ve kuruluşların da devletin *de facto* organı veya görevlisi olarak ele alınabileceği ve fiillerinden dolayı devletin sorumlu tutulabileceği sonucuna varmak suretiyle aynı hususu vurgulamıştır. ICTY, *The Prosecutor v. Tadic,* Appeals Chamber Judgement, 1999, par.137.

55 **MELZER&KUSTER**, ss. 281-284; **DÜLGER**, ss. 117-166; **HENCKAERTS** & **BECK** ss. 591-598.

56 Devlet dışı silahlı grupların 'Yüksek Akit Taraf' olmaması ve devletler gibi Cenevre Sözleşmelerine taraf olamayacağı gerçeğine rağmen hem teamül hukuku hem de antlaşma hukuku bakımından insancıl hukukun devlet dışı silahlı grupları kesin olarak bağladığı genel olarak kabul edilmektedir. (ICRC, *Treaties, State Parties and Commentaries, Commentary of 2016*, Article 3, Conflicts Not of An International Character, par.505.) Bununla birlikte insancıl hukuka tabi olması ve hukuka uyma yükümlülüğü, devlet dışı silahlı grupların uluslararası hukuki statüsüne ya da meşruiyet kazanmalarına dair herhangi bir etki doğurmamaktadır. insancıl hukukun Cenevre Sözleşmelerine taraf olmaksızın devlet dışı silahlı grupları nasıl bağlayabildiği hususu hukuki tartışmaların konusu olmuştur. Yine, bu bağlayıcılığın pratik alandaki etkililiği de izaha muhtaç bir durumdur. İnsancıl Hukuk'un devlet dışı silahlı örgütleri neden ve nasıl bağladığını açıklayan farklı hukuki teoriler getirilmiştir. ICRC bu hukuki gerekçeleri şu şekilde özetlemiştir:

1996 tarihindeki ilk okumada geçici olarak kabul edildiği şekliyle Devletlerin Sorumluluğuna Dair Taslak Maddeler Madde 14(3)'de, bir ayaklanma hareketinin bir organının fiilinin devletin bir fiili sayılmamasının "uluslararası hukuk altında bu tür bir atfın yapılabildiği her hangi bir durumda, ayaklanma hareketinin organına ait fiilin o harekete atfedilebilirliğine helal getirmediği" belirtilmiş; ancak bu madde konunun kapsam dışı kaldığı gerekçesiyle sonradan Taslak Maddelerden çıkarılmıştır[57]. Konunun Taslak

---

(1) '*Bir oluşum, bir devleti veya bir parçasını temsil ettiğini iddia ediyorsa ve söz konusu bölgede etkin bir hâkimiyeti varsa o devletin uluslararası yükümlülüklerine dâhil olur*'.

(*2) 'Bir devletin Cenevre Sözleşmelerini onaylaması ile birlikte, Ortak 3. Madde, iç mevzuatın bir parçası haline gelir ve bu nedenle devlet dışı silahlı grup mensuplarının da dâhil olduğu o devletin yetki sınırları içinde olan tüm bireyleri bağlar.*'

(*3) 'Nasıl ki belirli koşullarda, sözleşmeler onlara taraf olmayan devletleri de bağlayabiliyorsa, uluslararası nitelikte olmayan çatışmaları düzenleyen ortak 3. madde ve diğer insancıl hukuk sözleşmeleri de, üçüncü taraflar açısından hukuki olarak bağlayıcı hükümler getirmektedir.*'

(*4) 'Bir devlet bir sözleşmeyi onayladığında, bunu yetki sınırları içinde olan ve böylece İnsancıl Hukukun hak ve yükümlülüklerinin muhatabı olabilen tüm bireyler için yapar.*'

(*5) 'Bu bağlayıcılık, kuralların (ortak madde 3) temel doğasından ve hayati önemdeki insani menfaatlerin korunması için gerekli mutlak minimum değer olarak tüm uluslararası toplum tarafından tanınmış olmasından' doğar.*'

(*6) 'Devlet dışı silahlı gruplar örneğin tek taraflı bir deklarasyon yayınlayarak ya da savaşan taraflar arasında 'özel anlaşma' imzalanması yoluyla ortak 3. maddeye bağlı kalmaya rıza gösterebilirler.*' ICRC, *Treaties, State Parties and Commentaries, Commentary of 2016*, Article 3, Conflicts Not of An International Character, par.507.

Tüm bu gerekçelendirmelere ve UOSÇ'lere ilişkin hukuki gelişmelere rağmen (çoğunlukla –insancıl- hukuka dair norm oluşturma ve kabul sürecine dair paradigmanın devlet merkezli yapısı nedeniyle) devlet dışı silahlı gruplar, zorlayıcı bir realite olmakla birlikte bu gelişmelerin dışında kalmış/bırakılmıştır. Silahlı gruplar insancıl hukuka saygı duymak ve duyulmasını sağlamak zorunda ise de bu hususların silahlı gruplar açısından nereye kadar bağlayıcı olduğu, insancıl hukuku ihlal etmelerinin sonuçlarının neler olduğu, örneğin onarım yükümlülüklerinin olup olmadığı, norm oluşturamıyorlar ise insancıl hukukun gereği olarak ihlalleri adil yargılama kapsamında nasıl kovuşturacakları ve sorumluları nasıl cezalandıracakları gibi sorular yanıtsız kalmaya devam etmektedir. **MELZER&KUSTER**, s. 305.

57 Burada belirtmek gerekir ki, Özel Raportör bu tür fiilin sorumluluğunun örneğin insancıl hukuk ihlalleri için kesinlikle öngörülebilir olduğunu belirtmiştir. International Law Commission, First report on State Responsibility by the Special Rapporteur. Yine Taslak Maddelerin 10. Maddesine ilişkin yorum metninde; sonraki bir olasılık olarak, ayaklanma hareketinin, uluslararası hukuk altında kendi fiilleri nedeniyle, örneğin kendi silahlı güçlerince insancıl hukukun ihlal edilmesi durumunda sorumlu tutulabileceği, ancak konunun devlet sorumluluğuna dair olması nedeniyle bu hususun kapsam dışı kaldığı ifade edilmiştir. Report of the International Law Commission on the work of its ifty-third session,*Draft Articles on*

Maddelerden çıkarılması nedeniyle nihai metinde sadece 10. maddede yeni hükümet olan ayaklanma hareketinin fiilinin uluslararası hukuk altında o devletin fiili olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir[58].

Dolayısı ile çatışmaya taraf silahlı grup, devletin hükümeti haline gelirse veya yeni kurulan devlette hükümeti oluştururursa çatışmalara ilişkin ihlalleri nedeniyle bir devlet gibi değerlendirilerek sorumlu tutulabilmektedir.[59] Silahlı grubun hükümet olmayı başaramaması halinde, silahlı çatışmanın devlet tarafı, silahlı grubun ihlallerinden sorumlu değildir[60].

Günümüz silahlı çatışmalarının genel olarak UOSÇ niteliğinde olması[61], artık istisnai olarak uluslararası çatışmaların yaşanıyor olması ve silahlı grupların uluslararası sistemin etkin aktörleri haline gelmesi[62] literatürde, silahlı grupların hukuki statüsü, uluslararası sorumlulukları, zararın tazmini yükümlülüğü, Teamül Hukuku'nun oluşumuna etkileri vb. birçok hususta yeni hukuki tartışmalara yol açmıştır.[63]

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, 2008, s.50, mad.10, par.16.

58 **HENCKAERTS** & **BECK**, s.597.

59 Draft Articles on Responsibility of States, Mad. 10. ; 2016 Commentary of Common Article 3, par. 890.

60 2016 Commentary of Common Article 3, par. 891.

61 2001 yılından 2016 yılına dek, dünya genelinde yaşanan UOSÇ'lerin sayısı 2 kattan daha fazla artmış, 30'un altındayken, 70'in üzerine çıkmıştır. Bu çatışmaların sadece 1/3'ü yalnızca iki taraf arasında gerçekleşmiş, yarısına yakını 3 ila 9 taraf arasında yaşanmıştır. ICRC report, The **Roots of Restraint in War**, June 2018, s. 13. https://www.icrc.org/en/publication/roots-restraint-war

62 Son 7 yılda ortaya çıkan silahlı grup sayısı son 70 yılda ortaya çıkan silahlı grup sayısından fazladır. https://www.icrc.org/en/document/roots-restraint-rules-war-and-how-influence-behaviour-conflict

Sadece Libya'daki çatışmaların sonunda 236 silahlı grubun varlığı kaydedilmiş, Suriye'deki çatışmalarda ise kaydedilen silahlı grup sayısı 1000'in üzerinde olmuştur. ICRC Report, The Roots of Restraint in War, June 2018, s.13.

63 HEFFES Ezequiel - FRENKEL Brian E, The International Responsibility of Non-State Armed Groups: In Search of the Applicable Rules, **Goettingen Journal Of International Law**, Vol. 8, No. 1, 2017, s.39-72. http://www.gojil.eu/issues/81/81_article_heffes_frenkel.pdf ; GAL, T, The International Legal Status of Armed Groups: Can One Be Determined Outside the Scope of Armed Conflict? **Israel Law Review**, 51(2), 2018, ss. 321-335. ; FERSTMAN Carla, the Right to Reparation for Victims of Armed Conflict, February 9, 2018 ; Mark Lattimer and Philippe Sands (eds) **The Grey Zone: Civilian Protection Between Human Rights and the Laws of War** (Hart Publishing, 2018) https://ssrn.com/

D. Onarım

UOSÇ'lerle ilgili olarak insancıl hukuka devletler ya da silahlı gruplara onarım yükümlülüğü getiren bir antlaşma hükmü yoktur.[64] Teamül hukukunda onarım yükümlülüğü UOSÇ açısından kabul edilmekle birlikte[65] silahlı çatışmanın tüm tarafları açısından geçerli olup olmaması ve onarımın niteliği, içeriği ve yollarının belirsizliği, bireyleri kapsayıp kapsamadığı bakımından sorunludur.[66]

Antlaşma hükümlerinden bağımsız olarak devletlerin uluslararası hukukun ihlali halinde onarım yükümlülüğü vardır. Onarım, bir antlaşmanın ihlalinin zorunlu bir tümleyeni olarak kabul edilmektedir ve bunun için antlaşmanın içerisinde ayrıca yer almasına gerek yoktur.[67] Bu doğrultuda insancıl hukukun ciddi ihlallerinin mağdurlarının ihlalin ve gerçekleşen kaybın ağırlığına bağlı olarak onarım talep edebilmeleri teoride mümkündür. Onarım, 'eski haline getirme' (restutition), 'tazminat ödeme', 'manevi tatmin' (özür, gerçeği tespit/ifşa, adalete erişim komisyonu vb yollarla), rehabilitasyon (tıbbi, psikolojik, hukuki veya sosyal acıdan rehabilite etme) ve 'tekrarlamama garantisi' şeklinde gerçekleşebilmektedir.[68] UOSÇ'lerin doğası gereği genellikle mağdurlar, kendi ülkeleri içerisinde ihlallere maruz kalmakta ve genelde ulusal mahkemeler önünde ulusal mevzuat doğrultusunda ona-

---

abstract=3121506 ; On the Establishment of Courts in Non-international Armed Conflict by Non-state Actors: Stockholm District Court Judgment of 16 February 2017, **Journal of International Criminal Justice**, Volume16, Issue 2, 1 May 2018, s.403–424.https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/16/2/403/5052826?redirectedFrom=fulltext

64 Uluslararası Çatışmalar açısından, 1907 IV. Lahey Sözleşmesinin 3 maddesi ve yalnızca I nolu Ek Protokolün 91. Maddesi çatışmanın hukuku ihlal eden tarafının tazminat ödemekle sorumlu olduğunu ifade etmektedir. **PHANNER**,2009, s. 290.

65 Teamül Kuralı 150.

66 ICRC Report, Strenghtening Legal Protection for Victims of Armed Conflict, 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, December 2011 s. 14.

67 Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler, Mad. 31; (**MELZER & KUSTER**,2016, s. 283.)

68 Bu hususlar bağlayıcı nitelikte olmamakla birlikte BM Genel Kurulunda 2005 yılında kabul edilen 'İnsancıl Hukuk'un Ciddi İhlalleri ve İnsan Hakları Hukukunun Büyük İhlallerinin Mağdurlarının Onarım Ve Düzeltme Hakkına İlişkin Temel İlkeler' metninde (*Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victimsof gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law)*, ayrıca Devletlerin Sormluluğuna İlişkin Taslak Maddelerde (30-31,34-39) belirtilmiştir.

rım talep etme imkânına sahiptirler[69]. Ancak uygulamada hem ulusal hem de uluslararası düzeyde pek nadiren insancıl hukuk ihlallerinin mağdurları haklarına erişebilmektedir. İnsancıl hukuk metinleri herhangi bir onarım, düzeltme yolundan bahsetmediğinden, bireysel mağdurlara ilişkin bir onarım hakkı tanımadığından bu önemli boşluk, pratikte insancıl hukukun ciddi ihlallerinin aynı zamanda insan hakları ihlali olmaları durumunda insan hakları uyum mekanizmaları ile, veya diğer uluslararası organların geçici, tek seferlik, münferit veya parçalı şekilde (*ad hoc* düzeyde) gerçekleştirdiği onarım veya düzeltme yolları ile giderilmeye çalışılmaktadır.[70]

E. SİLAHLI ÇATIŞMA MAĞDURLARININ KORUNMASINA DAİR DİĞER ULUSLARARASI MEKANİZMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

İnsancıl hukuk kaynaklı mekanizmaların dışında da silahlı çatışmalarda kişilerin korunmasına dair mekanizmalar mevcuttur. Birleşmiş Milletler sistemi, bölgesel insan hakları mekanizmaları, UCM ve *ad-hoc* mahkemeler bu boşluğu doldurmaya çalışan önemli mekanizmalardır.

A. Birleşmiş Milletler Sistemi

Özellikle Soğuk Savaş döneminden sonra insancıl hukukla daha yakın ilgilenmeye başlayan BM, UOSÇ'lerde 'barışı koruma' amacıyla tampon bölgeler oluşturma ile başlamış[71], günümüzde ise silahlı çatışmalara ilişkin diğer etkin faaliyetlerinin yanısıra önemli bir uygulama/zorlama mekanizması haline gelmiştir. BM Güvenlik Konseyi, kararlarının bağlayıcı olması, kuvvet kullanımını da içerecek geniş kapsamlı karar alma, yeni mekanizmalar kurabilme, uluslararası barış ve güvenliğin tehdit edildiği[72] durumlarda kararlı bir reaksiyon gösterebilme potansiyeline sahip bir otorite olması

---

69 **HENCKAERTS&BECK,** ss. 607-608.

70 ZEGVELD Liesbeth, Remedies for Victims of Violations of IHL, **IRRC**, Sept.2003, Vol. 85, ss. 497-526.

71 BAŞER Murat, **İnsancıl Hukuk, Yeni savaşlar, Yapısal Sorunlar ve Korunamayan İnsan Hakları**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2014, s. 239.

72 İnsancıl hukuk sistemi özellikle UOSÇ'lerde çatışan tarafların rızasını şart koşarken BM Şartı 7. Bölümü uluslararası barış ve güvenliğin korunması kapsamında çatışma taraflarının rızası olmaksızın müdahaleye olanak sağlamaktadır. Ancak burada BM'nin kuvvet kullanımına ilişkin müdahalesinde insancıl hukuk değil, BM Şartı esasları uygulanmaktadır. **PHANNER**,2009, ss. 314-324.

bakımından oldukça önemlidir. Güvenlik Konseyi, insancıl hukuka riayet edilmesi için sürekli çağrılarda ve müzakerelerde bulunması; BM şartının 41.maddesi doğrultusunda ekonomik, diplomatik ilişkilerin, ulaşım ve iletişim yollarının kısmen veya tamamen durdurulması gibi önleyici kararlar alması; inceleme ve soruşturma komisyonları ve geçici mahkemeler oluşturulması; çatışmalarda koruma kuvvetleri, güvenli bölgeler ve insani koridorlar oluşturması; bir devletin ihlalini Roma Statüsü'ne taraf olmasa bile UCM'ye yönlendirebilmesi vb. birçok faaliyeti ve yetkisi dikkate alındığında hukuka sistematik uyumun sağlanması açısından kritik bir aktördür.

2001 yılında çalışmalarına başlanan ve 2006 yılında BM Güvenlik Konseyinin aldığı 1674 sayılı karar ile, sivillerin korunmasına yönelik sorumlulukların arttırılması ve uygulamaya dönüştürülmesi amacıyla soykırım, savaş suçları, etnik temizlik ve insanlığa karşı suçların önlenmesine yönelik olarak 'Koruma Sorumluluğu[73]' (Responsibility to Protect /R2P) benimsenmiştir. Temel sorumluluğun devletlerde olduğu, uluslararası toplumun devletlerin bu sorumluluğunu yerine getirmesi için yardım etmesi ve destek olması gerektiği, tüm çabalara rağmen bu sorumluluğun yerine getirilememesi durumunda uluslararası toplumun barışçıl ya da kuvvet kullanımı dâhil zorlayıcı tedbirleri alacağı esaslarına dayanan ve BM Genel Sekreterliğinin BM Genel Kuruluna 2009 yılında sunduğu ilk raporun ardından teorik ola-

---

73 Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 1. Maddesindeki saygı gösterme ve saygı gösterilmesini sağlama yükümlülüğü ile paralellik göstermekle birlikte, insancıl hukuk ihlallerini aşan genişlikte kapsamı olan, teoride ahlaki ve caydırıcı bir temele dayandırılan, devletlerce bir kaç ülke dışında olumlu karşılanan ve bağlayıcı niteliği olmayan Koruma Sorumluluğu; uygulama açısından, özellikle 'insani müdahale' uygulamalarına getirilen eleştirilerde olduğu gibi, devletlerin politik, stratejik ya da ekonomik çıkarları doğrultusunda seçici olarak harekete geçirilebilmesi, insani boyutu çok daha ağır olan durumlarda sessiz kalınması ve daimi üyelerin vetosu engeline takılması nedeniyle eleştirilmektedir. Bu açıdan Noam Coamsky'nin 2009 BM Genel Kurulundaki konuşması oldukça anlamlıdır. CHOMSKY Noam, Responsibility to Protect, Text of lecture given at UN General Assembly, New York City, July 23, 2009, https://chomsky.info/20090723/ (03.10.2018).

Libya'ya yapılan müdahaledeki eleştiriler ve Libya'nın bugün geldiği durum ya da Yemen ve Suriye'ye bu kapsamda etkin bir müdahalenin gerçekleştirilememesi de bu eleştirileri haklı kılmaktadır.

ÖZDEMİR Ahmet, Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Yönelik Caydırıcı ve Zorlayıcı İlkesi: Koruma Sorumluluğu, **Akademik Hassasiyetler (Academic Elegance),** Cilt:3, sayı:5 23.05.2016 http://dergipark.gov.tr/download/article-file/269953 (03.10.2018) ; **PHANNER,** 2009,ss. 307-308, **MELZER & KUSTER**,.2016, s. 276.

rak kabul edilen koruma Sorumluluğunun pratiğe dönüştürülmesi yönünde her yıl rapor sunulmaktadır.

BM Genel Kurulu silahlı çatışmalarda insan haklarının korunması ve insancıl hukukun uygulanmasına yönelik kararlar almakta ve çağrılarda bulunmaktadır. Özellikle 2006 yılında kurulan İnsan Hakları Konseyi, insancıl hukuk ihlallerini de içermek suretiyle insan hakları ihlallerine ilişkin önemli çalışmalar yürütmekte, raporlar düzenleyerek önerilerde bulunmaktadır. Ekonomik ve Sosyal Konsey de (ECOSOC) insancıl hukukla ilgili olarak BM'nin genel insani faaliyetlerinin etkinliğini koordine etmekte, insancıl hukukun ve Kızılay/Kızılhaç hareketinin temel ilkelerini esas alarak çalışmalar yürütmektedir[74]. İçtihatları ve danışma görüşleri ile insancıl hukukun uygulanmasına katkı sunan BM temel yargı organı Uluslararası Adalet Divanı (UAD); hazırladığı raporlar, dünya barış ve güvenliğini tehdit eden sorunları Güvenlik Konseyine iletmesi ve diğer BM organlarının faaliyetlerini takip etmesi ile BM Genel Sekreterliğinin yanısıra; Birleşmiş Milletler İnsani Yardım Koordinasyon Ofisi (OCHA), Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP), Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu (UNFPA), Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR), Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF), BM Kadın Birimi (UN Women), Dünya Gıda Programı (WFP) Dünya Sağlık Örgütü (WHO), Uluslararası Göç Örgütü (IOM) ve İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (OHCHR) gibi BM kuruluşları da kendi misyonları doğrultusunda silahlı çatışma mağdurlarının korunmasına ve insancıl hukukun uygulanmasına (özellikle 2015 sonrasında BM Sürdürülebilir Kalkınma Hedeflerinin (SDGs) gerektirdiği koordine ve işbirliği çerçevesinde) katkıda bulunmaktadır.

BM sistemi yukarıda belirtilen tüm katkılarına rağmen insancıl hukukun uygulanmasının sağlanması için uygun ve yeterli bir mekanizma değildir. Öncelikle, BM'nin amacı barışı sağlamak ve çatışmaları sonlandırmaktır ve doğası gereği '*jus ad bellum*' çerçevesinde ve bunu önceleyerek hareket etmek durumundadır. Bu doğrultuda taraf tutabilmekte ve çatışmanın bir tarafı haline gelebilmektedir. İnsancıl hukuk ise '*jus in bello*' üzerine temellendirildiğinden çatışmanın sebeplerinden bağımsız olarak 'tarafların eşitliği prensibini' ve 'tüm koşullarda uygulanmayı' gerektirir[75]. BM 'sal-

74 **PHANNER** 2009, ss.320-323

75 **SASSOLI &BOUVIER A& QUINTIN,** How Does Law Protect in War, Chapter 14, İmp-

dırgan' ile 'saldırganın mağdur ettiği taraf' arasında tarafsız kalamaz iken, insancıl hukuk zorunlu olarak bu tarafsızlığı şart koşar. Güvenlik Konseyinin uygulamalarına bakıldığında durum daha da olumsuzlaşır. İnsani sonuçları bakımından çok daha trajik olan bazı çatışmaları görmezden gelmesi, silahlı çatışmalara müdahalede seçici ve çifte standartla yaklaşması, veto nedeniyle etkili kararlar alamaması nedeniyle hem hukuken hem de siyasi ve ahlaki açıdan yoğun eleştirilere konu olmaktadır[76]. BM Şartı, insancıl hukuktan, insancıl hukuk da BM'den bahsetmemektedir; BM amaç ve ilkeleri insan hakları terminolojisi ile tanımlanmıştır, bu nedenle BM, insancıl hukuku 'silahlı çatışmalardaki insan hakları' olarak algılamaktadır[77] ve bu yaklaşım insancıl hukuk açısından eksik bir yaklaşımdır. BM sistemi, güç üzerine işleyen devletler arası ve devlet odaklı yapısıyla devletlerin politik, ekonomik ve stratejik çıkarlarından bağımsız hareket edebilmesi güç olan bir sistemdir. BM'nin kendi askeri gücü ya da uluslararası polis teşkilatı yoktur; bütçesi de, askeri gücü de devletlerin katkılarından gelmektedir. Dolayısı ile BM'nin başarısı ve etkililiği devletlerin siyasi iradelerine ve verilen kararların arkasında durma çabalarına bağlıdır. Bir diğer husus, BM kavramsal olarak insancıl hukukun kastettiği anlamda bir çatışma tarafı ya da gücü olmamakla birlikte BM'nin en güçlü zorlama aracı olan kuvvet kullanımının kendisi, insancıl hukukun uygulanması gereken bir silahlı çatışmadır ve uygulamada BM askeri müdahaleleri de insancıl hukuk ihlallerine sebep olabilmektedir. Tüm bu faktörler BM sisteminin insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin bir mekanizma olma niteliğini önemli ölçüde zedelemektedir.

B. İnsan Hakları Mekanizmaları

İnsancıl hukukun ihlal türüne bağlı olarak mağdur bireyler evrensel ya da bölgesel insan hakları antlaşmalarının yargısal ya da yarı-yargısal mekanizmalarına başvurabilmektedirler. Anı zamanda insan hakları ihlalleri niteliğinde olan insancıl hukuk ihlalleri insan hakları şikâyet mekanizmalarınca incelenebilmektedir[78]. Silahlı çatışmalarda devlet ihlallerinin giderek artan

---

lementation Mechanisms, UN System, https://casebook.icrc.org/law/implementation-mechanisms#_ftnref_048

76 **PHANNER** 2009, ss. 315-316.

77 **SASSOLI &BOUVIER A& QUINTIN**, Chapter 14.

78 İnsan hakları hukuku ve insancıl hukuk arasındaki ilişki ve etkileşimine kısaca değinmek gerekirse; tarihi ve felsefi orijinleri, kodifikasyon süreçleri, kapsamları, denetim ve yaptı-

bir şekilde yargısal ya da yarı-yargısal insan hakları mekanizmalarınca incelenmesi hiç şüphesiz; uluslararası toplumun insancıl hukuka olan ilgisinin artması, UOSÇ'lerin yaygın olduğu yeni ve karmaşık çatışmalar ortamında insancıl hukukun uygulanması ve desteklenmesi, ayrıca mağdurlar için adaletin sağlanması, gerçeğin ortaya çıkarılması, zarar tazmini ve onarım sağlanması bakımından büyük katkılar sağlamıştır.[79] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, UOSÇ'leri de kapsayan birçok ihlal kararı vermiştir[80]. Amerikalılararası İnsan Hakları Sistemi de insancıl hukuka atıfta bulunarak daha geniş kapsamlı olarak insan hakları temelinde insancıl hukuk ihlallerine de-

---

rım mekanizmaları ile uygulayıcıları vb. bir çok açıdan birbirinden farklı ve ayrı olan bu iki hukuk alanı, insan yaşamının, sağlığının ve onurunun korunması ve aynı ahlaki temelleri paylaşması bakımından birbiri ile örtüşmektedir. **ÖKTEM,** 2011, ss. 411-417; **PHANNER,** ss.309-313. Son yıllardaki gelişmeler ışığında özellikle uluslararası içtihat ile desteklenen ve günümüzde genel kabul gören görüş, bu iki hukuk dalının birbirlerine nüfuz eden, birbirleri ile sürekli etkileşim içinde olan ve birbirini tamamlayıcı nitelikte iki alan olduğu yönündedir. Uluslararası Adalet Divanı 1996 tarihli Nükleer Silahların Kullanımının veya Tehdidinde Bulunmanın Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşü'nde, insan hakları kurallarının her zaman uygulanabilir özelliğine vurgu yaparak, hem genel olarak bu kurallara hem de *lex specialis* olarak silahlı çatışmalara özgü insancıl hukuk kurallarına atıf yapılabileceğini ifade etmiştir. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, par. 25. Adalet Divanı, 2004 tarihli İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları Hakkındaki Danışma Görüşü'nde de, iki hukuk dalı arasındaki ilişkide üç ihtimalin söz konusu olduğunu; bazı hakların sadece insan hakları hukukunu ilgilendirdiğini, bazı hakların sadece insancıl hukuk konusuna girdiğini, bazı hakların ise her iki hukuk dalının ilgi alanına girdiğini ve bu durumda da hem insan hakları hukukunun hem de *lex specialis* olarak insancıl hukukun göz önünde bulundurulacağını belirtmiştir. ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, par. 106. Yine 2008 tarihli Güney Osetya ve Abazya konusundaki Gürcistan ile Rusya arasındaki uyuşmazlık hakkındaki davada Divan, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin silahlı çatışmalar zamanında da uygulanabileceği hususunda tereddüt olmadığını, söz konusu Sözleşme'nin ihlalini teşkil eden fiillerin, insancıl hukuk dâhil olmak üzere uluslararası hukukun diğer kuralları kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmiştir. ICJ, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Georgia v. Russian Federation*, Provisional Measures, Order of 15 October 2008, ICJ Reports, 2008, par. 112.

79 **MELZER& KUSTER**, 2016, s. 294.

80 ECHR, *Cyprus v. Turkey,* Merits, App. No. 25781/94, 20 May 2001; ECHR, *Al-Skeini and others v. UK*, App. No. 55721/07, 7 July 2011; ECHR, *Isayeva, Yusopova and Bazayeva v. Russia*, App. No. 57947/00, 57948/00 and 57949/00, 24 February 2005; ECHR, *Issa et al. v. Turkey*, App. No. 31821/96, 16 November 2004.

ğinmektedir[81]. Avrupa İnsan Hakları Sistemi, silahlı çatışmalara ilişkin ihlal kararlarında insancıl hukuku dayanak almaktan imtina ederek insan hakları hukukunu esas alarak kararlar vermektedir. Amerikalılararası İnsan Hakları Hukuku Sisteminde insancıl hukuk dayanak alınarak da karar verilebilmektedir. Afrika İnsan Hakları Sisteminde ise, insan hakları temel alınmakla birlikte özellikle kadınların ve çocukların korunmasında özel olarak insancıl hukuk vurgusu vardır[82].

Tüm katkılarına rağmen, insan hakları mekanizmaları, insancıl hukuka özgü etkin bir mekanizma olmayışının yarattığı boşluğu dolduramamaktadır. Silahlı çatışma ihlallerinin giderek artan bir eğilimle insan hakları mekanizmaları tarafından incelenmesi bazı problemler içermektedir. İnsan haklarına ilişkin tanımlanmış yükümlülükler sadece devletler açısından geçerlidir; oysa günümüz çatışmalarının çoğu UOSÇ'lerdir ve etkililiği giderek artmakta olan devlet dışı silahlı grupların ihlalleri insan hakları mekanizmaları kapsamı dışında kalmaktadır. Bir başka husus, insan hakları hukukunun insancıl hukukun dikkate almak durumunda olduğu savaş koşulları ve askeri gereklilikler üzerine kurulu olmaması ve bu nedenle insancıl hukuk açısından farklı ve hatalı sonuçlara varabilmesi, hatta bazen birbirine zıt hüküm ve içtihatlara yol açabilmesidir. Bölgesel insan hakları mekanizmalarının da belirli coğrafi alanlarla sınırlı olması, Amerika, Afrika ve Avrupa dışındaki bölgelerde uygulanamaması, ayrıca bölgesel insan hakları sistemlerinin birbirinden farklı içtihat ve uygulamalar içerebilmesi, insancıl hukukun da bir tür 'bölgeselleşmesine' neden olabilmektedir. Son olarak insancıl hukukun 'silahlı çatışmalarda uygulanan insan hakları' olmadığı, sadece kişileri değil, sivil ve kültürel varlıkları, çevreyi de koruduğu hususundan hareketle, insancıl hukukun bazı aleni ihlallerinin de İnsan Hakları mekanizmaları kapsamı dışında kaldığını belirtmek gerekir[83].

C. *Ad-Hoc* Mahkemeler ve Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM)

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ruanda Uluslararası

---

81 Bkz: IACHR, *Caracoles Community Resolution*, 8 March 1982, consideration 5 in conjunction with Resolution 2; IACHR, *La Tablada case*, *op. cit*. (note 37), par.158, 195; IACHR, *Report on the Massacre of the Jesuits in El Salvador*, Report No. 136/99, Case 10. 488, par. 237.

82 **PHANNER**, 2009, ss. 312-313.

83 **MELZER& KUSTER**, 2016, s. 294.

Ceza Mahkemesi ile ulusal mahkemelerin de işbirliği ile kurulan Kamboçya Uluslararası Mahkemesi, Bosna-Hersek Savaş Suçları Mahkemesi, Doğu Timor Özel Mahkemesinin yanısıra Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) insancıl hukukun gelişiminde, yeni silahlı çatışmalara uygulanabilmesinde ve uygulamaların şekillenmesinde, özellikle UOSÇ'lerde cezasızlıkla mücadelede karar ve içtihatlarıyla birçok boşluğun giderilmesinde mihenk taşı niteliğindedir. Yardımcı ve tamamlayıcı nitelikte olan uluslararası yargı mekanizmaları, ulusal mekanizmaların işlevsel olamaması durumunda harekete geçebilmekle birlikte ilk kez devletin yargı yetkisinin dışına çıkılarak devlet başkanlarının, başbakanların, üst düzey siyasi ve askeri yetkililerin bağımsız mahkemelerce sorgulanmasını ve cezalandırılmasını sağlamıştır.

UCM, özel olarak insancıl hukuk ihlallerini soruşturan tek daimi uluslararası yargı organıdır. Bireysel cezai sorumluluk bağlamında çalışan UCM, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, soykırım ve saldırı suçlarına ilişkin iddiaları incelemekte; itham edilenin Roma Statüsüne taraf bir ülkenin vatandaşı olması ya da işlenen suçun Roma Statüsüne taraf bir ülkede gerçekleşmesi veya Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devlet olsa da BM Güvenlik Konseyinin UCM'ye yönlendirmesi durumunda ve ulusal mahkemelerin yargılayamaması veya yargılamak istememesi halinde harekete geçebilmektedir[84].

UCM'nin kapsamlı yetkisi ve hukuku birçok açıdan şekillendiren içtihatlarına rağmen pratikteki etkisi maalesef sınırlıdır. 2019 Aralık itibari ile 123 devlet Roma Statüsüne taraftır ve askeri ve politik açıdan güçlü devletler, örneğin Güvenlik Konseyi'nin üç daimi üyesi ABD, Rusya ve Çin hala taraf değildir. Ekonomik ve politik açıdan güçlü devletlerin temsilcilerince işlenen suçları değil yalnızca daha az etkili Afrika Ülkeleri gibi ülkelerdeki liderleri soruşturabilmesi açısından yoğun eleştirilere maruz kalmıştır. Güvenlik Konseyinin 12 aylık sürelerle sınırsız olarak UCM soruşturmalarını erteleyebilme yetkisi bir başka eleştiri konusudur.

Hem geçici mahkemeler hem UCM, soruşturmaların çok uzun yıllar alması, coğrafi uzaklığın yarattığı faktörler, soruşturmalarını etkin yürütebilmesi için önemli ölçüde devletlerin işbirliğine ve yüklü bütçelere ihtiyaç duyması gibi pratikte birçok zorlukla karşılaşmaktadır. Devletler arasındaki ilişkilerin, devletlerin egemenliğine, politik ve askeri güçlerinin dağılımına göre şekillenmesi, yeni silahlı çatışmalara eşlik eden yaygın şiddet, yıkım

84 Roma Statüsü, Mad. 12,13.

ve istikrarsızlık koşulları ceza mahkemelerinin ihtiyaç duyduğu güvenilir ve bağımsız araştırmaların yürütülmesini güçleştirmektedir[85]. Doğası gereği bu tür mahkemeler, önemli ihlallerin sınırlı bir kısmıyla ilgilenebilmekte, geri kalan ihlallerin büyük çoğunluğu bu kapsamın dışında kalmaktadır.

F. İNSANCIL HUKUK UYUM MEKANİZMALARININ GÜÇLENDİRİLMESİNE DAİR ÇABALAR, ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Silahlı çatışmalardan kaynaklanan insan acısının önlenmesini amaçlayan insancıl hukuk, tüm hukuk kuralları gibi kendi başına, sırf varlığıyla ihlalleri önlemeyi ve riayet edilmesini sağlamayı başaramaz. Bu kuralların uygulanması, uygulanmasının sağlanması gerekir, bunun için başta gerekli irade ve isteğin varlığı ile birlikte etkili uyum mekanizmalarına ihtiyaç duyar. İnsancıl hukuktaki mekanizmaların işlevsizliği (uluslararası çatışmalar bakımından) ya da eksikliğinden (UOSÇ bakımından) kaynaklanan önemli boşluk diğer

---

85 Devletlerin işbirliği açısından yaşanan bazı sorunlara örnekler: Eski Yugoslavya Mahkemesi örneğin, kolluk teşkilatı desteği için 12 devletle ikili anlaşma yapmak durumunda kalmıştır. Hırvatistan Hükümeti, Yugoslavya Mahkemesinin savaş suçlusu olarak aradığı General Ante Gotavina'yı Avrupa Birliğinin üyelik müzakereleri için Gotavina'nın teslim edilmesini şart koşmasının ardından yakalayıp teslim etmiştir. BAŞER Murat, a.g.e. , s,231, dipnot. 867. UCM ilki 2009 yılında olmak üzere birçok kez Darfur'daki katliamların sorumlusu olarak gördüğü Sudan Devlet Başkanı El Beşir için soykırım ve savaş suçu işlediği gerekçesiyle yakalama kararı çıkartmiş, ancak yakalayamamıştır. 20 Haziran 2018'de gerçekleşen BM Güvenlik Kurulu Toplantısında UCM savcısı Çad, Uganda ve Ürdün'ü UCM ile işbirliği yapmamakla suçlamış, ABD, İngiltere ve Hollanda ise El Beşir'in teslim edilmesi için tüm ülkelere UCM ile işbirliği çağrısında bulunmuştur. El-Beşir'in 2017'deki Türkiye Ziyaretinde UCM'nin tutuklama talebini Türkiye, Roma Statüsüne taraf olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. https://www.timeturk.com/ucm-sudan-cumhurbaskani-omer-el-besir-i-tutuklama-cagrisi/haber-917651 ABD 2002 yılında imzacısı olmasına rağmen Roma Statüsünü onaylamayacağını BM'ye bildirmiş, çeşitli ülkelerle yaptığı ikili sözleşmelerle de vatandaşlarının UCM'ye teslim edilmesini engellemeye çalışmıştır. BAŞER Murat, a.g.e. UCM'nin, Statüye taraf devletlerin topraklarında işlenen suçlar kapsamında ABD vatandaşlarınca işlenen suçlar için 2007'de başlattığı ön incelemeyi 2017de tamamlaması ve mahkeme için başlattığı sürecin ardından ABD, UCM'nin kendileri için ölü olduğunu belirterek aleyhlerinde bir karar alınması halinde UCM hakimlerine yaptırım ve ambargo uygulayacağı tehdidinde bulunmuştur. Buna karşılık UCM bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olarak hukukun üstünlüğü çerçevesinde çalışmalarına kararlılıkla devam edeceğini açıklamıştır. https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-45481458 , https://tr.sputniknews.com/avrupa/201809111035150439-abd-tehdit-ettigi-uluslararasi-ceza-mahkemesi-fransa-destek/ (15.10.2018)

hukuk alanlarındaki mekanizmalarla giderilmeye çalışılmakta, ancak yeterli olmamaktadır. Uzun yıllardan beri insancıl hukukta mekanizmaların oluşması için çeşitli çabalar sarf edilmiştir. Örneğin 1949 Cenevre Sözleşmeleri taslakları görüşülürken sözleşmelerin uygulanmasının izlenmesi için 'Yüksek Uluslararası Komite' önerilmiştir[86]. İnsancıl hukukun uygulanmasına dair daimi bir yapının Cenevre Sözleşmelerine taraf devletlerce veya BM çerçevesinde kurulmasına ilişkin kapsamlı bir analiz 1970 yılında, BM Genel Sekreterinin 'Silahlı Çatışmalarda İnsan Haklarına Saygı Gösterilmesine Dair Rapor'unda yer almıştır.[87] 1993 yılında İsviçre'nin inisiyatifi ile gerçekleştirilen geniş katılımlı Savaş Mağdurlarının Korunması Uluslararası Konferansının sonuç bildirgesi, tüm katılımcıların insancıl hukukun uygulanması ve hukuka saygı gösterilmesi yönündeki taahhütlerini ve devletlerin bu hususta yapması gerekenlerin belirtildiği önemli bir metindir[88]. BM Genel Sekreterliğinin 2000 yılında Bin Yıl Zirvesine ilişkin BM Genel Kuruluna sunduğu raporda insancıl hukuk hükümlerinin tüm taraflarca riayetine ilişkin bir izleme mekanizması kurulması önerilmiştir.[89] 2003, 2009, 2011 ve 2015 yıllarında da ICRC'nin girişimi ya da katkısıyla bazı çabalar gerçekleştirilmiştir. Kapsamlı istişareler ve uzman görüşleri sonucunda oluşturulmuş UOSÇ'leri de içeren önemli bazı çabalara, aşağıda detaylı olarak yer verilecektir.

---

86 ICRC Report, International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts, 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, December 2011 s. 12; Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949 (1963), vol. 3, annex 21, and vol. 2, sec. B, s. 61.

ICRC report, International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts, 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Annex 3, Summary Report, Improving Compliance with International Humanitarian Law ICRC Expert Seminars, December 2003..

87 BARTOLINI Giulio, Strengthening Compliance with International Humanitarian Law: The Failed Proposal For A "Meeting Of States On International Humanitarian Law" , **The Italian Yearbook of International Law Online,** Vol. 25, Issue 1, 2016, s.215, dipnot.63. http://www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Winter_School/IYIL%202015%20IHL%20Compliance%20mechanism%20Bartolini.pdf

Report of the UN Secretary-General, **Respect for Human Rights in Armed Conflicts**, UN Doc. A/8052 (1970), par. 75-79.

88 International Conference for the Protection of War Victims, Final Declaration, IRRC, September-October, 1993, No. 296 https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/RC_Sep-Oct-1993.pdf (10.10.2018)

89 ANNAN Kofi, **We,The Peoples, The Role of the United Nations in the 21st Century,** http://www.un.org/en/events/pastevents/pdfs/We_The_Peoples.pdf (10.10.2018)

A. 2003 Yılı ICRC Çalışması

2003 yılında ICRC, bazı kurum ve kuruluşların işbirliği ile[90] parlamenterler, akademik çevre, STK temsilcileri, Kızılay/Kızılhaç Dernekleri, bölgesel örgütler ve ilgili devlet yetkililerinin katılımıyla; Cenevre Sözleşmelerinin ortak 1. maddesinin uygulamada harekete geçirilebilmesi ve UOSÇ'lerde insancıl hukuka saygı gösterilmesi başlıkları altında çeşitli toplantılar düzenlenmiştir. İnsancıl hukukun etkin bir şekilde uygulanabilmesi için uzmanlarca çözüm yolları aranmış, bu çalışmaların sonuçları ve tartışılan hususlar bir rapor[91] halinde 2003 yılında 28. Uluslararası Kızılay Kızılhaç Konferansı'na sunulmuştur.

İnsancıl hukukta uluslararası çatışmalar için yer alan mekanizmaların gerekli potansiyele sahip olmasına rağmen aslında devletlerin harekete geçirmekteki isteksizliği nedeniyle işlevsiz olduğu belirtilerek, özellikle Uluslararası Gerçeği Araştırma Komisyonunun (IHFFC) UOSÇ'lerde de uygulanabilir şekilde etkinleştirilmesinin yollarının aranması gerektiği dile getirilmiştir. Bu kapsamda öncelikle 'komisyonun harekete geçebilmesi için çatışan tarafların rızasını gerektirmesi' engelinin aşılması ve bunun için çözüm önerileri ve farklı harekete geçirme seçenekleri dile getirilmiştir. IHFFC'nin 'dostane girişim' (*good offices*) işlevinin devlet egemenliğine bir tehdit olmaması nedeniyle de daha gerçekçi bir potansiyele sahip olduğu ve etkinleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Yeni mekanizmalar oluşturulması ile ilgili olarak, öncelikle insancıl hukuk bağlamında bir antlaşma organı kurulması gerektiği, ancak mevcut politik iklimin daimi ve otomatik bir yapının kurulmasına olanak vermediği belirtilmiştir. Bu nedenle aşamalı olarak bir *ad-hoc* mekanizma veya bir- iki fonksiyonla sınırlandırılmış bir organ ya da bölgesel bir mekanizma ile başlanarak zaman içinde elde edilecek başarı ile güven ve destek kazanmış daimi bir yapıya doğru yol alınabileceği ifade edilmiştir. Oluşturulacak mekanizmanın tarafsız ve bağımsız, etkinliği açısından devletler üzerinde

---

90 Mısır İnsancıl Hukuk Ulusal Komisyonu, Güney Afrika Cumhuriyeti Dış İşleri Bakanlığı, Meksika Dış İşleri Bakanlığı ve College of Europe (Bruges) işbirliği ile Kahire, Kuala Lumpur, Mexico City, ve Bruges'da toplantı ve seminerler gerçekleştirilmiştir.

91 ICRC Report, Improving Compliance with IHL, Annex3 of the report of 'IHL and The Challenges of Contemporary Armed Conflicts', 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent , 2-6 December 2003,ss. 46-70.

yeterli güce sahip, devlet inisiyatifinden bağımsız hareket edebilecek; 'İnsancıl Hukuk Komisyonu' ya da 'İnsancıl Hukuk Yüksek Komiserliği' adı altında, ICRC veya BM aracılığı ile oluşturulacak bir uluslararası toplantıda 'antlaşma organı' niteliğinde bir yapı olarak kurulması önerilmiştir. Bu yapının fonksiyonları ile ilgili olarak bir kısmı insan hakları mekanizmalarında da yer alan; raporlama sistemi, bireysel şikâyet mekanizması, devletlerin ve silahlı grupların çatışma taraflarına ilişkin şikâyetlerinin incelenmesi, gözlem veya gerçeği araştırma misyonları, ihlallerin yarı-yargısal mekanizmalarla ele alınması gibi seçenekler sunulmuş, bu fonksiyonların içeriklerine ilişkin farklı öneriler detaylandırılmıştır. UOSÇ'lere özgü olarak bu fonksiyonların yanında, ihtilafları öngörerek sorunları çoğunlukla sahne gerisinde çözmeye çalışan akil, tecrübeli bir devlet yetkilisinin 'İnsancıl Hukuk Ombudsmanı' ya da 'Yüksek Komiseri' olarak atanması veya eski devlet başkanları, eski büyükelçiler ya da eski insani kuruluş başkanlarından oluşan 'Akil Kişiler Komitesi' oluşturulması dile getirilmiştir. Ayrıca İnsancıl Hukuk Komisyonu ya da Yüksek Komiserliğine bağlı ya da bağımsız, hem tematik hem de ülke bazlı durumları ele alacak, doktrini şekillendirmek üzere gözlemlerini iletecek, gerçeği araştırma misyonlarını yürütecek raportör ya da çalışma grubunu yönlendirecek 'Devletler Komitesi' veya 'İnsancıl Hukuk Uzmanları Komitesi' gibi bir 'diplomatik forum' oluşturulması önerisinde bulunulmuştur.

Siyasi konjonktürün uygun olmaması, mali külfeti, ayrıca uzun soluklu bir süreç gerektirmesi nedeniyle yeni mekanizmaların fazla idealist bir yaklaşım olduğu; uzun vadede ulaşılması gereken bir hedef olarak dillendirilmesi gerekmekle birlikte özellikle UOSÇ'ler bakımından tek etkili mekanizma olan ICRC'nin rolüne odaklanılması gerektiği ve mevcut mekanizmaların güçlendirilmesinin daha gerçekçi bir seçenek olduğu görüşü ağırlıklı olarak ifade edilmiştir.

Devlet dışı silahlı grupların insancıl hukuka riayeti ile ilgili olarak; bu konunun çok daha sorunlu olduğu ve farklı hususlar içerdiği, öngörülecek mekanizma ne olursa olsun silahlı çatışmanın nedeni ve silahlı grupların savaşma güdülerinin ayrıca bu grupların güç ve kapasitesinin insancıl hukuku dikkate alma ve uygulamalarında önemli faktörleri oluşturduğu vurgulanmıştır. Silahlı grupların insancıl hukuka uysunlar ya da uymasınlar ulusal hukuk nezdinde silahlı çatışmaya katılmaları nedeniyle suçlu olmaları ve cezalandırılmalarından hareketle; insancıl hukuk kapsamında suç teşkil etmeyen hukuka uygun faaliyetlerin, ulusal hukukta da suç teşkil etmemesinin

yollarının aranması gerektiği; bu kapsamda devletlerce, silahlı gruplar için ulusal yargılamalardan muaf tutulma veya ceza indirimi öngörülebileceği belirtilmiştir. II nolu Ek Protokol'ün 6(5) maddesi ve 159 nolu teamül kuralında yer alan, 'çatışmaların son bulması halinde özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişilerin mümkün olan en geniş af kapsamına alınması' yükümlülüğünün bunun için bir zemin oluşturabileceği dile getirilmiştir. Sadece çatışmalar sona erdiğinde değil, öncesinde de ihlaller gerçekleşmeden devletlerin bir tür 'muaf tutma' yetkisi kullanarak; 'cezadan bağışık tutulma' ile 'insancıl hukuka riayet etme rızasını vurgulama' arasında bir bağ kurulması yoluyla ön garantilerin verilerek silahlı grupların hukuka uymasının teşvik edilebileceği ifade edilmiştir. Öneriler arasında belirli koşullara bağlı olarak bir tür 'savaşan' statüsü verilmesi alternatifi de yer almıştır.[92]

B. 2009 Yılı 'Cenevre Sözleşmelerinin 60 Yılı ve Geleceği' Uluslararası Konferansı

İsviçre'nin girişimi ile gerçekleştirilen konferans[93] yeni silahlı çatışmaların sorunları karşısında insancıl hukukun geleceği bakımından 'yeni aktörler', 'yeni tehditler', 'yeni savaş metotları' ve 'günümüz gerçekliklerine insancıl hukuk mekanizmalarının adapte edilmesi' başlıkları altında istişareler yürütmüştür.

Uyum mekanizmaları ile ilgili olarak, hem insancıl hukuk hem de diğer uluslararası mekanizmalar tartışılmış; etkililiği açısından bu mekanizmaların uluslararası toplumca benimsenmesi, uygulanması ve sonuçlarının pratiğe etkisi önemle vurgulanmıştır. Hem mevcut mekanizmaların işlevsiz kalmasında hem de yeni mekanizmaların kurulamamasında kritik etkenin siyasi iradenin eksikliği[94] olduğu teyit edilmiş, ayrıca insani amaçlı müdahale-

---

92 ICRC Report, Improving Compliance with IHL, Annex3 of the report of 'IHL and The Challenges of Contemporary Armed Conflicts', 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 2-6 December 2003,ss. 46-70.

93 Cenevre Sözleşmelerine taraf 194 ülkeden gelen hukukçu, askeri uzmanlar, diplomatlar, akademisyenler, sivil toplum temsilcileri, bölgesel ve uluslararası örgütlerin teknik uzmanlarının katılımıyla Bern'de gerçekleşmiştir.

94 Dönemin BM Genel Sekreteri Kofi Annan'ın konferansta yaptığı konuşmada, uluslararası toplumun hukuku inkâr kültürü ve cezasızlık ile mücadele, zorluklarla yazılan raporların reddi ya da ancak politik güdülerle kabulü, adaletsiz barışın olamayacağı ancak birçok aktör açısından uluslararası adaletin bir illüzyondan ibaret olduğu hususlarına vurgusu bu bakımdan oldukça dikkate değerdir.

lerin (BM Güvenlik Konseyi başta olmak üzere) seçiciliği ve çifte standardı ve üçüncü devletlerin saygı gösterilmesini sağlama sorumluluğuna ilişkin harekete geçmemesi bu kapsamda tartışılmıştır. IHFFC'nin potansiyeline dair farkındalık yaratılmasına ve teşvik edici faaliyetlere vurgu yapılmış; BM Genel Kurulunun 6. Komitesi faaliyetleri kapsamında bunun gündeme alınabileceği ifade edilmiştir. UCM ile IHFFC arasında daha yakın ilişkiler sağlanarak UCM Taraf Devletler Kurulunda buna ilişkin kararlar alınmasını sağlamak ve ortak alanlarda işbirliği geliştirmek suretiyle IHFFC'nin potansiyelinin fiili olarak harekete geçirilebileceği önerilmiştir. Gelecekte atılması gereken adımlarla ilgili olarak, önleyici tedbir ve mekanizmaların yanısıra bireysel hak ve sorumluluklara ilişkin zarar tazmininin inşa edilmesi gerekliliğine değinilmiş ve IHFFC'nin işlevselleştirilmesine geniş yer verilmiştir. IHFFC'nin devlet dışı aktörleri de işaret edebilecek şekilde kendi inisiyatifi ile devreye girebilmesi; sistematik olarak, seçici ve politize olmadan çalışabilmesi, BM tarafından yetkilendirilmesi ve harekete geçirilebilmesi, bütçesi açısından tarafsız ve etkili çalışmasını sağlayabilecek devlet yoğunluklu olmayan bir fon sistemine sahip olması özellikle vurgulanmıştır[95].

C. İsviçre - ICRC Girişimi ve İnsancıl Hukuk Devletler Forumu

2011 yılında gerçekleştirilen 31. Uluslararası Kızılay Kızılhaç Konferansında, 'çatışma mağdurları için hukuki korumanın güçlendirilmesi' kapsamında, insancıl hukukun uygulanmasına dair mekanizmaların etkililiği ve güçlendirilmesi için uygun araçların araştırılmasına, somut önerilerin bir rapor halinde 32. Uluslararası Konferansa sunulmasına ve ICRC'nin bu kapsamda yetkilendirilmesine karar verilmiştir.[96] İsviçre'nin bu konuda gönüllü olarak inisiyatif alabileceği önerisi Uluslararası Konferansta memnuniyetle karşılanmış, ICRC ve İsviçre hükümeti işbirliği ile 2012 yılında devletlerle yapılan ilk toplantı ile süreç başlatılmış, bir dizi seminer ve istişare toplantı-

---

95 Conference Paper, 60 ans des Conventions de Genève et les décennies à venir / 60 Years of the Geneva Conventions and the Decades Ahead, Berne, 2010 https://dfae.admin.ch/dam/eda/en/documents/publications/Voelkerrecht/Konferenzpapier-60-Jahre-Genfer-Konventionen_en.pdf

96 31st International Conference 2011: Resolution 1 - Strengthening legal protection for victims of armed conflicts. https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/resolution/31-international-conference-resolution-1-2011.htm

ları[97] gerçekleştirilmiş ve elde edilen sonuçlar 2015 yılında 32. Uluslararası Kızılay Kızılhaç Konferansı'na sunulmuştur.

"Sürecin en başından devletlerin görüşleri doğrultusunda sürece kılavuzluk etmek ve oluşturulacak muhtemel insancıl hukuk mekanizmasının çerçevesini belirlemek üzere aşağıdaki ilkeler benimsenmiştir:

- Etkili bir insancıl hukuk uyum sistemine olan ihtiyaç,
- Sürecin ya da çıktının politize edilmemesinin önemi,
- Sürecin devlet güdümlü, konsensüse dayalı niteliği ve uluslararası hukukun ilkelerini esas alması,
- Diğer uyum sistemleri ile mükerrerlik oluşturulmasından kaçınılması,
- Kaynak olanaklarının dikkate alınması gerekliliği,
- Cenevre Sözleşmeleri ve ek protokollerinde tanımlanan tüm silahlı çatışma türleri ve tüm taraflarını içerecek uygun yollar bulma ihtiyacı,
- Sürecin evrensel, tarafsız ve seçici olmayan nitelikte olması,
- Sürecin diyalog ve işbirliğine dayanması,
- Sürecin ve oluşacak muhtemel çıktının gönüllülüğe dayanan, bağlayıcı olmayan niteliği." [98]

Çalışmalar kapsamındaki son devletler toplantısında da yukarıdaki ilkeler teyit edilmiş, sürecin başından beri devletlerin genel eğilimi, bu çalışmanın ve olası çıktının Cenevre Sözleşmelerinde revize gerektirecek ya da yeni bir antlaşma içerecek nitelikte olmaması gerektiği yönünde olmuştur. Öncelikle insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin sorunların çözümünde devletler arasında düzenli bir diyaloğa ihtiyaç olduğu konusunda hemfikir olunmuştur. Sonraki süreçlerde, mevcut IHL mekanizmaları, neden çalışmadıkları, yeniden canlandırılıp canlandırılamayacağı, hukukun diğer alan-

---

97 2012-2015 yılları arasındaki 4 yıllık araştırma ve istişare sürecinde ICRC -İsviçre İnisiyatifi dördü 'devletler toplantısı' olmak üzere toplamda 9 kapsamlı toplantı düzenlemiş, dünyanın farklı yerlerinden sivil toplum ve akademik çevrenin yanısıra bölgesel ve uluslararası örgütlerle birlikte bu süreç boyunca toplantılara toplam 140 ülke katılmıştır.

98 ICRC Concluding Report, Strengthening Compliance with İnternational Humanitarian Law, Document prepared by the International Committee of the Red Cross in conjunction with the Swiss Federal Department of Foreign Affairs, Improving Compliance with IHL, 32th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, October 2015, s. 7.

larındaki mekanizmalardan alınacak dersler tartışılmış ve devletler arasında düzenli bir diyalogun sağlanacağı zemin arayışına girilmiştir. Olası insancıl hukuk uyum sisteminin merkezini oluşturacak aynı zamanda bir antlaşma organı niteliğinde devletlerin düzenli olarak bir araya geleceği bir 'Devletler Forumu' oluşturulması üzerinde hemfikir olunmuştur.

Olası insancıl hukuk uyum sisteminin fonksiyonları ile ilgili olarak; devletlerin düzenli olarak toplanması, devletlerce periyodik raporlamalar yapılması, gerçeği araştırma misyonu, erken uyarı mekanizması, acil çağrılar, dostane girişimler, ülke ziyaretleri, devlet soruşturmaları, uyuşmazlık çözümü, şikâyetlerin incelenmesi, tematik tartışmalar, ICRC'ye gizli raporlamalar yapılması gibi işlevler dile getirilerek tartışılmıştır.

Tüm bu fonksiyonlar arasında en çok uzlaşılanı; devletlerin düzenli olarak toplanmasına ilişkin 'İnsancıl Hukuk Devletler Forumu' (Meeting of States for IHL) oluşturulması ve bu forumun ana fonksiyonları olarak 'devletlerce periyodik raporlama yapılması' ve ' insancıl hukuk sorunlarına dair tematik tartışmalar' olmuştur. Gerçeği araştırma misyonu sürekli olarak tartışılmasına rağmen uzlaşı sağlanamamış, nasıl harekete geçirileceği, çatışma taraflarının rızasına tabi olup olmayacağı vb hususların netleştirilememesi nedeniyle Devletler Forumu'nun kurulmasının ardından Devletler Forumu tarafından kararlaştırılması gereken bir husus olarak değerlendirilmesi önerilmiştir.

Devletler Forumunun muhtemel özellikleri ve görevleri ile ilgili olarak, toplanma periyodu, kurumsallaşma araçları, nasıl kurulması gerektiği, idari yapısı ve organları, bütçesi, büro çalışanlarının seçimi, konuları seçme metodolojisi, çıktıların ve raporların nasıl değerlendirileceği, üyelik ve gözlemci statüleri, diğer uluslararası örgütler ve aktörlerle iletişimi, Devletler Forumu'nun etkin, güvenilir ve güncel kalması için çalışmalarının ne şekilde izleneceği, UOSÇ'ler açısından silahlı grupların hukuka riayetinin nasıl ele alınacağı tartışılmış; tüm bu hususların bir kısmına ilişkin somut önerilerde bulunulmuş bir kısmının da Devletler Forumunun kurumsal olarak oluşumu gerçekleştirildikten sonra ele alınması önerilmiştir.

2015 Yılında gerçekleştirilen 32. Uluslararası Kızılay Kızılhaç Konferansı'nda Devletler Forumunun kurulmasına karar verilmesi ve Kon-

feransı takip eden bir yıl içinde de Devletler Forumunun ilk toplantısını gerçekleştirmesi hedeflenmiştir[99].

Onarım hususu ile ilgili olarak özetle, silahlı çatışmaların doğası gereği geniş ve toplumsal yıkım ve zararlara yol açtığı ve finansal onarımın bu açıdan çok gerçekçi olamayacağı, bununla birlikte diğer onarım türlerinin ve kolektif çözümlerin dikkate alınabileceği dile getirilmiştir. Ancak, devletlerin büyük çoğunluğu net çekincelerle bunun insancıl hukukun güçlendirilmesinde bir öncelik olmadığı, devletlerin silahlı çatışmalar nedeniyle oluşan zarara ilişkin bir esneklik alanı olması gerektiği ve bunun özellikle UOSÇ bakımından iç hukukun konusu olarak kalması gerektiğini ifade etmiştir[100].

D. Gelinen Aşama ve Çabalara İlişkin Değerlendirme

ICRC - İsviçre İnisiyatifi olarak adlandırılan bu 4 yıllık çalışma sonucunda sürece dâhil olan devletlerin insancıl hukuka ilişkin uyum mekanizması olarak uygun gördüğü iki temel fonksiyonlu Devletler Forumunun oluşumu, 32. Uluslararası Kızılay Kızılhaç konferansında kabul edilmemiştir. Bunun yerine Konferansın 2 nolu kararında, süreç için belirlenen ilkeler tekrarlanarak, bu ilkeler çerçevesinde sürecin devlet güdümlü ve hükümetler arası olarak devam etmesine ve çıktısının 2019 yılında gerçekleşecek 33. Uluslararası Konferansa sunulmasına karar verilmiştir. ICRC Genel Başkanı Peter Maurer, devletlerin bu öneride uzlaşamamalarının rahatsızlık verici olduğunu, dünyanın birçok yerinde neredeyse her gün insancıl hukukun ihlal edildiğini, ICRC &İsviçre İnisiyatifinin desteklenememesi ile devletlerin milyonlarca insanın korunmasına destek olma fırsatını kaçırmış olduklarını ifade etmiştir.[101]

ICRC - İsviçre İnisiyatifi ile, aşamalı olarak devletler arasında karşılıklı güveni arttırmaya yardım edecek bir mekanizma olması umuduyla, düzenli bir devletler forumunun oluşturulmasını öngören, tüm süreç boyunca tartı-

---

99 ICRC Concluding Report, Strengthening Compliance with İnternational Humanitarian Law, Document prepared by the International Committee of the Red Cross in conjunction with the Swiss Federal Department of Foreign Affairs, Improving Compliance with IHL, 32th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, October 2015

100 ICRC report, Strengtening Legal Protection for Victims of Armed Conflict, 31. International Conference of the Red Cros and Red Crescent Society, October 2011 s. 25.

101 https://www.icrc.org/en/document/no-agreement-states-mechanism-strengthen-compliance-rules-war

şılan fonksiyonları elenerek asgariye indirilen sadece ulusal raporlama ve tematik tartışmaları öngören asgari bir ajanda önerilmiştir[102]. ICRC, 2011 yılındaki 31. Uluslararası Konferansta sunulan 'Çatışma Mağdurları için Hukuki Korumanın Güçlendirilmesi' raporunda; 2003 yılı ICRC çalışmasındaki fonksiyonlara gönderme yaparak oluşturulacak muhtemel yapının, mevcut bir durum karşısında harekete geçmesi zorunlu olan, önerilerde bulunmak yerine hukuken bağlayıcı kararlar alma otoritesine sahip, hatta zararın tazmini/onarım fonksiyonunu içeren bir mekanizma olması gerektiğini belirtmiştir. Ancak ICRC-İsviçre İnisiyatifi çalışması, bu çerçevenin oldukça uzağında kalmıştır. Önemli sorunlarından biri devletlerin yeni bir değişiklik ya da antlaşmaya sıcak bakmaması nedeniyle gönüllülük esasına dayanmasıdır. Bir başka sorun, ilkelerde UOSÇ'leri de kapsadığı belirtilmesine rağmen, silahlı gruplara ilişkin olası mekanizmalara değinmekten ısrarla kaçınılmış olmasıdır. Genel olarak devletler için mevcut olan mekanizmalar, silahlı gruplar için olanlara oranla çok daha gelişmiştir ve insancıl hukuk ihlalleri silahlı gruplarda çok daha vahimdir.[103] Yeni çatışmaların çoğunlukla UOSÇ'ler niteliğinde olduğu dikkate alındığında 'silahlı grupların' böyle bir girişimde temel başlıklardan birisi olması gerekirken, devletler bu tür başlıklarla ilgilenmemiştir.[104]

Böyle bir sistemin kurulması, işlevlerinin detaylandırılması daha çok çalışma ve zaman gerektirecektir. Yeni bir uyum mekanizmasının kurulması, özellikle yeni silahlı çatışmaların siyasi karmaşasında birçok sorun ve engeli de içermektedir.[105] Hali hazırda asgari bir seçenek olan taslak öneri reddedilmişken, 33. Uluslararası Konferansta sunulacak olası ihtimalin ne olacağını kavramak çok kolay değildir. Ancak yine de 2003 yılı ICRC raporunda be-

---

102 **BARTOLINI**, 2016, ss. 201-225.

103 GILLARD Emanuela-Chiara, Briefing, Promoting Compliance with International Humanitarian Law, **International Law Programme**, October 2016 https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2016-10-05-promoting-compliance-ihl-gillard.pdf (20.10.2018)

104 Örneğin ek protokollerin oluşmasına ilişkin 1974-1977 Diplomatik Konferanslarında, ulusal özgürlük hareketleri gözlemci olarak katılmış ve insancıl hukukun geliştirilmesini amaçlayan faaliyetlere müdahil olmuşlardır. Devletler Forumuna da devletlerin rızası ile tematik müzakerelerde bu konuda uzmanlar, örneğin silahlı grupların barış süreçlerine katılmış eski üyeleri, denetim ve perspektiflerini paylaşmak üzere dikkate alınabilirdi. **BARTOLINI**, 2016, s. 223.

105 **MELZER& KUSTER**, 2016, s. 280.

lirtildiği üzere, mevcut politik iklimde asgari bir başlangıcın daha gerçekçi olabileceğini ve modern insancıl hukukun ilk temelinin on maddeden ibaret bir metin olduğu düşünüldüğünde olası çıktının 'küçük bir tohum olarak filizlenip olgunlaşacağını ummak'[106] çok da hatalı bir düşünce değildir.

SONUÇ

UOSÇ'lerde insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin yaptırım gücü gerçekte büyük oranda, işletilmesi halinde devletlere, devletlerin ulusal mevzuatlarındaki mekanizmalara ve bununla birlikte ortak 3. maddedeki 'insani inisiyatif hakkına' bırakılmıştır. UOSÇ hukukunda devletlerin ve devlet dışı silahlı grupların insancıl hukuka saygı gösterme ve saygı göstermeyi sağlama yükümlülükleri vardır. Ayrıca ortak 3. madde UOSÇ'lerde devlet dışı silahlı gruplar için 'özel sözleşmeler' ya da tek taraflı beyanlar aracılığı ile insancıl hukuk hükümlerinin uygulanmasını teşvik etmektedir. insan hakları mekanizmaları, BM ve uluslararası mahkemeler de insancıl hukukun uygulanmasına dair etkili bir mekanizma olmamasının yarattığı boşluğu doldurmaya çalışmakta ancak yeterli olmamaktadır. Uzun yıllardan beri insancıl hukukta uyum mekanizmaların oluşması için çeşitli çabalar sarf edilmiştir. 1949'da Cenevre Sözleşmeleri taslakları görüşülürken, 1970'de BM Genel Sekreterinin raporunda, 1993'teki Savaş Mağdurlarının Korunması Uluslararası Konferansında, 2000 yılındaki BM Bin Yıl Zirvesinde ve 2003, 2009, 2011 ve 2015 yıllarında ICRC'nin girişimi ya da katkısıyla yapılan çalışmalarda farklı adlar ve farklı işlevlerle uyum ve izleme mekanizmalarının kurulmasına dair önerilerde bulunulmuştur. Ancak somut ve anlamlı bir sonuç alınamamıştır.

Uluslararası toplumun, çatışma önleyici ya da çatışma çözücü mekanizmaların, hatta uluslararası hukukun kendisinin krizde olduğu mevcut politik atmosferde; uyum mekanizmalarının güçlendirilmesine ilişkin çabalarda gözlenebileceği üzere; devletlerin özellikle UOSÇ'lere dair hukuki süreçlere dâhil olma eğilimleri, ya da istekleri olduğunu söylemek güçtür. Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki insancıl hukuk, çatışma mağdurlarının korunmasına dair amacını, diğer uluslararası hukuk alanlarında olduğu gibi, ancak uygun şekilde uygulanması ve bunun için gerekli siyasi iradenin olması ha-

106 **BARTOLINI**, a.g.e. , s. 225.

linde başarabilecektir. Hukukun işlevsel varlığı; hukuka riayetin sağlanması, ihlallerinin sorgulanması ve cezalandırılması halinde söz konusudur. Odaklanılması gereken asıl sorun, hukuk (ya da teori) ile alandaki gerçeklikler (ya da pratik) arasındaki geniş uçurumdur. Bu nedenle silahlı çatışmalarda yaşanan insani trajedilere ilişkin sorunun kaynağı aslında hukuki olmaktan çok, siyasi ve ahlakidir.

Hem tarihteki tecrübeler, hem de günümüzün acımasız çatışmaları şiddete sınır konmadığında dünyanın ve insanlığın ne hale geleceği konusunda yeterli ipuçlarını vermektedir. Sınırlandırılmamış şiddetin sonuçları korkunçtur. Dolayısıyla bugün her zamankinden çok daha fazla insancıl hukuka ve uygulanmasına ihtiyaç vardır. Şiddetin sınırlandırılması ve azaltılmasını amaçlayan ve insani değerleri önceleyen, hem devletlerin hem de devlet dışı silahlı grupların tutum ve davranışlarını etkilemeye, dönüştürmeye yönelik her türlü çaba hayati derecede önemlidir.

KAYNAKÇA

ANNAN Kofi, **We, The Peoples, The Role of the United Nations in the 21st Century**, http://www.un.org/en/events/pastevents/pdfs/We_The_Peoples.pdf (Erişim: 10.10.2018)

BARTOLINI Giulio, "Strengthening Compliance with International Humanitarian Law: The Failed Proposal For A Meeting Of States On International Humanitarian Law" **The Italian Yearbook of International Law Online**, Volume 25, Issue 1, 2016.

http://www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Winter_School/IYIL%202015%20IHL%20Compliance%20mechanism%20Bartolini.pdf (Erişim: 10.10.2018)

BAŞER Murat, **İnsancıl Hukuk, Yeni savaşlar, Yapısal Sorunlar ve Korunamayan İnsan Hakları**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2014.

BELLAL Annyssa, **2017 War Report**, Geneva Academy, March 2018, https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/The%20War%20Report%202017.pdf (Erişim: 22.09.2018)

BERNARD Vincent, "Tactics, Techniques, Tragedies: A Humanitarian Perspective On The Changing Face Of War", **International Review of the Red Cross,** Vol:97, 2015.

CHOMSKY Noam, "Responsibility to Protect", Text of lecture given at UN General Assembly, New York City, July 23, 2009. https://chomsky.info/20090723/ (Erişim: 03.11.2018)

DAVEY Elanor / JACKSON Ashley, "From the Spanish Civil War to Afganistan, Historical and Contemporary Reflection on Humanitarian Engagement with Non-State Armed Groups", **Humanitarian Policy Group (HPG)** Working Paper, Overseas Development Institute, May 2014.

DEBUF, Els. "Tools To Do The Job: The ICRC's Legal Status, Privileges and Immunities, Principles Guiding Humanitarian Action**", International Review of the Red Cross**, Vol. 97, No. 897/898, 2016.

DIAKONIA, "Accountability for Violations of IHL, An introduction to the legal consequences stemming from violations IHL", October 2013. **Diakonia International Humanitarian Law Resource Centre** https://www.diakonia.se/globalassets/documents/ihl/ihl-resources-center/accountability-violations-of-international-humanitarian-law.pdf (Erişim: 19.10.2017)

DÖRMANN Knut / SERRALVO Perez Jose, "Common Article 1 to the Geneva Conventions and the Obligation to Prevent International Humanitarian Law Violations", **International Review of Red Cross**, Vol. 96, No. 895/896, 2014.

DÜLGER Kenan, **Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu**, Beta Basım, Istanbul, 2015.

GILLARD Emanuela Chiara, Briefing, "Promoting Compliance with International Humanitarian Law", **International Law Programme**, October 2016. https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2016-10-05-promoting-compliance-ihl-gillard.pdf (Erişim: 20.10.2018)

HEFFES Ezequiel / KOTLIK Marcos D, "Special Agreements as a Means of Enhancing Compliance with IHL In Non-international Armed Conflicts: An Inquiry Into The Governing Legal Regime", Generating Respect for the Law, **International Review of the Red Cross**, Vol. 96, No. 895/896, 2014.

HEFFES Ezequiel / FRENKEL Brian E, "The International Responsibility of Non-State Armed Groups: In Search of the Applicable Rules", **Goettingen Journal Of International Law**, 81, 2017. http://www.gojil.eu/issues/81/81_article_heffes_frenkel.pdf (Erişim: 22.10.2018)

HENCKAERTS J. M. / BECK L. D., **Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku** Cilt I: Kurallar, Çev.: ÖKTEM vd., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları

ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Judgment (Merits), 1986. https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf (Erişim: 11.11.2018)

ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996. https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf (Erişim: 11.12.2019)

ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004. https://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/B59ECB7F4C73BDBC85256EEB004F6D20 (Erişim: 11.12.2019)

ICJ, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Georgia v. Russian Federation*, Provisional Measures, Order of 15 October 2008.https://www.icj-cij.org/

files/case-related/140/140-20081015-ORD-01-00-EN.pdf (Erişim: 11.12.2019)

ICTY, *The Prosecutor v. Tadic,* Appeals Chamber Judgement, 1999, https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf (Erişim 10.12.2019)

ICRC, Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence, Reports and Documents, **International Review of Red Cross**, Vol. 87 NO. 858, 2005.

ICRC, Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts, Annex 3 of the Report of 'IHL and The Challenges of Contemporary Armed Conflicts', 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 2007. (30IC/07/8.4) https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/ihl-challenges-30th-international-conference-eng.pdf (Erişim: 10.10.2018)

ICRC, Strenghtening Legal Protection for Victims of Armed Conflict, 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 2011. (32IC/15/11) http://rcrcconference.org/wp-content/uploads/2015/10/32IC-Report-on-IHL-and-challenges-of-armed-conflicts.pdf (Erişim: 10.10.2018)

ICRC, International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts, 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 2011. (31IC/11/5.1.2) https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/report/31-international-conference-ihl-challenges-report-2011-10-31.htm (Erişim: 10.10.2018)

ICRC, International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts, 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 2003. (03/IC/09) https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/ihlcontemp_armedconflicts_final_ang.pdf (Erişim: 10.10.2018)

ICRC, Improving Compliance with IHL (Summary Report of Expert Seminars), Annex 3 of the Report of 'IHL and The Challenges of Contemporary Armed Conflicts', 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 2003. (03/IC/09) https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/ihlcontemp_armedconflicts_final_ang.pdf (Erişim: 10.10.2018)

ICRC, Concluding Report, Strengthening Compliance with International Humanitarian Law, 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 2015. (32IC/15/19.2) http://rcrcconference.org/wp-content/uploads/2015/04/32IC-Concluding-report-on-Strengthening-Compliance-with-IHL_EN.pdf (Erişim: 10.10.2018)

ICRC,Strenghtening Legal Protection for Victims of Armed Conflict, 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 2011. (31IC/11/5.1.1) https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-strengthening-legal-protection-11-5-1-1-en.pdf (Erişim: 10.02.2019)

ICRC, Resolution 1of 31st International Conference 2011: Strengthening legal protection for victims of armed conflicts. https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/resolution/31-international-conference-resolution-1-2011.htm (Erişim: 10.02.2019)

ICRC, 2016 Commentary of Common Article 3. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDFA490736C1C1257F7D004BA0EC

ICRC, The **Roots of Restraint in War**, June 2018.

KELLENBERG, Jakob. Sixty years of the Geneva Conventions: Learning From the Past to Better Face the Future, Geneva, 12 August 2009. https://www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/geneva-conventions-statement-president-120809.htm (01.03.2016)

MACK Michelle / PEJIC Jelena, **Increasing Respect For International Humanitarian Law In Non-International Armed Conflicts**, ICRC, Geneva, 2008.

MELZER Nils / KUSTER Etienne, **International Humanitarian Law, A Comprehensive Introduction**, ICRC, Geneva, Agust 2016.

ÖKTEM Emre. **Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, Derin Yayınları, Istanbul, 2011.

ÖZDEMİR Ahmet, "Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulanmasına Yönelik Caydırıcı ve Zorlayıcı İlkesi: Koruma Sorumluluğu", **Akademik Hassasiyetler (Academic Elegance)**, Cilt.3, Sayı 5, 2016. http://dergipark.gov.tr/download/article-file/269953 (Erişim: 03.10.2018).

PHANNER Toni, "Various Mechanisms and Approaches for Implementing International Humanitarian Law and Protecting and Assisting War Victims", **International Review of Red Cross**, Vol. 91 No. 874, 2009.

SASSOLI Marco / BOUTRUCHE Théo, "Expert Opinion on Third States' Obligations vis-à-vis IHL Violations under International Law, With a Special Focus on Common Article 1 to the 1949 Geneva Conventions". 08.11.2016. https://www.Nrc.No/Globalassets/Pdf/Legal-Opinions/Eo-Common-Article-1-Ihl---Boutruche---Sassoli---8-Nov-2016.Pdf (Erişim: 15.02.2019)

SASSOLI Marco / BOUVIER A. Antoine / QUINTIN Anne. **How Does Law Protect in War**, E-Kitap.

SASSOLI Marco, Is The IHL in crisis, Panel on 21.04.2016 https://www.icrc.org/en/document/law-armed-conflict-crisis-and-how-recommit-its-respect (Erişim: 03.12.2018)

SVOBODA Eva, Strengtening Access and Proximity To Serve The Needs of People in Conflict, **Humanitarian Policy Group** (HPG), Overseas Development Institute, July 2015

TAŞDEMİR Fatma, **Uluslararası Nitelikte Olmayan Çatışmalar Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

ZEGVELD Liesbeth, "Remedies for Victims of Violations of IHL", **International Review of Red Cross**, Vol. 85, 2003.

Public Condemnation, Myanmar: ICRC Denounces Major and Repeated Violations of International Humanitarian Law, 29 July 2007. https://www.icrc.org/eng/resources/documents/news-release/2009-and-earlier/myanmar-news-290607.htm (Erişim: 01.10.2018)

Conference Paper, 60 Years of the Geneva Conventions and the Decades Ahead, Berne, 2010. https://dfae.admin.ch/dam/eda/en/documents/publications/Voelkerrecht/Konferenzpapier-60-Jahre-Genfer-Konventionen_en.pdf (Erişim: 18.10.2018)

International Conference for the Protection of War Victims, Final Declaration, International Review of Red Cross, 1993 No:296 https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/RC_Sep-Oct-1993.pdf (Erişim: 10.10.2018)

https://www.icrc.org/en/download/file/1135/table-of-national-ihlcommittees-icrc-eng.pdf (02.12.2018)

https://www.icrc.org/sites/default/files/topic/file_plus_list/0923-increasing_respect_for_international_humanitarian_law_in_non-international_armed_conflicts.pdf (Erişim: 02.11.2018)

http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SD_040408_Humanitarian%20Ceasefire%20Agreement%20on%20the%20Conflict%20in%20Darfur.pdf (Erişim: 15.11.2018)

www.usip.org/sites/default/iles/file/resources/collections/peace_agreements/aceh_12092002.pdf; (Erişim: 15.12.2018)

http://www.cedema.org/ver.php?id=4788, (Erişim: 02.12.2018)

http://theirwords.org/media/transfer/doc/1_so_1993_24-822dc2f9d5560375a319fe3bbe479232.pdf (Erişim: 09.12.2018)

http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=3e81949e4 (Erişim: 15.02..2018)

https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-45481458 (Erişim: 03.10.2018)

https://www.timeturk.com/ucm-sudan-cumhurbaskani-omer-el-besir-i-tutuklama-cagrisi/haber-917651 (Erişim: 15.10.2018)

https://tr.sputniknews.com/avrupa/201809111035150439-abd-tehdit-ettigi-uluslararasi-ceza-mahkemesi-fransa-destek/ (Erişim: 15.10.2018)

https://www.icrc.org/en/document/no-agreement-states-mechanism-strengthen-compliance-rules-war (Erişim: 20.09.2017)

https://www.icrc.org/en/document/roots-restraint-rules-war-and-how-influence-behaviour-conflict (Erişim: 02.02.2019)

https://www.icrc.org/en/publication/roots-restraint-war Erişim: 02.02.2019)

5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU'NUN 160. MADDESİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Esra DEMİR*

Öz: Bankaların ekonomik sistem içerisindeki yeri ve taşıdığı önem birlikte düşünüldüğünde özel olarak korunması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bankacılık faaliyetlerinin düzenli bir şekilde işleyebilmesi için çeşitli kanunlarda düzenlemeler bulunmaktadır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda banka personelinin zimmete geçirme fiilleri ile ilgili olarak TCK'nın zimmete ilişkin hükümlerine yollama yapılmak yerine 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nda olduğu gibi özel olarak düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Bu çalışmada Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde öngörülen ve iki ayrı suç tipi olan bankacılık zimmeti suçu ile zimmet benzeri suçun Yargıtay kararları ışığında ele alınması amaçlanmaktadır. Ardından hükümde öngörülen suç tiplerinin yaptırımları ve zamanaşımı konusu ve son olarak da soruşturma ve kovuşturmada öngörülen usul değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Ticari ceza hukuku, zimmet, kamu görevlisi, bankacılık zimmeti, zimmet benzeri suç

THE ANALYSİS ON ARTİCLE 160 OF THE BANKİNG LAW NO. 5411

Abstract: When the place and magnitude of the banks in the economic system are considered together, it is a necessity to protect them proprietarily. There are many regulations in several legislation to ensure the banking activities properly. Similar to the

* Makale Gönderim Tarihi: 08.10.2019. Makale Kabul Tarihi: 19.12.2019.

Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi (ORCID kimlik no: 0000-0002-4416-1290; *esraddemir@outlook.com*).

former Banking Law, numbered 4389, acts of malversation of bank staff in the Banking Law, numbered 5411, were regulated distinctively instead of referring to the provisions of the Turkish Criminal Law. In this study, it is aimed to approach banking embezzlement and the crime of the quasi embezzlement, two different types of crime in Article 160 of the Banking Law, in the light of supreme court decisions. Afterwards the sanctions and statute of limitations of the types of crimes, regulated in this provision, will be expressed, and finally the procedure of investigation and prosecution will be explained.

Keywords: Commercial criminal law, embezzlement, public official, banking embezzlement, the crime of the quasi embezzlement

GİRİŞ

Günümüzde ticari ilişkileri sadece özel hukuk müeyyideleri ile düzenlemek mümkün olmadığı gibi ceza hukukunun alışılmış kalıpları içinde kalarak bu alanda gerçekleştirilen hukuka aykırı fiilleri cezalandırmak da mümkün görünmemektedir. Bu sebeple özel ceza yasalarına gereksinim duyulmaktadır.[1] Bankacılık Kanunu da ceza hukukuna ilişkin özel düzenlemeler içermektedir. Bu düzenlemelerden birisi de Türk Ceza Kanunu'nda da öngörülmüş olan zimmet suçudur. Zimmet suçunun bankacılık düzeni açısından neden olabileceği tehlike göz önünde bulundurularak zimmet suçu bir bankacılık suçu olarak düzenlenmiştir.[2]

Türk Ceza Kanunu'nda zimmet suçu, sadece kamu görevlisi kişiler tarafından işlenebilen özgü bir suç olarak düzenlenmiştir. Suçun bu niteliği gereği bir özel hukuk tüzel kişisi olan bankanın personelinin zimmete geçirme fiilinin TCK'da düzenlenen zimmet suçu ile cezalandırılması mümkün değildir. Nitekim 4389 sayılı Bankalar Kanunu[3] ile zimmet suçunun özel olarak düzenlenmesinden evvel banka personelinin zimmete geçirme fiilleri 'güveni kötüye kullanma' kapsamında değerlendirilmekteydi.[4] [5] 4389 sayılı

---

1 ERMAN Sahir, **Ticari Ceza Hukuku**, İstanbul, 1976, s. 9

2 AYTEKİN İNCEOĞLU Asuman, Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 56

3 Kanun No: 4389, Kabul Tarihi: 18.06.1999, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 168. maddesi ile tüm ek ve değişiklikleri ile yürürlükten kaldırılmıştır.

4 SÖZÜER Adem, "Yeni Bankacılık Kanununda Suçlar ve Yaptırımlar", **HPD**, S. 5, 2005, ss. 166-191, s. 178; OKUYUCU ERGÜN Güneş, **Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu**, Doktora tezi, Çakmak Yayınevi, 2008, s. 148

5 **Y. 5. CD, E. 1977/1981, K. 1977/2684, T. 28.9.1977:**
'Türk Ticaret Bankası Esas Mukavelenamesine göre tamamıyla hususi hukuk hükümlerine

mülga Bankalar Kanunu döneminde ise zimmet suçu özel olarak düzenlenmiştir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu[6] da 4389 sayılı mülga kanununa benzer şekilde zimmet suçunu ayrıca düzenleyen bir hükme yer vermiştir.[7]

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesi uyarınca[8]:

"*Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, altı yıldan on iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler.*

Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemece re'sen ödettirilmesine hükmolunur.

Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur; ancak, adlî para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca, meydana gelen zararın müteselsilen ödettirilmesine karar verilir.

Bankacılık mevzuatı ile bankacılık usul ve prensiplerine uygun kredi kullandırma, bu kredileri temdit etme veya ek kredi kullandırma, taksitlen-

---

tabi olmak üzere kurulan bankaya ait 141379 lirayı tesahüp eden sanığın eylemi TCK.nun 510. maddesine mümas inancı kötüye kullanmak niteliğinde bulunduğu halde yazılı şekilde zimmet olarak kabulü ve yolda hüküm tesisi,…bozulmasına…', http://www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 20.09.2019)

6 Kanun No: 5411, Kabul Tarihi: 19.10.2005, Resmi Gazete: 1.11.2005, Sayı: 25983

7 GÜNGÖR Devrim, "5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Zimmet Suçu", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:67, Sayı:4, Güz 2009, ss. 23-29, s. 23

8 http://www.mevzuat.gov.tr, (Erişim Tarih: 20.09.2019)

dirme, teminata bağlama yahut sair yöntemlerle yeniden yapılandırma işlemleri zimmet suçunu oluşturmaz.

Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.

Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Bu durumun hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir.

Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir."

İlgili hükmün 1. fıkrasında '*bankacılık zimmeti*' ile 3. fıkrasında '*varsayımsal zimmet* yahut *zimmet benzeri suç*' olarak adlandırılan suç tipleri düzenlenmiştir.[9] [10] 2. fıkrada bankacılık zimmeti suçunun nitelikli hali, 4. fıkrada usulüne uygun kredi temini, 5 ve 6. fıkralarda etkin pişmanlık dolayısıyla yapılacak indirim, 7. fıkrada ise suçun konusunu oluşturan değerin azlığı nedeniyle yapılacak indirim öngörülmüştür. Bu çalışmada öncelikle bankacılık zimmeti suç tipi incelenecek olup ardından zimmet benzeri suç ele alınacaktır. Son olarak ise bu suç tiplerinin yaptırımları ve zamanaşımı ile soruşturma ve kovuşturmada öngörülen usul açıklanacaktır.

---

9 GÜLŞEN Taner, Zimmet Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 112

10 5411 sayılı yasanın 160/3 hükmünün ayrı bir suçu düzenlemeyip nitelikli zimmet suçu olduğu yönünde bkz: ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Turhan Kitapevi, 8. Bası, Ankara 2007, s. 632; AKIN Mustafa, **Bankacılığın Kırmızı Çizgileri Bankacılık Suçları**, Kırmızı kitap, İstanbul Mart 2015, s. 119

I. BANKACILIK ZİMMETİ

A. Hukuki Konu

Suçun hukuki konusu, suç tarafından doğrudan ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir.[11] Bankacılık zimmeti suçunun hangi hukuksal yararı koruduğu konusunda ise doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır.[12]

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca kanunun amacı, finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanmasına, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasına, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi olarak belirlenmiştir.[13] Kanunun amacından hareketle suçun birden fazla hukuki değeri koruduğu; bir taraftan banka tüzel kişisinin mülkiyet hakkının diğer taraftan bankacılık sisteminin güven ve istikrar içerisinde, etkin, düzenli ve dürüst bir şekilde çalıştığına ilişkin kamunun sahip olduğu inancın korunması ile tüm bireylerin kamusal haklarının korunduğu da belirtilmiştir.[14] Benzer şekilde birden fazla hukuki değeri korumakta olan bankacılık zimmeti suçunun koruduğu hukuki değerlerden birinin bankacılık sistemine duyulan güven olduğu; diğerinin bankanın mülkiyet hakları olduğu ifade edilmiştir.[15] Farklı olarak bankaların bir ülkenin ekonomik hayatındaki güven kurumları olması gerekçesiyle ilgili hükümde finans kurumu olan bankaların ekonomik hayattaki güvenirliğinin malvarlığına nazaran öncelikli olarak korunduğu belirtilmiştir.[16] Bir diğer yandan ise bu suçla korunan hukuksal değerin bankanın mülkiyet hakkı olduğu ifade edilmiştir.[17] Doktrinde ayrıca finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışması,

---

11 TOROSLU Nevzat, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 273, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 72

12 TUĞRUL Ahmet Ceylani, **Öğreti ve Uygulamada Zimmet-Banka Zimmeti-Rüşvet ve İrtikap Suçları**, Ertem Basım, Ankara 2012, s. 588

13 TUĞRUL, 2012, s. 589

14 GÖKCAN Hasan Tahsin, **Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, Seçkin Yayınevi, 1. Bası, Ocak 2008, Ankara, s. 439; ARTUK/GÖKCEN/TANER, 2007, s. 619; AKIN, 2015, s. 119; TUĞRUL, 2012, s. 591; İTİŞGEN Rezzan, "Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu", **İÜHFM** C. LXXI, S. 1, 2013, ss. 639-672, s. 656

15 AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 405

16 ÖZGENÇ İzzet, **Zimmet Suçu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 79

17 SÖZÜER, 2005, s. 174

tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması ve dolayısıyla ekonomik düzenin korunması cezai korumanın nihai hedeflerini oluşturduğu; bu sebeple suçun hukuki konusu sayılamayacağı belirtilerek bu suçun konusunu bankanın malvarlığına ilişkin menfaatinin oluşturduğu ifade edilmiştir.[18]

Kanaatimizce Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçu ile birden fazla hukuki varlık veya menfaat ihlal edilmektedir. Bu suç ile bankanın malvarlığına ilişkin menfaati doğrudan ihlal edilmektedir. Bunun yanı sıra bu suç ile bankacılık sistemine duyulan güven ve istikrar da hukuki konuya dahildir.

B. Maddi Konu

Maddi konu, failin hareketinin maddi şekilde üzerinde icra edildiği şahıs veya şeydir.[19] Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde suçun maddi konusu '*para veya para yerine geçen evrak veya senetler veya diğer mallar*' olarak belirlenmiştir. Maddi konuyu belirlerken kanun koyucunun benzer kavramları arka arkaya sıralaması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Bunun yerine üst kavram niteliğinde olan 'mal' kavramının kullanmasının daha yerinde olacağı ve böylece gereksiz tekrardan da kaçınılabileceği belirtilmiştir.[20]

4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nda maddi konuyu oluşturacak malın bankaya ait olması şart olarak aranırken 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda bu şart aranmamıştır. Dolayısıyla maddi konuyu oluşturan 'mal' bankaya ya da kişilere ait olabilecektir.[21] Bundan olarak bankaların kiralık kasalarında bulunan malın bankaya mı yoksa şahsa mı ait olduğuna yönelik tartışmanın da ehemmiyetinin kalmadığı anlaşılmaktadır.[22] Sonuç olarak

---

18 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 151

19 TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi…, 1970, s. 61

20 ÖZGENÇ, 2009, s. 80; OKUYUCU ERGÜN, 2008, s.152; GÜNGÖR, 2009, s. 24; GÜLŞEN, 2011, s. 131

21 Aynı yönde bkz: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 2007, s. 619; GÜNGÖR, 2009, s. 24; OKUYUCU ERGÜN, 2008, s.152-153; İTİŞGEN, 2013, s. 661. Aksi yönde bkz: suçun maddi konusunu oluşturan malların bankaya ait olması gerektiği; GÖKCAN, 2008, s. 440,443

22 Bu konuda Sözüer, banka mevduatının veya bankanın sahip olduğu diğer taşınır taşınmaz malların banka tüzel kişiliğine ait olduğunu, ancak bankaların kiralık kasalarına konan şeylerin banka tüzel kişiliğinin mülkiyetinde olmadığını ifade etmektedir. Ancak bankanın kasasına konan şeyin bankanın zilyetliğinde olması nedeniyle zilyetliği kendisine devredilen para veya mallar üzerinde zimmet suçunun işlenebileceğini belirtmektedir. SÖZÜER, 2005, s. 175

malın zilyetliğinin bankaya devredilmiş olması ve bankanın mal üzerinde hukuken ya da fiilen tasarrufta bulunabilmesi yeterli kabul edilmiştir.[23]

Söz konusu suç taşınır yahut taşınmaz mallar üzerinde işlenebileceği gibi ayrıca malın malvarlığına ilişkin bir değere sahip olması gerekmektedir.[24] Maddi varlığı bulunmamakla birlikte malvarlığı ilişkilerinin konusunu oluşturabilen marka, patent, buluş gibi değerler de bankacılık zimmetinin maddi konusunu oluşturabilmektedir.[25]

C. Fail

Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçu gibi Bankacılık Kanunu'ndaki zimmet suçu da ancak yasada belirtilen kişiler tarafından işlenebilen özgü bir suçtur. Bankacılık zimmeti suçunun faili olarak '*banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları*' gösterilmiştir. Banka mensubu kavramına Bankacılık Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde verilmiş olmasına karşın 'mensup' kavramı Kanunda tanımlanmamıştır.[26] Doktrinde mensup kavramının banka müdürüne dolayısıyla yönetim kuruluna bağlı olarak çalışan tüm banka personelini kapsadığı; ortaklar ve yönetim kurulu üyelerinin bu kapsama dahil olamayacağı, ayrıca kıyas yoluyla cezalandırma yapılamayacağından mensup kavramı içerisine girmeyen yönetim kurulu üyelerinin cezalandırılabilmelerinin güç olduğu ve amaca uygun olmadığı ifade edilmiştir.[27] Karşı olarak ise 5411 sayılı Kanunun 68. ve 69. maddelerinde düzeltici ve iyileştirici önlemlerin banka yönetim kurulu üyeleri tarafından gerçekleştirileceği; 152. maddesinde ise 'bankaların bu önlemleri almakla yükümlü mensupları' denilerek banka yönetim kurulu üyelerinin mensup kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Keza

---

23 GÜNGÖR, 2009, s. 24. Bankanın ve şahsın kiralık kasa üzerinde elbirliğiyle zilyet olduğu ve bankanın şahsın zilyetliğini bertaraf etmesi halinde hırsızlık suçunun oluşacağından hareketle zimmetin konusunu teşkil eden paranın veya malın şahıslara ait olabileceği yönündeki görüşte isabet bulunmadığı yönünde bkz: AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 384-385

24 AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 387; GÜNGÖR, 2009, s. 24; OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 153, Böyle bir değeri bulunmayan veya bu değerini kaybeden ancak failin ya da bir başkasının davranışı ile sonradan kazanabilecek mallar koşulları varsa dolandırıcılık, belgede sahtecilik gibi başka bir suçun maddi konusunu oluşturacağı; OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 153.

25 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 153

26 AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s.114

27 BATTAL Ahmet, **Bankalar Kanunu Şerhi**, Ankara 2004, s. 416

160. maddede 'banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları' ifadesinin de banka yönetim kurulu başkan ve üyelerinin Kanun kapsamında 'mensup' kavramının içerinde kabul edildiği belirtilmiştir.[28] Kanunda yer alan diğer mensupları ifadesi ile bankanın tüm çalışanları ifade edilmektedir.[29] Ancak banka mensuplarının suçun faili olarak kabul edilebilmesi için ayrıca suça konu malın zilyetliğinin kendisine devredilmiş olması ya da koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunması gerekmektedir.[30]

Hükümde banka yönetim kurulu başkan ve üyelerinin ayrıca belirtilmesinin ise suçun failini belirlemede açıklık sağlanmasının ve failin tespitinde ortaya çıkabilecek tereddütlerin ortadan kaldırılmasının hedeflendiği belirtilmiştir.[31]

Failin kamu görevlisi olması halinde TCK kapsamında düzenlenen zimmet, kamu görevlisi yahut banka mensubu olmayan bir kişi olması durumunda ise güveni kötüye kullanma suçu söz konusu olacaktır.[32] Bu sebeple bankacılık zimmeti suçunun oluşabilmesi için banka mensubu olmak kurucu unsurdur.[33] Suçun maddi konusunu oluşturan malın zilyetliğine görevi gereği sahip olan tüm banka personeli suçun faili olabilecektir.[34]

4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nun zimmet suçunu özel olarak düzenlemesi ile kamu bankası personelinin TCK'daki zimmet suçundan mı Bankalar Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçundan mı sorumlu tutulacağı konusu tartışılmıştır. Tartışmaya geçmeden önce; 18.06.1984 tarih 233 sayılı KHK ile kamu bankaları KİT kapsamına alınmış ve 22.01.1990 tarihli 399 sayılı KHK ile de kamu görevlisi sayılmıştır. Bu sebeple 4389 sayılı kanun öncesi özel banka mensuplarının gerçekleştirdiği zimmete geçirme eylemi güveni kötüye kullanma kapsamında değerlendirilirken; kamu bankaları personeli tarafından gerçekleştirilen aynı türden eylem 399 sayı-

---

28 AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 115

29 MERAN Necati, **Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet-Rüşvet-İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 52; AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 378; GÜNGÖR, 2009, s. 23

30 TUĞRUL, 2012, s. 596

31 AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 379

32 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 2007, s. 621

33 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 153

34 GÖKCAN, 2008, s. 441

lı KHK'nın 11/1/b bendi uyarınca kamu görevlisi sayılmaları dolayısıyla[35] Ceza Kanunundaki zimmet suçu kapsamında değerlendirilmekteydi. 4389 sayılı kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte kamu bankası personelinin sorumluluğunun hangi kanun kapsamında değerlendirileceği sorunu genel kanun-özel kanun, önceki kanun-sonraki kanun ilişkisine göre çözümlenmelidir. Bankalar Kanunu sadece bankaları ilgilendiren düzenlemeleri içermesi dolayısıyla hem TCK'ya hem de 399 sayılı KHK'ya göre daha özel nitelikte bir kanundur. Bu sebeple Bankalar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra kamu bankası mensuplarının zimmete geçirme fiilleri 4389 sayılı kanun kapsamında değerlendirilmelidir.[36]

15.11.2000 tarihinde 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi Ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanunun[37] 1. maddesinin 2. ve 5. bentleri ile adı geçen bankalar özel hukuk işlemlerine tabi birer anonim şirket haline getirilmiş, anılan bankaların personeli hakkında 233 ve 399 sayılı KHK'ların uygulanma olanağı kalmamıştır.[38] İlgili yasanın yürürlüğe girmesi itibari ile kamu bankası personelinin zimmete geçirme fiilinden sorumluluğunun artık Bankalar Kanununa tabi olduğu açıkça ifade edilmiştir.[39] 30.01.2002 tarihli 4743 sayılı Malî Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun[40] geçici 1. maddesinin 3. fıkrası ile Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası Anonim Şirketi, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlâk Bankası Anonim Şirketi Yönetim, Denetim ve Tasfiye Kurulu üyeleri ceza ve idare hukuku bakımından artık memur sayılmadıkları düzenlenmiştir. Böylelikle adı geçen banka

---

35 399 s. KHK 11/1/b: "*Teşebbüslerin ve bağlı ortaklıkların paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı memur sayılarak haklarında Türk Ceza Kanununun 2 nci kitap üçüncü ve altıncı baplarındaki hükümler uygulanır.*", www.mevzuat.gov.tr, (Erişim Tarihi: 20.09.2019)

36 ÖZGEN Eralp, 'Bankalar Yasası'nda Yer Alan Adli Suç ve Cezalar', **Bankacılar Dergisi**, Sayı 39, 2001, ss. 42-57, s. 44; OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 155

37 Kanun Numarası: 4603 Kabul Tarihi: 15/11/2000 Yayımlandığı R. Gazete Tarihi: 25/11/2000 Sayı: 24241, http://www.mevzuat.gov.tr, (Erişim Tarihi: 20.09.2019)

38 AKIN, 2015, s. 119

39 AKIN, 2015, s. 119; GÖKCAN, 2008, s. 441; OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 156

40 Kanun No: 4743 Kabul Tarihi: 30.1.2002, www.bddk.org.tr, (Erişim Tarihi: 20.09.2019)

personeli TCK uygulamasında kamu görevlisi olmaktan çıkarılmıştır. Ancak 4603 sayılı kanun ile zaten ulaşılan bu sonuç dolayısıyla 15.11.2000 tarihi itibari ile adı geçen bankaların personelleri görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılmayacaktır.[41]

YCGK 31.05.2005 tarihli kararında 4603 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra kamu bankası personelinin işlediği suçlardan dolayı 4389 sayılı kanunun uygulanacağını; ancak bu tarihten önce işlenmiş suçlar bakımından ise Ceza Kanununda düzenlenen zimmet suçu ile Bankalar Kanununda düzenlenen zimmet suçu arasında lehe kanun araştırmasının yapılması gerektiği sonucuna varmıştır.[42] Ancak belirtmek gerekir ki kamu bankası personelinin işlediği zimmet fiiline 4603 sayılı kanunun yürürlüğe girmesi ile değil, özel kanun niteliğinde olan 4389 sayılı kanunun yürürlüğe girmesi ile Bankalar Kanunu uygulanacaktır. Dolayısıyla 4389 sayılı kanun

---

41 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 157-158; GÖKCAN, 2008, s. 442; GÜLŞEN, 2011, s. 127-128

42 **YCGK, E. 2004/11-158, K. 2005/58, T. 31.05.2005**

"*…25.11.2000 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4603 sayılı Yasanın 1. maddesinin 2. ve 5. bendlerinin açık hükmü gereğince, Türkiye Halk Bankası, TC Ziraat Bankası ve TC Emlak Bankası ile birlikte özel hukuk statüsüne tabi bir anonim şirket haline dönüştürülerek, personeli hakkında 233 ve 399 sayılı KHK.lerin uygulanması olanağı ortadan kaldırılmıştır. Böylece anılan banka personelinin memur gibi cezalandırılmaları olanaksız hale gelmiş, 25.11.2000 tarihinden sonra bu personelin zimmet nitelikli eylemleri nedeniyle sadece memur zimmetlerini yaptırıma bağlayan TCY'nın 202. maddesinin tatbik yeteneği kalmamıştır.*

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun benzer konulu bir başka dava nedeniyle verdiği 08.02.2005 gün ve 164-7 sayılı kararında da ayrıntılı biçimde değerlendirildiği üzere, anılan banka mensuplarının eylemleri suç olmaktan çıkartılmamış, banka aleyhine gerçekleştirdikleri zimmet ya da nitelikli zimmet eylemlerinden dolayı 4389 sayılı Bankalar Yasasının 22. maddesinin 3. fıkrası hükmünün uygulanması zarureti doğmuştur. Her ne kadar 4389 sayılı yasanın 22. maddesinde tanımlanan zimmet suçunun, gerek unsurları ve gerekse özgürlüğü bağlayıcı cezası TCY.nın 202. maddesinde düzenlenen zimmet suçundan bir farklılık arz etmemekte ise de TCY'nın 202. maddesinde hürriyeti bağlayıcı cezanın yanı sıra para cezası ve ayrıca 219. maddenin tatbiki ile memuriyetten daimi olarak yasaklanma cezası verilmek gerekirken 4389 sayılı Yasanın 22. maddesi kapsamındaki basit zimmet türlerinde para cezası öngörülmemekte, gerek basit gerekse nitelikli bankacılık zimmetinde feri yaptırım uygulanmamaktadır. Bu nedenle TCY.nın 2/2. maddesinde öngörülen "sonradan yürürlüğe giren yasanın lehte hükümler taşıması durumunda önceden işlenen suçlar yönünden de tatbik ve infaz edileceği" kuralı gereğince Türkiye Halk Bankası sorumlularının zimmet suçlarında da anılan Yasanın 22. maddesince hüküm kurulması zarureti ortaya çıkmaktadır...", http://www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 22.09.2019)

yürürlüğe girdikten sonra işlenen zimmet fiili ister özel ister kamu bankası personeli olsun 4389 sayılı kanuna göre cezalandırılacaktır. Asıl problem oluşturan kısım ise 4603 sayılı kamu bankası personelinin görevleri ile ilgili işledikleri suçlarda kamu görevlilerinin tabi oldukları hükümlere bağlı olmaktan çıkaran kanunun yürürlüğe girmesi ile 4389 sayılı kanun yürürlüğe girmeden evvel işlenen zimmet suçu için failin hangi kanunun hangi hükmüne göre cezalandırılacağıdır. 4389 sayılı kanun yürürlüğe girmeden evvel kamu personeli tarafından işlenen zimmet suçu yargılaması devam ederken Bankalar Kanunu yürürlüğe girmiş ise Ceza Kanununda düzenlenen zimmet ile Bankalar Kanunu'nda düzenlenen zimmet hükümleri karşılaştırılacak ve lehe olan kanun uygulanacaktır. Ancak yargılama devam ederken 4603 sayılı kanun da yürürlüğe girmiş ise kamu personelini artık memur saymaktan çıkardığı için 765 sayılı Ceza Kanunundaki hizmet nedeniyle emniyeti suiistimal hükmü ile Bankalar Kanunundaki zimmet hükümleri arasında lehe kanun değerlendirmesi yapılacaktır.[43] Özel bankalar açısından ise 4389 sayılı kanun yürürlüğe girmeden evvel işlenen zimmet suçunda 765 sayılı Ceza yasasının hizmet nedeniyle emniyeti suiistimal hükmü uygulanırken, yargılama sırasında 4389 sayılı kanunun yürürlüğe girmesi durumunda ise Bankalar Kanunundaki zimmet suçu ile hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal arasında lehe kanun araştırması yapılacaktır. 4389 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra işlenen suçlar ise herhangi bir problem oluşturmayacaktır.[44]

D. Mağdur

Mağdur (pasif süje), ceza normu tarafından korunan ve suç tarafından ihlal edilen varlık veya menfaatin sahibidir.[45] Bankacılık zimmeti suçunun mağdurunun kim olduğu konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamak-

---

43 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 156-157

44 **YCGK, E. 2011/7-210, K. 2011/218, T. 1.11.2011**
"…3182 Sayılı Bankalar Yasasının yürürlükte olduğu dönemde, özel banka personelinin bankanın malvarlığını temellüke yönelik eylemleriyle ilgili olarak ayrıksı bir düzenleme bulunmadığı için, bu tür eylemlerin 765 Sayılı T.C.K.nın 510. maddesinde düzenlenen hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabileceği yargısal kararlarla kabul edilmiş ve bu yöndeki uygulama da duraksamasız sürdürülmüştür…", http://www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 22.09.2019)

45 TOROSLU Nevzat/TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2019, s. 114

tadır. Bir kısım yazar, suçun mağdurunun banka tüzel kişiliği olduğunu; bankanın ortaklarının suçun mağduru olarak kabul edilemeyeceklerini bir anonim şirket olan bankanın onu oluşturan ortaklarından ayrı bir kimliğe sahip bulunduğunu ifade etmektedir.[46] Diğer bir kısım yazar ise suçun mağdurunun ancak özel bir kişi olabileceğini tüzel kişilerin ancak suçtan zarar gören olabileceğini söylemektedir.[47] Buradan hareketle banka kasasındaki malın zimmete geçirilmesinde mağdurun, kasayı kiralayan müşteri; banka mevduatının doğrudan veya usulsüz kredi verilerek zimmete geçirilmesinde ise bankanın suçtan zarar gören olduğu ifade edilmektedir.[48] Uygulamada ise mudiler mağdur olarak doğrudan doğruya zarar gören olarak kabul edilmemektedir.[49]

Bankacılık zimmeti suçunun hukuki konusunu yani suç tarafından doğrudan ihlal edilen varlık ya da menfaati bankanın malvarlığına ilişkin menfaati oluşturmaktadır. Bu hükümle ceza normu tarafından korunan ve suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaatin sahibi bankadır. Dolayısıyla kanaatimizce bankacılık zimmeti suçunun mağduru da banka tüzel kişiliğidir.

E. Maddi Unsur

5411 sayılı Kanunun 1. fıkrasında tanımlanan suçun maddi unsuru, failin zilyetliğinde olan veya koruma ya da gözetimine bırakılan malın kendisinin veya başkasının zimmetine geçirilmesidir.[50] Mal üzerinde malik gibi tasarrufta bulunma anlamına gelen zimmete geçirme kullanma, yararlanma veya tasarrufta bulunma şeklinde gerçekleşebilecektir. Yargıtay da zimmete geçirmenin mal edinme veya amaç dışı tasarrufta bulunma şeklinde gerçekleşeceğini kabul etmektedir.[51] 'Zimmete geçirme' eylemin bu suçu oluşturması bir ön şarta bağlanmıştır. Failin 'görevi gereği mala zilyet olması'[52] ya

---

46 GÜNGÖR, 2009, s. 23; OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 152

47 ÖZGENÇ, 2009, s. 89; SÖZÜER, 2005, s. 176; Suçun mağdurunun herkes olduğu yönünde bkz: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 2007, s. 626

48 GÖKCAN, 2008, s. 442

49 TUĞRUL, 2012, s. 603

50 AKIN, 2015, s. 120; TUĞRUL, 2012, s. 613

51 TUĞRUL, 2012, s. 613

52 Doktrinde zilyetliğin doğrudan (vasıtasız) zilyetlik olması gerektiği; zira dolaylı zilyetlikte eşya üzerinde gerçek anlamda bir fiili hakimiyet bulunmadığı için kişinin para veya malları

da 'koruma ve gözetim yükümlülüğüne sahip olması' gerekmektedir.[53] Kanun koyucu suçun oluşması için mutlaka paranın veya malın görevi gereği banka mensubunun zilyetliğine devredilmiş olmasını aramamış söz konusu değerin banka mensubunun koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunmasını da suçun oluşması için yeterli kabul etmiştir.[54]

Banka mensubu görevi gereği ya da koruma ve gözetim yükümlülüğünce değil de kendisine duyulan kişisel güven nedeniyle malın zilyetliğini devralmışsa zimmet suçundan değil güveni kötüye kullanma suçundan sorumlu olacaktır. Banka mensubunun görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilen malı kabul etme yetkisi kanundan, banka içi mevzuattan ya da yerleşik uygulamadan kaynaklanabilecektir.[55] Somut olayın özelliğine göre malın zilyetliğinin görev nedeniyle devredilip devredilmediğinin, kimlerin koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğunun çalışma esaslarını düzenleyen banka mevzuatına göre belirlenmesi gerekmektedir.[56]

Bankacılık zimmeti, banka mensubunun görevi nedeniyle zilyet olduğu ya da koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu malın kendisinin ya da başkasının zimmetine geçirilmesi ile oluşur.[57] Zimmete geçirme, suç konusu mal üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunmaktır.[58]

Bankacılık zimmeti malın doğrudan mal edinilmesi suretiyle işlenebildiği gibi kredi ilişkisi çerçevesinde de işlenebilmektedir. Kredi ilişkisine yönelik zimmet suçunun varlığından söz edebilmek için hukuken geçerli bir ilişkinin bulunmadığını fakat zimmet olgusunu gizleyebilmek için banka kaynağı üzerindeki tasarrufa hukuki ilişki görüntüsü verilmeye çalışıldığını tespit etmek gerekmektedir.[59]

Bir kredinin usulsüz olup olmadığı, kredinin verildiği andaki özel koşul-

---

hakimiyet alanına geçirmesini zimmete geçirme olarak adlandırmaya olanak bulunmamaktadır. AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 388

53 Aynı yönde bkz: OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 158; GÖKCAN, 2008, s. 443; GÜLŞEN, 2011, s. 134

54 AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 388-389

55 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 159-161

56 AKIN, 2015, s. 121

57 GÜNGÖR, 2009, s. 25; OKUYUCU ERGÜN, 2008, s.161

58 İTİŞGEN, 2013, s. 656; GÜNGÖR, 2009, s. 25; OKUYUCU ERGÜN, 2008, s.162

59 ÖZGENÇ, 2009, s. 81

ların değerlendirilmesi ile belirlenebilecektir.[60] Buradan hareketle öncelikle belirtmek gerekir ki mevzuata uygun olarak verilen kredinin geri dönmemesi zimmet suçunu oluşturmayacaktır.[61] 687 sayılı KHK ile 160. maddenin 4. fıkrasında, bankacılık mevzuatı ile bankacılık usul ve prensiplerine uygun kredi kullandırma, bu kredileri temdit etme veya ek kredi kullandırma, taksitlendirme, teminata bağlama yahut sair yöntemlerle yeniden yapılandırma işlemlerinin zimmet suçunu oluşturmayacağı düzenlenmiştir.

Kredi değerliliği ile ilgili araştırma yapmadan ya da yapılan araştırmanın olumsuz sonuçlanmasına veya olumsuz çıkacağı bilinmesine rağmen menfaat karşılığı kişiye kredi verilmesi ya da tabela firma veya kredibilitesi olmayan bir şirkete kredi kullandırılması bankacılık zimmeti suçunu oluşturacaktır.[62] Ayrıca kullandırılan kredi karşılığında yeter teminat alınması da her zaman zimmet suçunun oluşmasını önlemeyecektir.[63]

Bankacılık uygulamasında kredi ilişkilerinin çeşitlilik göstermesi sonucu zimmete geçirme eylemi de çeşitli şekillerde işlenebilmektedir.[64] Bunlardan *back to back* işlemi, *fiduciary* işlem ve off shore işlemleri uygulamada sıklıkla karşımıza çıkmaktadır.

'*Back to back*' krediler iki bankanın hakim hissedarları arasında uzlaşmaya dayalı şekilde karşılıklı olarak birbirlerinin teminatı olacak şekilde kredi sağlanması işlemidir. Böyle bir kredilendirme işleminin birçok farklı sebebi olabilmektedir. Zimmet suçu açısından değerlendirildiğinde *back to back* aslında suç oluşturan bir eylem değildir. Zira bankaların hakim hissedarları arasında uzlaşmaya dayalı bir şekilde ve karşılıklılık esasına dayanarak kullandırılan bu krediler vade, miktar ve faiz itibarıyla aynı olduklarından birbirinin teminatı olarak kabul edilmekte ve bir tarafın kredi borcunu ifa etmemesi diğer tarafın kredi borcunu ödememesine neden olmaktadır. Asıl amacı Bankacılık Kanunu'nda öngörülen kredi sınırlarının aşılması ve mutlak kredi yasaklarına ilişkin hükümlerin dolanılması bankacılık işlemlerinin belirli bir disiplin altında yürütülmesi yükümlülüğüne uygun düşme-

60 TUĞRUL, 2012, s. 623

61 GÖKCAN, 2008, s. 443; İTİŞGEN, 2013, s. 656-657

62 GÖKCAN, 2008, s. 446; ÖZGENÇ, 2009, s. 82; GÜNGÖR, 2009, s. 25; OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 162

63 ÖZGEN, 2001, s. 45; OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 162

64 İTİŞGEN, 2013, s. 657; GÜNGÖR, 2009, s. 25

mektedir. Bu sebeple hakim hissedarların baştan itibaren ödenmeyeceğini bildikleri kredileri hayali yahut mali gücü yerinde olmayan gerçek ya da tüzel kişilere açmaları durumunda *back to back* işlemi bankacılık zimmeti suçunu oluşturacaktır.[65] [66]

İnançlı işlem olarak adlandırılan '*Fiduciary* işlem' ise inananın menfaatinin inanılan tarafından korunması ya da teminat sağlanması amacıyla bazı hakların ciddi olarak devredildiği, fakat hakları iktisap edenin(inanılanın) bunlardan kaynaklanan bazı yetkileri hiç kullanamadığı bazılarını da daha önceden menfaat sahibince belirlenen biçimde kullanmak zorunda olduğu işlemdir. Kural olarak *fiduciary* işleminin yapılması zimmet suçunu oluşturmaz. Ancak rehin işlemi yoluyla, geri ödenmeyeceği baştan itibaren bilinen ya da krediyi kullananın mali yapısı itibariyle böyle bir krediyi kapatabilmesi imkan dahilinde olmayan gerçek ya da tüzel kişilere bu olanağın *fiduciary* işlemle sağlanması bankacılık zimmeti suçunu oluşturabilecektir.[67] [68]

---

65 MAHMUTOĞLU Fatih Selami, "Back To Back, Fiduciary, Off-Shore Bankacılık İşlemleri Bağlamında Bankalar Kanunun 22/3 ile 22/4 maddeleri Arasındaki Temel Farklar", **HPD**, 2005, ss. 223-238, s.228-229; TUĞRUL, 2012, s. 623-624

66 **YCGK, E. 2011/7-210, K. 2011/218, T. 1.11.2011:** "*Sanık Dinç Bilgin'in Etibank hakim hissedarı ve Bilgin Grubu firmalarının sahibi olduğu, sanık Mehmet Emin Karamehmet'in ise Pamukbank hakim hissedarı ve Çukurova şirketler grubunun sahibi olduğu, Her iki bankaya da Hazine Müsteşarlığı tarafından, ekonomik durumları sebebiyle kendi gruplarına ait şirketlere kredi kullandırmamaları yönünde uyarı yazıları yazıldığı ve Etibank Yönetim Kurulunun Bilgin Grubu şirketlerine, Pamukbank Yönetim Kurulunun da Çukurova Grubu şirketlerine kredi kullandırmama konusunda uyarıldığı…Ekonomik durumu kötüye giden iki bankanın Hazine Müsteşarlığının uyarı yazıları sebebiyle kendi grup firmalarına kredi kullandıramamaları sebebiyle karşılıklı olarak birbirlerinin grup firmalarına kredi kullandırmaları ve bu kredilerin ilk vadelerinde ödenmemesinin söz konusu olduğu olayda, yukarıdaki açıklamalara göre eylemlerin back to back kredilendirme yöntemiyle banka kaynağının aktarılması şeklinde gerçekleştirildiği ve suç oluşturduğunda bir duraksama bulunmamaktadır.*", http://www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 23.09.2019)

67 MAHMUTOĞLU, 2005, s. 230

68 **Y. 7. CD, E. 2015/18086, K. 2015/19687, T. 8.10.2015:** "*..... A.Ş.nin, 1996- 1997 yıllarında yaptığı rehin sözleşmesi ile paranın depo edilmesi karşılığında Almanya .....'den 3 adet 5 milyon USD (Dolar) lık senet verilerek toplamda anılan bankaca kullanılan 15 milyon USD Fiduciary Loan kredisinin 01/04/2009 tarihinde 5 milyon USD anaparasının ödendiği, 02/04/2009 tarihinde ..... Bank EC' de ..... A.Ş.'nin 2 milyon USD si depo edilmek sureti ile 2 milyon USD fiduciary kredi kullanıldığı, 02/04/2009 tarihinde anılan bankanın mevcut 2 milyon USD'nı kendi grup şirketinden..... San. ve Tic. A.Ş.ye kredi olarak aktardığı, oysa olay tarihinde karşılıksız kredi kullandırma eylemi sanık lehine olan emniyeti suiistimal suçu kapsamında iken 23/06/2009 tarihli ve 23734 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak*

Off Shore (Kıyı bankacılığı), ülke dışından sağlanan fonların yine ülke dışında kullanılmasını hedefleyen dıştan-dışa bir bankacılık türüdür. Ülke mevzuatındaki yasal sınırlamaların dışında kalabilmek açısından *Off Shore* bankalar kurulmaktadır.[69] Burada da krediler usulüne uygun olarak verilmiş ise zimmet suçunun oluştuğu söylenemeyecektir. Ancak kredilerin, geri dönmeyeceği bilinerek tabela firmalara yahut ödeme yeterliliği bulunmayan firmalara verilmesi durumunda bankacılık zimmeti suçu oluşacaktır.[70]

Kredi verme işlemlerinde suç tarihinin saptanması da önem arz etmektedir. Kullandırılan kredinin vadesi gelmeden uzatılması halinde suçun oluşup oluşmayacağı, oluşacaksa ilk kredi tarihinde mi yoksa uzatma tarihinde mi suçun oluşacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.[71] Geri ödenmeyeceği bilinerek kredi kullandırma şeklinde işlenen bir zimmet suçunda, suç kredinin açıldığı tarihte oluşacaktır.[72] Açıldığı tarihte hukuka uygun olan bir kredinin sonradan hukuka aykırı olarak temdit edilmesi işleminde diğer koşulların da varlığı halinde zimmet suçu temdit tarihinde gerçekleşecektir.[73] [74] Kredi açma eylemi ilk haliyle zimmet suçunun unsurlarını taşıyorsa ve vadenin dolmasına karşılık teminatlara yönelmeyerek kredinin

---

yürürlüğe giren 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile karşılıksız kredi kullanımının zimmet suçu kapsamına alındığı, 25/10/1999 ve 16/11/1999 tarihleri, kredilerin karşılığı ödenen faizlerin tarihi olduğu; keza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun cevabi yazıları ve son olarak 05/02/2015 tarihli yazısında da suç tarihinin kredi kullandırma tarihi olarak 15/08/1997 olduğu anlaşıldığı hâlde yazılı şekilde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesi gereği uyarlama ve lehe Kanun değerlendirilmeden itirazın reddine karar verilmesinde,.." , http://www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 23.09.2019)

69 DURSUN Selman, "Kıyı (Off-Shore) Bankacılığı ve Ceza Hukuku Sorunları", **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2004, s. 248

70 MAHMUTOĞLU, 2005, s. 230; DURSUN, 2004, s. 272

71 TUĞRUL, 2012, s. 624

72 GÖKCAN, 2008, s. 446; İTİŞGEN, 2013, s. 664; TUĞRUL, 2012, s. 625

73 TUĞRUL, 2012, s. 625

74 **YCGK, E. 2011/7-210, K. 2011/218, T. 1.11.2011:** "*Kredi verme işlemlerinde suç tarihinin saptanması önem taşımaktadır. Geri ödenmeyeceği bilinerek kredi kullandırma şeklinde işlenen zimmet suçunda, suçun kredinin açıldığı tarihte, buna karşın açıldığı tarihte hukuka uygun olarak verilen bir kredinin sonradan hukuka aykırı bir temditle ödenmeyecek hale getirilmesi durumunda ise, koşullarının oluşması halinde zimmet suçu temdit tarihinde oluşacaktır… Kredinin temdit edilmesi başlangıçta hukuka uygun olarak açılan bir krediyi hukuka aykırı hale getirebilir ya da başlangıçta da hukuka aykırı olan kredi kullandırma eyleminin devamı ve yenilenmesi niteliğinde olabilir…*", http://www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 23.09.2019)

tahsiline gidilmemiş ve aynı kredinin geri dönmeyeceği bilinerek kaynak aktarımı kastı ile vadesi uzatılmışsa başlangıçta suç teşkil eden eylemin devamı ve bir diğer tabirle yenilenmesi durumunda temdit tarihinin suç tarihi sayılacağı ifade edilmiştir.[75] Farklı olarak ödenmeyeceği bilinen krediye ilişkin gerçekleştirilen temdit işleminde ise suçun kredinin açıldığı tarihte oluşacağı ve temdit işleminin yeni bir suç oluşturmayıp cezalandırılamayan sonraki hareket kapsamında olduğu da belirtilmiştir.[76]

Bankacılık zimmeti suçu ani bir suçtur. Zimmete geçirme eyleminin gerçekleşmesi ile suç tamamlanacaktır. Bankacılık zimmeti suçu için ilgili hükümde fiilden ayrı bir netice öngörülmediğinden bu suç sırf hareket suçu niteliğindedir.[77] Suçun tamamlanması bakımından herhangi bir zararın ortaya çıkması yahut failin yararın elde edilmesi kanun hükmünde aranmamıştır.[78] Hesap/kasa kapatma anından önce malın yerine konması suçun oluşmasını engellemeyecektir. Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen zimmet suçundan farklı olarak Bankacılık Kanunu'nda kullanma zimmeti ayrıca düzenlenmediği için malın belirli süre kullanılarak iade edilmesi halinde etkin pişmanlık halinin uygulanarak herhangi bir indirim de bulunulamayacaktır.[79]

F. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Bulunmaması

Bankacılık Kanunu'nda özel bir hukuka uygunluk nedeni düzenlenmemiştir. TCK genel hükümlerde yer alan hukuka uygunluk nedenleri de burada uygulama alanı bulacaktır.[80]

Çok değersiz bir şeyin, örneğin bir dosya kağıdının banka personeli tarafından kişisel gereksinimi için kullanılması zimmet suçunu oluşturmayacaktır. Suçun oluşmayacağı konusunda oybirliği olmakla birlikte sebebi konusunda görüş birliği bulunmamaktadır.[81]

---

75 TUĞRUL, 2012, s. 625

76 GÖKCAN, 2008, s. 446; İTİŞGEN, 2013, s. 664

77 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 2007, s. 620

78 GÜNGÖR, 2009, s. 26; OKUYUCU ERGÜN, 2008, s.163; İTİŞGEN, 2013, s. 658; GÜLŞEN, 2011, s. 145. Aksi yönde bkz: MAHMUTOĞLU, 2005, s. 236

79 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s.163-164; AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 391; GÜNGÖR, 2009, s. 26

80 İTİŞGEN, 2013, s. 662; OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 164

81 ÖZGEN, 2001, s. 45. Bir kısım devlet ya da örf adet tarafından müsamaha edildiğini belirtirken bir kısım haksızlık muhtevasının suç oluşturacak boyutta olmadığını belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: İTİŞGEN, 2013, s. 649

G. Manevi Unsur

Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçu sadece kast ile işlenebilen bir suçtur. Taksirli hali kanunda ayrıca düzenlenmemiştir. Bankacılık zimmeti suçu hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilen bir suçtur.[82] Zimmet suçu için genel kast yeterli olup özel kast aranmamıştır. Failde görevi gereği zilyedi olduğu malı, kendisinin veya başkasının zimmetine geçirme bilinç ve iradesinin bulunması gerekli ve yeterlidir.[83] Malın zilyetliğinin ele geçirildiği anda değil zimmete geçirme anında fail kasıtlı olmalı, bankanın malı üzerinde malik gibi tasarrufta bulunduğunu bilmeli ve bunu istemelidir.[84]

H. Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri

1. Suça ve Cezaya Etki Eden Nedenler

Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinin 2. fıkrasında cezayı ağırlaştıran neden düzenlenmiştir. Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verileceği ve adli para cezasının miktarının bankanın uğradığı zararın üç katından az olamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemece re'sen ödettirilmesine hükmolunacağı düzenlenmiştir.[85]

Yargıtay nitelikli halin uygulanabilmesi için basit bir iç denetimle ortaya çıkarılamayan zimmeti gizlemek amacı ile yapılmış ve bankayı aldatacak nitelikte bir hileli hareketin varlığını aramaktadır.[86] Ancak dolandırıcılık su-

---

82 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 2007, s. 630; TUĞRUL, 2012, s. 629

83 ÖZGEN, 2001, s. 45; OKUYUCU ERGÜN, 2008, s.164-165; GÜNGÖR, 2009, s. 26; İTİŞGEN, 2013, s. 662

84 AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 407; ÖZGENÇ, 2009, s. 90; GÜNGÖR, 2009, s. 26

85 AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 409

86 **YCGK, E. 2011/7-210, K. 2011/218, T. 1.11.2011:** "*…Pamukbank yönetim kurulu ve aynı zamanda kredi tahsis kurulu başkan ve üyeleri olan sanıkların bankacılık usul ve teamüllerine aykırı olarak, baştan itibaren geri dönmeyeceğini bile bile grup firmalarına kredi kullandırma suretiyle banka kaynaklarının aktarılmasına sebep oldukları olayda, bankanın aldatılmasından, dolayısıyla yapılan işlem ve eylemlerin hileli davranışlar niteliğinde olduğundan söz edilmeyeceği gibi, zimmet ve miktarının Hazine Müsteşarlığı müfettişlerinin olağan denetimi ile, bilirkişilerin banka içi kayıtlar üzerinde yaptıkları inceleme ve araştırma sonucunda, kesin bir biçimde ortaya çıkarılmış olması karşısında, suçun* ***basit zimmet*** *olarak kabulü gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.*",

çundan farklı olarak zimmet suçu açısından hileli hareketin ihmali şekilde gerçekleştirilmesi mümkün olmamalıdır.[87]

Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında suç sonrası pişmanlık, 7. fıkrasında ise malın değerinin azlığı cezayı hafifleten nedenler olarak düzenlenmiştir.

Suç sonrası pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için öncelikle tamamlanmış bir suç bulunmalıdır. Bankacılık zimmeti suçunun basit ve nitelikli halinin tamamlanma anı yukarıda da ifade edildiği üzere zimmete geçirme eyleminin gerçekleştiği andır. Failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için zimmete geçirilen malların 'aynen iade' edilmesi yahut zararın 'tamamen tazmin' edilmesi gerekmektedir.[88] İade ve tazminin; soruşturma başlamadan önce gerçekleşmesi durumunda verilecek cezanın 2/3'ünün, ko-

---

Y**. 7. CD, E. 2014/26876, K. 2017/11184, T. 28.12.2017:** "*Tediye fişleri kullanılarak banka parasının zimmete geçirilmesinde fiilin, basit ... da nitelikli zimmet suçunu oluşturup oluşturmayacağının değerlendirilmesi bakımından; Tediye fişleri bulunamamış ... da bulunan tediye fişlerinde mudi imzası yok ise eylem basit zimmet; Mudinin yanıltılarak veya kandırılarak imzalatılan boş bir tediye fişini kullanıp, mudinin bilgi ve talimatı olmaksızın hesabından para çekerek mal edinilmiş ise eylem nitelikli zimmet; Tediye fişine mudi yerine sahte imzalar atmak suretiyle gerçekleştirilen işlemler ile ilgili olarak, fişler üzerindeki sahte imzaların ilk bakışta ve basit bir inceleme ile sahteliğinin anlaşılması halinde eylem basit zimmet, sahteciliğin aldatıcılık özelliğinin bulunması halinde ise eylem nitelikli zimmet suçunu oluşturacaktır. Mudi ... da mudilerin güvene dayalı olarak boş tediye fişlerini önceden kullanılmak üzere banka görevlisine vermesi halinde güveni kötüye kullanma suçunun, sanığın mudi ... da mudileri kandırarak önceden alınmış boş dekontları daha sonra kullanmasının ise nitelikli zimmet suçunu oluşturacağı göz önüne alındığında, somut olayda; İlgili bankanın şube yetkilisi olarak görev yapan sanığın, bir kısım mudilerin önceden güven ilişkisine dayanarak imzalamış oldukları dekontları kullanmak suretiyle mudi hesaplarından para çekme işlemleri gerçekleştirdiği, bir kısım dekontlara ise sahte imza atmak suretiyle para çekme işlemlerini gerçekleştirdiği cihetle mudilerin imzasını taşıyan dekontlarla zimmete para geçirme işlemlerinde söz konusu dekontların mudilerce ilgili işlemin yapılması için rıza ile mi verildiği ... da rızalarının dışına çıkılarak başka bir işlem yapmak üzere sanık tarafından mı alındığı hususunun değerlendirilmesi, buna göre suç vasfının tayini, sahte imzalı dekontlardaki imzaların Ankara Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğü'nün uzmanlık raporuna göre aldatıcılık kabiliyetinin bulunduğunun bildirilmiş olması karşısında, mahkemece söz konusu dekontların aldatıcılık kabiliyetinin olup olmadığı bizzat incelenerek bu hususun zapta geçirilmediği görülmekle bu haliyle eylemlerin hangi sebeple basit zimmet kabul edildiğine dair yeterli gerekçe gösterilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesisi,*", http://www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 25.09.2019)

87 AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 410

88 BABA Yasemin, "5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Zimmet Suçu Bağlamında Etkin Pişmanlık Uygulaması", **TAAD**, Yıl:3, Sayı:9, 20 Nisan 2012, ss. 253-280, s. 256

vuşturma başlamadan yani en geç iddianame kabul edilene kadar gerçekleşmesi durumunda 1/2'sinin ve son olarak da hükümden önce gerçekleşmesi durumunda ise verilecek cezanın 1/3'nün indirileceği düzenlenmiştir.[89] İndirim oranları hem hapis hem de para cezası için uygulanacaktır.[90]

Bankanın uğradığı zarar suçun işlendiği tarihe göre belirlenecektir.[91] İade veya tazminin tamamen ve fiilen yapılması gerekmektedir. Zararın ödenmesine yönelik banka veya TMSF ile protokol imzalanmış olması ve hatta bu çerçevede kısmen ödeme yapılmış olması halinde etkin pişmanlık halleri uygulanamayacaktır.[92] Dolayısıyla suça iştirak edenlerin hükümden yararlanabilmesi için sadece kendi paylarını ödemeleri de yeterli olmayacaktır.[93]

Hükümde fail tarafından bizzat giderileceğine dair bir zorunluluk yer almadığı için zararı kimin tazmin ettiğinin bir önemi bulunmamaktadır.[94]

Zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirileceği cezayı hafifletici bir diğer neden olarak karşımıza çıkmaktadır. Hakim bu tespiti yaparken zimmete konu eşyanın suçun işlendiği zamandaki değerini dikkate alacaktır. Gecikme faizi zarar kapsamına dahil edilmeyecektir.[95] Birden çok işlenen bankacılık zimmeti suçunda malın değerinin azlığına karar verirken her bir suç ayrı ayrı değerlendirilecektir. Zira zincirleme şekilde işlenen bankacılık zimmeti suçunda her bir suç bağımsız olduğundan toplam değere bakılarak malın değerinin azlığına ya da çokluğuna karar verilemeyecektir.[96]

---

89 GÜNGÖR, 2009, s. 28

90 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 167

91 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 167

92 ÖZGENÇ, 2009, s. 95

93 AKIN, 2015, s. 125

94 ÖZGEN, 2001, s. 46

95 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 2007, s. 638

96 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 129

2. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

Zimmet suçu ani hareketli bir suç olduğu için suça teşebbüs çok zordur. Ancak zimmete geçirme fiilinin parçalara bölünebildiği durumlarda suça teşebbüs mümkün kabul edilmektedir.[97]

Gönüllü vazgeçme TCK m. 36'da düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca suçun icra hareketlerini gönüllü olarak tamamlamaktan vazgeçen failin teşebbüsten cezalandırılmayacağı ancak o aşamaya kadar gerçekleştirdiği hareketlerin başka bir suç oluşturması durumunda gerçekleşen suçtan cezalandırılacağı düzenlenmiştir.[98]

3. Etkin Pişmanlık

Suç konusunu oluşturan malvarlığı değerinin zimmete geçirildikten sonra aynen iade edilmesi veya bu suretle sebep olunan zararın tazmini suçun oluşmasını engellemeyecektir. Bu durumda sadece etkin pişmanlık söz konusu olabilecektir.[99]

Etkin pişmanlık teşkil eden haller Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinin 4. ve 5. fıkralarda soruşturma öncesi, kovuşturma öncesi ve hüküm öncesi uygulanabilen birer cezayı hafifletici neden olarak karşımıza çıkmaktadır.[100]

4. İştirak

5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 160'ta düzenlenen bankacılık zimmeti suçu bir özgü suçtur. Bu sebeple ancak banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları fail olabilecektir. Fiili birlikte gerçekleştiren banka mensubu müşterek fail; fiili birlikte gerçekleştirmemekle birlikte suçun işlenmesine katılan banka mensupları ise iştirak konumlarına göre azmettiren veya yardım eden olabilecektir.[101] Banka mensubu sıfatına sahip olmayan kişiler ise bağlılık kuralına göre azmettiren ya da yardım eden olarak cezalandırılacaktır.[102]

---

97 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 2007, s. 638; İTİŞGEN, 2013, s. 664. Bankacılık zimmeti suçuna teşebbüsün mümkün olmadığı yönünde bkz: ÖZGEN, 2001, s. 46

98 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 131-132

99 ÖZGENÇ, 2009, s. 95

100 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 168

101 AKIN, 2015 s. 127

102 AKIN, 2015, s. 127; İTİŞGEN, 2013, s. 665

5. İçtima

Fikri içtima tek bir fiil ile aynı anda farklı yasa maddelerinin ihlali anlamına gelmektedir. Bu durumda sadece en ağır cezayı içeren maddeye göre ceza verilmesi gerekmektedir.[103] 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 'Diğer Kanunlara Aykırılık' başlıklı 161. maddesi ile fikri içtima düzenlenmiştir: "*Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, failleri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun sorumluluğu gerektiren hükümleri saklıdır*." Dolayısıyla Bankacılık Kanunu gereğince suç teşkil eden hareket ve fiillerin başka kanunlara göre de cezayı gerektirmesi durumunda failin tek bir fiili ile birden fazla kanun hükmünü ihlal etmesi en ağır cezayı gerektiren suçtan hüküm kurulacaktır.[104]

Zincirleme suç, aynı suç işleme kararı ile yasanın aynı hükmünün birden çok kez ihlal edilmesidir.[105] Dolayısıyla banka personelinin bir suç işleme kararının icrası amacıyla bankanın mallarını farklı zamanlarda zimmetine geçirmesi zincirleme bankacılık zimmeti suçunu oluşturacaktır.[106] Ayrıca TCK m. 43/1 hükmünde suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerinin aynı suç sayılacağı düzenlenmiştir.[107] Aynı suç işleme kararı ile farklı zamanlarda işlenen basit ve nitelikli zimmet suçları zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek ve tek cezaya hükmolunacak ancak TCK m. 43 uyarınca cezada artırım yapılacaktır. 5411 sayılı kanunun 160/2 hükmünde gün para cezası yerine nisbi para cezası kabul edilmiştir. Yargıtay zincirleme şekilde işlenen banka zimmeti suçlarında TCK m. 43'e göre yapılacak artırımın nisbi para cezası için uygulanmayacağını kabul etmektedir.[108]

---

103 CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 10. Baskı, Eylül 2017, İstanbul, s. 517

104 GÜLŞEN, 2011, s. 150

105 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2017, s. 525

106 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 169

107 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2017, s. 529

108 **Y. 15. CD, E. 2013/24751, K. 2016/2682, T. 24.3.2016:**
"*01.11.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5411 Sayılı Bankacılık Kanununun 160/2 maddesinde TCK'nun 158/1-son madde düzenlemesine benzer bir düzenleme bulunmaktadır. 160/2 madde ve fıkrasında "Suçun zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası verilir; ancak adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından olamaz" denilmek suretiyle ayrıca nispi para cezasına dair bir düzenlemeye yer verilmiştir.*

Ancak basit ve nitelikli şekli zincirleme suç şeklinde işlenmemişse ayrı ayrı cezaya hükmolunacaktır.[109]

Bileşik suç, yasada öngörülen suç tanımlarından birinin diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmesidir.[110] Hileli hareketin sahte belge düzenlenmesi suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda TCK m. 212 karşısında ayrıca resmi belgede sahtecilik suçundan hüküm kurulup kurulmayacağı sorununda Yargıtay, sahtecilik eylemini suçun unsuru olarak kabul etmektedir.[111] Yargıtay Ceza Genel Kurulu 06.04.2010 tarihinde verdiği bir kararında 5411 sayılı Yasanın 2. fıkrasında bir bileşik suç düzenlendiğini

---

Y*argıtay 7. CD. 5411 Sayılı Kanun'un 160/2 maddesi uyarınca banka zararının üç katıolarak belirlenen adli para cezasının, ayrıca TCK.nun 43. maddesi uyarınca artırılamayacağını 06.06.2011 gün ve 2010/14616 E. ve 2011/8458 K., 12.06.2013 gün ve 2012/24949 E. ve 2013/15401 K., 26.02.2014 gün ve 2013/16875 E. ve 2014/2639 K., 18.01.2016 gün ve 2015/17717 E. ve 2016/35 K. sayılı ilamlarında açıkca belirtmiştir*.", http://www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 24.09.2019)

109 GÜLŞEN, 2011, s. 153-154

110 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2017, s. 536

111 **YCGK, E. 2010/7-38, K. 2010/79, T. 6.4.2010:**

"*5237 sayılı TCY'nın 212. maddesindeki; "Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur" şeklindeki düzenlemenin, TCY'nın genel hükümleri arasında yer almaması nedeniyle, TCY'nın 5. maddesindeki, "yasanın genel hükümleri arasında yer alan düzenlemelerin özel yasalar açısından da uygulanacağı" kuralı kapsamında özel yasalar açısından da uygulama olanağı bulunmamaktadır. 5237 sayılı TCY'nın 212. maddesi yalnızca TCY içinde düzenlenen suçlara ilişkin olarak uygulanabilecek bir kuraldır.*

Ö*zel yasalarda düzenlenen suçların işlenmesi sırasında sahte evrak düzenlenmiş olması halinde failin ayrıca bu suçtan da cezalandırılabilmesi için o yasada özel bir düzenleme yapılmış olması zorunlu olup aksinin kabulü ceza kanunlarında kıyasın uygulanması anlamına gelecektir. Nitekim yasa koyucu 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Yasasının 5. maddesinin 4. fıkrası ile bu yasa açısından bir kural koymakla kalmamış, bunun yanında böyle bir hüküm bulunmayan özel yasalar açısından TCY'nın 212. maddesinin uygulanamayacağına ilişkin iradesini de dolaylı olarak ortaya koymuştur.*

5*411 sayılı Bankacılık Yasasında sahtecilik suçundan ayrıca cezaya hükmolunacağına ilişkin bir düzenleme olmaması ve nitelikli zimmet suçu için öngörülen ceza miktarının ağırlığı birlikte değerlendirildiğinde bunun yasa koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu ve bu suçu bileşik suç olarak düzenlediği sonucuna ulaşılmaktadır."*,

Y**. 7. CD, E. 2016/11825, K. 2016/10003, T. 26.10.2016:**

"*..5411 Sayılı Bankacılık Yasasında zimmet suçu yanında sahtecilik suçundan da ayrıca cezaya hükmolunacağına dair bir düzenleme bulunmaması karşısında, sanığın zimmet eylemlerini gerçekleştirirken, sahte belge tanzim etmesi fiillerinin de zimmet suçunun unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden sahtecilik suçundan ayrı ceza tayini*,", http://www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 25.09.2019)

kabul etmektedir.[112] Nitekim aksi yönde bir kabul 'non bis in idem' ilkesinin ihlaline sebep olacağı da ifade edilmiştir.[113]

Nitelikli halin düzenlendiği 2. fıkra bağımsız bir suç tipi olmadığı için zimmetin basit şekli ile hileli hareketlerle işlenmiş şekli, diğer koşulların da varlığı halinde, zincirleme suça vücut verecektir.[114] Hüküm uyarınca sahtecilik eylemi suçun unsuru olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla zimmete geçirme eyleminin sahte belge düzenlemek suretiyle işlenmesi durumunda sadece 2. fıkrada öngörülen bankacılık zimmetinin nitelikli halinden ceza verilecektir.[115]

II. ZİMMET BENZERİ SUÇ

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinin 3. fıkrasında: "*Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur; ancak, adlî para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca, meydana gelen zararın müteselsilen ödettirilmesine karar verilir.*" hükmü düzenlenmiştir. Yasa koyucu ilgili hükümle aslında bankacılık zimmeti suçunu oluşturmayan bir eylemi 'zimmet olarak kabul edilir' demekle zimmet suçu olarak kabul etmiş ve cezalandırılmasını öngörmüştür.[116]

İlk kez 5020 sayılı Kanunla 4389 sayılı Kanunda yapılan değişiklik sonucu hayatımıza girmiştir. 5020 sayılı Kanunun hükümet gerekçesinde;

---

112 **YCGK, E. 2010/7-38 K. 2010/79 T. 6.4.2010,** http://www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 25.09.2019)

113 GÜNGÖR, 2009, s. 27

114 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 115

115 Aynı yönde: OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 169; GÜLŞEN, 2011, s. 151-152.
Aksi yönde: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 2007, s. 638; İTİŞGEN, 2013, s. 665

116 Tanımının teknik bakımdan sorunlu olduğu ayrıca böyle bir tanıma yer verilmesine gerek olmadığı yönünde bkz: ÖZGENÇ, 2009, s. 94

"*Banka çalışanlarının çok cüzi tutardaki suiistimalleri bile cezaî hükmü gerektirirken, kamu kaynaklarının doğrudan ve/veya dolaylı olarak kullanmak suretiyle ülkeyi katrilyonlarca liralık zarara uğratan banka eski hâkim ortakları hakkında cezaî hükümler bulunmaması, kamu vicdanını sızlatıcı mahiyette olup aynı zamanda eşitliğe de aykırıdır. Önerilen bu hükümle, Fon alacaklarının tahsili bakımından çok büyük yarar ve kolaylıklar sağlanacağı gibi kamu vicdanı da rahatlatılmış olacaktır.*" denilerek Fon'a devredilen ya da faaliyet izni kaldırılan bankaların gerçek kişi ortaklarının zimmet suçundan sorumlu olabilecekleri söz konusu olmuştur.[117]

160. maddenin 3. fıkrası aynı maddenin 1. fıkrasının ağırlaştırıcı nedeni olmayıp ayrı bir suç tipidir. Gerçekten de 3. fıkra maddi konu, fail ve maddi unsur yönlerinden 1. fıkradan oldukça farklı olarak düzenlenmiş, yaptırımı da ayrıca belirlenmiştir. Bu sebeple bu fiilin 1. fıkrada öngörülen zimmet suçunun nitelikli hali sayılması mümkün değildir.[118] Bu suç doktrinde 'zimmet benzeri suç' yahut 'varsayımsal zimmet' olarak adlandırılmaktadır.[119]

A. Hukuki Konu

Zimmet benzeri suçun hukuki konusu bankacılık zimmeti suçunun hukuki konusundan farklılık arz etmemektedir. 160/3'te açıkça bankanın uğradığı zarardan söz edilmektedir. Dolayısıyla zimmet benzeri suç ile doğrudan ihlal edilen hukuki varlık veya menfaat 'bankanın malvarlığına' ilişkin menfaatidir.[120]

B. Maddi Konu

160. maddenin 3. fıkrasında 'kredi kuruluşunun kaynaklarından' söz edilmektedir. Bankacılık Kanunu'nun Tanımlar ve Kısaltmalar başlıklı 3. maddesinde ise kredi kuruluşu ve banka terimleri tanımlanmıştır. Hüküm uyarınca banka terimi 'mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını'; kredi kuruluşu terimi ise 'mevduat bankalarını ve

---

117 REİSOĞLU Seza, "5020 Sayılı Kanun'un Bankaları İlgilendiren Düzenlemeleri ve Uygulama Sorunları", **Bankacılar Dergisi**, S. 48, 2004, ss. 28-46, s. 31

118 OKUYUCU ERGÜN Güneş, "Bankacılık Kanununda Düzenlenen Zimmet Benzeri Suçta 'Bankanın TMSF'ye Devredilmiş ya da Faaliyet İzninin Kaldırılmış Olması' Koşulunun Niteliği", **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 39, Kasım 2009, ss. 29-42, s. 30

119 GÜLŞEN, 2011, s. 161

120 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 180

katılım bankalarını' ifade etmektedir.

Hükümde kullanılan bu ifadeden hareketle kimi yazarlar zimmet benzeri suçun sadece mevduat ve katılım bankalarına yönelik oluşacağını; kalkınma ve yatırım bankalarına yönelik 3. fıkrada sözü geçen eylemlerin suçu oluşturmayacağını ileri sürmüştür.[121] Ancak ilgili fıkrada öncelikle TMSF'ye devredilen bankadan ardından kredi kuruluşundan söz edilmiştir. Bu sebeple kredi kuruluşunun banka şeklinde anlaşılması daha tutarlı bir yorum olacaktır.[122]

Zimmet benzeri suçun maddi konusunu 'bankanın kaynakları' oluşturmaktadır. Bankanın kaynakları deyimi bankanın her türlü malvarlığı değerini yani mallarını kapsamaktadır. Hükümde açıkça kaynakların bankaya ait olması gerektiği arandığı için suçun maddi konusunun TMSF'ye devredilen veya faaliyet izni kaldırılan bankaya ait olması gerekmektedir.[123]

C. Fail

Zimmet benzeri suçun faili kanunda '*Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortakları*' olarak belirlenmiştir. TCK'da düzenlenen zimmet ve bankacılık zimmeti suçlarında olduğu gibi zimmet benzeri suç da bir özgü suçtur.[124] 5020 sayılı Kanunun hükümet gerekçesinden farklı olarak 5411 sayılı Kanunda suçun failinin yalnızca hakim ortak olabileceğine dair bir ifadeye yer verilmemiştir. Ayrıca sorumlu tutulacak ortakların belirlenmesinde asgari bir oranda banka hissesine sahip olmaları da aranmamıştır.[125] Buradan hareketle yönetim kurulu üyelerinin bu suçun faili olup olamayacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle belirtmek gereklidir ki 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu öncesinde yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmaları zorunluluğu bulunmaktaydı. Buradan hareketle yönetim kurulu üyelerinin bu suçun faili olabileceği söylenmekteydi.[126] Ancak 6103

---

121 GÖKCAN, 2008, s. 440

122 Aynı yönde bkz: OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 182; AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 394

123 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 180; GÜNGÖR, 2009, s. 27

124 GÖKCAN, 2008, s. 441; GÜNGÖR, 2009, s. 23

125 AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 380

126 Bkz: AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 380-381. Yönetim kurulu üyelerinin fail olarak değil ancak suça iştirakin koşullarının varlığı halinde sorumluluklarına gidilebileceği görüşü hakkında bkz: SÖZÜER, 2005, s. 184

sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olma zorunluluğu kaldırılmıştır. Dolayısıyla bankanın ortağı olmayan yönetim kurulu üyelerinin her ne kadar hukuken veya fiilen yönetim ve denetimi ellerinde bulundurmuş olsalar dahi bu suçun faili olamayacaklarının kabulü gerekmektedir. Ancak elbette ki koşulların oluşması halinde banka ortağı olmayan yönetim kurulu üyelerinin suça iştirakten sorumlulukları söz konusu olabilecektir.

Üçüncü fıkrada 'hukuken veya fiilen' yönetim ve denetimi elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortakların fail olabileceği düzenlenmiştir.[127] Doktrinde yönetim ve denetimin sadece hukuken değil aynı zamanda fiilen elde bulundurmanın aranmış olmasının yerinde olduğu ancak sadece gerçek kişi ortakların sorumlu tutulmasının yerinde olmadığı haklı olarak belirtilmiştir. Zira tüzel kişiler de 5411 sayılı yasanın m. 8/g bendi uyarınca kurucu ortak olabilmektedir. Dolayısıyla sadece gerçek kişi ortakların bu tür fiilleri cezalandırılacak, suçta ve cezada kanunilik gereğince tüzel kişi ortakların zimmet benzeri suça ilişkin eylemleri cezalandırılamayacaktır.[128] Ayrıca açık hüküm dolayısıyla fona devredilen bankanın ortağı olmayan yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri veya diğer banka personeli bu suçun faili olamayacaktır.[129]

D. Mağdur

Zimmet benzeri suçun mağduru 160/3'teki açık hüküm dolayısıyla faaliyet izni kaldırılan veya fona devredilen bankadır.[130]

E. Maddi Unsur

Zimmet benzeri suç, faaliyet izni kaldırılan veya fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan

---

127 AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 381

128 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 180-181

129 GÜNGÖR, 2009, s. 28

130 GÜLŞEN, 2011, s. 163.

Mağdurun sadece bir gerçek kişi olabileceği tüzel kişilerin ise suçtan zarar gören olacağı bu sebeple suçun mağdurunun suça konu malvarlığı değerinin sahibi olan kişiler olacağı yönünde bkz: GÖKCAN, 2008, s. 442

veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları ile oluşmaktadır.

1. Bankanın Kaynaklarının Bankanın Emin Bir Şekilde Çalışmasını Tehlikeye Düşürecek Şekilde Kullandırılması

Bankanın kaynaklarının kullandırılmasının kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde olması gerekmektedir. Ancak öncelikle belirtmek gerekir ki banka, halktan topladığı ya da kendi sahip olduğu paraları kredi olarak kullandıran ve para akışına aracılık eden bir anonim şirkettir.[131] Dolayısıyla bankalar kaynak aktarmak için oluşturulmuş kurumlardır bu sebeple usulüne uygun olarak kaynak kullandırmalar elbette ki suç teşkil etmeyecektir.[132]

Kredinin usulsüz olup olmadığı kredinin verildiği andaki koşullara göre belirlenmelidir.[133] Kredi verildiği anda usule uygunsa; gerekli araştırmalar yapılmışsa, kredi değerliliği olumluysa, yeterli güvence bulunuyorsa ancak sonradan koşullar değişmiş ve kredi geri ödenmemişse bu suç oluşmayacaktır. Kredinin ödenmeyeceği bilinerek kredi açılmışsa suç oluşacaktır. Verildiği anda usulsüz olan kredi, vadesi gelmeden temdit edilmişse krediyi kullandıran ve temdit eden kişilerin aynı olması koşuluyla temdit işlemi cezalandırılamayan sonraki hareket olarak değerlendirilecek ve suç teşkil etmeyecektir.[134] Usulsüz krediyi kullandıran ve usule aykırı temdit eden kişi farklı ise bu durumda temdit işlemini yapanlar da bankanın TMSF'ye devredilmesi yahut faaliyet izninin kaldırılması ile zimmet benzeri suçtan sorumlu tutulacaktır. Kullandırıldığı anda usule uygun iken sonradan şartlar değişmiş ve usule aykırı olarak temdit işlemi gerçekleşmiş ise diğer koşulların da sağlanması şartıyla zimmet benzeri suç oluşacaktır.[135]

2. Kullandırmanın Failin ya da Başkasının Menfaatine Olması

Kullandırmanın, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşü-

131 BATTAL, 2004, s. 15

132 GÜLŞEN, 2011, s. 166

133 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 2007, s. 633

134 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 2007, s. 636

135 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 2007, s. 637; OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 183

recek şekilde olmasının yanı sıra doğrudan veya dolaylı olarak kendisinin veya başkasının menfaatine olmalıdır. Hükümde yer alan menfaat kavramı geniş anlaşılmalı sadece ekonomik menfaat değil, failin kullandırma ile elde etmeyi düşündüğü her türlü menfaat kavram kapsamında değerlendirilmelidir.[136] Hükümde 'faile ya da başkasına menfaat sağlamak maksadıyla' olması değil 'failin ya da başkasının menfaatine' olması aranmaktadır. Dolayısıyla bu bir özel kast değil suçu oluşturan hareketin bir niteliğidir.[137]

3. Kullandırma Sonucu Bankanın Zarara Uğramış Olması

Zimmet benzeri suçunun oluşabilmesi için bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde kendisinin ya da başkasının menfaatine olması da yeterli değildir. Kullandırma sonucu bankanın zarara uğramış olması da gerekmektedir. Bu sebeple zimmet benzeri suç bir zarar suçudur.[138] Zimmet benzeri suç ile korunan hukuki yarar bankanın malvarlığı olması dolayısıyla zararın malvarlığında gerçekleşmesi gerekmekte yani maddi bir zarar aranmaktadır.[139] Bankanın herhangi bir şekilde zarara uğraması arandığı için bu zarar, aktiflerin azalması veya pasiflerin artması şeklinde olabilecektir.[140]

4. Bankanın TMSFye Devredilmiş ya da Faaliyet İzninin Kaldırılmış Olması

Zimmet benzeri suçun oluşabilmesi için son olarak bankanın TMSF'ye devredilmiş yahut faaliyet izninin kaldırılmış olması gerekmektedir. Faaliyet izninin kaldırılması ve Fona devir Bankacılık Kanunu m. 71'de düzenlenmiştir.[141]

---

136 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 184; GÜLŞEN, 2011, s. 166-167

137 OKUYUCU ERGÜN, "Bankacılık Kanununda…", 2009, s. 30

138 GÖKCAN, 2008, s. 448. Suçun oluşması için hukuki anlamda zarar meydana gelmesinin arandığı suçlara zarar suçu denilmektedir. Zarar suçlarında korunan hukuki yarara zarar verilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2017, s. 265

139 GÖKCAN, 2008, s. 448

140 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 185

141 **Faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devir** Madde 71 — "*Denetlemeler sonucunda bir bankayla ilgili olarak; a) Bu Kanunun 70 inci maddesi kapsamında alınması istenen tedbirlerin Kurul tarafından verilen süre içerisinde ya da her halükârda en geç oniki ay içinde kısmen ya da tamamen alınmaması ya da bu tedbirleri kısmen veya tamamen almış olmasına rağmen, malî bünyesinin güçlendirilmesine imkân bulunmadığı veya bu tedbirler*

Bankanın fona devredilmesi veya faaliyet izninin kaldırılmış olmasının niteliğinin bir ön şart mı cezalandırılabilme şartı mı yoksa suçun kurucu unsuru mu olduğu ise tartışmalıdır. Bir kısım yazar TMSF'ye devir yahut faaliyet izninin iptali şartını ön şart olarak değerlendirmektedir.[142] Ön şart, bazı suçların işlenebilmesi için gerekli olan suçu oluşturan davranıştan önceki şarttır.[143] Ancak bankanın TMSF'ye devri yahut faaliyet izninin iptali şartı davranıştan önceki bir şart olmayıp aksine sonra oluşmaktadır. Bu sebeple TMSF'ye devir veya faaliyet izninin iptalini ön şart olarak değerlendirmek mümkün değildir. Bir diğer kısım yazar ise hükümde objektif cezalandırılabilme şartının düzenlendiğini belirtmektedir. Cezalandırılabilme şartları, suç teşkil eden eylemle doğrudan doğruya irtibatlı bulunmamalarına karşın, hukuka aykırılığın ve kusurluluğun bünyesine de girmeyen olgulardır. Söz konusu şartlar suçun oluşmasını etkilememekte ancak sadece cezalandırmada doğrudan doğruya etkili olmaktadır. Dolayısıyla tüm unsurlarıyla oluşan suçun cezalandırılabilmesi için ayrıca objektif bir şartın oluşması gerekmektedir. Bankanın fona devredilmesi veya faaliyet izninin iptali bankanın hukuksal statüsünü değiştiren idari bir müdahaledir. İdare tarafından böyle bir müdahalede bulunulmadığı sürece zimmet benzeri suç uygulanamayacaktır.

---

alınmış olsa dahi malî bünyesinin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi, b) Faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve malî sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması, c) Yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi, d) Yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması, e) Hâkim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması, Hâllerinden bir veya birkaçının varlığı durumunda Kurul, en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınan kararla bankanın faaliyet iznini kaldırmaya ya da kredi kuruluşunun temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimini, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla Fona devretmeye yetkilidir. Faaliyet izni kaldırılan kredi kuruluşları bu Kanunda yer alan hükümlere göre, kalkınma ve yatırım bankaları ise genel hükümlere göre tasfiye edilir. Bu madde kapsamında alınan Kurul kararları Resmî Gazete'de yayımlanır. Yayım tarihi ilgililer bakımından tebliğ tarihi olarak kabul edilir."

142 GÜLŞEN, 2011, s. 163. '*Fona devrine veya faaliyet izninin kaldırılmasına karar verilmeyen bir bankanın gerçek kişi ortaklarının varsayımsal zimmet suçundan cezalandırılmaları mümkün değildir. Bu bağlamda, faaliyet izninin kaldırılması veya bankanın fona devrine karar verilmesi, varsayımsal zimmet suçunun adeta bir ön şartıdır.*', GÜLŞEN, 2011, s. 163

143 HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2012, s. 191

Bu şartın gerçekleşmesi, fiilin dışında kalmaktadır. Dolayısıyla failin bu şartı öngörmesi ve istemesi kastı gerekmemektedir.[144] Diğer bir kısım yazar ise söz konusu şartın suçun kurucu unsuru olduğunu savunmaktadır. Bankanın TMSF'ye devrinin veya faaliyet izninin iptalinin suçu oluşturan faile yabancı, suçu oluşturan fiilin dışında bir unsur olmadığı belirtilmektedir. Zira bankanın TMSF'ye devri ile faaliyet izninin iptali arasında nedensellik bağının bulunmadığı söylenemeyecektir. Failin davranışları bankanın TMSF'ye devredilmesine ya da faaliyet izninin iptaline neden olduğu için kanunda çok daha ağır bir biçimde cezalandırılmaktadır.[145] Bankanın TMSF'ye devredilmediği ya da faaliyet izninin iptal edilmediği durumlarda zimmet benzeri suç oluşmamakta koşulları varsa bankacılık zimmeti oluşmaktadır.[146]

Cezalandırılabilme şartı, suçun işlenmesinden sonra söz konusu olan devletin cezalandırma yetkisini kullanabilmesinin ve cezanın uygulanabilmesinin geleceğe ilişkin kesin olmayan ve suçu oluşturan fiilin dışında kalan bir olaya bağlanmasıdır.[147] Cezalandırılabilmenin söz konusu olması için mutlaka tüm unsurlarıyla tamamlanmış bir suçun varlığı gerekmektedir.[148] Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlar, bu şart gerçekleşmese dahi suç olma özelliğine sahiptir ve haksızlık teşkil etmektedir.[149] 5411 sayılı Yasanın 160/3 hükmünde belirtilen TMSF'ye devir veya faaliyet izninin iptali koşulu bir cezalandırılabilme şartı değildir. Bu şart gerçekleşmeden evvel ortada tüm koşullarıyla gerçekleşmiş bir suçtan söz edilememektedir. Cezalandırılabilme şartı failin hareketi ile nedensellik bağı içinde bulunmaz. Ancak 160/3'te gerçekten de failin hareketi ile TMSF'ye devir yahut faaliyet izninin ihlali arasında nedensellik bağı bulunmaktadır. Hükmün "*Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını*

---

144 MAHMUTOĞLU, 2005, s. 232; GÜNGÖR, 2009, s. 28; AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 404

145 OKUYUCU ERGÜN, "Bankacılık Kanununda…", 2009, s. 38

146 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 185-188

147 TOROSLU Nevzat/FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, Ekim 2017, s. 46

148 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2012, s. 191

149 ARTUK Mehmet Emin/ALŞAHİN Mehmet Emin, "Objektif Cezalandırılabilme Şartı Ve Zamanaşımı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi** (Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan), Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, İstanbul, 2013, ss. 17-44, s. 38

tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir." şeklinde kombine edilmesi şartın bir kurucu unsur olduğu sonucuna götürmektedir. Suçun zimmet olarak kabul edileceği belirtildikten sonra TMSF'ye devir veya faaliyet izninin iptali ile cezalandırılacağı öngörülseydi ancak o zaman bir cezalandırılabilme koşulundan söz edilebilirdi. Kanaatimizce ilgili şart suçun kurucu unsurlarındandır.

Belirtilen nitelikteki kullandırmayı gerçekleştiren kişi hakkında banka TMSF'ye devredilmeden veya bankanın faaliyet izni kaldırılmadan önce başlatılan soruşturma ve kovuşturma bankacılık zimmetine ilişkin olacaktır. Yargılama devam ederken banka TMSF'ye devredilir yahut faaliyet izni kaldırılırsa faile ek savunma verdirilerek fiilin niteliği değiştirilecek ve yargılamaya zimmet benzeri suçtan devam edilecektir.[150]

F. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Zimmet benzeri suça ilişkin tipik eylemin gerçekleştirilmesi ile bu suçun hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmektedir. Suçun kanuni tanımında özel bir hukuka uygunluk nedenine yer verilmemiştir. Koşulların bulunması halinde TCK'daki hukuka uygunluk nedenleri uygulanacaktır.[151]

G. Manevi Unsur

Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçu sadece kast ile işlenebilen bir suçtur. Taksirli hali kanunda ayrıca düzenlenmemiştir. Zimmet suçu için genel kast yeterli olup özel kast aranmamıştır.[152] Zimmet benzeri suç da doğrudan yahut dolaylı kast ile işlenebilecektir.[153] Failin doğrudan bankanın TMSF'ye devrini yahut faaliyet izninin iptalini amaçlamış olması şart değildir. Bu unsurun gerçekleşmesi tehlikesine rıza göstermiş olması, unsurun gerçekleşmesi ihtimalini kabul ederek hareket etmiş olması da yeterlidir.[154]

---

150 OKUYUCU ERGÜN, "Bankacılık Kanununda…", 2009, s. 37

151 AKIN, 2015, s. 124

152 AKIN, 2015, s. 123; AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 408

153 OKUYUCU ERGÜN, "Bankacılık Kanununda…", 2009, s. 38-39

154 OKUYUCU ERGÜN, "Bankacılık Kanununda…", 2009, s. 41

H. Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri

1. Suça ve Cezaya Etki Eden Nedenler

5411 sayılı kanunun 160/3. maddesi 1. fıkradan farklı bir suç içermektedir. Dolayısıyla 1. fıkranın nitelikli halinin öngörüldüğü 2. fıkradaki ağırlaştırıcı sebep zimmet benzeri suç için uygulanamayacaktır. Dolayısıyla zimmet benzeri suçun hileli hareketlerle işlenmesi durumunda, hileli hareketin başka bir suç oluşturması durumunda fail ayrıca o suçtan da sorumlu olacak ve verilecek ceza gerçek içtima hükümlerine göre belirlenecektir.[155]

Bankacılık zimmeti suçu için açıklanan 160. maddenin 5., 6. ve 7. fıkralarında düzenlenen cezayı hafifleten nedenler zimmet benzeri suç için de uygulanacaktır.

2. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

Zimmet benzeri suça teşebbüs ve bu suçtan gönüllü vazgeçme mümkün görünmemektedir. Zira suçun oluşabilmesi için TMSF'ye devir veya faaliyet izninin iptali gerekmektedir. Bu şart gerçekleşmediği sürece de zimmet benzeri suç oluşmamaktadır. Banka kaynaklarının kullandırılmasının tamamlanmadığı yahut tamamlanmakla birlikte bankanın TMSF'ye devrinin veya faaliyet izninin iptalinin gerçekleşmediği durumlarda Bankacılık zimmeti suçunun tamamlanıp tamamlanmadığı yahut teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı şartları incelenmelidir.[156]

3. Etkin Pişmanlık

5411 sayılı kanunun 160/5 ve 6. fıkralarında cezayı hafifleten neden olarak öngörülen etkin pişmanlık halleri zimmet benzeri suç açısından da uygulanabilecektir. Failin bankanın kaynaklarını kullandırdığı kısmını aynen iade ya da tam tazmin etmesi durumunda; iade ve tazminin zamanına göre ilgili fıkralar uyarınca indirim yapılacaktır.

4. İştirak

Zimmet benzeri suçun faili ancak bankanın 'hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortakları' tarafından

---

155 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 193

156 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 194

işlenebilecektir. Bu sıfatı haiz olmayan kişiler TCK 40/2 uyarınca sadece azmettiren veya yardım eden olabileceklerdir.[157]

5. İçtima

5411 sayılı kanunun 160/2 hükmü zimmet benzeri suç için uygulanamayacağı için bu suçun hileli davranışlarla işlenmesi durumunda hilenin başka suç oluşturması durumunda hem zimmet benzeri suçtan hem de gerçekleşen diğer suçtan ceza verilmesi gerekmektedir.[158]

III. YAPTIRIM VE ZAMANAŞIMI

Bankacılık zimmeti suçunun basit halinin düzenlendiği 1. fıkrada failin, altı yıldan on iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılacağı ayrıca bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edileceği yaptırım olarak belirlenmiştir.

Bankacılık zimmeti suçunun nitelikli halinin düzenlendiği 2. fıkrada faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verileceği ayrıca adli para cezasının miktarının bankanın uğradığı zararın üç katından az olamayacağı düzenlenmiştir. Meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemece re'sen ödettirilmesine hükmolunacaktır.

Adli para cezasının alt sınırı ve bir güne karşılık gelen para miktarı TCK m. 52 hükmüne göre belirlenecektir.[159] Nitelikli halin düzenlendiği 2. fıkrada hükmolunacak hapis cezası TCK m. 49 uyarınca 20 yıldan fazla olamayacaktır.[160]

Daha önce de belirtildiği üzere bankanın uğradığı zararın malın zimmete geçirilme anına göre belirlenmesi gerekmektedir.[161] Ancak TCK m. 55/1'de düzenlenen müsadere hükmü burada uygulanamayacaktır. Zira müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilmemesi gerekmektedir. 5411 sayılı Kanunun 160. maddesinde ise hem adli para cezası hem de bankanın uğradığı zararın giderilmesi düzenlenmiştir.[162]

---

157 AYTEKİN İNCEOĞLU, 2006, s. 381

158 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 194

159 GÖKCAN, 2008, s. 450

160 AKIN, 2015, s. 129

161 GÜNGÖR, 2009, s. 26

162 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 171

Zimmet benzeri suçu işleyenler için 160/3'te öngörülen yaptırım, on yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunacağı ancak, adlî para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamayacağı belirlenmiştir. Ayrıca, meydana gelen zararın müteselsilen ödettirilmesine karar verilecektir.

Mahkeme tarafından zararın giderilmesine yönelik verilen karar 5271 sayılı CMK bakımından şahsi haklara ilişkin davaların artık ceza mahkemesinde görülemeyeceğine ilişkin kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Hakime meydana gelen zararın giderilmesi zorunluluğu yükleyen bu hüküm özel hukukta hakimin tarafların istemleri ile bağlı olması şeklindeki genel kurala aykırı bulunmaktadır.[163]

Zamanaşımı hususunda Bankacılık Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple TCK m. 66 burada da uygulama alanı bulacaktır. İlgili hükmün (d) bendi uyarınca dava zamanaşımı 15 yıldır. Zamanaşımını kesen nedenlerin varlığı halinde ise TCK 67/4 uyarınca 15 yıllık süre yarı oranında uzayacaktır.[164] Ancak eylem TCK yürürlüğe girmeden evvel işlenmişse 765 sayılı Ceza Kanunu hükümleri daha lehe olduğu için o hükümler uygulanacaktır.[165] Dava zamanaşımının durması ile ilgili Bankacılık Kanunu m. 165 özel hüküm öngörmüştür. İlgili hüküm gereğince yargılama sırasında dosyanın bilirkişi incelemesine gönderilmesi durumunda dava zamanaşımı duracaktır. Bilirkişi raporunun sunulmasından sonra dava zamanaşımı kaldı-

---

163 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 195

164 GÜLŞEN, 2011, s. 182

165 **YCGK, E. 2013/7-505, K. 2014/182, T. 15.4.2014:**
"*…Sanıklara yüklenen "bankacılık zimmeti" suçunun 4389 sayılı Bankalar Kanunun 22/3. maddesinde öngörülen yaptırımı 6 yıldan 12 yıla kadar ağır hapis cezasıdır. 765 sayılı TCK'nun 102/3. maddesi uyarınca bu suçun asli dava zamanaşımı 10 yıl, 104. maddesi de göz önünde bulundurulduğunda kesintili dava zamanaşımı 15 yıldır. Daha ağır cezayı gerektiren başka bir suçu oluşturma ihtimali bulunmayan ve 06.11.1998 tarihinde gerçekleşen eylemle ilgili olarak 765 sayılı TCK'nun 102/3 ve 104. maddelerinde öngörülen 15 yıllık dava zamanaşımı, Özel Daire bozma kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulmasından sonra, inceleme tarihinden önce dolmuş bulunmaktadır… İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesinin 18.12.2009 gün ve 97-431 sayılı hükmünün gerçekleşen dava zamanaşımı nedeniyle BOZULMASINA, ancak bu husus yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden 1412 sayılı CMUK'nun 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, sanıklar M.E.,M.K.Ü., E.A., Y.A. ve R.R.A. hakkındaki kamu davasının, 765 sayılı TCK'nun 102/4, 104/2 ve 5271 sayılı CMK'nun 223/8. maddeleri uyarınca DÜŞMESİNE,*", http://www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 27.09.2019)

ğı yerden işlemeye devam edecektir.[166] Bankacılık Kanunu'nun 'Zamanaşımı' başlıklı 141. maddesinde 'Bu Kanundan kaynaklanan Fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi yirmi yıldır.' Hükmü öngörülmüştür. Ancak bu süre ceza davaları ile ilgili olmayıp hukuk mahkemelerinde görülen Fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplere yönelik bir hükümdür.[167]

IV. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMADA USUL

5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 162 uyarınca, 5411 sayılı kanunda belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması Kurum veya Fon tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlı bulunmaktadır. Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde de belirtildiği üzere Kurum, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunu, Fon ise Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunu ifade etmektedir. Açık hüküm uyarınca bankacılık zimmeti suçunun soruşturma ve kovuşturmasının yapılabilmesi için BDDK veya TMSF tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulması gerekmektedir. Hükümde ayrıca bunun bir muhakeme şartı olduğu da belirtilmiştir.

Muhakeme şartları, bir suçun işlendiği haberinin suçları takiple görevli makamlara ulaştığında kendiliklerinden harekete geçmeleri ve muhakemeyi başlatmaları kuralının istisnasını oluşturmaktadır.[168] Hükümde yazılı başvuruda bulunmanın bir muhakeme şartı olduğu belirtilmekle birlikte başvurunun niteliği saptanmamıştır.

Ceza kovuşturmasının suçtan zarar gören yönünden doğurabileceği sakıncaların önlenmesi amacıyla bazı suçların kovuşturulması suçtan zarar görenin şikayetine bağlanmıştır.[169] Şikayet re'sen kovuşturmanın bir istisnası olduğundan burada suçtan zarar gören kavramı dar yorumlanmalı ve sadece suçtan doğrudan zarar gören olarak anlaşılmalıdır.[170] Bankacılık zimmeti suçunun hukuki konusunun bankanın malvarlığına ilişkin menfaati olduğu, pasif süjenin ise banka olduğu yukarıda belirtilmişti. Buradan hareketle BDDK

166 GÜLŞEN, 2011, s. 183

167 AKIN, 2015, s. 129

168 TOROSLU/FEYZİOĞLU, 2017, s. 45

169 TOROSLU/FEYZİOĞLU, 2017, s. 49

170 TOROSLU/FEYZİOĞLU, 2017, s. 51

ve TMSF'nin suçtan doğrudan zarar gören sıfatını taşımadıkları ortadadır.[171] Dolayısıyla bankacılık zimmeti suçu için belirtilen muhakeme şartının şikayet olmadığı açıktır.[172]

Kanunun bazı suçların takibini belli resmi kişilerin veya makamların talebine bağlaması da mümkündür. Talep, resmi kişi veya makam tarafından yapılan şikayet olmakla birlikte şikayetten farklı olarak talep üzerine dava açılması zorunluluğu bulunmaktadır.[173] BDDK veya TMSF tarafından yapılan başvuru sonucu dava açılması zorunluluğu bulunmadığı için muhakeme şartının niteliği talep değildir.[174]

Kanunlarda bazı suçlar bakımından, devletin belirli makamları tarafından dava açılmasını zorunlu kılmayacak şekilde şikayette bulunabilmesi düzenlenebilmektedir. Bu muhakeme şartına müracaat denilmektedir. 5411 sayılı yasanın 162. maddesinde BDDK veya TMSF tarafından yapılacak başvuru da müracaat niteliğindedir.[175]

Müracaat muhakeme şartı sadece Bankacılık Kanunu'nda belirtilen suçlar açısından geçerli olup diğer kanunlarda düzenlenen bankacılık suçları için bu şart aramayacaktır.[176]

162. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde zimmet benzeri suç (160/3) açısından bir istisnaya yer verilmiştir. Zimmet benzeri suç için yapılacak soruşturma ve kovuşturmaların Kurumun veya Fonun yazılı bildirimi üzerine veya gecikilmesinde sakınca görülen hallerde re'sen Cumhuriyet savcılarınca yapılacağı ve Kurum ve Fonun haberdar edileceği düzenlenmiştir.[177] Bu düzenleme ile kanun koyucu zimmet benzeri suçun sosyal tehlikeliliğinden

---

171 DURSUN Selman, "Yeni Bankacılık Kanununda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri", **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Sayı 4, Ağustos 2007, ss. 263-276, s. 264

172 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 173

173 TOROSLU/FEYZİOĞLU, 2017, s. 53

174 DURSUN, **"Yeni Bankacılık Kanununda.."**, 2007, s. 264; OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 174

5411 sayılı yasada belirtilen muhakeme şartının dava açma zorunluluğu bulunmayacak şekilde düzenlenmiş talebe benzetilebileceği yönünde bkz: GÜNGÖR, 2009, s. 28

175 TOROSLU/FEYZİOĞLU, 2017, s. 53; DURSUN, **"Yeni Bankacılık Kanununda.."**, 2007, s. 264; OKUYUCU ERGÜN, 2008, **s**. 174

176 DURSUN, **"Yeni Bankacılık Kanununda.."**, 2007, s. 265

177 ÖZGENÇ, 2009, s. 97-98

hareketle suçun soruşturulma ve kovuşturulmasındaki gecikmelerin doğuracağı sakıncaların önüne geçmek istemiştir.[178]

Bankacılık Kanunu 162/2'de, itibarın zedelenmesi, sırların açıklanması ve zimmet suçlarından dolayı ilgililerin dava hakkı ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri saklı tutulmuştur. Hükümde yer alan 'ilgililerin dava hakkı' şikayet niteliğindedir ve ilgili ile suçtan zarar gören kastedilmiştir.[179] Dolayısıyla bankacılık zimmeti ile ilgili olarak TMSF veya BDDK yazılı başvuruda bulunmasa dahi suçtan doğrudan zarar gören bankanın da şikayette bulunması ile soruşturma ve kovuşturma başlatılabilecektir.[180]

5237 sayılı TCK m. 278'de suçu bildirmeme suçu düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi cezalandırılacaktır. Ancak bankanın şikayette bulunma hakkını kullanmaması durumunda suçu bildirmeme suçundan söz edilemeyecektir. Çünkü suçu bildirmeme suçu re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar bakımından yükümlülük getirmektedir.[181]

162. maddede, ilgili fıkra uyarınca yapılan soruşturmalar neticesinde açılan kamu davalarında BDDK veya TMSF'nin başvuruda bulunması halinde başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanacakları düzenlenmiştir.[182] BDDK ve TMSF başvuruda bulunmaları şartıyla başvuru tarihinden itibaren geçerli olmak üzere müdahil sıfatını alacaklardır. Hakime bu konuda takdir yetkisi tanınmamıştır. Bu husus sadece BDDK ve TMSF için geçerli olup 162/2'de şikayette bulunma hakkı tanınan suçtan zarar görenin müdahil sıfatını kazanabilmesi CMK hükümlerine tabidir.[183]

163. madde uyarınca, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi durumunda karar ilgisine göre Kuruma, Fona veya ilgili bankaya tebliğ edilecektir. Tebliğ üzerine BDDK, TMSF ve ilgili banka CMK hükümlerine göre itiraza yetkili kılınmıştır.[184]

---

178 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 196

179 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 174; GÜNGÖR, 2009, s. 29; DURSUN, **"Yeni Bankacılık Kanununda.."**, 2007, s. 266

180 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 175

181 GÜNGÖR, 2009, s. 29

182 AKIN, 2015, s.128

183 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 175

184 DURSUN, **"Yeni Bankacılık Kanununda.."**, 2007, s. 268

164. maddede Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen suçların yargılanması bakımından özel mahkemeler yetkili kılınmıştır. Hüküm uyarınca söz konusu suçların yargılaması fiilin işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan (1) numaralı ağır ceza mahkemelerinde görülecektir. Gerekli görülen yerlerde Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu tür suçlara bakmak üzere o yerlerdeki diğer ağır ceza mahkemeleri de görevlendirilebilecek veya yeni ağır ceza mahkemesi de kurulabilecektir. İlgili hüküm tabii hakim ilkesi bakımından eleştiriye açıktır. Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen suçlar bakımından ihtisaslaşmanın sağlanabilmesi için elbette ki bazı mahkemelerin görevlendirilmesi mümkündür. Ancak bunun fiilden önce kurulması ve yetkilendirilmesi gerekmektedir. Bu haliyle hüküm Anayasanın 37. maddesine aykırı bulunmaktadır.[185]

SONUÇ

5411 sayılı Bankacılık Kanunu mülga Bankalar Kanunu'na benzer olarak banka personeli tarafından gerçekleştirilen zimmete geçirme eylemini özel olarak düzenlemiştir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere 160. maddede bankacılık zimmeti ve zimmet benzeri suç olarak 2 ayrı suç tipi öngörülmüştür. 1. ve 3. fıkra incelendiğinde suçların maddi konusunun, failinin ve maddi unsurunun birbirinden farklı olduğu açıktır. Dolayısıyla bu suçların birinin diğerinin nitelikli halini oluşturduğunu söylemek isabetli değildir.

Kanun değişiklikleri dolayısıyla hangi kanunun hangi hükmünün uygulanacağı konusunda genel kanun-özel kanun, lehe kanun incelemelerinin yapılması gerekmekte dolayısıyla suçun işlendiği tarihin tespit edilmesi de hangi kanun uyarınca hüküm kurulacağı açısından özel önem arz etmektedir.

Bankacılık zimmeti malın doğrudan mal edinilmesi suretiyle işlenebildiği gibi kredi ilişkisi çerçevesinde de işlenebilmektedir. Bu sebeple kredi ilişkisinde var olan hukuka aykırılık zimmet suçuna neden olabilecektir. Ayrıca açılan kredide mevcut olan hukuka aykırılığın zamanı da suçun işlenme zamanını tespit etmeyi sağlayacaktır.

Bankacılık zimmeti suçu açısından fıkra hükmünde 'görevi gereği mala zilyet olması' ya da 'koruma ve gözetim yükümlülüğüne sahip olunması' ön şartına yer verilmiştir. Dolayısıyla suçun oluşabilmesi için zilyetliğin zim-

185 OKUYUCU ERGÜN, 2008, s. 177

metten önce gelmesi gerekmektedir.

Nitelikli halin düzenlendiği 2. fıkrada hileli hareketin varlığının kabulü için basit bir iç denetimle ortaya çıkarılamayan zimmeti gizlemek amacı ile yapılmış ve bankayı aldatacak nitelikte bir hareketin varlığını aranmaktadır. Yargıtay bu fıkrada bir bileşik suç öngörüldüğü kanaatindedir. Ayrıca TCK m. 202 hükmü uygulanamayacaktır.

Zimmet benzeri suçun düzenlendiği 3. fıkra ise kanun yapım tekniği açısından eleştirilen bir hükümdür. İlgili fıkranın banka için mi yoksa kredi kuruluşları bakımından mı uygulanacağı doktrinde tartışmaya yol açmaktadır. Ayrıca TMSF'ye devrin yahut faaliyet izninin iptalinin cezalandırma şartı mı olduğu kurucu unsur mu olduğu konusunda da farklı görüşler bulunmaktadır.

160. maddede bir de etkin pişmanlık hükmü düzenlenmiştir. Failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için zimmete geçirilen malların 'aynen iade' edilmesi yahut zararın 'tamamen tazmin' edilmesi gerekmektedir.

Suçun soruşturulması ve kovuşturulmasında BDDK ve TMSF tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulması gerekmektedir. Başvurunun niteliği yukarıda belirtildiği üzere müracaat niteliğindedir. Zimmet benzeri suç açısından ise gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının re'sen de harekete geçebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca ilgililere de dava açma hakkı tanınmıştır.

KAYNAKÇA

AKIN Mustafa, **Bankacılığın Kırmızı Çizgileri Bankacılık Suçları**, Kırmızı kitap, İstanbul, Mart 2015.

ARTUK Mehmet Emin/ALŞAHİN Mehmet Emin, "Objektif Cezalandırılabilme Şartı Ve Zamanaşımı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi** (Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan), Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, İstanbul, ss. 17-44.

ARTUK Mehmet Emin /GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Turhan Kitapevi, 8. Bası, Ankara 2007.

AYTEKİN İNCEOĞLU Asuman, Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

BABA Yasemin, "5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Zimmet Suçu Bağlamında Etkin Pişmanlık Uygulaması", **TAAD**, Yıl:3, Sayı:9, 20 Nisan 2012, ss. 253-280.

BATTAL Ahmet, **Bankalar Kanunu Şerhi**, Ankara 2004.

CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 10. Baskı, İstanbul, Eylül 2017.

DURSUN Selman, "Kıyı (Off-Shore) Bankacılığı ve Ceza Hukuku Sorunları", **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2004.

DURSUN Selman, "Yeni Bankacılık Kanununda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri", **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Ağustos 2007, Sayı 4, ss. 263-276.

ERMAN Sahir, **Ticari Ceza Hukuku**, İstanbul, 1976.

GÖKCAN Hasan Tahsin, **Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, Seçkin Yayınevi, 1. Bası, Ankara, Ocak 2008.

GÜLŞEN Taner, Zimmet Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

GÜNGÖR Devrim, "5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Zimmet Suçu", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:67, Sayı:4, Güz 2009, ss. 23-29.

HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2012.

İTİŞGEN Rezzan, "Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu", **İÜHFM**, C. LXXI, S. 1, 2013, ss. 639-672.

MAHMUTOĞLU Fatih Selami, "Back To Back, Fiduciary, Off-Shore Bankacılık İşlemleri Bağlamında Bankalar Kanunun 22/3 ile 22/4 maddeleri Arasındaki Temel Farklar", **HPD**, 2005, ss. 223-238.

MERAN Necati, **Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet-Rüşvet-İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

OKUYUCU ERGÜN Güneş, "Bankacılık Kanununda Düzenlenen Zimmet Benzeri Suçta 'Bankanın TMSF'ye Devredilmiş ya da Faaliyet İzninin Kaldırılmış Olması' Koşulunun Niteliği", **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 39, Kasım 2009, ss. 29-42.

OKUYUCU ERGÜN Güneş, **Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu**, Doktora tezi, Çakmak Yayınevi, 2008.

ÖZGEN Eralp, 'Bankalar Yasası'nda Yer Alan Adli Suç ve Cezalar', **Bankacılar Dergisi**, Sayı 39, 2001, ss. 42-57.

ÖZGENÇ İzzet, **Zimmet Suçu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.

REİSOĞLU Seza, "5020 Sayılı Kanun'un Bankaları İlgilendiren Düzenlemeleri ve Uygulama Sorunları", **Bankacılar Dergisi**, S. 48, 2004, ss. 28-46.

SÖZÜER Adem, "Yeni Bankacılık Kanununda Suçlar ve Yaptırımlar", **HPD**, S. 5, 2005, ss. 166-191.

TOROSLU Nevzat/TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2019.

TOROSLU Nevzat, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 273, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

TOROSLU Nevzat/FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, Ekim 2017.

TUĞRUL Ahmet Ceylani, **Öğreti ve Uygulamada Zimmet-Banka Zimmeti-Rüşvet ve İrtikap Suçları**, Ertem Basım, Ankara 2012.

YARGITAY KARARLARI

Y. 5. CD, E. 1977 / 1981, K. 1977 / 2684, T. 28.9.1977

Y. 7. CD, E. 2014 / 26876, K. 2017 / 11184, T. 28.12.2017

Y. 7. CD, E. 2015/18086, K. 2015/19687, T. 8.10.2015

Y. 7. CD, E. 2016 / 11825, K. 2016 / 10003, T. 26.10.2016

Y. 15. CD, E. 2013 / 24751, K. 2016 / 2682, T. 24.3.2016

YCGK, E. 2004 / 11-158, K. 2005 / 58, T. 31.05.2005

YCGK, E. 2010 / 7-38, K. 2010 / 79, T. 6.4.2010

YCGK, E. 2011 / 7-210, K. 2011 / 218, T. 1.11.2011

YCGK, E. 2013 / 7-505, K. 2014 / 182, T. 15.4.2014

YARARLANILAN SİTELER

İlgili kanunlar için bkz: www.bddk.org.tr,

www.mevzuat.gov.tr

www.tbmm.gov.tr

www.resmigazete.gov.tr

Yargıtay kararları: www.kazanci.com.tr

ÖZEL HUKUK

YÖNETİM KURULUNUN SEÇİMİNİN FİNANSAL TABLOLARIN MÜZAKERESİYLE İLİŞKİSİ

Doç. Dr. Sıtkı Anlam ALTAY*

Öz: Zorunlu bir organ olan yönetim kurulunun varlığı, anonim ortaklığın fiil ehliyetini sürdürmesinin temel koşuludur. Bu nedenle Türk Ticaret Kanunu'nda yönetim kurulunun seçiminin gündeme bağlılık ilkesiyle ilişkisi konusunda önemli bir istisna getirilmektedir. Buna karşılık, bu istisna, Yargıtay tarafından finansal tabloların müzakeresinin ertelendiği durumlarda yönetim kurulunun seçiminin de ertelenmesi gerektiği doğrultusunda yorumlanmaktadır. Oysa söz konusu istisnanın getiriliş amacı farklıdır. Çalışmada bu istisnanın işlevi ve finansal tabloların müzakeresi ile ilişkisi üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yönetim kurulunun seçimi, gündeme bağlılık ilkesi, finansal tabloların müzakeresi, erteleme, iptal davası.

CORRELATION BETWEEN THE ELECTION OF THE BOARD OF DIRECTORS AND THE DISCUSSION OF FINANCIAL STATEMENTS

Abstract: The existence of the board of directors is the fundamental element of the joint stock corporation's legal capacity. Thus, Turkish Commercial Code prescribes an exception with respect to the relation of the election of board members with the agenda

* Makale Gönderim Tarihi: 14.10.2019. Makale Kabul Tarihi: 22.11.2019.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (ORCID Kimlik No: 0000-0002-0061-4729; aaltay@gsu.edu.tr)

principle. This principle is contrarily evaluated within the framework of a strict inter-dependence with the agenda principle by the Turkish Higher Court of Cassation. This paper aims to determine the legal functions of this exception and its interactions qith agenda principle.

Keywords: Election of the board of directors, agenda principle, the discussion of financial statements, postponement, revocatory action.

KISALTMALAR

aşa. **:** aşağıda

bkz. **:** bakınız

C. **:** cilt

dn. **:** dipnot

ETTK. **:** 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu

GSÜHFD. **:** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

No. **:** Paragraf numarası

prg. **:** Paragraf

R.G. **:** Resmi Gazete

S. **:** sayı

s. **:** sayfa

TTK. **:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

vb. **:** ve benzeri

vd. **:** ve devamı

yuk. **:** yukarıda

GİRİŞ

Finansal tabloların müzakeresinin ve buna bağlı konuların ertelenmesini isteme hakkı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen azlık haklarından biridir. Azlık paysahibi, gerekçe dahi belirtmeksizin[1] bu hakkını kullanabilmekte, erteleme istemi genel kurula yöneltildiğinde, toplantı başkanının finansal tabloların müzakeresiyle buna bağlı konuların karara bağlanmasını en az bir ay süreyle ertelemesi zorunlu hale gelmektedir[2] (TTK.m. 420/1). Bu olasılıkta, söz konusu istem oylanmaksızın bu gündem maddelerinin doğrudan doğruya toplantı başkanı tarafından ertelenmesi söz konusu olmaktadır[3]. Ertelenmesi gereken, toplantının tamamı değil[4], finansal tabloların müzakeresiyle buna bağlı konulara dair gündem maddeleridir. Uygulamada bazen, böyle bir istem ileri sürüldüğünde tüm gündem maddelerinin ertelenmesi tercih edilmektedir.

Bir kez böyle bir istem ileri sürüldüğünde, hangi gündem maddelerinin finansal tabloların müzarekesiyle bağlı olduğu dikkatle tespit edilmelidir.

---

1 TEKİNALP Ünal, "Azlığın Bilançonun Onaylanmasına İlişkin Müzakerenin Ertelenmesi İstemi", **Ord. Prof. Dr. E. Hirsch'e Armağan**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLII, 1976, s. 238; ÇAMOĞLU Ersin, "Azınlığın Bilânço Ertelemesi Gündemdeki Diğer Maddeleri Nasıl Etkiler", **Bilgi Toplumunda Hukuk - Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt I**, Beta, İstanbul, 2003, s. 288; ayrıca birçokları yerine bkz. ÜÇIŞIK Güzin / ÇELİK Aydın, **Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt**, Adalet, Ankara, 2013, s. 285, dn. 59; AKİPEK Seda, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Azlığın Finansal Tabloların Müzakeresini Erteleme Hakkı", Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı (Rona Aybay'a Armağan 1. Cilt), 2014, s. 291 vd. Aksi görüşte MEMİŞ Tekin / ŞİMŞEK Bahar, "Azlığın Finansal Tabloların Müzakeresini Erteleme Hakkı Üzerine Değerlendirmeler", **Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan**, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 792; BOZBEL Savaş, "Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Azınlığın Bilanço Görüşmelerini Erteletmesi (Yeni TTK m. 420)", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, Filiz, İstanbul, 2013, s. 353; ÇAKIRBAY Alperen Sefa, "Finansal Tabloların Müzakeresinin Ertelenmesi", **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 7, 2019, s. 427-428.

2 POROY Reha/ TEKİNALP Ünal/ ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Bası, Vedat, İstanbul, 2019, s. 571, N. 704c; ŞENER Oruç Hami, **Ortaklıklar Hukuku**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2017, s. 490; **MEMİŞ/ ŞİMŞEK**, s. 795; **AKİPEK**, s. 294-295; **BOZBEL**, s. 353.

3 **ÜÇIŞIK/ ÇELİK**, s. 285; BAHTİYAR Mehmet/ HAMAMCIOĞLU Esra, **Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları**, Beta, İstanbul, 2014, s. 109; **ÇAKIRBAY**, s. 424. Toplantı başkanının az ya da çok takdir hakkı olduğu görüşünde **MEMİŞ/ ŞİMŞEK**, s. 796.

4 BAHTİYAR Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Bası, Beta, İstanbul, 2019, s. 311; **MEMİŞ/ ŞİMŞEK**, s. 798.

Öğretide[5] ve içtihatlarda[6], yıllık faaliyet raporunun müzakeresinin[7], bağımsız denetim raporunun onanmasının[8], yönetim kurulu üyelerinin ve bağımsız denetçinin[9] ibrasının ve kâr dağıtımının; finansal tabloların müzakeresine bağlı konular olduğu noktasında bir duraksama bulunmamaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin seçimine ve azline ilişkin kararın finansal tabloların müzakeresine bağlı olup olmadığı konusunda ise Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, ilkin bu maddenin finansal tablolara bağlı olmadığı yönünde karar verirken, 2014 yılından bu yana, tam tersi yönde görüş oluşturmuştur.

Çalışmamızın amacı da, finansal tabloların müzakeresine bağlı konuların belirlenmesi için ele alınacak ölçütü belirlemek ve bu ölçüt ışığında yönetim kurulu üyelerinin seçiminin finansal tabloların müzakeresine bağlı olup olmadığını belirlemektir. Bu amaçla ilkin finansal tabloların görüşül-

---

5 **ÇAMOĞLU (POROY/ TEKİNALP)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 571, N. 704d; **ÇAMOĞLU**, s. 289 vd.; **MEMİŞ/ ŞİMŞEK**, s. 799 vd.; **BOZBEL**, s. 351 vd.

6 Yargıtay'ın bu konudaki öne çıkan kararları için bkz. aşa. dn. 20 vd.

7 Yıllık faaliyet raporu, TTK.m. 516 hükmünde belirlenen bazı unsurları itibariyle finansal bir boyutu da barındırdığından ve TTK.m. 397/1 uyarınca bu finansal bilgilerin finansal tablolarla örtüşmesi gerektiğinden, tabloların müzakeresinin ertelenmesi, yıllık faaliyet raporunun müzakeresinin de ertelenmesini zorunlu kılar, bu hususta bkz. aşa. dn. 45.

8 Bağımsız denetim, niteliği itibariyle bir hesap denetimi olduğundan (bkz ÖZKORKUT Korkut, **Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim**, 2. Baskı, BTHAE, Ankara, 2013, s. 213 vd.), diğer bir ifadeyle finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporundaki finansal bilgilerin gerçeğe ve muhasebe standartlarına uygunluğunu konu edindiğinden, finansal tabloların müzakeresiyle bağımsız denetim raporunun onanması arasında birebir, doğrudan ve mutlak bir ilinti vardır.

9 Bağımsız denetçi, organ değildir; bkz. TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Bası, Vedat, İstanbul, 2015, s. 481, N. 17-12; **BAHTİYAR**, s. 262; **ÖZKORKUT**, s. 267; KIRCA İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal / MANAVGAT Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1**, BTHAE, Ankara, 2013, s. 390-394; ALTAY Sıtkı Anlam, Bağımsız Denetim Karşısında Anonim Ortaklık Organlarının İşleyişi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, GSÜHF, 2010/1, C.2, s. 965 vd.YARGITAY 11. HD., 25.1.2016, 2015/6567 E., 2016/674 K., (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, Çevrimiçi: 01.10.2019). Bununla birlikte Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik ("Genel Kurul Toplantıları Yönetmeliği", RG. 28.11.2012, 28481) m. 10 hükmünde, olağan genel kurul gündeminde "denetçilerin ibrasından" söz edilmektedir. Bundan bağımsız denetçinin mi, yoksa geçiş döneminde ETTK. döneminden gelen ve ortaklığın tercihine göre ihtiyari bir organ olarak korunması söz konusu olabilen denetim organının mı kastedildiği belli değildir. Ancak Yönetmelik'in çeşitli hükümlerinde bağımsız denetçiden "denetçi" olarak söz edildiği de kaydedilmelidir.

mesinin ertelenmesine dair pozitif düzenlemelere göz atılacak, ikinci olarak Yargıtay'ın bu konudaki içtihatlarına yer verilecektir. Son aşamada ise finansal tabloların görüşülmesinin ertelenmesine ve gündeme bağlılık ilkesine ilişkin pozitif düzenlemelerin amacından hareketle, yönetim kurulu üyelerinin seçiminin finansal tabloların görüşülmesine bağlı bir gündem maddesi niteliğinde olup olmadığı tartışılacaktır.

I. FİNANSAL TABLOLARIN GÖRÜŞÜLMESİNİN ERTELENMESİNE, GÜNDEME BAĞLILIK İLKESİNE VE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SEÇİMİNE İLİŞKİN POZİTİF DÜZENLEMELERİN İNCELENMESİ VE ANA HATLARIYLA DEĞERLENDİRİLMESİ

Finansal tabloların görüşülmesinin ertelenmesine ilişkin TTK.m. 420 hükmünün, konumuzla ilgili kesiti şu şekildedir:

IV - Toplantının ertelenmesi

MADDE 420- (1) Finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konular, sermayenin onda birine, halka açık şirketlerde yirmide birine sahip pay sahiplerinin istemi üzerine, genel kurulun bir karar almasına gerek olmaksızın, toplantı başkanının kararıyla bir ay sonraya bırakılır.

Görüldüğü üzere, hükmün içeriği, finansal tabloların müzakeresine ve buna bağlı konulara ilişkin gündem maddesinin ertelenmesini düzenlediğinden, "Toplantının Ertelenmesi" başlığı isabetsizdir[10]. Aynı anlayış, Genel Kurul Toplantıları Yönetmeliği'ne de yansımıştır (Genel Kurul Toplantıları Yönetmeliği m. 10/4, 28).

Gündeme bağlılık ilkesini yansıtan TTK.m. 413/3 hükmü, yönetim kurulu üyelerinin seçiminin ve azlinin finansal tabloların görüşülmesiyle ilişkisine dair bir faraziye getirmektedir:

II - Gündem

MADDE 413- (3) Yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi yılsonu finansal tablolarının müzakeresi maddesiyle ilgili sayılır.

TTK.m. 420 hükmüne ilişkin madde gerekçesinde, hükmün ETTK. m.

---

10 Aynı yönde **BOZBEL**, s. 349.

377 hükmünün devamı niteliğinde olduğunun ötesinde bir açıklamaya yer verilmezken[11], TTK.m. 413'e ilişkin madde gerekçesinde sözkonusu ilinti, şu şekilde izah edilmektedir:

Madde 413 – *Hükmün son fıkrası yenidir. Bu madde genel kurula yönetim kurulu üyelerini her olağan genel kurul toplantısında görevden alabilme olanağını vermektedir. Hükmün temelindeki mantık şudur: Genel kurul yılsonu finansal tablolarının ve yıllık faaliyet raporunun ortaya koyduğu sonuçlardan memnun kalmamışsa yönetim kurulunu değiştirebilmelidir; icraatı beğenilmeyen bir yönetim kurulu süre endişeleriyle görevde tutulmamalıdır.*

Yönetim kurulu üyelerinin seçimini düzenleyen TTK.m. 359, seçimle ilgili gündem maddesine ilişkin bir özellik arz etmemektedir. Buna karşılık TTK.m. 364/1'in ilk cümlesi, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasına ilişkin şu hükmü içermektedir:

III - Görevden alma

MADDE 364- (1) Yönetim kurulu üyeleri, esas sözleşmeyle atanmış olsalar dahi, gündemde ilgili bir maddenin bulunması veya gündemde madde bulunmasa bile haklı bir sebebin varlığı hâlinde, genel kurul kararıyla her zaman görevden alınabilirler.

TTK.m. 364 hükmüne ilişkin madde gerekçesinde, ilk kez Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan bu düzenlemenin konuluş amacı, şu şekilde açıklanmaktadır:

Madde 364 – Birinci fıkra: *Maddenin birinci fıkrası, uygulamada sorun yaratan ve Yargıtay kararlarında farklı tarihlerde değişik yönde sonuçlara bağlanmış bulunan, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmalarının gündeme bağlılık ilkesinin kapsamında olup olmadığı sorununu, menfaatler dengesine uygun bir şekilde çözüme kavuşturmak amacıyla öngörülmüştür. Kural şudur: Bir üyenin görevden alınabilmesi için gündemde bu yolda hüküm bulunması şarttır. Ancak haklı sebepler varsa, genel kurul, gündemde madde bulunmasa bile üyeyi azledebilecektir. Genel kurulun güvenini yitiren,*

---

11 İki hükmün karşılaştırması için bkz. **AKİPEK**, s. 289-290; ayrıca bkz. **BOZBEL**, s. 339 vd. İki hüküm arasında, TTK.m. 413/3 hükmü nedeniyle, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi noktasında farklılık oluştuğu yönünde MOROĞLU Erdoğan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler**, 8. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 238.

hakkında haklı bir sebep mevcut olan bir üyeyi genel kurulun sadece gündeme bağlılık ilkesi dolayısıyla ileriki gündeminde görevden alma bulunan bir toplantıya kadar yönetim kurulunda tutmak zorunda bırakılması, anılan ilkenin amacına aykırıdır. Hüküm haklı sebebin niteliği ile ilgili herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Inter alia, yolsuzluk, yetersizlik, bağlılık yükümünün ihlâli, bir çok şirkette üyelik sebebiyle görevin ifasında güçlük, geçimsizlik, nüfuzun kötüye kullanılması, haklı sebeptir. Sadece politik nitelik taşıyan bir sebep, özellikle bilgisi ve ehliyeti ile yararlı olan bir üye yönünden haklı sebep oluşturulması ratio legis'e uymayabilir.

Böylelikle, TTK.m. 364/1 hükmü, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması açısından; ki görevden alma, zorunlu olarak yeni yönetim kurulu üyesinin veya üyelerinin seçimini beraberinde getirecektir; gündeme bağlılık ilkesinin etkilerini yumuşatmaktadır. Madde gerekçesinde, görevden alma için açıkça *"bu yolda"* bir hüküm bulunmasını öngörmektedir. Gerekçe'deki bu ifade, "açıkça görevden almayı kapsayan bir gündem maddesini" kapsamaktadır. Oysa hükümde ilk aşamada "ilgili bir maddenin bulunmasından" söz edilmektedir ve bu itibarla hüküm geniş yorumlanarak, açıkça görevden almaya dair bir gündem maddesinin bulunmadığı durumlarda görevden almayı gerektirebilecek bir başka gündem maddesinin de azle elverişli olduğu sonucuna varmak gerekir[12]. Örneğin somut bir gündem maddesi çerçevesinde bir şubenin zararlarının tartışıldığı ve buna bağlı olarak şubenin kapatılmasının değerlendirildiği bir genel kurul toplantısında, şubenin işlemleri nedeniyle ortaklığın uğradığı zararlara, o şubeye ticari temsilci olarak atanmış bir yönetim kurulu üyesinin güven kaybına yol açacak düzeyde kusurlu davranışlarının yol açtığı tespit edilirse, o yönetim kurulu üyesinin azli mümkün olmak gerekir.

Azil yönünden gündeme bağlılık ilkesini yumuşatan TTK.m. 364/1, ayrıca gündemde madde bulunmaması halinde dahi haklı sebeple azle olanak tanıdığından, azli haklı kılan bir gündem maddesinin varlığı halinde, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınabileceğini, evleviyetle kabul etmek gerekir.

---

12 **TEKİNALP**, Yeni Hukuk, s. 235, N. 12-25; **BAHTİYAR**, s. 162; **BAHTİYAR/ HAMAMCIOĞLU**, s. 30; **ŞENER**, s. 365; **ÇAMOĞLU (POROY/ TEKİNALP)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 401, N. 549; BİLGİLİ Fatih / DEMİRKAPI Ertan, **Şirketler Hukuku**, 9. Basım, Dora, Bursa, 2013, s. 411; YAĞCIOĞLU Kaan Muharrem, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeliğinin Sona Ermesi**, Adalet, Ankara, 2018, s. 131.

Genel kurulun yönetim kurulu üyelerini azletmelerinin gündeme bağlılık ilkesiyle ilişkisi, azlin geçerli olduğu durumlarda, mecburi olarak yönetim kurulu üyelerinin seçilmesini gerektirdiğinden, inceleme konumuz ile doğrudan ilintilidir. TTK.m. 364, 413 ve 420 hükmü birarada incelendiğinde; ilkin yönetim kurulu üyelerinin seçiminin, genel kurulda karara bağlanacak her konu (gündem maddesi) gibi gündeme bağlılık ilkesine tabi olduğu açıktır. Bununla birlikte, ortaklığın, özellikle özen veya sadakat borcunu ihlal eden yönetim kurulu üyelerine mahkum kalmasını engellemek üzere, yönetim kurulu üyelerinin azli açısından TTK.m. 364, olabildiğince geniş bir hareket alanı tanımaktadır: Yönetim kurulu üyelerinin azli açıkça bir gündem maddesine konu olmasa dahi, ilintili bir gündem maddesinin varlığı veya başlı başına azli gerektiren bir haklı sebebin varlığı, azil için yeterlidir[13] ve bu olasılıkta gündeme bağlılık ilkesinin ihlaline bağlanan iptal edilebilirlik yaptırımının uygulanması söz konusu olmaz[14].

Azlin söz konusu olduğu durumlarda, boşalan üyeliklerin yine hemen genel kurul tarafından doldurulması veya tüm üyeler azledildiyse tümüyle yeni yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi zorunluluğu doğar. Böylelikle azil varsayımıyla sınırlı olarak, ilintili bir gündem maddesine veya haklı sebebe istinaden gündeme bağlı kalmaksızın yönetim kurulu üyelerini azledebilen genel kurulun, buna koşut olarak yeni yönetim kurulu üyelerini de yine gündeme bağlılık ilkesinin ihlaline bağlanan yaptırıma özgü muafiyetten yararlanarak seçebileceği sonucuna varılmalıdır[15]. Kişisel görüşümüzce, genel kurul sırasında vaki olan bir istifa üzerine de TTK.m. 364/1 kıyasen uygulanmalıdır. İstifa bizatihi haklı sebep olarak nitelendirilmelidir.

---

13 **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT)**, s. 459; **BAHTİYAR**, s. 162; **BAHTİYAR/ HAMAMCIOĞLU**, s. 31; **ÜÇIŞIK/ ÇELİK**, s. 394; **ŞENER**, s. 365-366; **TEKİNALP**, Yeni Hukuk, s. 235, N. 12-25; **ÇAMOĞLU (POROY/ TEKİNALP)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 401, N. 549; MEMİŞOĞLU Özgür, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Gündemi, Gündeme Bağlılık İlkesi ve İstisnaları", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 133, 2014, s. 77; **YAĞCIOĞLU**, s. 133.

14 **ÜÇIŞIK/ ÇELİK**, s. 281-282; tartışma ve görüşler için bkz. MOROĞLU, Erdoğan, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 8. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 106 vd.; **MEMİŞOĞLU**, s. 95 vd.

15 Aynı yönde **BAHTİYAR**, s. 163; **MOROĞLU**, Değerlendirme ve Öneriler, s. 174; **AKİPEK**, s. 310. Ayrıca bkz. **ÇAMOĞLU (POROY/ TEKİNALP)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 390, N. 544.

Bununla birlikte yönetim kurulu üyelerinin seçimi, sadece azil sebebine istinaden gündeme gelmez. Yönetim kurulu üyelerinin görev sürelerinin dolması (TTK.m. 362) veya üyeliği kendiliğinden sona erdiren bir sebebin ortaya çıkması (TTK.m. 363/2) da yeni üye seçimini gerektirebilir[16]. Azil dışındaki sebeplerle yönetim kurulu üyelerinin seçimi söz konusu olduğunda, gündeme bağlılık ilkesinin gereği olarak, seçimin gündemde yer alması gerekir. İncelememize konu olan hukuki sorun da tam bu noktada karşımıza çıkmaktadır: Hem finansal tabloların müzakeresinin hem de yönetim kurulu üyelerinin seçiminin gündemde yer aldığı durumlarda, finansal tabloların müzakeresinin ertelenmesi, üye seçiminin de ertelenmesini zorunlu kılar mı?

Kişisel görüşümüzce, bu soruya olumsuz yanıt verilmesi gerekmektedir. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ortaya koyacağımız üzere, bir tüzel kişi niteliğini taşıması nedeniyle anonim ortaklığın örgütlenme yapısı ve organsızlığın önlenmesi, doğrudan doğruya kamu düzenini ilgilendirmektedir. Üstelik genel kurul, organsızlık tehdidi söz konusu olmadan da, ihtiyaç duyulan her durumda yönetim kurulunu seçebilmelidir. Bu itibarla, kişisel görüşümüzce genel kurulun gündeminde yer alan yönetim kurulu üyelerinin seçimi maddesinin, finansal tabloların müzakeresiyle olan ilintisine rağmen, hiçbir surette finansal tabloların görüşülmesinin ertelenmesinden etkilenmemesi gerekir. Zira kanaatimizce TTK.m. 420 hükmünün kurduğu bağıntı, sadece finansal tabloların müzakeresiyle nedensellik ilişkisi içinde bulunan gündem maddeleri için geçerlidir. Yönetim kurulu üyelerinin seçimi yönünden ise; finansal tabloların görüşülmesi ile bir ilinti mevcut ise de, bu ilinti nedensellik düzeyinde değildir[17].

Buna karşılık, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bu konudaki kararları, 2014 yılından bu yana aksi yöndedir. Aşağıda ilkin bu kararları aktardıktan sonra, görüşümüzün dayanaklarını açıklayacağız.

---

16 **BAHTİYAR**, s. 241-242; **BİLGİLİ/ DEMİRKAPI**, s. 409; **ÇAMOĞLU (POROY/ TEKİNALP)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 404, N. 551a vd.; **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT)**, s. 467 vd.; **ÜÇIŞIK/ ÇELİK**, s. 393 vd. Kamu tüzel kişilerinin ortaklığın yönetim kuruluna yönetici ataması hâlinde de üç yıllık sürenin uygulanacağı hususunda **BAHTİYAR**, s. 242.

17 Aynı yönde **AKİPEK**, s. 309. "Ertelenmesi ile etkilenecek" şeklindeki ölçüt için bkz. **TEKİNALP**, Erteleme, s. 237.

II. YARGITAY KARARLARI KAPSAMINDA YÖNETİM KURULU SEÇİMİNİN FİNANSAL TABLOLARIN MÜZAKERESİYLE İLİŞKİSİ

TTK.m. 420 kapsamında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2014 yılında verdiği kararında, ETTK. kapsamında[18] oluşturduğu içtihadı sürdüren bir görüş benimsemiştir. Daire, anılan kararında, yönetim kurulu üyelerinin seçiminin finansal tabloların müzakeresiyle ilişkili olmadığını ortaya koymuştur:

YARGITAY 11. HD., 18.02.2014, 2013/12519 E., 2014/2803 K.[19]

2-) Dava, anonim şirket genel kurul kararının iptali istemine dair olup 1/10 azınlık pay sahibi olan davacı, genel kuruldaki görüşmeler başlamadan genel kurul tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 6102 Sayılı Kanunun 420. maddesi gereğince finansal tabloların müzakeresi ile buna bağlı konuların ertelenmesini talep etmiş, genel kurul tarafından bu talep oylanarak reddedilmiş ve bu sebeple finansal tablolar görüşülerek oylanmıştır. Ancak 6102 Sayılı Kanunun 420. maddesi gereğince sermayenin 1/10'ine sahip ortaklar tarafından finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konuların ertelenmesi talep edildiğinde genel kurul başkanının başkaca hiçbir işlem yapmaksızın bu konuların görüşmesini bir ay sonraya bırakması gerekir. Kanunun bu açık hükmüne rağmen genel kurulda davacının bu isteminin reddedilerek bilanço ve gelir tablolarının oylanarak onanması, yönetim ve denetim kurulunun ibralarının görüşülmesi ve oylanması doğru olmayıp, mahkemece bu sebeple bu gündem maddelerinde alınan kararların iptali doğru ise de yönetim ve denetim kurulu üyelerinin seçimi ve yönetim kurulu üyelerine izin verilmesine dair gündem maddeleri TTK'nın 420. maddesinde gösterilen 'finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konular' kapsamında bulunmamaktadır. Dairemizin yerleşmiş kararları da bu yöndedir. (Yargıtay 11. HD. 1.12.1992-E.5600/K.11038; 16.6.1994-E.7027/K.5107, 4.3.2002-E.9539/K.1757) Bu nedenle, mahkemece genel kurulun 9 numaralı yönetim kurulunun seçimi, 10 numaralı murakıp seçimi ve 12 numaralı yönetim kuruluna yetki verilmesi maddelerinin iptali doğru olmayıp, mahkemece verilen kararın bu yönden davalı yararına bozulması gerekmiştir.

---

18 Mülga kanun zamanındaki doktrin ve yargı görüşlerinin toplu bir anlatımı için bkz. **AKİPEK**, s. 304-310; **MEMİŞ/ ŞİMŞEK**, s. 800 vd.

19 Kazancı Hukuk Otomasyonu Programı, www.kazanci.com (Çevrimiçi: 01.10.2019).

Yüksek Daire'nin bu karardan sonraki tüm kararları ise, aksi yöndedir. Diğer bir anlatımla Yargıtay, genel kurulda azlığın finansal tabloların görüşülmesinin ertelenmesi halinde, yönetim kurulunun seçilmesine ilişkin gündem maddesinin de karara bağlanamayacağına, aksi doğrultuda hareket edildiği takdirde, yönetim kurulu üyelerinin seçilmesine dair kararın TTK.m. 445 uyarınca iptale tabi olduğuna hükmetmektedir:

YARGITAY 11. HD. 18.6.2014, 2014/5349 E. 2014/11711 K.[20]

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, 6102 Sayılı TTK'nın 420 (1) maddesinde "Finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konular, sermayenin onda birine, halka açık şirketlerde yirmide birine sahip pay sahiplerinin istemi üzerine genel kurulun bir karar almasına gerek olmaksızın, toplantı başkanının kararıyla bir ay sonraya bırakılır', gündem başlıklı 413/3. maddesinde ise "yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi yıl sonu finansal tabloların müzakeresi maddesiyle ilgili sayılır." hükmüne yer verildiği, somut uyuşmazlıkta 25.3.2013 tarihli genel kurul tutanağının 1 numaralı bendinde davacıların talebi üzerine bu konuların müzakeresinin 1 ay sonraya ertelendiği duyurulmuş olup TTK'nın 413/3. maddesi uyarınca yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi hususunda karar alınmasının mümkün olmayacağı, TTK'nın 413/3. fıkrası düzenlemesi karşısında davaya konu olağan genel kurulda eski yönetim kurulu üyeleri ile birlikte yenilerinin seçilmesine dair karar alınması mümkün olamayacağı gerekçesiyle davanın kabulüyle 25.3.2013 tarihli olağan genel kurul toplantısının 5 numaralı kararının iptaline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

---

20 Kazancı Hukuk Otomasyonu Programı, www.kazanci.com (Çevrimiçi: 01.10.2019).

YARGITAY 11. HD., 23.03.2016, 2015/7411 E. , 2016/3247 K.[21]

Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, 6102 Sayılı TTK'nın 420/1. maddesinde " finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konular sermayenin 1/10 ne halka açık şirketlerde 1/20'ye sahip pay sahiplerinin istemi üzerine genel kurulun bir karar almasına gerek olmaksızın toplantı başkanının kararı ile bir ay sonraya bırakılır." , gündem başlıklı 413 (3) maddesinde ise " yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi yıl sonu finansal tablolarının müzakeresi maddesiyle ilgili sayılır. " hükmüne yer verildiği, somut uyuşmazlıkta 25.3.2013 tarihli genel kurul tutanağının 1 numaralı bendinde davacıların talebi üzerine bu konuların müzakeresinin 1 ay sonraya ertelendiği duyurulmuş olup, TTK 413/3. maddesi uyarınca yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçilmeleri hususunda karar alınmasının mümkün olmayacağı, TTK 413/3. fıkrası düzenlemesi karşısında davaya konu olağan genel kurulda eski yönetim kurulu üyeleri ile birlikte yenilerinin seçilmesine dair karar alınması mümkün olmayacağı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, somut olayda Yönetim Kurulu üye adaylarının tamamının önceki faaliyet döneminde de aynı görevi ifa etmiş ve bunların ertelemeye rağmen aynı genel kurulda tekrar yönetici olarak seçilmelerine dair olmasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

YARGITAY 11. HD., 12.12.2016, 2098/ 9484[22]

…..Asıl davaya yönelik temyiz itirazlarına gelince, asıl dava davalı şirketin 25.03.2013 tarihli genel kurul toplantısında alınan (4) numaralı kararın iptali istemine ilişkindir. Davacılar, davalı şirketin azınlık hisse ortağı olup, genel kurulda finansal tablolar, raporlar ve ibranın TTK 420. maddesi uyarınca ertelenmesini talep etmiş, genel kurul tarafından bu görüşmeler

---

21 Kazancı Hukuk Otomasyonu Programı, www.kazanci.com (Çevrimiçi: 01.10.2019).

22 Söz konusu karar aleyhine karar düzeltme isteminde bulunulmuş; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, karar düzeltme istemini de reddetmiştir : YARGITAY 11. HD., 17.12.2018, 2017/1422 E., 2018/7959 K. Her iki karar için bkz. Kazancı Hukuk Otomasyonu Programı, www.kazanci.com (Çevrimiçi: 01.10.2019).

Yasa gereği ertelenmiştir. Ancak, aynı toplantıda mevcut yönetim kurulu üyeleri görevden alınmış ve yeni yönetim kurulu seçimine gidilerek eski yönetim kurulu üyelerinin bir kısmı yeniden yönetim kurulu üyesi olarak seçilmiştir. TTK' nın 413. maddesine göre, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi yılsonu finansal tablolarının müzakeresi maddesiyle ilgili sayılır. Bu durumda yılsonu finansal tablolar müzakere edilip genel kurulca kabul edilmediği müddetçe yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması ve yeniden seçime gidilmesi mümkün olamayacağından asıl davanın kabulüyle 25.03.2013 tarihli genel kurul toplantısında alınan (4) numaralı kararın iptali gerekirken, mahkemece yukarda yazılı gerekçelerle asıl davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir….

YARGITAY 11. HD., 14.09.2017, 2016/5118 E.,2017/4360 K.[23]

…..2-) Dava, davalı şirketin 29/04/2014 tarihli genel kurulunda yönetim kurulunun ve denetçinin seçimine yönelik 4 numaralı, yönetim kuruluna ücret ödenmesine yönelik 5 numaralı, yönetim kuruluna yetki ve izin verilmesine yönelik 6 ve 7 numaralı maddelerle alınan kararların iptali istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davaya konu genel kuruldaki görüşmeler başlamadan genel kurul tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 6102 Sayılı Kanun'un 420. maddesi gereğince finansal tabloların müzakeresi ile buna bağlı konuların ertelenmesini talep etmiş, davacı vekilinin bu erteleme talebi doğrultusunda 2013 yılına ait finansal tablolar, bilanço ve kâr zarar hesaplarının okunması, müzakeresi ve tasdiki maddesiyle buna bağlı olan gündemin 4 ve 5 maddelerinin görüşülmesi 1 ay sonraya ertelenmiş; böylece finansal tabloların görüşülmesi ve bununla irtibatlı konulardan olan yönetim kurulu üyelerinin ibrasının bir ay sonraya bırakıldığı anlaşılmıştır.Dava konusu genel kurulun 4. maddesiyle, davacı vekilinin yönetim kurulu üyeleri ve denetçinin seçimi hususu bilançoya bağlı maddelerden sayıldığından ve ibra maddesi ertelenmiş olduğu için eski yönetim kurulu üyeleri ile denetçinin seçimine dair maddenin görüşülmesinin uygun olmadığı yönündeki muhalefetine rağmen ibrası ertelenen eski yönetim kurulu başkan ve üyeleri davacı vekilinin 90.943 muhalefet oyuna karşılık 366.057 kabul oyuyla çoğunlukla yeniden yönetim kuruluna seçilmişlerdir. 6102 Sayılı TTK' nın 420. maddesi gereğin-

23 Kazancı Hukuk Otomasyonu Programı, www.kazanci.com (Çevrimiçi: 01.10.2019).

ce sermayenin 1/10'ine sahip ortaklar tarafından finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konuların ertelenmesi talep edildiğinde genel kurul başkanının başkaca hiçbir işlem yapmaksızın bu konuların görüşmesini bir ay sonraya bırakması gerekmekte olup, 6102 Sayılı TTK'nın 413. maddesi uyarınca yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi finansal tabloların müzakeresi maddesiyle ilgili sayılmalıdır.

Dolayısıyla finansal tabloların müzakeresi ile buna bağlı olan yönetim kurulu üyelerinin ibrasının ertelenmiş olması nazara alındığında yönetim kurulunun seçimine dair davalı şirketin genel kurulunun 4. maddesinin görüşülmesinin de ertelenmesi gerekirken görüşülerek eski yönetim kurulu üyelerinin seçimine karar verilmesi yerinde görülmemiştir……Bu suretle; davaya konu davalı şirketin olağan genel kurulunun 4 numaralı maddesiyle alınan yönetim kurulunun seçimine dair kararın ve 5. maddesi uyarınca huzur hakkı belirlenmesine dair olarak alınan kararın iptali gerekirken, yanılgılı değerlendirmelerle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.

YARGITAY 11. HD., 22.11.2017, 2016/4120 E., 2017/6419 K[24].

Davacılar vekili; müvekkillerinin davalı şirkette azınlık pay sahibi olduğunu, 25/03/2013 tarihli Olağan Genel Kurul Toplantısında TTK madde 420'ye istinaden finansal tabloların görüşülmesinin ertelenmesi yönünde karar verilmesine rağmen aynı toplantıda önceki yönetim kurulu üyelerinin tekrar yönetim kurulu üyesi olarak seçilmelerinin kanuna aykırı olduğunu ileri sürerek davalı şirketin 25/03/2013 tarihli Genel Kurul Toplantısının 5 numaralı kararının iptalini talep ve dava etmiştir.

….Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; TTK'nun 420. maddesi uyarınca finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konuların görüşülmesi ertelenmiş iken mevcut yönetim kurulu üyelerinin görevden alınıp yeniden seçilmelerinin mümkün olmadığı, davaya konu 25/03/2013 tarihli Genel Kurul Toplantısında alınmış 5 numaralı kararın iptal edilebilir nitelikte olduğu, her ne kadar dava açıldıktan sonra 24/06/2013 tarihinde yapılan Genel Kurul Toplantısında yeni yönetim kurulu üyeleri seçilmişse de dava açıldığı tarih itibariyle davacıların taleplerinde haklı olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.Kararı,

---

24 Kazancı Hukuk Otomasyonu Programı, www.kazanci.com (Çevrimiçi: 01.10.2019).

davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

YARGITAY 11. HD., 04.06.2018, 2016/11091 E., 2018/4259 K[25].

….2-) Dava, davalı şirketin 19/07/2014 tarihli genel kurulunda alınan kararların iptali istemine dair olup, mahkemece yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiştir. Davacılar, davaya konu genel kuruldaki, genel kurul tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 6102 Sayılı Kanun'un 420. maddesi gereğince finansal tabloların müzakeresi ile buna bağlı konuların ertelenmesini talep etmiş, davacıların erteleme talebi doğrultusunda 2012-2013 yılına ait finansal tabloların okunması ve müzakeresine dair gündemin 5. maddesinin görüşülmesinin 1 ay sonraya ertelenmesine karar verilmiştir. Davacılar tarafından genel kurulun 6. maddesinde yönetim kurulu üyelerinin seçimi hususu bilançoya bağlı maddelerden sayıldığından finansal tabloların okunması ve müzakeresine dair gündem maddesinin ertelenmesine karar verildiğinden yeni yönetim kurulu üyelerinin seçiminin de ertelenmesi talep edilmiş ancak, genel kurulca yeni yönetim kurulu üyeliğine seçim yapılmıştır. 6102 Sayılı TTK'nın 420. maddesi gereğince sermayenin 1/10'ine sahip ortaklar tarafından finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konuların ertelenmesi talep edildiğinde genel kurul başkanının başkaca hiçbir işlem yapmaksızın bu konuların görüşmesini bir ay sonraya bırakması gerekmekte olup, 6102 Sayılı TTK'nın 413. maddesi uyarınca yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi finansal tabloların müzakeresi maddesiyle ilgili sayılmalıdır.

Dolayısıyla finansal tabloların müzakeresinin ertelenmesine karar verildiği halde buna bağlı konulardan olan yönetim kurulu üyelerinin seçimine dair davalı şirketin genel kurul gündeminin 6. maddesinin görüşülmesinin de ertelenmesi gerekirken bu maddenin görüşülerek yeni yönetim kurulu üyelerinin seçimine karar verilmesi doğru görülmediği gibi davaya konu genel kurul toplantı gündeminin 4. maddesine dair yönetim kurulu ve denetim kurulu üyelerinin ibralarına dair gündem maddesinin de görüşülerek karar

---

25 Kazancı Hukuk Otomasyonu Programı, www.kazanci.com (Çevrimiçi: 01.10.2019).

verilmesi doğru görülmemiş, davacılar vekilinin gündemin 4. ve 6. maddelerine yönelik temyiz itirazlarının kabulüyle kararın davacılar yararına bozulması gerekmiştir.

Anılan karara ilişkin karar düzeltme istemi üzerine Daire'nin tesis ettiği karar da aynı doğrultudadır. Yargıtay, yönetim kurulu üyelerinin seçimine dair kararın finansal tabloların müzakeresiyle ilişkili olduğu yönündeki görüşü kapsamında, aksi doğrultuda hareket edilmesinin iptal edilebilirliği beraberinde getireceğine, bu nedenle TTK.m. 413/3 hükmüne aykırılık halinde ayrıca TTK.m. 445 uyarınca kararın iptalinin koşullarının irdelenmesi gerektiğine hükmetmiştir:

YARGITAY 11. HD., 01.07.2019, 2018/357 E. , 2019/4999 K[26].

….2-)Davalı vekilinin dava konusu genel kurulun yönetim kurulu ve denetçi seçimine ilişkin 4 numaralı maddesine yönelik karar düzeltme istemlerinin incelenmesine gelince dava, anonim şirket genel kurul toplantısında alınan kararların iptali istemine ilişkindir. Yukarıda yapılan özetten de anlaşılacağı üzere davacı vekili, davalı şirketin 29/04/2014 tarihli genel kurulunda alınan diğer kararlar yanında yönetim kurulu ve denetçi seçimine yönelik 4 numaralı kararın da iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, davacı şirketin anasözleşmesinin 10.maddesinde yönetim kurulu üyelerinin paydaşlar arasından seçileceği yazılı olup ibra edilmeyen yönetim kurulu üyesinin yeniden seçilemeyeceğine ilişkin kısıtlayıcı hüküm bulunmadığı, davacı vekilinin karara muhalefet edip red oyu kullandığı, bu sebeple 4 numaralı karara ilişkin ileri sürülen iptal sebebinin yerinde görülmediği gerekçesiyle anılan talep yönünden de davanın reddine karar verilmiş ve davacı vekilinin temyizi üzerine karar Dairemizin 14.09.2017 tarih 2016/5118 E. 2017/4360 K. sayılı ilamının 2 numaralı bendinde 6102 Sayılı TTK'nun 420 ve 413/ son maddeleri gereği finansal tabloların müzakeresi ile buna bağlı olan yönetim kurulu üyelerinin ibrasının ertelenmiş olması nazara alındığında yönetim kurulunun seçimine ilişkin davalı şirketin genel kurulunun 4. maddesinin görüşülmesinin de ertelenmesi gerektiği gerekçesiyle davacı yararına bozulmuş ise de dava konusu genel kurul kararı 6102 Sayılı TTK'nun 446. maddesinde düzenlenen iptal davasının koşullarına tabi olmakla sözkonusu karar yönünden iptal koşullarının bulunup bulun-

26 Kazancı Hukuk Otomasyonu Programı, www.kazanci.com (Çevrimiçi: 01.10.2019).

madığının incelenmesi gerekmektedir. Kararların iptalini düzenleyen anılan madde hükmüne göre toplantıda hazır bulunup da alınan karara muhalif kalan ve bu durumu toplantı tutanağına geçiren ortağın söz konusu kararlara karşı iptal davası açma hakkının olduğu belirtilmiştir. Somut olayda, davacı ortağın genel kurulda kendisini vekili aracılığıyla temsil ettirdiği, vekilin iptali istenen maddeye yönelik olarak daha karar alınmadan önce karşı çıktığı, bu şekilde muhalefet durumunun öneriye karşı olup, kararın alınmasından sonra yapılmış bir karşı çıkmanın (muhalefet) bulunmadığı, bu durumda iptal davası açabilmek için kanunun aradığı "alınan kararlara muhalif kalma" koşulunun yerine getirilmediği anlaşıldığından, yönetim kurulu ve denetçi seçimine yönelik 4 numaralı karar yönünden yapılan iptal isteminin dava koşulu yerine getirilmediğinden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle reddine karar verilmesi doğru değilse de bu konudaki ret kararı sonucu itibariyle doğru olduğundan Dairemizin 14.09.2017 tarih 2016/5118 E. 2017/4360 K. sayılı ilamının 2. sayfasındaki 2 numaralı bozma gerekçesinin üçüncü paragrafının ve Dairemiz ilamının 3. sayfasındaki "Bu suretle" ibaresiyle başlayan paragraftaki "...4 numaralı maddesiyle alınan yönetim kurulunun seçimine ilişkin kararın..." ibaresinin bozma ilamından çıkarılarak genel kurulun 4 numaralı maddesiyle karara bağlanan yönetim kurulu ve denetçi seçimine yönelik hükmün açıklanan bu değişik gerekçeyle onanmasına karar vermek gerekmiştir…..

Görüldüğü üzere Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, TTK.m. 413/3 hükmünde finansal tabloların görüşülmesi ile yönetim kurulu üyelerinin seçimi arasında kurulan ilişkiye mutlak bir sonuç bağlamaktadır. Bu yaklaşıma göre, madem ki, kanuna göre yönetim kurulu üyelerinin seçimi, finansal tabloların müzakeresiyle ilişkili sayılır (TTK.m. 413/3), öyleyse finansal tabloların müzakeresinin ertelenmesi doğrudan doğruya yönetim kurulu üyelerinin de seçiminin ertelenmesini zorunlu kılmaktadır. Yargıtay, bu görüşüyle, ortaklığın organsız kalabilme olasılığı üzerinde de durmamaktadır[27].

---

27 Gerçi Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, yönetim kurulu üyelerinin görev süresinin dolmasının, ortaklığın organsızlığına yol açmayacağına, zira bu doğrultuda bir kanun hükmünün bulunmadığına hükmetmiştir; bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 25.02.2014 tarihli 2012/13135 E. ve 2014/3515 K. sayılı kararı (ALTAŞ Soner, **Şirketler Hukukuna İlişkin Yüksek Yargı Kararları**, Seçkin, Ankara, 2016, s. 376-377; **MEMİŞ/ ŞİMŞEK**, s. 806-807, dn. 35). Oysa TTK.m. 530 hükmünün gerekçesi açıktır. Konumuzun sınırları itibariyle bu tartışmaya daha ayrıntılı olarak girmiyoruz. Bu konuda ayrıca bkz. **MEMİŞ/ ŞİMŞEK**, s. 807.

III. FİNANSAL TABLOLARIN GÖRÜŞÜLMESİNE "BAĞLI KONULARIN" BELİRLENMESİ: ÖLÇÜT ARAYIŞI VE GÖRÜŞÜMÜZ

1. Yargıtay'ın Görüşünün Dayandığı Eksenin Belirlenmesi

Yargıtay 2014 yılından bu yana birçok kararında açıkça, finansal tabloların müzakeresi ertelendiği takdirde, yönetim kurulu üyelerinin seçiminin de ertelenmesinin zorunlu olduğu sonucuna varmakta, bu görüşüne TTK.m. 413/3 hükmünü gerekçe göstermektedir. Yüksek Mahkeme, açıkça kararlarında ifade etmemekle birlikte, TTK.m. 420/1 hükmünde yer alan "*finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konular*" ifadesi ile TTK.m. 413/3 hükmünde ifade olunan "*Yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi yılsonu finansal tablolarının müzakeresi maddesiyle ilgili sayılır"* hükmünü, kapsam açısından özdeş görmektedir.

Zira Yüksek Mahkeme, yukarıda alıntılanan kararlarında "madem ki yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi, finansal tabloların müzakeresi maddesiyle ilgili sayılır (TTK.m. 420/1), öyleyse finansal tabloların müzakerelerinin ertelenmesi halinde *"buna bağlı"* konular erteleneceğine göre, yönetim kurulu üyelerinin seçimine dair gündem maddesi de ertelenmelidir" savını benimsemektedir[28]. Yüksek Mahkeme, bu savı benimserken, TTK.m. 364/1 hükmüne ve bu hükmün TTK.m. 413/3 ve 420/1 ile olan ilişkisine değinmemektedir.

2. Ölçütün Saptanması ve Kişisel Görüşümüz

A- Çıkış Noktası : Finansal Tabloların İşlevi

Yönetim kurulu üyelerinin seçiminin, finansal tabloların müzakeresine bağlı olup olmadığının belirlenmesi için, TTK.m. 420 hükmünde öngörülen "bağlı olmak" unsuruna ilişkin ölçütün doğru belirlenmesi gerekir. Buradaki çıkış noktası, finansal tabloların ertelenmesinin öngörülüş amacı ve hukuki işlevidir.

---

28 Yüksek Mahkeme, bu görüşünü iyice kökleştirdiği kararlarda (**bkz. yuk. dn. 20- 25**) TTK.m. 420/1 hükmünü açıkça TTK.m. 413/3 ekseninde değerlendirmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, bir kararında ise TTK.m. 413/3 hükmüne açıkça atıf yapmamasına rağmen aynı eksende ilerlemiştir (bkz. dn. 26'da yer alan karar).

Finansal tablolar, yönetim kurulu tarafından hazırlanan[29] ve genel kurula bir önerme olarak sunulan[30]; ortaklığın finansal durumunu çeşitli cephelerden yansıtan[31] sonuç özetleridir[32]. Kurumsal yönetim kuramı ve paysahipliği değeri[33] kavramının gelişimi, Ortaklıklar Hukuku düzeninde genel kurulun işleyişini daha önemli hale getirmektedir. Üstelik, gerek genel kurulda kullanılması söz konusu olan paysahipliği haklarının birbiriyle ilişkisi[34] gerek bu hakların kişisel görüşümüzce dava haklarının dayanağını ve hukuki sebebini oluşturması, paysahipliği haklarına işlerlik kazandırılması zorunluluğunu artırmaktadır. Özü itibariyle; her paysahipliği hakkının amacına uygun bir şekilde –hakkıyla- kullanılmasının koşulu, paysahibinin doğru bir şekilde bilgilendirilmesidir[35]. Şirketin veya topluluğun bilgi verme yükümlülüğünün

---

29 TOROSLU M. Vefa, **Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Şirketlerde Denetim**, Adalet, Ankara, 2015, s. 154-155; MANAVGAT Çağlar, **Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz**, BTHAE, İstanbul, 2016, s. 205; **TEKİNALP**, Yeni Hukuk, s. 499, N. 17-57.

30 Finansal tabloları bir önerme olmaktan daha öteye taşıyan ise genel kurulun bu yöndeki tasdik kararı olacaktır. Genel kurulun bu tabloları tasdiki gibi reddi de ihtimal dâhilindedir. Ayrıca genel kurul kararıyla finansal tablolarda değişiklik yapılması da mümkündür (**MANAVGAT**, s. 210).

31 Bu tablolardan bilanço, bir finansal durum tablosudur ve işletmenin belirli bir tarihte sahip olduğu varlıklar ile bu varlıkların sağlandığı kaynakları gösterir (PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. II, Tıpkı 2. Basım, Adalet, Ankara, 2015, s. 1883). Kâr/zarar tablosu, belli bir faaliyet döneminde elde edilen dönem kârını ya da zararını gösterme işlevini üstlenir. Nakit akış tablosunun düzenlenmesindeki amaç ise kasa ve bankalardaki nakitler ile herhangi bir vade taşımayan ve tahsili mümkün olan çekleri kaynakları ve kullanım yerlerine göre göstermektir. Son olarak özvarlık değişim tablosu, özkaynak kalemlerindeki artış veya azalışı bütün hâlinde ortaya koymak gayesiyle düzenlenir; bu tanımlar ve detaylı açıklamalar için bkz. **TOROSLU**, s. 179-181.

32 Benzer tanımlar için bkz. **ŞENER**, s. 448. Ayrıca bkz. **TOROSLU**, s. 171; **BOZBEL**, s. 350-351; **TEKİNALP**, Yeni Hukuk, s. 499, N. 17-57; POROY Reha/ TEKİNALP Ünal/ ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, 13. Bası, Vedat, İstanbul, 2017, s. 273, N. 1456 vd.

33 Kavram ve menfaat sahipleri değeriyle ilişkisi yönünden bkz. LEU Daniel, **Variable Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte**, Schulthess, Zurich, 2005, s. 4-10; HELVACI Mehmet / CANKAT Rifat, "Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı", **Sabih Arkan'a Armağan**, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 524 vd.

34 Örneğin genel kurul toplantısına katılmayan ve bir temsilciyi görevlendirmeyen bir paysahibi oy hakkını kullanamaz; TTK.m. 446/2 hükmünün öngördüğü istisnalar dışında iptal davası açamaz; bilgi alma ve özel denetim davalarını da açamaz; ibra önerisi aleyhine oy kullanmadığı içni şirketin uğradığı zararın tazminini dava etme hakkından mahrum kalır.

35 **BAHTİYAR**, s. 308; **ŞENER**, s. 517; **TEKİNALP (POROY/ ÇAMOĞLU)**, Ortaklıklar Hukuku II, s. 50, N. 1007.

sınırları vardır; fakat bu sınırlar yorumlanırken; şirket (ticari sırların korunması) ile paysahibi (bilgi alma) arasındaki menfaat çatışması hassasiyetle dengelenmelidir[36].

Bilgilendirmenin kapsamı hakkında asgari düzeyi, kanun belirlemektedir: Her olağan genel kurulda şirket yönetimi, faaliyet yılına özgü yılsonu finansal tablolarını ve yıllık faaliyet raporunu, genel kurula sunmalıdır. Finansal tabloların tabi olduğu esasları, muhasebe standartları belirler. Yıllık faaliyet raporu (TTK.m. 516) ise, finansal tablolardan çıkarımsanan finansal bilgileri ve yönetim kurulunun geçmiş yıla ilişkin beyanlarını içerir. Bu beyanlar; gerçeğe uygun, doğru ve ortaklığın gidişatı hakkında bilgi verecek denli kapsamlı olmalıdır[37]. Böylelikle yıllık faaliyet raporunun; finansal bilgiler ve bu finansal bilgilerin ortaklığın gidişatı üzerindeki etkisini ilgilendiren yönetsel değerlendirmeler olmak üzere iki cephesi bulunur[38]. Finansal tablolar ve yıllık faaliyet raporu, paysahibinin asgari düzeyde bilgilenmesini sağlar; gerçeğe ve muhasebe standartlarına uygunluk finansal tabloların güvenilirliğini temin ederken, yıllık faaliyet raporu da doğruları eksiksiz olarak yansıttığı ölçüde paysahibinin aydınlanmasını sağlar. Asgari düzeyde bilgilendirmeden kasıt, ortaklığın paysahiplerine her durumda açıklamakla yükümlü olduğu finansal ve yönetsel bilgilerin, paysahiplerine eksiksiz olarak aktarılmasıdır.

B- Ölçüt: Nedensellik

Genel kurul öncesinde finansal tablolar ve yıllık faaliyet raporu paysahibinin incelemesine sunulsa da, haklarını daha etkin bir şekilde kullanabileceği varsayımıyla azlığa finansal tabloların müzakeresini erteletme hakkı tanınmıştır (TTK.m. 420/1). Bu hakkın amacı, azlık paysahibinin faaliyet yılının finansal sonuçlarını daha iyi bir şekilde değerlendirmesi ve haklarını daha bilinçli bir biçimde kullanmasıdır. Uygulamada çoğunluk paysahibinin

---

36 HELVACI Mehmet/ ÇAMURCU Emin/ TÜRKYILMAZ İsmail, "Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı", **Hamdi Yasaman'a Armağan**, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 322-323; **TEKİNALP (POROY/ ÇAMOĞLU**), Ortaklıklar Hukuku II, s. 57, N. 1014 vd. Kaynak İsviçre Hukuku'nun aksine Türk Hukuku'nda, paşsahipliği haklarının kullanılmasına yararlı olması, bilgi alma hakkının koşulu olarak öngörülmemiştir.

37 **ŞENER**, s. 448; **ÇAMOĞLU (POROY/ TEKİNALP)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 368, N. 522g; **TOROSLU**, s. 162.

38 **ÇAMOĞLU (POROY/ TEKİNALP)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 368, N. 522g.

veya imtiyazlı paysahiplerinin menfaatini temsil eden yönetim kurulu üyelerinin[39] eğilimi, "seçilmiş doğruları" aktarmaktır; çoğu zaman azlığın ve bireysel paysahiplerinin de finansal tabloları etüd etmeden genel kurula katıldıkları bilinmektedir. Bu itibarla TTK.m. 420/1, ikinci[40] bir değerlendirme fırsatını azlığa sunmaktadır.

Bu noktada finansal tabloların müzakeresi ertelendiğinde, başkaca konuların da ertelenmesi gerekliliği, finansal tablolarla diğer gündem maddeleri arasındaki sıkı bağıntıdan kaynaklanmaktadır: Kişisel görüşümüzce, TTK.m. 420/1 hükmünde geçen "*buna bağlı konular"* ibaresiyle Kanunkoyucu, "görüşülmesi finansal tabloların görüşülmesine bağlı (bağımlı) olan, finansal tablolar görüşülmedikçe müzakere edilemeyecek" olan konuları kastetmektedir. Açık bir anlatımla, bağlı konuları içeren gündem maddeleri öyle gündem maddeleridir ki, finansal tablolar genel kurulca müzakere edilip bir sonuca bağlanmadıkça[41], o gündem maddeleri hakkında sağlıklı bir karar verilmesi mümkün olamaz. Böylelikle kişisel görüşümüzce "bağlı konular" ibaresi, sadece finansal tablolarla nedensellik ilişkisi içinde bulunan gündem maddelerini kapsar[42]. Bu anlamda TTK.m. 420/1 hükmü uyarınca belirli bir gündem maddesinin sırf finansal tabloların müzakeresinin ertelendiği gerekçesiyle ertelenebilmesi için, bu gündem maddesinin finansal tablolarla doğrudan veya dolaylı fakat alelade nitelikte bir bağıntı içinde olması yeterli olmaz; bu bağıntının nedensellik düzeyinde olması, yani finansal tablolar genel kurulca tartışılmadan ilgili gündem maddesinin tartışılamayacak ol-

---

39 İnançlı yönetim kurulu üyeliği sorunsalı için bkz. YANLI Veliye, İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durum, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1999, s. 655 vd.; KORKUT Ömer, "Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği ve İnançlı Üyeye Verilebilecek Talimatların Sınırı", **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 65, S. 3, 2007, s. 130 vd.

40 Esasen erteleme hakkının bir kez daha kullanılması ve finansal tabloların ve bağlı konuların üçüncü bir genel kurula ertelenmesi mümkün ise de, TTK.m. 420/2 bunu özel koşullara bağlamaktadır: finansal tabloların itiraza uğrayan ve tutanağa geçirilmiş noktaları hakkında, ilgililer tarafından dürüst hesap verme ilkeleri uyarınca cevap verilmemiş olması (**ŞENER**, s. 491; **ÇAMOĞLU (POROY/ TEKİNALP)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 573, N. 704f; **ÇAKIRBAY**, s. 425).

41 Burada bir kere daha, finansal tabloların genel kurulca müzakere edilip tasdik edilmedikçe, değiştirilerek tasdik edilmedikçe ya da onanması reddedilmedikçe sadece bir önerme niteliğini taşıdığına dair görüşümüze yollama yapmakla yetiniyoruz; ayırca bkz. yuk. dn. 30.

42 Hem doğrudan hem dolaylı olarak bağlantılı gündem maddelerinin kapsama dâhil olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. **ÇAMOĞLU**, s. 289.

ması gerekir. Yoksa, genel kurulda alınacak her karar, son tahlilde ortaklığın "imkanları", teknik bir anlatımla özkaynakları ve nakit durumu ile ilintili olduğundan, her kararın finansal tablolarla ilişkili olduğu sonucuna varılabilir. Halbuki bu ilintiyi TTK.m. 420/1 hükmü anlamında yeterli görmek isabetli olmaz; çünkü hükmün amacı kanımızca nedensellik ilişkisine sonuç bağlamaktır.

Sözkonusu ölçütün somut uygulama alanı üzerinde de kısaca durmakta yarar vardır. Bu ölçütün uygulanacağı ilk tipik gündem maddesi, yıllık faaliyet raporunun müzekeresidir. Yıllık faaliyet raporu bir boyutuyla yönetsel[43] bir boyutuyla finansal durumu[44] yansıttığına göre, finansal tablolar görüşülmedikçe yıllık faaliyet raporu müzakere edilmemelidir[45]. Bağımsız denetimin genel hükümlerini düzenleyen TTK.m. 397/1, bunun en açık dayanağıdır[46]. Açıkça, yıllık faaliyet raporu bazı finansal bilgiler içerir; bu finansal bilgiler tamamen finansal tablolara bağlıdır; finansal tablolarla yıllık faaliyet raporu arasında bir nedensellik ilişkisi bulunur. Yönetim kurulu, yıllık faaliyet raporunda paysahiplerine yönelik bir beyanda bulunurken, bu raporda yer verdiği finansal verileri tablolara dayandırmak zorundadır.

Yönetim kurulu üyelerinin ibrası da finansal tablolarla doğrudan doğruya ilintilidir[47]. Finansal tablolar müzakere edilmediği müddetçe, henüz yönetim kurulu tarafından genel kurula yöneltilmiş bir öneri niteliğindedir; tablolar, ancak genel kurulun tasdikiyle ortaklık için bir ölçü haline gelir[48]. Bu yönüyle finansal tablolar, genel kurulda müzakere edilmedikçe, geçen fa-

---

43 Örnek olarak, Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik m. 13 (Riskler ve yönetim organının değerlendirilmesi)

44 Örnek olarak, Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik m. 12 (Finansal durum).

45 **ÇAMOĞLU**, s. 290; **ŞENER**, s. 492. Aksi görüşte **MEMİŞ/ ŞİMŞEK**, s. 808.

46 TTK.m. 397/1, "Yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu içinde yer alan finansal bilgilerin, denetlenen finansal tablolar ile tutarlı olup olmadığı ve gerçeği yansıtıp yansıtmadığı da denetim kapsamı içindedir" hükmünü içermektedir.

47 **ÇAMOĞLU**, s. 291; **ŞENER**, s. 492; **MEMİŞ/ ŞİMŞEK**, s. 809; **BAHTİYAR/ HAMAMCIOĞLU**, s. 110. Ayrıca bkz. YARGITAY 11. HD., 05.02.2009, 2007/6326 E., 2009/1286 K. (**BAHTİYAR**, s. 311, dn. 521).

48 Gerçeğe ve muhasebe standartlarına uygun olmayan finansal tabloların genel kuruldan geçmesi ya da gerçeğe veya standartlara uygunmuş gibi bağımsız denetçinin olumlu veya sınırlı olumlu görüşüne mazhar olması, bu tabloları da bir ölçü haline getirmez; özün önceliği ilkesi, buna engeldir.

aliyet yılının finansal sonuçlarını ortaya koymuş olmaz. Oysa ibra, finansal tablolar tahtında gerçekleşmelidir; paysahipleri, faaliyet yılının veya müzakereye konu olan dönemin finansal sonuçlarını görmelidir ki, ibra kararı verebilsin. Bağımsız denetçinin organ sayılmaması[49] karşısında, genel kurulun ibrası, ortaklığın bağımsız denetim sözleşmesinden dolayı bağımsız denetçiye yöneltebilecekleri talepleri ortadan kaldırıcı bir işleve sahiptir. Finansal tablolar müzakere edilmeden, bağımsız denetçinin ibra edilmesine de karar verilemez.

Kâr dağıtımı, yedek akçe ayrılması gibi konular da finansal tablolar ile tam bir nedensellik ilişkisi içindedir. TTK.m. 376/1 ve 2 uyarınca oluşturulacak sermaye azaltımı ve sermaye artırımı gibi kararların ise, ancak finansal tablolar müzakere edildiği takdirde doğru bir zeminde alınabileceği inancındayız. Sadece TTK.m. 376 tahtında değil, başka sebeplerle alınacak ve müzakeresi ertelenen finansal tablolara göre kurgulanan sermaye artırımı[50] ve azaltımı kararları da aynı niteliktedir ve tabloların müzakeresinin ertelenmesiyle birlikte ertelenmelidir. Kanımızca, işlem yapma ve rekabet yasağı, finansal tablolarla bir nedensellik ilişkisi içinde değildir; dolaylı bir ekonomik bağıntı içindedir[51]. Şu kadar ki bu iki yasak hakkında erteleme kararı alınmadan bir karar tesis edildiği ve ertelenen finansal tabloların ileride müzakeresi sırasında, özellikle geçmiş faaliyet döneminde bu yasakların kaldırılması nedeniyle ortaklığın zarara uğradığı anlaşılırsa kanımızca yasakların yeniden genel kurulun gündemine getirilmesi ve tartışılması gerekecektir.

Yönetim kurulu üyelerinin seçimi ise, bir azle bağlı olarak söz konusu olsun veya olmasın, finansal tablolarla nedensellik ilişkisi içinde olan bir konu değildir. Bu konunun da finansal tablolarla bir şekilde ilişkili olduğu açıktır; ancak bu ilişki bir "nedensellik ilişkisi" değildir: Genel kurulda paysahipleri, bir üyeyi azledip azletmeyeceklerini ve dolayısıyla yerine birini seçip seçmeyeceklerini, finansal tablolara göre belirleyebilirse de, bu zorunlu değildir. Bu iki gündem maddesi arasındaki ilişki, alelade bir ilintiden ibarettir; finansal tablolar görüşülmedikçe yönetim kurulu üyesinin göreve devam edip edemeyeceğine ve mesela görev süresi dolmuşsa yerine yeni

---

49 Bkz. yuk. dn. 9.

50 **ÇAMOĞLU**, s. 293; **MEMİŞ/ ŞİMŞEK**, s. 809-810; **AKİPEK**, s. 312.

51 **ŞENER**, s. 494; **MEMİŞ/ ŞİMŞEK**, s. 811; **ÇAMOĞLU**, s. 294. Bu yönde bkz. yuk. dn. 19'da yer alan **YARGITAY 11. HD.'nin 18.02.2014 tarihli, 2013/12519 E., 2014/2803 K. sayılı kararı.**

üyenin seçilmesine etki edecek güçte değildir. Ayrıca finansal tabloların görüşülmesinin ertelendiği durumlarda dahi finansal tablolar paysahiplerinin incelemesine sunulmuştur; paysahipleri bizzat veya uzman yardımıyla yönetimin performansını bu tablolardan değerlendirebilir.

Tabloların görüşülmesinin gerekçesiz olarak ertelendiği durumlarda, ilke olarak bir sonraki genel kurulda aynı tablolar tartışılacağından, aksine bir sonuca erişmeyi gerektirecek bir sebep yoktur. Ertelemenin bir gerekçeye dayandırıldığı hallerde ise, bu gerekçenin finansal tablolar üzerindeki muhtemel etkisi, daha erteleme istemi genel kurula yöneltildiği anda ölçülebilir. Bu yaklaşımımıza rağmen, bir sonraki genel kurulda finansal tablolar müzakere edilirken, ertelemenin yapıldığı genel kurulda seçilen yönetim kurulu üyelerinin seçilmemesi veya azli gerektiği gerçeği ortaya çıkarsa, TTK.m. 413/3, bu üyelerin zaten azlini mümkün kılmaktadır. Kanımızca önceki yönetim kurulu üyelerinin, finansal tabloların müzakeresinin ertelendiği genel kurulda ibra edilmeden yeniden seçilmeleri de bu yönden bir sakınca yaratmaz. Zira, ibra edilmeme, yönetim kurulu üyeliğine yeniden seçilmeye engel bir husus değildir[52].

3. Nedenselliğin Uygulanmasında, TTK.m. 364/1, 413/3 ve 420/1 Hükümleri Arasında Doğru Bir İlişkinin Kurulması İhtiyacı

Finansal tabloların görüşülmesine bağlı konuların, "tablolarla nedensellik ilişkisi içinde bulunan" konuları kapsadığını tespit etmiş bulunuyoruz. Kanunkoyucu'nun amacı, finansal tablolar müzakere edilmedikçe ele alınmaması gereken konuların tabloların müzakeresiyle birlikte tartışılmasını temin etmektir. Çünkü bu tür konular yönünden, tabloların tartışılması, vazgeçilmez ve esaslı bir zemin oluşturmaktadır. Öyle ki, finansal tablolar görüşülmedikçe, bu konuların müzakere edilmesi, adilâne ve paysahipliği haklarına işlerlik kazandıracak bir surette gerçekleşmeyecektir. Yönetim kurulu üyelerinin seçimi ise, işaret ettiğimiz üzere, bu konulardan değildir.

Nedensellik konusundaki görüşümüzün temel dayanağı; yönetim kurulu üyelerinin azline ilişkin TTK.m. 364/1 hükmünün, bu kararla gündeme bağ-

---

52 Bu noktada anasözleşmede ibra edilmenin yönetim kuruluna yeniden seçilmenin bir koşulu olarak öngörüldüğü durumlarda, kanımızca aksi sonuca varmak gerekir.

lılık ilişkisi arasındaki ilişkiyi ortaya koyan TTK.m. 413/3 hükmünün[53] ve nihayet finansal tabloların görüşülmesinin ertelenmesine dair TTK.m. 420/1 hükmünün düzenleme alanlarının belirlenmesi ve bu hükümlerin birbiriyle ilişkisinin ortaya konulmasıdır. İlk olarak, TTK.m. 420/1 hükmündeki "*buna bağlı konular"* unsuru ile, finansal tablolar ve diğer ilişkili gündem maddeleri arasında bir nedensellik bağının aradığını yukarıda belirttik. Esasen TTK.m. 420/1 hükmü ile TTK.m. 413/3 hükmü arasında hiçbir bağıntı yoktur. Kanunkoyucu, TTK.m. 420/1 hükmüyle, finansal tabloların incelenmesi söz konusu olmadan ele alınamayacak olan gündem maddelerinin ertelenmesini öngörmüştür. Zira finansal tablolar ve buna bağlı konular, bir bütündür; finansal tablolar ise bu bütünün nirengi noktasını oluşturduğundan, "*bağlı konular"* ancak finansal tabloların müzakere edilmesi sayesinde ele alınabilir hale gelir. Erteleme istemine rağmen, toplantı başkanı tarafından ertelenmesi gereken gündem maddelerinin ertelenmemesi halinde alınan kararlar, TTK.m. 413'e aykırılıktan değil, TTK.m. 420 hükmüne aykırılıktan dolayı sakatlanır.

Bu noktada TTK.m. 413/3 hükmünün işlevini belirlemek gerekir. Söz konusu hüküm, TTK.m. 364/1 hükmünün uygulama alanını somutlaştırmak amacıyla sevk edilmiştir. Gerçekten de ilkin TTK.m. 364/1 hükmünün gerekçesinde, bu hükmün, gündeme bağlılık ilkesiyle olan ilişkisine işaret edilmiştir[54]. Açık bir anlatımla, Yargıtay'ın görüşünün aksine, TTK.m. 413/3 hükmü, TTKm. 420 hükmüyle değil, TTK.m. 364/1 hükmüyle ilişkilidir. Her ne kadar TTK.m. 413/3 hükmünün gerekçesi[55], finansal tabloların müzakeresinin paysahiplerini yönetim kurulu üyelerine görevden almaya sevk

---

53 Nitekim TTK.m. 364/1 ve TTK.m. 413/3 hükmünün ilişkisi için bkz. KENDİGELEN Abuzer, **Türk Ticaret Kununu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 2. Bası, XII Levha, Istanbul, s. 256, dn. 77.

54 "*Maddenin birinci fıkrası, uygulamada sorun yaratan ve Yargıtay kararlarında farklı tarihlerde değişik yönde sonuçlara bağlanmış bulunan, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmalarının gündeme bağlılık ilkesinin kapsamında olup olmadığı sorununu, menfaatler dengesine uygun bir şekilde çözüme kavuşturmak amacıyla öngörülmüştür……."*

55 TTK.m. 413/3 hükmünün gerekçesinin ilgili kısmı "*Hükmün son fıkrası yenidir. Bu madde genel kurula yönetim kurulu üyelerini her olağan genel kurul toplantısında görevden alabilme olanağını vermektedir. Hükmün temelindeki mantık şudur: Genel kurul yılsonu finansal tablolarının ve yıllık faaliyet raporunun ortaya koyduğu sonuçlardan memnun kalmamışsa yönetim kurulunu değiştirebilmelidir; icraatı beğenilmeyen bir yönetim kurulu süre endişeleriyle görevde tutulmamalıdır.."* şeklindedir.

edebileceğini ifade ederek, bu ikisi arasında bir bağıntı kurmakta ise de, açıkladığımız üzere bu bağıntı bir nedensellik ilişkisi olarak nitelendirilemez. Diğer bir ifadeyle, finansal tablolar müzakere edildiğinde paysahipleri gündeme bağlılık ilkesine takılmadan yönetim kurulu üyelerini azlederek yerine yenilerini seçebilir; böylelikle TTK.m. 413/3'te, TTK.m. 364/1'de sözü edilen "ilgili madde" açıklığa kavuşturulmaktadır.

Şu kadar ki bu ilişki, nedensellik bağı düzeyinde mutlak bir ilişki değildir; finansal tabloların müzakeresi ertelense dahi yönetim kurulu üyelerinin seçimine dair gündem maddesinin ertelenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır[56]. TTK.m. 413/3 hükmünün işlevi, finansal tabloların müzakere edildiği hallerde artık azil ve seçim kararı alınmasının gündeme bağlılık ilkesini ihlal anlamına gelmeyeceğini ortaya koymaktan ibarettir. Yoksa hükümden hareketle, "ilgili madde" ibaresinin "finansal tabloların müzakeresinden ibaret olduğu" ve finansal tabloların müzakeresinin ertelendiği hallerde azil ve seçim kararı alınamayacağı, sonuçlarına erişilemez.

Bu gerekçeler ışığında, Yargıtay'ın yönetim kurulu üyelerinin seçiminin finansal tabloların müzakeresine bağlı olmadığı yönündeki önceki görüşü isabetlidir[57]. Yüksek Mahkeme'nin sonradan benimsediği görüş ise, TTK.m. 413/3 hükmünün 420/1 hükmüyle ilişkisinin bulunmaması ve esasen TTK.m. 364/1 hükmünün gündeme bağlılık ilkesiyle ilişkisinin ortaya konulması amacıyla yürürlüğe konulmuş olması karşısında isabetli değildir,

---

56 Aksi yönde **ÇAMOĞLU (POROY/ TEKİNALP)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 572, N. 704d; **MEMİŞ/ ŞİMŞEK**, s. 799; Seçilecek yönetim kurulu üyesinin yeni ya da eski üye olması bakımından ayrım yapan görüş için bkz. **ÇAMOĞLU**, s. 292; **ŞENER**, s. 493; **BOZBEL**, s. 351-352; **ÇAKIRBAY**, s. 432.

57 bkz. yuk. dn. 19'da yer alan **YARGITAY 11. HD.'nin 18.02.2014 tarihli , 2013/12519 E., 2014/2803 K. sayılı kararı:** *"yönetim ve denetim kurulu üyelerinin seçimi ve yönetim kurulu üyelerine izin verilmesine dair gündem maddeleri TTK'nın 420. maddesinde gösterilen 'finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konular' kapsamında bulunmamaktadır…."*.

SONUÇ

Yukarıda sunduğumuz incelemeler ışığında varılan sonuçlar, şu şekilde özetlenebilir:

1. Yönetim kurulu üyelerinin seçiminin, finansal tablolarla ilişkisinin belirlenmesinde, TTK.m. 364/1, 413/3 ve 420/1 birbirinden ayrı bir şekilde değil, birarada değerlendirilmelidir.
2. TTK.m. 413/3 ve 420/1 hükümlerinde finansal tabloların görüşülmesiyle yönetim kurulu üyelerinin seçimi arasında kurulan ilişki, birbiriyle özdeş değildir. İlkinde yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmalarının ve yenilerinin seçiminin finansal tablolarla ilişkili olduğu ortaya konulurken, ikincisinde, finansal tabloların görüşülmesinin ertelenmesiyle birlikte finansal tablolara bağlı olan konuların da ertelenmesi zorunluluğundan söz edilmektedir.
3. TTK.m. 413/3, gündemde yönetim kurulu üyelerinin azlini ve yerine yenilerinin seçilmelerini öngören bir maddenin bulunmadığı durumlarda, finansal tabloların müzakeresinin buna bir gerekçe oluşturabileceğini ve bu olasılıkta azlin ve seçimin, gündeme bağlılık ilkesine aykırılık oluşturmayacağını kurala bağlamaktadır ve işlevi itibariyle TTK.m. 364 hükmünde geçen "ilgili madde" kavramının kapsamını somutlaştırmaktadır; ancak bu kapsamı finansal tabloların müzakeresine indirgememektedir.
4. TTK.m. 420 hükmü ise, doğrudan doğruya finansal tablolarla ve bu tabloların müzakeresiyle nedensellik ilişkisi içinde bulunan konuların ertelenmesi zorunluluğunu öngörmektedir. Açık bir anlatımla, finansal tabloların görüşülmesi ertelendiğine gröe, kaderi finansal tablolara bağlı olan konuların görüşülmesi de ertelenmelidir.
5. Oysa yönetim kurulu üyelerinin seçimi, ister azilden, ister başka bir sebepten kaynaklansın, finansal tablolarla bir ilinti içinde bulunsa da, nedensellik ilişkisi içinde değildir.
6. Finansal tablolar müzakere edilseydi söz konusu üyelerin seçilmeyecek olması varsayımı da farklı bir sonuca erişilmesini gerektirmez. Finansal tabloların görüşülmesinin ertelenmesine rağmen seçilen yönetim kurulu üyelerinin; tablolar müzakere edildiğinde azli gerekirse, TTK.m. 413/3 hükmü, zaten bunun için gereken hukuki dayanağı oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

AKİPEK Seda, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Azlığın Finansal Tabloların Müzakeresini Erteleme Hakkı", **Legal Hukuk Dergisi**, Özel Sayı (Rona Aybay'a Armağan 1. Cilt), 2014, s. 283-317.

ALTAŞ Soner, **Şirketler Hukukuna İlişkin Yüksek Yargı Kararları**, Seçkin, Ankara, 2016.

ALTAY Sıtkı Anlam, Bağımsız Denetim Karşısında Anonim Ortaklık Organlarının İşleyişi, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, GSÜHFD.,** 2010/1, C. 2, s. 965 vd.

BAHTİYAR Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Bası, Beta, İstanbul, 2019.

BAHTİYAR Mehmet/ HAMAMCIOĞLU Esra, **Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları**, Beta, İstanbul, 2014.

BİLGİLİ Fatih / DEMİRKAPI Ertan, **Şirketler Hukuku**, 9. Basım, Dora, Bursa, 2013.

BOZBEL Savaş, "Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Azınlığın Bilanço Görüşmelerini Erteletmesi (Yeni TTK m. 420)", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, Filiz, İstanbul, 2013, s. 347-355.

ÇAKIRBAY Alperen Sefa, "Finansal Tabloların Müzakeresinin Ertelenmesi", **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 7, 2019, s. 417-438.

ÇAMOĞLU Ersin, "Azınlığın Bilânço Ertelemesi Gündemdeki Diğer Maddeleri Nasıl Etkiler", **Bilgi Toplumunda Hukuk - Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt I**, Beta, İstanbul, 2003, s. 287-295.

HELVACI Mehmet / CANKAT Rifat, "Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı", **Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan**, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 521-552.

HELVACI Mehmet/ ÇAMURCU Emin/ TÜRKYILMAZ İsmail, "Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı", **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 309-330.

KENDİGELEN Abuzer, **Türk Ticaret Kununu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 2. Bası, XII Levha, Istanbul, 2012.

KIRCA İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal / MANAVGAT Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1**, BTHAE, Ankara, 2013.

KORKUT Ömer, "Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği ve İnançlı Üyeye Verilebilecek Talimatların Sınırı", **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 65, S. 3, 2007, s. 129-137.

LEU Daniel, **Variable Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte**, Schulthess, Zurich, 2005.

MANAVGAT, Çağlar, **Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz**, BTHAE, İstanbul, 2016.

MEMİŞ Tekin / ŞİMŞEK Bahar, "Azlığın Finansal Tabloların Müzakeresini Erteleme Hakkı Üzerine Değerlendirmeler", **Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan**, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 787-822.

MEMİŞOĞLU Özgür, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Gündemi, Gündeme Bağlılık İlkesi ve İstisnaları", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 133, 2014, s. 45-105.

MOROĞLU Erdoğan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler**, 8. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2016. ('Değerlendirme ve Öneriler')

MOROĞLU, Erdoğan, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 8. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017.

ÖZKORKUT Korkut, **Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim**, 2. Baskı, BTHAE, Ankara, 2013.

POROY Reha/ TEKİNALP Ünal/ ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Bası, Vedat, İstanbul, 2019. ('Ortaklıklar Hukuku I')

POROY Reha/ TEKİNALP Ünal/ ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, 13. Bası, Vedat, İstanbul, 2017. ('Ortaklıklar Hukuku II')

PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. II, Tıpkı 2. Basım, Adalet, Ankara, 2015.

ŞENER Oruç Hami, **Ortaklıklar Hukuku**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2017.

TEKİNALP Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Bası, Vedat, İstanbul, 2015. ('Yeni Hukuk')

TEKİNALP Ünal, "Azlığın Bilançonun Onaylanmasına İlişkin Müzakerenin Ertelenmesi İstemi", **Ord. Prof. Dr. E. Hirsch'e Armağan**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLII, 1976, s. 233-243. ('Erteleme')

TOROSLU M. Vefa, **Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Şirketlerde Denetim**, Adalet, Ankara, 2015.

ÜÇIŞIK Güzin / ÇELİK Aydın, **Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt**, Adalet, Ankara, 2013.

YAĞCIOĞLU Kaan Muharrem, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeliğinin Sona Ermesi**, Adalet, Ankara, 2018.

YANLI Veliye, "İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durum", **Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1999**, s. 655 vd.

İŞVERENİN KREŞ AÇMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ: YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ'NİN KONU İLE İLGİLİ İKİ FARKLI KARARININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

Doç. Dr. F. Burcu SAVAŞ KUTSAL*

Öz: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2015 ve 2016 yıllarında verdiği iki kararında işverenin kreş (çocuk bakım yurdu) açma yükümlülüğüne aykırı davranışına ilişkin olarak birbirinin zıddı nitelikte hukuki tespitte bulunarak hüküm kurmuştur. Söz konusu kararlar bizi kadınların çalışma hayatına katılımlarını sağlamak amacı ile getirilen düzenlemelerin özelinde kreş açma yükümlülüğünün ne kadar amaca uygun olarak kaleme alındığını düşünmeye sevk etmiştir. Zira, bu yükümlülüğe ilişkin olarak ilgili Yönetmelikte ayrıntılı düzenlemeler yer almasına rağmen uygulamada kreş açan işveren sayısı oldukça azdır. Çocuklarını bırakacak yeri ya da kimsesi olmayan kadın işçilerin ise böyle bir durumda iş sözleşmelerini feshetmek dışında başka çareleri bulunmamaktadır.

Çalışmamızda, öncelikle ve genel olarak kadınların çalışma hayatına katılımlarına, iş hayatı-aile hayatı dengesini sağlamak amacı ile öngörülen kreş açma yükümlülüğünün amacına ve işlevlerine değinildikten sonra mevzuatımız gereği söz konusu yükümlülüğün şartları ile bu yükümlülüğe uymamanın yaptırımları eleştirel bir bakış açısı ile incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kadın istihdamı, çalışma hayatında kadın, iş-aile hayatı dengesi, toplumsal cinsiyet, işverenin kreş açma yükümlülüğü.

---

* Makale Gönderim Tarihi: 11.04.2019. Makale Kabul Tarihi: 11.11.2019.

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0001-9096-8987; *burcu.savas@law.bau.edu.tr*)

EMPLOYER'S OBLIGATION OF ESTABLISHING A DAY-CARE CENTER: THOUGHTS BY TWO DİFFERENT JUDICIAL DECISIONS RELATED TO SUBJECT BY 9TH DIVISION OF THE COURT OF APPEAL'S

Abstract: 9th Division of the Court of Appeal has given two contradictory judicial decisions in 2015 and 2016 regarding the violation of employer's obligation of establishing a day-care center. These judicial decisions let to think about the obligation to establish a day care center in terms of the relevance of the regulations brought in order to ensure the participation of women in work life. This is because, the number of employers who establish a day-care center in practice is quite low although there are detailed provisions in the relevant Regulation on this obligation. Women workers, who do not have suitable place or person to leave their kids, have not any other choice than to terminate their employment contracts. Thus, a regulation introduced to prevent women's employment from being affected negatively by motherhood causes her to be out of work life, which is the problem itself.

This work aims to study women's participation in work life in general, the purpose and the function of the obligation to establish a day care center in order to balance work and family life at first and then the conditions of this obligation and the sanctions can be applied in case of violation according to Turkish legislations with a critical point of view.

Keywords: Women employment, women in work life, balance between work and family life, gender, employer's obligation of establishing a day-care center.

GİRİŞ

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2015 ve 2016 yıllarında verdiği iki kararında işverenin kreş (çocuk bakım yurdu) açma yükümlülüğüne aykırı davranışına ilişkin olarak birbirinin zıddı nitelikte hukuki tespitte bulunarak hüküm kurmuştur.

Şöyle ki, Daire'nin 5.10.2015 tarih ve E. 2014/14201, K. 2015/27284 sayılı kararına konu olan olayda, işverene gönderdiği ihtarnamede doğum izninin biteceğini, ancak çocuğu için bakıcı ve kreş bulamadığı için işbaşı yapamayacağını beyan eden işçi tazminat ile haklarını talep etmiş, talepleri

karşılanmayınca da sözleşmesini feshetmiştir. Davacı konumundaki işçinin iddiası sözleşmesini haklı nedenle feshettiği yönünde iken davalı işveren, işçinin haklı neden olmadan işten ayrıldığını savunmuştur. Yapılan yargılama sonucunda Yüksek Mahkeme şu şekilde hüküm kurmuştur: *"Davacı davalıya gönderdiği fesih ihtarında doğum izninin biteceğini ancak çocuğu için bakıcı ve kreş bulamadığı için iş başı yapamayacağını beyan edip tazminat ve haklarını istemiştir. Davacının fesih nedeni bu ihtarda açıkça belli olup* ***öne sürülen bu sebep mevcut İş Kanunu'na göre işçiye haklı fesih imkânı vermez.*** *Bu sebeple kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile talebin kabulü hatalıdır*[1]*"*.

Anılan Daire'nin on üç ay gibi kısa bir süre sonra verdiği 14.11.2016 tarih ve E. 2015/5175, K. 2016/19971 sayılı kararına konu olan olayda ise, yine doğum yapan ve doğum iznini kullanan bir işçi işe başlamadan önce işverenine işyerinde kreş açılması gerektiği, aksi takdirde iş sözleşmesini feshedeceği ihtarında bulunmuş, işveren ise böyle bir yükümlülüğünün bulunmadığı ve kendisine gönderilen ihtarnameyi de istifa beyanı olarak kabul ettiği yönünde cevap vermiştir. Kanuni izninin bittiği gün işbaşı yapmak için işyerine gelen işçi, istifa ettiği gerekçesi ile işe başlatılmamıştır. Somut uyuşmazlıkta iş sözleşmesini fesheden taraf yer verilen ilk karardan farklı olsa da işverenin kreş açma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe aykırı davranışı ile ilgili olarak kararda şu ifadelere yer verilmiştir: *"4857 sayılı İş Kanununun 24 üncü maddesinde işçinin haklı fesih halleri düzenlenirken (II) bendinin (f) alt bendinde son cümle olarak 'yahut çalışma şartları uygulanmazsa' şeklinde ifadeye yer verilerek, çalışma koşullarının uygulanmaması durumu işçinin haklı fesih nedenleri arasında yerini almıştır.*

Anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelikler, bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri, işyeri personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklarla, işyeri uygulamalarının çalışma yaşamına etkileri sonucu her bir iş ilişkisinde çalışma koşulları meydana gelir.

(...)

Yönetmelikteki düzenleme gereği işverenin kreş açma zorunluluğu bulunmakta olup, bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren karşısında işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı bulunmaktadır[2]***."*.

---

1 (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

2 (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kreş açma yükümlülüğü bulunan işverenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi çalışma şartlarını uygulamaması demek olacak ve iş sözleşmesinin feshinde işçi açısından haklı neden teşkil edecektir. Zira, işverene getirilen her yükümlülüğün kanunda yer alması gibi bir gereklilik bulunmadığı gibi çalışma mevzuatı da sadece kanunlardan ibaret değildir. İş Hukukunun resmi kaynaklarını; normlar hiyerarşisindeki sıralama uyarınca Anayasa-kanunlar, (önceki sistemde olan ve yürürlükten kaldırılmadığı için hâlâ yürürlükte olan) kanun hükmünde kararnameler, cumhurbaşkanlığı kararnameleri-(önceki sistemde olan ve yürürlükten kaldırılmadığı için hâlâ yürürlükte olan) tüzükler ve yönetmelikler oluşturmaktadır. Her bir kaynağın içeriği kendisinden önce gelen kaynak ya da kaynaklara aykırı olmadığı sürece geçerlidir ve bağlayıcıdır. Dolayısıyla, söz konusu kararlardan yeni tarihli olan ikinci kararın isabetliliği tartışmasızdır[3]. Bununla beraber, kararda varılan sonucun ve aslında öngörülen düzenlemenin ne kadar amaca uygun olduğu bir o kadar tartışmalıdır.

Daha açık ifade ile, kadınların genel olarak hayatın her alanına özel olarak çalışma hayatına katılımlarını sağlamak, bu bağlamda da iş hayatı ile aile hayatı arasında denge kurmak amacı ile birtakım düzenlemeler öngörülmektedir. Ancak, bu düzenlemeler oluşturulurken hem uygulanabirlikleri göz önünde tutularak hem de amaca uygun olarak kaleme alınmalıdırlar. Bu gereklilik kreş açma yükümlülüğü açısından da geçerlidir. Zira, bu yükümlülüğe ilişkin olarak Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik[4]'te ayrıntılı düzenlemeler yer almasına rağmen uygulamada kreş açan işveren sayısı oldukça azdır[5]. Yükümlülüğüne uymayan işverenlere karşı zor durumda kalan yani çocuklarını bırakacak yeri ya da kimsesi olmayan kadın işçilerin ise, yer verilen kararların da ortaya koyduğu üzere, iş sözleşmelerini feshetmek

---

3 Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu görüşünü koruyarak 22.11.2017 tarih ve E. 17148, K. 18828 sayılı kararında da aynı yönde karar vermiştir. Bkz. SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 841 ve 19 numaralı dn.

4 RG. 16.8.2013, S. 28737.

5 Nitekim, 2008'deki bir konuşmasında dönemin Çalışma ve Sosyal Güvenlik (şimdi Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler) Bakanı Faruk Çelik, Türkiye'de 150 ve üzerinde kadın çalıştıran ve kreş açma zorunluluğu bulunan 883 işyerinin %50-60'ının bu sorumluluklarını yerine getirmediğini açıklamıştır. Bkz. ŞAHANKAYA Aslı, "Daha Çok Kadın Çalışan İçin Kreş Şart!", **Aljazeera Turk**, (http://www.aljazeera.com.tr/gorus/daha-cok-kadin-calisan-icin-kres-sart), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

dışında başka çareleri bulunmamaktadır. Her ne kadar, Yargıtay bunu haklı fesih nedeni olarak değerlendirmek suretiyle kıdem tazminatı almalarını sağlayarak mağduriyetlerini bir nebze gidermiş olsa da kadın işçiler sonuç itibari ile işsiz kalmaktadırlar. Böylelikle, annelik nedeni ile kadın istihdamının olumsuz etkilenmemesi amacı ile getirilen bir düzenleme kadının işinden olmasına neden olmaktadır ki, sorun da buradan kaynaklanmaktadır.

Belirtilen hususlar neticesinde, çalışmamızda öncelikle ve genel olarak kadınların çalışma hayatına katılımlarına, iş hayatı-aile hayatı dengesini sağlamak amacı ile öngörülen kreş açma yükümlülüğünün amacına ve işlevlerine değinildikten sonra mevzuatımız gereği söz konusu yükümlülüğün şartları ile bu yükümlülüğe uymamanın yaptırımları eleştirel bir bakış açısı ile incelenecektir.

I. ÇALIŞMA HAYATINDA KADIN

1. Kadınların Çalışma Hayatına Katılım Sorunu

Tarihsel süreçte, kadınların çalışma hayatına dahil olmaları insanlık tarihinin başlangıcına dayansa da 'ücretli kadın işgücü' kavramının ortaya çıkması Sanayi Devrimi ile gerçekleşmiştir. Zira, Sanayi Devrimi ile kadınlar ekonomik alanda bir ücret karşılığı emeklerini satmaya ve çalışmaya hayatına katkıda bulunmaya başlamışlardır. İngiltere'de ortaya çıkan bu durum zamanla Avrupa'ya ve dünyaya yayılmıştır. Söz konusu katkı, özellikle II. Dünya Savaşı sonrası azalan erkek nüfusun ve bozulan ekonominin etkisiyle artmıştır[6].

Ancak, hiçbir zaman kadın istihdam oranı erkek istihdam oranı ile eşit olamamıştır ve bugün de dünyadaki genel durum bu şekildedir. Kısacası, kadınlar istihdama katılımda erkeklerden her zaman daha geridedirler. 2015 yılı verilerine göre, AB ülkelerinin toplam nüfusunun %51.2'sini kadınlar

---

6 DOĞAN Bilge, "Çalışma Hayatının Kadının Beden ve Ruh Sağlığına Etkisi", **Karatahta İş Yazıları Dergisi**, S. 6, Aralık 2016, ss. 51-76, s. 52-53; ÖZMETE Emine / EKER Işıl, "İş-Aile Yaşamı Çatışması ile Başa Çıkmada Kullanılan Bireysel ve Kurumsal Stratejilerin Değerlendirilmesi", **Sosyal Güvenlik Dergisi**, C. 3, S. 1, 2013, ss. 19-49, s. 20; ULUSOY Tülay, "Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu'nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum**, S. 53, 2017/2, ss. 741-766, s. 744; TULUKÇU N. Binnur, **İş Ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe Ve Anne İşçilerin Korunması**, Haber-İş Sendikası, Ankara, 2000, s. 6, 9.

oluştursalar da istihdam oranları %50 ila %70 arasında kalmaktadır. En yüksek istihdam oranı İskandinav ülkelerinde iken en düşük istihdam oranı Akdeniz ülkelerindedir[7]. Ülkemizde de benzer bir tablo mevcut olmakla beraber durum çok daha vahimdir. Şöyle ki, TÜİK verilerine[8] göre Türkiye'de 2017 yılında nüfusun %50.2'si erkeklerden, %49.8'i kadınlardan oluşmasına rağmen 15 yaş ve üzerinde istihdam edilenlerin oranı erkeklerde %65.6 iken kadınlarda %28.9'dur[9].

Türkiye ortalaması ile AB ortalaması arasındaki kapanması çok zor olan uçurumun temelinde; ülkemizdeki **toplumsal cinsiyetçi iş bölümü**nün yer aldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira, ülkemizde kadınların işgücüne dahil olmama nedenleri arasında en çok dile getirilen; 'ev işleri ile meşgul olmak'tır. Ev işlerinin kapsamına; temizlik yapmak, yemek yapmak, bulaşık ve çamaşır yıkamak, ütü yapmak gibi temel ev işlerinin yanı sıra çocuk, yaşlı, hasta ve ücretli çalışan hane halkının bakımını sürdürmek de girmektedir. Bu durum; kadınların çalışma hayatında sadece kadın kimlikleri ile değil, eş ve anne kimliklerini muhafaza ederek yer aldıklarının göstergesini teşkil ettiği gibi çalışan kadın kimliğinin toplum tarafından çok da benimsenmediğini de ortaya koymaktadır[10].

Yapılan araştırmalardan ortaya çıkan belki de en dramatik sonuç ise, kadınların da bu durumu içselleştirmiş, benimsemiş olmalarıdır. Maaleseftir

---

7 DOĞAN, s. 53-54.

8 Türkiye'de kadın istihdamının seyrinin takip edilebileceği en gelişmiş istatistikler; 1998 yılından itibaren sağlıklı bir şekilde elde edilen Türkiye İstatistik Kurumu'nun 'Hane Halkı İşgücü Anketleri' ile elde edilmektedir. ERDEM Ahmet, "Türkiye'de Kadın İstihdamı", **İşveren**, C. 53, S. 2, Mart-Nisan 2015, ss. 38-39, s. 38.

9 Türkiye İstatistik Kurumu Haber Bülteni, "İstatisliklerle Kadın, 2018", S. 30707, (http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30707), (Erişim Tarihi: 31.10.2019). Söz konusu Bültende her ne kadar 2018 yılı nüfusunun kadın-erkek dağılımına yer verilmiş olsa da 2017 yılı nüfus yapısı da aynı şekildedir. Bkz. Türkiye İstatistik Kurumu Haber Bülteni, "İstatisliklerle Kadın, 2017", S. 27594, (http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=27594), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

10 KÜMBÜL GÜLER Burcu / KİREN GÜRLER Özlem, "Türkiye'de Kadın İşgücünün Ücret Düzeyini Belirleyen Faktörler ve Ücrette Ayrımcılık", **Karatahta İş Yazıları Dergisi**, S. 4, Nisan 2016, ss. 51-66, s. 52-53; DOĞAN, s. 56; KAYA Şehriban, "Türkiye'de Kadın İstihdamı: Hayatın İçinde Olmak ya da Olmamak", **Karatahta İş Yazıları Dergisi**, S. 4, Nisan 2016, ss. 31-50, s. 37, 41; METİN Banu, "İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılmasına Yönelik Politikalar ve Kadın İstihdamı: İsveç, Almanya ve Birleşik Krallık Örnekleri", **TİSK Akademi**, C. 12, S. 23, 2017/1, ss. 18-48, s. 41; TULUKÇU, s. 26.

ki, 'çocuk bakmak ve yetiştirmek kadının en önemli görevidir' şeklinde görüş bildirenler kadınlarda daha fazla olup 'sizce kadın eve kocasından önce mi gelmelidir?' sorusuna 'Evet' şeklinde cevap veren kadınların %92.2'si kadınların evdeki sorumluluklarının erkeklere göre daha çok olduğunu, eve önce gelmezler ise çocukları ile kocalarını ihmal edeceklerini düşündüklerini ifade etmişlerdir[11]. Belirtilen bu algı ise, kadınların çalışma hayatında kalsalar bile nitelik gerektirmeyen daha düşük ücretli ya da yarı zamanlı işleri tercih etmelerine neden olmaktadır[12]. Nitekim, hane halkı işgücü araştırması sonuçlarına göre, ülkemizde 2016 yılında yarı zamanlı çalışanların istihdam içindeki oranı erkeklerde %6.5 iken kadınlarda %19.1 olmuştur[13]. Yapılan araştırmalardan ortaya çıkan bir başka sonuç ise, kadınların çalışma hayatına katılım oranının sahip oldukları çocuk sayısı ile ters orantılı olduğu yönündedir. Bir diğer ifade ile, hanedeki çocuk sayısı arttıkça kadınların çalışma hayatına katılmama olasılığı da artmaktadır[14].

2. Kadınların Çalışma Hayatına Katılımlarına Yönelik Bir Araç: Kreş

16-17 Ekim 2015 tarihlerinde İstanbul'da gerçekleştirilen *Women20* zirvesinde, BM Kadın Örgütü Başkan Yardımcısı açılış konuşması sırasında Türkiye'de altı yaşından küçük çocuğu olan kadınların %70'inin çalışmadığına dikkat çekerek bu oranın Avrupa'da %29 olduğunu belirtmiş ve bunun ülkemizde çok büyük bir endişe kaynağı olması gerektiğini ifade etmiştir[15]. Bu tablo bir başka gerçeği daha ortaya koymaktadır: Çocuk sahibi olmanın bir adım ötesinde özellikle okul öncesi çağda çocuk sahibi olmak kadınların çalışma hayatına katılımlarını daha da olumsuz etkilemektedir. Bu durumun temelinde ise; eş veya aile baskısının yanı sıra çocuk bakımı ko-

---

11 DOĞAN, s. 59.

12 GÜLER / KİREN GÜRLER, s. 63; ÖZTÜRK Selcen / BAŞAR Dilek, "Türkiye'de Kadınların İşgücü Piyasasına Yönelik Tercihleri: Kayıt Dışı Sektör Özelinde Bir Analiz", **Sosyal Güvenlik Dergisi**, C. 8, S. 2, 2018, ss. 41-58, s. 55; KÖKKILINÇ ERALTUĞ Ayşegül, "Avrupa Birliği Hukuku'nda Ebeveyn İzni", **Legal İSGHD**, S. 9, 2006, ss. 111-132, s. 113.

13 Türkiye İstatistik Kurumu Haber Bülteni, "İstatisliklerle Kadın, 2017", S. 27594, (http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=27594), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

14 EMEÇ Hamdi, "Türkiye'de Hanelerdeki Çocuk Sayısının Kadının Demografik Özellikleri Üzerinden Belirlenmesi", **Karatahta İş Yazıları Dergisi**, S. 5, Ağustos 2016, ss. 51-64, s. 52.

15 KAYA, s. 32.

nusunda yardım alamama, kreşlerin yetersizliği, kreş imkânı olsa bile ücretlerinin yüksekliği, kısacası **yeterli sosyal bakım politikalarının olmaması** yer almaktadır[16]. TÜİK 2016 yılı Aile Yapısı Araştırması sonuçları da bu durumu teyit etmektedir. Anılan Araştırmaya göre; hanedeki 0-5 yaş aralığındaki çocukların gündüz bakımında ilk sırada %86'lık bir oran ile anneler yer almakta, bunu Türk aile modeline uygun olarak %7.4 oran ile anneanne veya babaanne takip etmekte, kreş veya anaokulları ise %2.8'lik oran ile ancak üçüncü sırada yer alırken, bakıcılar %1.5 oran ile dördüncü sırada bulunmaktadır[17]. TÜİK İş ve Aile Yaşamının Uyumu 2018 Araştırması sonuçları da benzer yöndedir. Buna göre; istihdamda olan 18-64 yaş grubundaki bireylerin %46.9'unun bakım sorumluluğu bulunurken bu oran erkeklerde %48.1, kadınlarda ise %44.2 olarak gerçekleşmiş olup aslında birbirine yakın oranlar söz konusudur. Fakat, işgücüne dahil olmayanlar açısından oranlar arasında ciddi bir fark bulunmaktadır. Şöyle ki, işgücüne dahil olmayanların %38.7'sinin bakım sorumluluğu bulunurken erkeklerde bu oran %14.8, kadınlarda ise %45.9'dur[18]. Bu durum; kadınların bakım sorumluluklarını yerine getirebilmek için ya çalışma hayatına hiç girmediklerini ya da girseler bile sonradan ayrıldıklarını ortaya koymaktadır.

Belirtilen hususlardan da anlaşıldığı üzere, kadın istihdamını arttırmaya yönelik sosyal politikaların olmazsa olmaz bileşeni kreş ihtiyacının karşılanmasıdır. Bu bağlamda, ücretsiz veya sübvanse edilmiş kreş olanakları gibi çocuk bakım imkânlarının genişletilmesi, ayrıca okul öncesi eğitimin de yaygınlaştırılması gerekmektedir. AB ülkelerinde dört yaş itibariyle okul öncesi eğitimde olan çocukların oranı %90'a ulaşmıştır ki, bu da beraberinde kadın istihdamının önünün açılmasını getirmiştir. Oysaki, Türkiye'de söz konusu oran %30'lara bile ulaşmadığından, ülkemiz bu alanda da listenin en sonunda yer almakta[19] daha da önemlisi kadınların çalışmak yerine evde çocuklarına bakmalarına neden olmaktadır.

Ülkemizin sergilediği bu tablo doktrinde *"sosyal devletin kadını bağımsız birey olarak istihdama katmak bakımından tümüyle yetersiz ve hatta du-*

16 GÜLER / KİREN GÜRLER, s. 60-61, 64; EMEÇ, s. 54.

17 (https://www.dunya.com/yasam/tuik-aile-yapisi-arastirmasini-sonuclarini-acikladi-haberi-346207), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

18 Türkiye İstatistik Kurumu Haber Bülteni, "İstatisliklerle Kadın, 2018", S. 30707, (http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30707), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

19 KAYA, s. 39-40; ÖZTÜRK / BAŞAR, s. 55.

yarsız kaldığının" en açık göstergesi olarak nitelendirilmektedir[20]. Oysaki, kadın istihdamı devletin üzerinde çalıştığı, kalkınma planlarında yer bulan bir hususdur. Nitekim, 10. Kalkınma Planında (2014-2018)[21] 'Nüfus Dinamikleri' başlığı altında genç ve dinamik nüfus yapısının korunması ve doğurganlıktaki hızlı düşüşün önüne geçilebilmesi için kadınlara yönelik iş ve aile hayatını uyumlaştırıcı nitelikte uygulamalar ile çalışanlar için doğuma bağlı izin ve hakların geliştirileceğine, **kreşlerin teşvik edileceğine**, esnek çalışma imkânlarının sağlanacağına politika olarak yer verilmiştir. Ulusal İstihdam Stratejisi (2014-2023) Özel Politika Gerektiren Grupların İstihdamının Arttırılması Ekseni Raporu'nda (2014 Yılı II. Dönem) da 10. Kalkınma Planındaki söz konusu politikaya aynen yer verildikten sonra, *"çalışma yaşamına girebilen kadınların çalışma yaşamlarını kısa bir dönemde bitirmesi ve/veya kariyerde yükselme doğrultusunda tüm potansiyelini ortaya koyamamasının temel nedeni, ev ve iş yaşamını uzlaştırma konusunda yaşadıkları sorunlardır.* ***Kadın, aile yaşamında çocuk bakımı, yaşlı ve hasta bakımı gibi yükümlülükleri kocası ile ve/veya devletle paylaşmak durumundadır. Ancak ülkemizde kreş, gündüz bakımevi gibi sosyal destek kurumları tüm çabalara karşın yeterli sayıya ulaşamamıştır.****"* tespitinde bulunulmuş ve "*Onuncu Kalkınma Planı kapsamında hazırlanan ve genel koordinatörlüğü Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı* (şimdi Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı) *tarafından yürütülen 'İşgücü Piyasasının Etkinleştirilmesi Öncelikli Dönüşüm Programı'nın ilk bileşeni 'Kadınların İşgücüne ve İstihdama Katılımının Artırılması' olup, bu bileşenin önceliklerinden biri de çocuk, hasta ve yaşlı bakımı hizmetlerinin yaygınlaştırılmasıdır."* denmiştir. Ayrıca, kadın istihdamına yönelik ilk eylem planı olan 'Kadın İstihdamı Eylem Planı' İŞKUR, ILO ve İsveç Uluslararası Kalkınma İşbirliği Ajansı finansmanı ile hazırlanmıştır. Eylem Planının iki ana hedefi bulunmaktadır: 1-kadın istihdamının arttırılması için kadınlara mesleki beceriler kazandırılması ve işe yönlendirilmesi, 2-kadınların işgücü piyasasına erişim olanaklarının arttırılmasıdır. Nitekim, inceleme konumuzu oluşturan kreş meselesi; ikinci ana hedef ile yakından ilgilidir.

11. Kalkınma Planı Hazırlıklarına ilişkin yayınlanan 2017/16 sayılı Başbakanlık Genelgesinde[22] Özel İhtisas Komisyonları arasında konu ile ilgili

---

20 DEDEOĞLU Saniye, "Eşitlik mi Ayrımcılık mı? Türkiye'de Sosyal Devlet, Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Kadın İstihdamı", **Çalışma ve Toplum**, S. 21, 2009/2, ss. 41-54, s. 45-46.

21 RG. 6.7.2013, S. 28699 (Mükerrer).

22 RG. 29.7.2017, S. 30138.

olarak 'Çocuk ve Gençlik' ile 'Kadının Kalkınmadaki Rolü'ne de yer verilmiş bulunmaktadır. 11. Kalkınma Planında (2019-2023)[23] ise, konu farklı başlıklar altında geniş bir biçimde ele alınmıştır. Şöyle ki, 'İstihdam ve Çalışma Hayatı' başlığı altında toplumun tüm kesimlerine insana yaraşır iş fırsatlarının sunulması ile başta kadın ve gençler olmak üzere özel politika gerektiren grupların istihdamının arttırılması temel amaç olarak belirlenmiş, bu amaç doğrultusunda kadınların işgücü piyasasına katılımlarını kolaylaştırıcı ve istihdamlarını arttırıcı uygulamaların geliştirileceği, yine kadınların işgücüne ve istihdama katılımlarının arttırılmasını teminen bakım hizmetlerine erişimin kolaylaştırılması başta olmak üzere iş ve aile yaşamını uyumlaştıran uygulamaların dinamik bir biçimde hayata geçirileceği belirtilmiştir. Planda ayrıca 'Kadın' başlığı altında kadınlara yönelik her türlü ayrımcılığı önlemek, kadınların toplumsal hayatın tüm alanlarında hak, fırsat ve imkânlardan eşit biçimde yararlanmalarını ve güçlenmelerini sağlamak temel amacı doğrultusunda 2023 yılında kadın istihdam oranının %39, işgücüne katılım oranının %38.5 olması hedeflenmiştir. Son olarak, 'Çocuk' başlığı altında erken dönem çocuk bakım, eğitim ve gelişimine yönelik hizmetlerin sunumu ile erişilebirliğinin arttırılması ve niteliğinin yükseltilmesi, erken çocukluk dönemi bakım ve eğitim hizmeti veren kurumlar açısından ortak bir düzenleme yapılması, bu kurumların açılmasına ve faaliyet göstermesine yönelik kriterlerin hizmet çeşitliliğine imkân tanıyacak şekilde belirlenmesi, erken çocukluk dönemi bakım ve eğitim hizmeti veren kurumların sayılarının arttırılması ve hizmet sunum modellerinin çeşitlendirilmesi ile denetimlerin arttırılması politika ve tedbirlerine yer verilmiştir.

II. TÜRK HUKUKUNDA İŞVERENLERİN KREŞ AÇMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Genel Olarak

Türk Hukukunda kadınların çalışma hayatında korunmalarına ilişkin düzenlemelerin temelini tartışmasız Anayasa md. 2 hükmünde ifadesini bulan 'sosyal devlet ilkesi' teşkil etmektedir. Sosyal devlet olmanın bir gereği olarak da eşitlik ilkesi (md. 10), çalışma ve sözleşme özgürlüğü (md. 48) ile çalışma hakkı ve ödevi (md. 49) Anayasada yerlerini almış bulunmaktadır. Belirtilen düzenlemelerin yanı sıra, Anayasanın çalışma şartları ve dinlen-

23 RG. 23.7.2019, S. 30840 (1. Mükerrer).

me hakkını düzenleyen 50. maddesinin ilk iki fıkra düzenlemesi uyarınca, *"Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılamaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar."* . Doktrinde, Anayasada böyle bir hükmün yer almasının nedeni olarak; kadınların gerek fiziksel açıdan daha narin yapıları gerekse hamilelik ve analık durumları gereği çalışma hayatında özel olarak korunmalarının gerekliliği gösterilmektedir[24]. Ancak, bu tespit günümüz koşulllarında geçerliliğini kısmen kaybetmiş bulunmaktadır. Zira, toplam istihdamdaki payı giderek artan hizmet sektöründe ya da bilgisayar teknolojisinin kullanıldığı ortamlarda kadının zayıf yapısının bir önemi kalmadığı gibi sanayideki tehlikeli olan ve fiziksel kuvvet gerektiren işlerde yeni teknolojilerin kullanımı da pek çok işi kadınlar tarafından yapılabilir kılmıştır. Bunun gibi, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin eksiksiz alınması halinde de kadınların istisnai haller ve özel durumlar hariç özel olarak korunmalarına ihtiyaç olmamaktadır. Bu nedenledir ki, hükmün kadınların korunmaları gerektiğine dair genel geçer bir şekilde kaleme alınmış olması; hem kısmen güncelliğini kaybetmiş bir tutum hem de ayrımcılık teşkil etmektedir[25].

Söz konusu anayasal düzenlemenin bir diğer aksaklığı ise; hükmün içeriğinde de ayrımcı bir tutum sergilenmiş olmasıdır. Doktrinde isabetli olarak ve aynen belirtildiği üzere, *"kadınlar, fiil ehliyeti olmayan küçükler ve ruhi*

---

24 SÜZEK, s. 837; GÜVEN Ercan / AYDIN Ufuk, **Bireysel İş Hukuku**, Genişletilmiş Güncellenmiş 5. Baskı, Nisan Kitabevi Yayınları, Eskişehir, 2017, s. 303; KANDEMİR Murat, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri", **Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan**, 2005, ss. 415-444, s. 424; BACAK Bünyamin / YİĞİT Yusuf, "Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", **Kamu-İş**, C. 9, S. 2, 2007, ss. 1-31, s. 29. Söz konusu düzenlemeyi *"kadınların bünyevi özellikleri gözetilerek, kadının ailevi yükümlülükleri, çocuk bakımı ve eğitimi gibi özel görevlerin de aksamadan yürütülmesine yardımcı olarak özel önlemlerin alınmasına özen gösterildiğinin anayasal anlamda bir işareti"* olarak nitelendiren görüşte bkz. BACAK / YİĞİT, s. 4.

25 GÖKÇEOĞLU BALCI Şebnem, "Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum**, S. 54, 2017/3, ss. 1253-1298, s. 1271; DİNÇ Meryem, "Çalışma Hayatında Kadın İle İlgili Hukuki Düzenlemeler", **Kamu-İş**, C. 6, S. 3, 2002, (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/636.pdf), (Erişim Tarihi: 31.10.2019); SÜRAL Nurhan, "Uluslararası Çalışma Örgütünün (ILO) Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, 2001, ss. 1289-1325, s. 1321, 1324.

yetersizliği olanlarla aynı düzenlemeye tâbi kılınarak, eşit bireyler olarak değil, kısıtlı, çaresiz, zayıf ve korunmaya muhtaç varlıklar konumuna sokulmuştur[26]*."*. Bu nedenledir ki, 2. fıkra hükmünün Anayasadan çıkarılarak, yerine çalışan kadınlara karşı doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığın yasak olduğunu, işin niteliğinin gerektirdiği hallerde yapılan ayrımcılığın ayrımcılık sayılamayacağını, kadınların yalnızca biyolojik nedenlerin zorunlu kıldığı hallerde korunacaklarını öngören yeni bir fıkranın eklenmesi gerektiği ifade edilmektedir[27]. Belirtilen hususların ortaya koyduğu üzere, Hukukumuzda en üst düzlem olan Anayasada yer alan bu hüküm aslında öngörülme amacı ile çatışır bir şekilde kaleme alınmıştır.

Anayasanın yer verilen hükmünün gereği olarak Türk İş Hukuku mevzuatında kadın işçiler için özel koruyucu hükümler öngörülmüş bulunmaktadır. Nitekim, işverenlere getirilen kreş açma yükümlülüğü de bunlardan biridir. Söz konusu yükümlülüğe ilişkin olarak ayrıntılı düzenlemeler 20.6.2012 tarih ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu[28] md. 30 hükmü gereğince çıkarılan Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'te yer almaktadır. Nitekim, gebe, yeni doğum yapmış veya emziren çalışanın işyerlerindeki sağlık ve güvenliğinin sağlanması ve geliştirilmesini destekleyecek önlemlerin alınması ve bu çalışanların hangi dönemlerde ne gibi işlerde çalıştırılmalarının yasak olduğunu, çalıştırılabilecekleri işlerde hangi şart ve usullere uyulacağını, emzirme odalarının veya çocuk bakım yurtlarının nasıl kurulacağını ve hangi şartları taşıyacağını belirleme amacını haiz (md. 1) Yönetmeliğin Dördüncü Bölümü 'Oda ve Yurtlarla İlgili Genel Hükümler' başlıklı olup 13 ila 23. madde düzenlemeleri konumuz ile ilgilidir.

2. Şartları

Öncelikle belirtilmelidir ki, *"işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemek"* amacını taşıması (md. 1) nedeni ile 6331 sK.'un kapsamı oldukça

---

26 BAKIRCI Kadriye, "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler", **Sicil**, S. 8, Aralık 2007, ss. 22-40, s. 23; GÖKÇEOĞLU BALCI, s. 1270.

27 BAKIRCI, s. 23.

28 RG. 30.6.2012, S. 28339.

geniş tutulmuştur. Bu bağlamda, *"kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulan"* ması öngörülmüş ve fakat fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindekiler hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı'nın faaliyetleri, afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri, ev hizmetleri, çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar, hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri kapsam dışı bırakılmıştır (md. 2). Dolayısıyla, gerek söz konusu Kanun gerekse md. 30 hükmü gereğince çıkarılan Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik belirtilen istisnalar dışında kalan tüm işyerlerine ve bu işyerlerindeki tüm çalışma ilişkilerine uygulanmaktadır.

Yönetmeliğin 13. maddesinde işverenlerin kreş açma yükümlülüklerinin şartları öngörülmüştür. Anılan maddenin 2. fıkra hükmü uyarınca, *"Yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 150'den çok kadın çalışanı olan işyerlerinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakımı ve emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, (...) EK-IV'te belirtilen şartları taşıyan*[29] *bir yurdun kurulması zorunludur."*. Yer verilen düzenlemede haklı eleştirilere yol açan husus; işverenin söz konusu yükümlülüğünün sadece kadın çalışan sayısı esas alınarak düzenlenmiş olmasıdır. Tıpkı Anayasa md. 50 düzenlemesinde olduğu gibi burada da ayrımcı bir tutum ve ötesinde toplumsal cinsiyetçi bir yaklaşım söz konusudur. Zira, erkekler sadece erkek kimlikleri ile çalışma hayatında yer alırlarken, kadınlar anne kimliklerini de beraberlerinde taşımaktadırlar. Oysaki, anneler kadar babaların da okul öncesi çağdaki çocukların eğitim ve gelişiminde önemli rolleri vardır. Zira bu dönem; çocuğun gelişiminde ailenin en etkili olduğu dönemdir. Buna rağmen, babalar 'çocuk gelişiminde katkıları unutulanlar' olmuşlardır ve olmaya da devam etmektedirler[30].

---

29 Nitekim, maddede atıf yapılan Ek-IV'te, 'Oda ve Yurtlarda Bulunacak Nitelikler' 15 bent halinde ve detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

30 TAŞKIN Necdet, "Çocukların Gelişiminde Katkıları Unutulanlar: Babalar", **Eğitim Bir-Sen Eğitime Bakış**, Y. 7, S. 20, 2011, ss. 43-47, s. 43.

Diğer yandan, bu tutum uygulamada işverenlerin söz konusu yükümlülükten kaçmak için kadın çalışan sayısını düşük tutmalarına, kadınları işe almamalarına, dolayısıyla da kadınların çalışma hayatının dışında kalmalarına yol açmaktadır[31]. Böylelikle, yine düzenlemenin öngörülme amacının tam tersi bir sonuç ile karşılaşılmaktadır. Her ne kadar, işverenin söz konusu yükümlülüğünün mevcut olabilmesi için gereken kadın çalışan sayısının belirlenmesinde; işverenin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan tüm işyerlerindeki kadın çalışanların toplam sayısı dikkate alınacağı (f. 4) gibi erkek çalışanlar arasından çocuğunun annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş olanların da hesaba dahil edileceği öngörülerek (f. 5) eleştirilen tutum biraz yumuşatılmış olsa da, yeterli değildir. Zira, bu düzenlemenin de mantığında erkeklerin ancak eşleri öldüğünde ya da çocuklarının velayetlerini tek başlarına aldıklarında çocuklarına bakma, onlarla ilgilenme gibi sorumluluklarının olduğu yönünde bir düşünce bulunmaktadır.

Belirtilen hususların da ortaya koyduğu üzere olması gereken; söz konusu yükümlülüğün belirlenmesinde çalışanlar arasında kadın-erkek ayrımı yapılmamasıdır[32]. Zaten devletimiz, 1995 yılında Pekin'de gerçekleştirilen BM 4. Dünya Kadın Konferansı'nda gerek emzirme odası gerekse kreş açma yükümlülüklerinin tespitini kadın-erkek ayrımı yapmaksızın çalışan sayısı ile ilişkilendirmeyi taahhüt etmiştir[33]. Ancak, bu taahhüt hâlâ düzenlemeye yansımamıştır. Diğer yandan, Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Çocuk Bakımevleri Hakkında Yönetmelik[34] md. 2 hükmünde, kadın-erkek ayrımı yapılmaksızın, istihdam edilen tüm memurlar nazara alınmış ve fakat işverenin kreş açma yükümlülüğü toplam çalışan sayısına değil, toplam çocuk sayısına göre belirlenmiştir. Şöyle ki, kurumca istihdam edilen memurların 0-6 yaş grubuna giren en az elli çocuğunun bulunması halinde kurumun bağlı veya ilgili olduğu Bakanın onayı alınmak suretiyle kurumun idari ve mali işlerle ilgili birimine bağlı olarak açılabilecektir.

Toplam çalışan sayısı ya da çalışanların toplam çocuk sayısının esas alınması bir tercih meselesidir, ama mevzuatta ve uygulamada birlik sağlan-

---

31 BAKIRCI, s. 29; DEDEOĞLU, s. 51; GÖKÇEOĞLU BALCI, s. 1288, 1289, 1291; SÜRAL, ILO, s. 1316.

32 BAKIRCI, s. 29; GÖKÇEOĞLU BALCI, s. 1289, 1291; SÜRAL, ILO, s. 1324.

33 DİNÇ, (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/636.pdf), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

34 RG. 8.12.1987, S. 19658.

ması için sadece biri tercih edilmelidir. Bir diğer deyişle, aynı konuya ilişkin çıkarılan yönetmeliklerde farklı kıstasların belirlenmesi doğru olmadığı gibi bağımlı çalışanlar arasında ayrımcılık da yaratmaktadır[35]. Diğer yandan, söz konusu yükümlülüğün mevcudiyeti açısından öngörülen toplam işçi sayısı da ülke gerçeklerine uygun olarak belirlenmelidir. Zira, Türkiye'deki işletmelerin %99.8'i 250'nin altında çalışanı olan KOBİ niteliğinde olup bunların arasında da 100'ün altında çalışanı olanların oranı %99.6'dır[36]. Dolayısıyla, Yönetmelikte öngörülen 150 kadın çalışan sayısı da Türkiye gerçekleri ile bağdaşmamakta[37], kapsam alanı açısından oldukça sınırlı kalmaktadır[38]. Nitekim, TBMM'nin 'Her Alandaki Kadın İstihdamının Arttırılması ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu'nda kreş açma kıstası olarak 200 çalışan önerilmiş bulunmaktadır. Mevcut düzenleme ile karşılaştırıldığında; hem toplam çalışan sayısının esas alınması ile ayrımcı tutum terk edilmiş hem de daha fazla işyerini kapsayacak bir sayı tespit edilmiş olsa da bu öneri de ülkemizin içinde bulunduğu sorunun çözümü için yeterli bir değişiklik teşkil etmemektedir[39]. Zaten, söz konusu düzenlemede hâlâ herhangi bir değişiklik gerçekleşmiş değildir.

---

35 Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Çocuk Bakımevleri Hakkında Yönetmelik'in kapsamında *"657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun değişik 1 inci maddesinin birinci fıkrası kapsamına giren* (Genel ve Katma Bütçeli Kurumlar, İl Özel İdareleri, Belediyeler, İl Özel İdareleri ve Belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında veya Beden Terbiyesi Bölge Müdürlüklerinde çalışan) *Devlet memurlarının çocukları"* yer alırken (md. 1), Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'in kapsamına *"20/6/2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamındaki kadın çalışan çalıştıran işyerleri"* girmektedir (md. 2).

36 METİN, s. 42; GÖKÇEOĞLU BALCI, s. 1288-1289.
Somut bir örnek vermek gerekir ise, 2012 yılında 100 üzeri toplam çalışanı olan işyeri sayısı; Adana'da 263, Ankara'da 1026, Çanakkale'de 54, Denizli'de 207 iken 100 üzeri kadın çalışanı olan işyeri sayısı ise Adana'da 65, Ankara'da 367, Çanakkale'de 12, Denizli'de 96'dır. Bkz. KEİG Bülteni, S. 7, Haziran 2014, s. 4, (http://www.keig.org/wp-content/uploads/2016/03/ebulten_haziran-2014.pdf), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

37 GÖKÇEOĞLU BALCI, s. 1289.

38 METİN, s. 42; HÜSEYİNLİ Namık, "Uluslararası Sözleşmeler Işığında Aile Ve Çalışma Yaşamının Uzlaştırılması Kapsamında Ebeveyn İzninin Uygulamadaki Yeri", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 1, 2015, ss. 271-311, s. 301; KEİG Bülteni, s. 2, (http://www.keig.org/wp-content/uploads/2016/03/ebulten_haziran-2014.pdf), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

39 HÜSEYİNLİ, s. 301.

Yönetmelikte, kreş açma yükümlülüğü açısından benimsenen aynı ayrımcı yaklaşım açılan kreşlerden yararlanacaklar açısından da söz konusudur. Zira, kadın çalışanların çocukları ile erkek çalışanların annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş çocukların kreş imkânından yararlanabilecekleri öngörülmüştür (md. 14/f. 1)[40]. Olması gereken; kadın-erkek ayrımı yapılmaksızın tüm çalışanların öngörülen yaş aralığındaki çocuklarına bu imkânın tanınmasıdır. Böylelikle, hem anne ve babalar çalıştıkları işyerlerinin her ikisinde de kreş mevcut ise istedikleri kreşi seçebilecekler hem de annenin çalıştığı işyerinde kreş bulunmadığı takdirde babanın çalıştığı işyerindeki kreşten yararlanabileceklerdir[41].

Kreş açma yükümlülüğünün hayata geçirilmesi noktasında ise, çeşitli olanaklara yer verilmiş, bu bağlamda işverenlerin bu yükümlülüklerini tek başlarına ya da kamu kurumlarınca yetkilendirilmiş yurtlarla yapacakları anlaşmalarla yerine getirebilecekleri öngörülmüştür (md. 13/3). Ancak, birden çok işveren tarafından ortaklaşa kreş kurulduğu takdirde, bu işverenler veya işveren vekillerinin ayda en az bir defa toplanarak bu yerlerin yönetimine dair kararlar almaları ve alınan bu kararların uygulanmasını sağlamaları gerekli kılınmıştır (md. 22).

Önemli bir diğer husus ise, açılacak kreşlerin coğrafi konumlarına ilişkindir. Nitekim, Yönetmelikte çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın olması gerektiği belirtilmiş, işyerine 250 metreden daha uzakta olduğunda ise işveren taşıt sağlamakla yükümlü kılınmıştır (md. 13/f. 2). Kreşlerin işlevlerini görebilmeleri için işyerlerinde ya da işyerlerine yakın yerlerde olmaları gereklidir. Aksi durum anne ve babaların gün içerisinde çocuklarını görmelerine engel olacağı gibi çocukları kreşe bırakıp kreşten almakta sorun yaşamalarına da neden olacaktır[42]. Bu nedenle, Yönetmeliğin söz konusu hükmü öngörülme amacına uygun olduğundan[43] isabetlidir.

---

40 Benzer durum Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Çocuk Bakımevleri Hakkında Yönetmelik'te de söz konusudur. Zira, Yönetmeliğin 11. maddesinde anne ve babanın ayrı kurumlarda çalışmaları halinde, çocuğun annenin çalıştığı kuruma bağlı bakımevine kabul edileceği, annenin çalıştığı kurumda bakımevinin açılamamış olması halinde ise babanın çalıştığı kuruma kabul edileceği hüküm altına alınmıştır.

41 BAKIRCI, s. 30; SÜRAL, ILO, s. 1324.

42 DOĞAN, s. 58; DEDEOĞLU, s. 51.

43 CİVAN Orhan Ersun, "İş Sağlığı Ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 4, 2017, ss. 203-290, s. 218.

İşverenler, sadece kreş açmakla yükümlü tutulmamışlar, ayrıca bunların bina, kuruluş, döşeme, araç, gereç, taşıt, beslenme gibi giderlerinin tamamını karşılamaları, buraları ayda en az bir defa kendileri veya vekillerinin denetlemeleri, görülen eksiklikleri ise derhal gidermeleri de öngörülmüştür (md. 21).

Yönetmeliğin diğer maddelerinde ise, 'kayıt ve çıkış' (md. 15), 'oda ve yurtlarda bulundurulacak ilaç ve tıbbi gereçler' (md. 16), 'personel, yönetim ve gözetim' (md. 17), 'çocukların muayeneleri' (md. 18), 'çocukların beslenmesi' (md. 19) ve 'oda ve yurtların bildirilmesi' (md. 23) hususları düzenlenmiş bulunmaktadır.

Söz konusu yükümlülüğe aykırılığın yaptırımı ise; 6331 sK. md. 26/1-n hükmünde *"30 uncu maddesinde öngörülen yönetmeliklerde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene, uyulmayan her hüküm için tespit edildiği tarihten itibaren aylık olarak bin Türk Lirası*[44]*"* olarak belirlenmiştir. Ancak söz konusu yaptırım yetersizdir[45]. Bu nedenledir ki, uygulamada kadın çalışan sayısının yeterli olduğu işyerlerinde işverenler bu yükümlülüklerinden kaçtıklarından kreş hizmeti yerine getirilmemekte, söz konusu aykırılığın ancak herhangi bir teftiş dolayısıyla tespit edilmesi halinde[46] ise belirlenen idari para cezasının ödenmesi ile yetinilmektedir[47]. Nitekim, dokt-

---

44 Kanunun ilk şeklinde, idari para cezası tüm işyerleri için aynı miktarda uygulanmakta iken 4.4.2015 tarih ve 6645 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 23.4.2015, S. 29335) md. 4 hükmü ile yapılan değişiklik sonucu işyerinin girdiği tehlike sınıfı ve işyerinde çalışan sayısına göre kademeli olarak belirlenmeye başlamıştır. Söz konusu idari para cezasının miktarı 2019 yılında yeniden değerleme oranında arttırılmış olup az tehlikeli işyerleri için 2.866.-TL., tehlikeli işyerleri için 3.822.-TL., çok tehlikeli işyerleri için 5.733.-TL. olmuştur.

45 Aynı görüşte bkz. KÖKKILINÇ ERALTUĞ, s. 132; CİVAN, s. 218-219, 37 numaralı dn.; TULUKÇU, s. 151.

46 Ne var ki, söz konusu teftişler de gerektiği gibi gerçekleştirilmemektedir. Meclis'te verilen bir soru önergesi kapsamında yapılan açıklama bu durumu ortaya koymaktadır. Buna göre, 2012 yılında Türkiye'de 150'den fazla kadın çalışanı bulunan 1658 resmi kurum ile 7204 özel şirket mevcut olmasına rağmen sadece 300 işyerinde denetim yapılabilmiştir. HÜSEYİNLİ Namık / HÜSEYİNLİ Tahire, "Çocuk Bakımının Kadın İşgücü Üzerinde Etkileri Ve Hukuki Düzenlemeler", **Akdeniz Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, S. 34, 2016, ss. 108-137, s. 129.

47 DEDEOĞLU, s. 51; SOYKUT SARICA Yeşim Pınar / ÇAĞLI Elif, "İş-Aile Yaşamında Dengeyi Bulma Çabaları: Ülke İncelemeleri", **Sosyal Güvenlik Dergisi**, C. 7, S. 2, 2018, ss. 95-118, s. 114.

rinde iş mevzuatında işverenlere getirilmiş pek çok yükümlülük bulunmasına rağmen bunlardan kreş açma yükümlülüğü gibi bazılarının yerine getirilmemesinin neredeyse kanıksandığı isabetli olarak ifade edilmektedir[48].

GENEL DEĞERLENDİRME

Mevcut düzenlemelere yaptığımız eleştiriler, uygulamadaki durum ve ülkemizin sergilediği tablo; kadınların istihdama katılımı konusunda mevzuatın oluşturulmasının önemini ortaya koymaktadır. Zira, kanun koyucunun toplumsal cinsiyetçi bir yaklaşım ile kaleme aldığı düzenlemeler hedeflerinin tam tersi bir şekilde, ayrımcılık kaynağı haline gelmekte[49] ve kadınların çalışmalarının önünde temel engeli teşkil etmektedir[50]. Bu nedenledir ki, bu alanda politikalar oluşturulurken, düzenlemeler yapılırken genel anlamda ailevi sorumlulukların hem kadınlara hem de erkeklere ait olduğu göz önünde tutulmalı, ayrıca sadece kadın çalışanların değil işletmelerin de çıkarları gözetilmelidir. Zira, günümüzde gelinen noktada, kadınlar maalesef erkeklere nazaran daha pahalı bir işgücüne dönüşmüş, kadın istihdamının caydırıcı maliyeti olmuştur[51]. Doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere, işyerleri hayır kuruluşları değil, kazanç amaçlı organizasyonlardır. Pek tabiidir ki, işverenlerin hukuki yükümlülükleri, birtakım sorumlulukları olacaktır. Ancak bunların kapsamı işverenleri yatırım yapmaktan veya mevcut yatırımlarını büyütmekten, istihdam yaratmaktan kaçıracak, işletmelerin rekabet gücünü azaltacak boyutlara ulaşmamalıdır[52].

Sadece mevzuatın gerektiği gibi oluşturulması da tek başına yeterli de-

---

48 DOĞAN YENİSEY Kübra, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, 2018, s. 535.

49 DOĞAN YENİSEY Kübra, "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları", **Kamu-İş**, C. 6, S. 4/2002, (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/643.pdf), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

50 UŞEN Şelale / (GÜNGÖR) DELEN Meltem, "Eğitimli Kadınların Çalışma Hayatına İlişkin Tercihleri: İstanbul Örneği", **Kamu-İş**, C. 11, S. 4, 2011, ss. 127-182, s. 158.

51 SÜRAL Nurhan, "Türkiye'de Kadın İstihdamı: Fırsatlar, Engeller Ve Hukuki Çerçeve", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Özel Sayı, 2013, ss. 279-309, s. 292, 309; SÜRAL A. Nurhan, "Avrupa Birliği'nin Cinsiyet Eşitliğine Dair Düzenlemeleri ve Esneklik", **İşveren**, C. 53, S. 2, Mart-Nisan 2015, ss. 50-53, s. 52.

52 SÜRAL Nurhan, "İstihdamda Cinsiyet Eşitliği", **Sicil**, S. 20, Aralık 2010, ss. 11-27, s. 20; SÜRAL, Türkiye'de Kadın İstihdamı, s. 309.

ğildir. Kadın istihdamının arttırılmasında devletin ve yerel yönetimlerin yanı sıra sendikaların, üniversitelerin, işletmelerin ve sivil toplum örgütlerinin de çabaları, katkıları önemlidir[53]. *İTÜ BMT-KAUM ve Levy Economics Institute* iş birliği ile yürütülen bir araştırma çalışmasının önbulgularına göre; kreş ve anaokulları için okul öncesi eğitim ve sosyal hizmetler alt sektöründe yapılacak yatırımlar örneğin inşaat sektörüne yapılacak yatırımlara göre takriben iki kat daha fazla yeni iş yaratmakta ve bu yatırımlarla yaratılan işlerin %90'ına kadınlar girmektedirler[54].

Diğer yandan, hükümetin ve sivil toplum kuruluşlarının toplumun kadına bakış açısını, bir diğer ifade ile aslında toplumsal yapıyı değiştirecek ve hukuki gelişmeleri destekleyecek projeleri de yürütmesi gerekmektedir[55]. Ancak, kanaatimizce ülkemizdeki geleneksel toplumsal yapının değişmesini beklemeden de bu alanda önemli ilerlemeler sağlamak mümkündür. Zira, muhafazakâr refah rejimine[56] sahip bir ülke olmasına rağmen Fransa'da kadınların işgücüne katılım oranı ülkemize kıyasen oldukça yüksek olup 2017 yılı verileri uyarınca istihdam oranları; erkeklerde %60.6, kadınlarda %51.5'tir[57]. Bu ülkede, 1970'lerde aile dostu politikalar oluşturulmaya başlanmış, sosyal güvenlik sistemine ilk kez aile sorunları dahil edilmiştir. 1981 yılında *Mitterand* yönetiminde yaşanan istihdam krizinin çalışma yaşamının

---

53 SÜRAL, Türkiye'de Kadın İstihdamı, s. 309.

54 İLKKARACAN İpek, "Türkiye'de Kadın İstihdamı Önünde Bir Engel Olarak İş-Aile Dengesi Sorunsalı", **İşveren**, C. 53, S. 2, Mart-Nisan 2015, ss. 54-57, s. 57, 3 numaralı dn.

55 BOLCAN Aybike Elif, "Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Türk Çalışma Mevzuatında Kadın", **Çalışma ve Toplum**, S. 24, 2010/1, ss. 253-276, s. 273.

56 Muhafazakâr refah rejiminde statü farklılıklarının korunması ve hakların sınıf ve statüye bağlı olarak yerine getirilmesi söz konusudur. Aynı zamanda tipik olarak kilise öğretileri güçlü olup bu anlamda geleneksel ailenin korunmasına vurgu yapılmaktadır. Bu nedenledir ki, aile desteği ön plana çıkarılarak evi geçindirme rolü gereği erkeğin desteklenmesine yönelik uygulamalara ağırlık verilmektedir. Ebeveyn izni gibi eşitliğe dayalı uygulamalar ise gelişmemiş olduğundan, çocuk bakım hizmetleri de yaygınlaşmamakta, aile yardımları ise anneliği destekler nitelikte olduğundan kadınların istihdama katılım oranı düşük kalmaktadır. Bkz. TOPGÜL Seda, "Aile Dostu Politikalar Ve İş Yaşamının Uyumlaştırılması Çerçevesinde Uygulamalar", **Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi**, C. 12, S. 1, Yaz 2017, ss. 45-66, s. 60; ÖZAYDIN Mehmet Merve, "Cinsiyete Dayalı Refah Sınıflandırmaları Temelinde İş Ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılması Sorunu", **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 3, 2013, ss. 47-72, s. 61-62; METİN, s. 22.

57 (https://stats.oecd.org/index.aspx?queryid=54741), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

yapısında ciddi değişiklikler yapılmasını gerekli kılması nedeniyle de bir yandan doğumlar özendirilirken diğer yandan çalışan annenin korunmasına yönelik düzenlemeler getirilmiştir[58].

Günümüzde söz konusu ülkede, kreş aileler tarafından en çok tercih edilen çocuk bakım hizmeti kurumu niteliğini haizdir. Anne ve babaların %32'si çocukları doğar doğmaz ileride kreş hizmetlerinden yararlanmayı düşündüklerini belirtirken[59], %70'i açısından da en ucuz ve en güvenilir yöntem olması nedeni ile tercih nedeni olmaktadır. Nitekim, işverenler açısından da çalışanların işyerine olan bağlılıklarını arttırma yöntemi olarak görülmesi, ebeveyn izni taleplerinde azalma sağlaması, işyerine devamsızlığı önlemesi ve ticari itibarlarını arttırması nedeni ile **herhangi bir kanuni zorunluluk olmamasına rağmen** kreş (*"crèche d'entreprise"*) hizmeti sunmak tercih edilir olmuştur[60]. Gerçekten de işverenlerin çalışanlarının iş hayatı-özel hayatı dengesine özen gösterdikleri imajını sağlamanın ötesinde kreşler; çalışanların morallerini olumlu etkiledikleri gibi çocuk bakımının yarattığı sorunlar ile daha az meşgul olmalarını, bu imkândan yararlandıkları süre boyunca da işyerlerini değiştirmemelerini sağlamaktadır[61]. Bu nedenlerdir ki, üç yaşından küçük çocuğu olan çalışanların %53'ünün ilk tercihleri çalıştıkları işyerlerinin sağladıkları kreş hizmetlerinden yanadır[62]. Sonuç itibari ile kreşler; her iki tarafın da kazandığı (*"win-win" / "gagnant-gagnant"*) bir çözüm niteliğindedir[63].

---

58 AYDIN Ufuk, "Aile Dostu İş Hukuku Karşılaştırmalı Bir İnceleme", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C. I, 2011, ss. 369-395, s. 373.

59 HOCHER Octave, "Quels critères pour décrocher une place en crèche?", **Le Figaro**, 13.9.2014, (http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2014/09/13/20002-20140913ARTFIG00088-quels-criteres-pour-decrocher-une-place-en-creche.php), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

60 RENAULT Marie-Cécile, "Les crèches d'entreprise séduisent de plus en plus d'employeurs", **Le Figaro**, 24.9.2014, (http://www.lefigaro.fr/vie-bureau/2014/09/24/09008-20140924ARTFIG00008-les-creches-d-entreprise-seduisent-de-plus-en-plus-d-employeurs.php), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

61 RENOU Fabien, "La crèche d'entreprise, comment ça marche?", **Journal du Net**, 4.7.2011, (https://www.journaldunet.com/management/vie-personnelle/1090500-la-creche-d-entreprise-comment-ca-marche/), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

62 Caisse Nationale Des Allocations Familiales, **Guide Creches & Entreprises Quelles solutions pour mon entreprise?**, s. 9, (https://www.caf.fr/sites/default/files/Guidecr%C3%A8chesentreprise.pdf), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

63 Caisse Nationale Des Allocations Familiale**s**, s. 10, 39, (https://www.caf.fr/sites/default/files/Guidecr%C3%A8chesentreprise.pdf), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

İşverenler tarafından açılan kreşler açısından temelde iki model mevcuttur. Bunlar; sadece işyerinde çalışanların çocuklarının bakımının karşılandığı kreşler (*"crèche interne"*) ile farklı işverenlerin ortaklaşa açtıkları kreşler (*"crèche inter-entreprise"*) şeklindedir. İlk model uzun süreli bir taahhüt gerektirdiğinden daha ziyade büyük işletmeler tarafından tercih edilirken; diğeri ise daha basit, kurması daha hızlı ve daha az masraflı olması nedeni ile KOBİ'lerin tercihi olmuştur. Bununla birlikte, herhangi bir kanuni zorunluluk mevcut olmadığından, işverenlerin kendilerinin kreş açmaları yerine kreş açma ve işletme konusunda uzman şirketlerle anlaşmaları veya mevcut kreş veya kreşlerde kendi çalışanlarının çocukları için yer ayırttırmaları da mümkündür. Pek tabiidir ki, her modelin farklı avantaj ve dezavantajları mevcut olup işyerinde hangisinin hayata geçirileceği işverenlerin tercihine bağlıdır. Yine de uygulamada ikinci model ağırlıklı olarak tercih edilir olmuşsa da bir modelden diğerine geçmek de mümkündür[64].

Genel olarak bu ülkede kreşler; on haftalıktan itibaren beş yaşına kadar çocukların kabul edildiği bir bakım kurumu niteliğine sahip olmakla beraber çoğunlukla üç yaşa kadar çocuklar kabul edilmektedir. İster devlet tarafından isterse işveren tarafından açılmış olsun; ülkede faaliyet gösteren tüm kreşler aynı kalite standartlarına, aynı düzenlemelere ve aynı kontrol mekanizmalarına tâbidir. Zira, mevzu bahis herhangi bir konu değil, 'küçük çocukların bakımı'dır[65]. Bununla birlikte, işverenlerin açtıkları kreşler açısından -hangi model söz konusu olursa olsun- birtakım teşvikler öngörülmüştür. 2004 yılından itibaren getirilen bu teşvikler genel hatları ile, aile vergi kredisi *("crédit d'impot famille")*, işverenin kreş hizmeti giderlerinde vergi indirimi ve birtakım sübvansiyonlar şeklindedir[66]. Çalışanlar da ço-

---

64 (https://www.droit-travail-france.fr/creche-d-entreprise---le-cadre-juridique-et-la-mise-en-place_ad970.html), (Erişim Tarihi: 31.10.2019); Caisse Nationale Des Allocations Familiales, s. 13-14, (https://www.caf.fr/sites/default/files/Guidecr%C3%A8chesentreprise.pdf), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

65 Caisse Nationale Des Allocations Familiales, s. 9, 18, (https://www.caf.fr/sites/default/files/Guidecr%C3%A8chesentreprise.pdf), (Erişim Tarihi: 31.10.2019); (https://www.droit-travail-france.fr/creche-d-entreprise---le-cadre-juridique-et-la-mise-en-place_ad970.html), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

66 Detaylı bilgi için bkz. (https://www.droit-travail-france.fr/creche-d-entreprise---le-cadre-juridique-et-la-mise-en-place_ad970.html), (Erişim Tarihi: 31.10.2019); Caisse Nationale Des Allocations Familiales, s. 11, (https://www.caf.fr/sites/default/files/Guidecr%C3%A8chesentreprise.pdf), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

cuklarının bakımı için yararlandıkları bu hizmet karşılığında Devlet kreşine ödeyecekleri tutarda bir ödeme yapmaktadırlar[67]. Böylelikle, son yıllarda işverenlerin açtıkları kreşlerin sayısı artış göstermekte, bu da ülkedeki Devlet kreşlerinin sayıca yetersizliğini telafi etmektedir[68]. Fransa'daki durum göstermektedir ki, çocuk bakımı geniş kapsamlı hizmetlerle desteklendiğinde; toplumda geleneksel bir yapı mevcut olsa da kadın istihdamında sorun yaşanmamaktadır.

Belirtilenler neticesinde inceleme konumuz itibari ile ülkemizde yapılması gereken; kreşler başta olmak üzere okul öncesi çocuk bakım ve eğitimine yönelik kurumların yaygınlaştırılması[69], bunlardan ücretsiz veya düşük ücretli olarak yararlanmanın sağlanması, yani bu kurumların erişilebilir kılınması ve uluslararası kalite standartlarına uygun olmalarının sağlanmasıdır[70]. Belirtilen hedefin gerçekleştirilebilmesi için ise, pek çok alternatif düşünülebilir. Nitekim, doktrinde de çeşitli fikirler ileri sürülmüş bulunmaktadır. Bu bağlamda, sosyal devlet olmanın bir gereği olarak, bakım görevlerinin devlet tarafından bir kamu hizmeti olarak düzenlenmesi tercih edilebilir ya da devletin işverenin bu yükünü paylaşacağı değişik modeller tartışılarak benimsenebilir[71]. Hatta organize sanayi bölgelerinde çalışan sayısına bakılmaksızın kreş açma yükümlülüğü getirilebilir[72]. Çocuk bakımının karşılanabilir bir bedelle nitelikli kurumlar tarafından sağlanması da bir diğer alternatiftir[73]. **Ancak, ne olursa olsun çocuk bakımına yönelik so-**

---

67 RENOU, (https://www.journaldunet.com/management/vie-personnelle/1090500-la-creche-d-entreprise-comment-ca-marche/), (Erişim Tarihi: 31.10.2019); RENAULT, (http://www.lefigaro.fr/vie-bureau/2014/09/24/09008-20140924ARTFIG00008-les-creches-d-entreprise-seduisent-de-plus-en-plus-d-employeurs.php), (Erişim Tarihi: 31.10.2019); Caisse Nationale Des Allocations Familiales, s. 24, (https://www.caf.fr/sites/default/files/Guidecr%C3%A8chesentreprise.pdf), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

68 RODIER Anne, "Les crèches d'entreprise font des heureux", **Le Monde**, 5.9.2016, (https://www.lemonde.fr/emploi/article/2016/09/05/les-creches-d-entreprise-font-des-heureux_4992430_1698637.html), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

69 Bunun bir adım ötesinde okul öncesi eğitimin de zorunlu kılınması savunulmaktadır. Bkz. GER Nur, "Kadın Girişimciler Finansmana Erişimde Güçlük Çekiyor", **İşveren**, C. 53, S. 2, Mart-Nisan 2015, ss. 48-49, s. 49.

70 GÖKÇEOĞLU BALCI, s. 1291; İLKKARACAN, s. 56; DEDEOĞLU, s. 53; UŞEN / (GÜNGÖR) DELEN, s. 176; METİN, s. 44.

71 GÖKÇEOĞLU BALCI, s. 1289, 1291; KÜMBÜL GÜLER / KİREN GÜRLER, s. 64.

72 BAKIRCI, s. 30.

73 HÜSEYİNLİ, s. 276.

rumluluk sadece kadına, bunun maliyeti de sadece işverene yüklenilmemeli, tüm bunlar devlet-aile-piyasa (veya devlet-aile-işveren) üçgeninde paylaştırılmalıdır[74]. Her ne kadar 31.12.1960 tarih ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu[75]'nda 2018 yılında yapılan bir değişiklik ile konuya ilişkin (gelir vergisinden istisna tutulma şeklinde) bir vergi kolaylığı[76] artık mevcut olsa da istenilen sonuç hâlâ alınamadığından, işverenler açısından buna ek ya da bunun yerine yeni başka teşviklerin (vergi kolaylığı, kredi desteği gibi)[77] öngörülmesi gerekmektedir.

Ülkemizde bu konuda önemli ve olumlu gelişmelerden biri olarak, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı (şimdi Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı), Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı (şimdi Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı) ile Borusan Holding arasında imzalanan iş birliği protokolü ile 'Annemin İşi Benim Geleceğim Projesi (2013-2019)' hayata geçirilmiş bulunmaktadır. Söz konusu proje ile; sanayide kadın istihdamının arttırılması ve kadının güçlendirilmesini desteklemek amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, on ilin organize sanayi bölgesinde 'Borusan Neşe Fabrikası' adıyla, 0-6 yaş grubu çocuklara yönelik kreş ve gündüz bakım evleri kurulması hedeflenmekte olup dört ilde (2013 yılında Adıyaman'da, 2014 yılında Afyonkarahisar'da, 2016 yılında Balıkesir'de ve 2017 yılında Malatya'da) hizmet vermeye başlanmıştır[78].

---

74 ÖZAYDIN, s. 59; ÖZMETE / EKER, s. 22.

75 RG. 6.1.1961, S. 10700.

76 Söz konusu Kanunun gelir vergisinden istisna ücretleri düzenleyen 23. maddesinin 1. fıkrasına 21.3.2018 tarih ve 7103 sayılı Vergi Kanunları İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG. 27.3.2018, S. 30373 2. Mükerrer) ile eklenen 16. bent uyarınca, *"İşverenlerce, kadın hizmet erbabına kreş ve gündüz bakımevi hizmeti verilmek suretiyle sağlanan menfaatler (İşverenlerce bu hizmetlerin verilmediği durumlarda, ödemenin doğrudan bu hizmetleri sağlayan gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerine yapılması şartıyla, her bir çocuk için aylık, asgarî ücretin aylık brüt tutarının %15'ini aşmamak üzere bu istisnadan yararlanılır. Kreş ve gündüz bakımevi hizmetini sağlayanlara yapılan ödemelerin belirlenen istisna tutarını aşan kısmı ile hizmet erbabına bu amaçla nakden yapılan ödemeler ve sağlanan menfaatler ücret olarak vergilendirilir. Bu bentte yer alan %15 oranını, asgarî ücretin aylık brüt tutarının %50'sine kadar artırmaya ve kanuni seviyesine getirmeye Cumhurbaşkanı, bu istisnanın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.)"*.

77 METİN, s. 42; TULUKÇU, s. 151.

78 Ayrıntılı bilgi için bkz. (anneminisi.org/tr/Anasayfa.aspx), (Erişim Tarihi: 1.4.2019).

Çok daha güncel bir gelişme olarak belirtilmesi gereken proje ise, Avrupa Birliği destekli kurumsal çocuk bakımı mali desteği (kreş desteği)dir. Henüz tam olarak hayata geçirilmemiş ve ön kayıt aşamasında olan[79] bu proje; Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yürütülmekte olup kadın istihdamını arttırmak amaçlı olarak çalışan annelere kreş, anaokulu veya gündüz bakımevine giden çocukları için ayda 100 Avro destek sağlanmasını öngörmektedir. Toplamda yedi ilde (İstanbul, Ankara, İzmir, Antalya, Bursa, Malatya ve Elazığ)[80] uygulanacak projeden yaralanabilmek için kadının başvuru tarihi itibari ile 0-60 ay aralığında çocuk sahibi olması, projenin uygulanacağı illerde ve çocuğu ile aynı evde ikamet etmesi, en geç kesin kayıt tarihi itibari ile Sosyal Güvenlik Kurumuna devri yapılmayan banka sandıkları hariç olmak üzere bir işverenin yanında md. 4/I-a sigortalı olarak tam zamanlı çalışması, son bir yılda Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilen kazancının ortalamasının brüt asgari ücretin iki katını aşmıyor olması[81] ve belirtilen yaş aralığındaki çocuğunu Milli Eğitim Bakanlığı ya da Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na bağlı kreş, anaokulu veya gündüz bakımevine çalışma saatlerine uygun olarak düzenli olarak göndermesi[82] (bunu denetlemek amacı ile kreş, anaokulu ve bakımevlerine önceden haber vermeksizin ziyaretler gerçekleştirilecektir.) ve bunun ücretini Halk Bankası'ndan açmış

---

79 Başvurular 15.10.2019 tarihinde saat 14.00 itibari ile başlamış olup, internet üzerinden (www.sgkkurumsalcocukbakimi.org) e-devlet şifresi ile yapılmaktadır. Başvuru sonrası Sosyal Güvenlik Kurumundan randevu alınacak ve gerekli evrak tamamlanacaktır. Ön kayıt sonrası gerekli şartlar sağlandıktan sonra Sosyal Güvenlik Kurumunun proje ofislerinde kesin kayıt yaptırılacaktır. DOĞAN Noyan, "15 Soruda Çocuk Bakım Desteği...Çalışan 10 Bin 250 Anneye, Her Ay 100 Euro Ödenecek", **Hürriyet**, 23.10.2019, (http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/noyan-dogan/15-soruda-cocuk-bakim-destegi-calisan-10-bin-250-anneye-her-ay-100-euro-odenecek-41356466), (Erişim Tarihi: 31.10.2019); (https://www.sozcu.com.tr/2019/ekonomi/basvuru-ekrani-sgkdan-calisan-annelere-destek-kres-yardimi-ile-ilgili-tum-merak-edilenler-5392243/), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

80 Belirtilen illerin belirlenmesinde analık iznini kullanan çalışan anne kadın sayısının fazlalığının etmen olduğu Sosyal Güvenlik Kurumu basın danışmanı Uğur Korkmaz tarafından açıklanmış bulunmaktadır. (https://www.sozcu.com.tr/2019/ekonomi/basvuru-ekrani-sgkdan-calisan-annelere-destek-kres-yardimi-ile-ilgili-tum-merak-edilenler-5392243/), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

81 Söz konusu tutar 2019 yılı için 5.116,80 TL.'dir.

82 Çocuğun iki öğretim yapan okullara ya da bakım kurumlarına gitmesi halinde ise, kalan sürede de etüde veya çocuk kulüplerine devam ettirilmesi şartıyla söz konusu destekten yararlanılabilecektir. DOĞAN, (http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/noyan-dogan/15-soruda-cocuk-bakim-destegi-calisan-10-bin-250-anneye-her-ay-100-euro-odenecek-41356466), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

olduğu hesaptan düzenli olarak ödüyor olması gerekmektedir[83]. Belirtilen şartları haiz olup kesin kayıt yaptırarak proje kapsamına girenlere şartları korumaları kaydı ile tek çocuk için ve en fazla 24 ay boyunca aylık 100 Avro tutarında mali desteğin yanı sıra bir defaya mahsus olmak üzere kırtasiye giderleri için ayrıca 100 Avro ödenecektir[84]. Yaz aylarında çocuğun kreş, anaokulu veya gündüz bakımevine gönderilmemesi proje kapsamından çıkartılmaya neden olmayacak ve fakat bu süre boyunca ödeme yapılmayacaktır. Bu nedenle yaz aylarına ilişkin çocuğun durumunun proje ofislerine yazılı olarak bildirilmesi öngörülmüştür. Çocuğun 72 aylık olması veya 24 aylık destek süresi dolmasa da ilkokula başlaması ya da gerekli şartların yerine getirilmemesi ile söz konusu destek sona erecektir. Mali destekten yararlanma sürecinde kadının işten çıkarılması halinde ise iş araması ve çocuğun kreş, anaokulu veya gündüz bakımevine devam etmesi şartıyla üç aya kadar ödemeler sürecektir. Herhangi bir nedenle mali desteği sona eren kadınların yerine ise yedek listede yer alanlara ödeme yapılacaktır[85].

Sonuç olarak, ülkemizin belirlediği hedeflere -11. Kalkınma Planında, dönem sonunda kadın istihdam oranının %39, işgücüne katılım oranının %38.5 olması, Ulusal İstihdam Stratejisi'nde (2014-2023) ise kadınların işgücüne katılım oranının %41'e çıkarılması, kayıt dışı çalışma oranının ise %30'a düşürülmesi hedeflenmiştir.- ulaşması hatta bunların ötesine geçmesi ancak belirttiğimiz hususların dikkate alınarak konu ile ilgili düzenlemelerin, projelerin vb. hayata geçirilmesi neticesinde mümkün olabilecektir. Aksi takdirde, sonuç bugünkü gibi olacaktır.

---

83 Toplamda 10.250 kadın söz konusu destekten yararlanabilecek olup illere göre kontenjan; İstanbul 3.250, Ankara 1.500, İzmir 1.500, Antalya 1.500, Bursa 1.250, Malatya 750, Elazığ 500 kişi şeklindedir. (https://www.sozcu.com.tr/2019/ekonomi/basvuru-ekrani-sgkdan-calisan-annelere-destek-kres-yardimi-ile-ilgili-tum-merak-edilenler-5392243/), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

84 Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanı Zehra Zümrüt Selçuk, proje kapsamındaki yardımların toplamda 169 milyon lirayı (26 milyon Avro) bulacağını açıklamıştır.

85 KIVANÇ Ahmet, "Yedi İlde Çalışan Annelere Destek Sağlanacak", **Habertürk**, (haberturk.com), (Erişim Tarihi: 31.10.2019); DOĞAN, (http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/noyan-dogan/15-soruda-cocuk-bakim-destegi-calisan-10-bin-250-anneye-her-ay-100-euro-odenecek-41356466), (Erişim Tarihi: 31.10.2019). Söz konusu proje 31.3.2022 tarihinde son bulacaktır. Bkz. DOĞAN, (http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/noyan-dogan/15-soruda-cocuk-bakim-destegi-calisan-10-bin-250-anneye-her-ay-100-euro-odenecek-41356466), (Erişim Tarihi: 31.10.2019).

KAYNAKÇA

AYDIN Ufuk, "Aile Dostu İş Hukuku Karşılaştırmalı Bir İnceleme", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C. I, 2011, ss. 369-395.

BACAK Bünyamin / YİĞİT Yusuf, "Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", **Kamu-İş**, C. 9, S. 2, 2007, ss. 1-31.

BAKIRCI Kadriye, "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler", **Sicil**, S. 8, Aralık 2007, ss. 22-40.

BOLCAN Aybike Elif, "Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Türk Çalışma Mevzuatında Kadın", **Çalışma ve Toplum**, S. 24, 2010/1, ss. 253-276.

Caisse Nationale Des Allocations Familiales, **Guide Creches & Entreprises Quelles solutions pour mon entreprise?**, (https://www.caf.fr/sites/default/files/Guidecr%C3%A8chesentreprise.pdf).

CİVAN Orhan Ersun, "İş Sağlığı Ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 4, 2017, ss. 203-290.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı / Türkiye İş Kurumu, **Kadın İstihdamı Eylem Planı (2016-2018)**.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, **Ulusal İstihdam Stratejisi (2014-2023) Özel Politika Gerektiren Grupların İstihdamının Artırılması Ekseni Raporu 2014 Yılı II. Dönem**.

DEDEOĞLU Saniye, "Eşitlik mi Ayrımcılık mı? Türkiye'de Sosyal Devlet, Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Kadın İstihdamı", **Çalışma ve Toplum**, S. 21, 2009/2, ss. 41-54.

DİNÇ Meryem, "Çalışma Hayatında Kadın İle İlgili Hukuki Düzenlemeler", **Kamu-İş**, C. 6, S. 3, 2002, (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/636.pdf).

DOĞAN Bilge, "Çalışma Hayatının Kadının Beden ve Ruh Sağlığına Etkisi", **Karatahta İş Yazıları Dergisi**, S. 6, Aralık 2016, ss. 51-76.

DOĞAN Noyan, "15 Soruda Çocuk Bakım Desteği...Çalışan 10 Bin 250 Anneye, Her Ay 100 Euro Ödenecek", **Hürriyet**, 23.10.2019, (http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/noyan-dogan/15-soruda-cocuk-bakim-destegi-calisan-10-bin-250-anneye-her-ay-100-euro-odenecek-41356466).

DOĞAN YENİSEY Kübra, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, 2018, ss. 387-561. (İş İlişkisinin Sona Ermesi)

DOĞAN YENİSEY Kübra, "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları", **Kamu-İş**, C. 6, S. 4/2002, (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/643.pdf).

EMEÇ Hamdi, "Türkiye'de Hanelerdeki Çocuk Sayısının Kadının Demografik Özellikleri Üzerinden Belirlenmesi", **Karatahta İş Yazıları Dergisi**, S. 5, Ağustos 2016, ss. 51-64.

ERDEM Ahmet, "Türkiye'de Kadın İstihdamı", **İşveren**, C. 53, S. 2, Mart-Nisan 2015, ss. 38-39.

GER Nur, "Kadın Girişimciler Finansmana Erişimde Güçlük Çekiyor", **İşveren**, C. 53, S. 2, Mart-Nisan 2015, ss. 48-49.

GÖKÇEOĞLU BALCI Şebnem, "Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum**, S. 54, 2017/3, ss. 1263-1298.

GÜVEN Ercan / AYDIN Ufuk, **Bireysel İş Hukuku**, Genişletilmiş Güncellenmiş 5. Baskı, Nisan Kitabevi Yayınları, Eskişehir, 2017.

HOCHER Octave, "Quels critères pour décrocher une place en crèche?", **Le Figaro**, 13.9.2014, (http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2014/09/13/20002-20140913ARTFIG00088-quels-criteres-pour-decrocher-une-place-en-creche.php).

HÜSEYİNLİ Namık, "Uluslararası Sözleşmeler Işığında Aile Ve Çalışma Yaşamının Uzlaştırılması Kapsamında Ebeveyn İzninin Uygulamadaki Yeri", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 1, 2015, ss. 271-311.

HÜSEYİNLİ Namık / HÜSEYİNLİ Tahire, "Çocuk Bakımının Kadın İşgücü Üzerinde Etkileri Ve Hukuki Düzenlemeler", **Akdeniz Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, S. 34, 2016, ss. 108-137.

İLKKARACAN İpek, "Türkiye'de Kadın İstihdamı Önünde Bir Engel Olarak İş-Aile Dengesi Sorunsalı", **İşveren**, C. 53, S. 2, Mart-Nisan 2015, ss. 54-57.

KANDEMİR Murat, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri", **Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan**, 2005, ss. 415-444.

KAYA Şehriban, "Türkiye'de Kadın İstihdamı: Hayatın İçinde Olmak ya da Olmamak", **Karatahta İş Yazıları Dergisi**, S. 4, Nisan 2016, ss. 31-50.

KEİG Bülteni, S. 7, Haziran 2014, s. 1-20, (http://www.keig.org/wp-content/uploads/2016/03/ebulten_haziran-2014.pdf).

KIVANÇ Ahmet, "Yedi İlde Çalışan Annelere Destek Sağlanacak", **Habertürk**, (haberturk.com).

KORAY Meryem, "Avrupa Birliği ve Türkiye'de "Cinsiyet" Eşitliği Politikaları: Sol-Feminist Bir Eleştiri", **Çalışma ve Toplum**, S. 29, 2011/2, ss. 13-54.

KÖKKILINÇ ERALTUĞ Ayşegül, "Avrupa Birliği Hukuku'nda Ebeveyn İzni", **Legal İSGHD**, S. 9, 2006, ss. 111-132.

KÜMBÜL GÜLER Burcu / KİREN GÜRLER Özlem, "Türkiye'de Kadın İşgücünün Ücret Düzeyini Belirleyen Faktörler ve Ücrette Ayrımcılık", **Karatahta İş Yazıları Dergisi**, S. 4, Nisan 2016, ss. 51-66.

METİN Banu, "İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılmasına Yönelik Politikalar ve Kadın İstihdamı: İsveç, Almanya ve Birleşik Krallık Örnekleri", **TİSK Akademi**, C. 12, S. 23, 2017/1, ss. 18-48.

ÖZAYDIN Mehmet Merve, "Cinsiyete Dayalı Refah Sınıflandırmaları Temelinde İş Ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılması Sorunu", **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 3, 2013, ss. 47-72.

ÖZMETE Emine / EKER Işıl, "İş-Aile Yaşamı Çatışması ile Başa Çıkmada Kullanılan Bireysel ve Kurumsal Stratejilerin Değerlendirilmesi", **Sosyal Güvenlik Dergisi**, C. 3, S. 1, 2013, ss. 19-49.

ÖZTÜRK Selcen / BAŞAR Dilek, "Türkiye'de Kadınların İşgücü Piyasasına Yönelik Tercihleri: Kayıt Dışı Sektör Özelinde Bir Analiz", **Sosyal Güvenlik Dergisi**, C. 8, S. 2, 2018, ss. 41-58.

RENAULT Marie-Cécile, "Les crèches d'entreprise séduisent de plus en plus d'employeurs", **Le Figaro**, 24.9.2014, (http://www.lefigaro.fr/vie-bureau/2014/09/24/09008-20140924ARTFIG00008-les-creches-d-entreprise-seduisent-de-plus-en-plus-d-employeurs.php).

RENOU Fabien, "La crèche d'entreprise, comment ça marche?", **Journal du Net**, 4.7.2011, (https://www.journaldunet.com/management/vie-personnelle/1090500-la-creche-d-entreprise-comment-ca-marche/).

RODIER Anne, "Les crèches d'entreprise font des heureux", **Le Monde**, 5.9.2016, (https://www.lemonde.fr/emploi/article/2016/09/05/les-creches-d-entreprise-font-des-heureux_4992430_1698637.html).

SOYKUT SARICA Yeşim Pınar / ÇAĞLI Elif, "İş-Aile Yaşamında Dengeyi Bulma Çabaları: Ülke İncelemeleri", **Sosyal Güvenlik Dergisi**, C. 7, S. 2, 2018, ss. 95-118.

SÜRAL Nurhan, "İstihdamda Cinsiyet Eşitliği", **Sicil**, S. 20, Aralık 2010, ss. 11-27.

SÜRAL Nurhan, "Türkiye'de Kadın İstihdamı: Fırsatlar, Engeller Ve Hukuki Çerçeve", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Özel Sayı, 2013, ss. 279-309. (Türkiye'de Kadın İstihdamı)

SÜRAL Nurhan, "Uluslararası Çalışma Örgütünün (ILO) Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, 2001, ss. 1289-1325. (ILO)

SÜRAL A. Nurhan, "Avrupa Birliği'nin Cinsiyet Eşitliğine Dair Düzenlemeleri ve Esneklik", **İşveren**, C. 53, S. 2, Mart-Nisan 2015, ss. 50-53. (Esneklik)

SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.

ŞAHANKAYA Aslı, "Daha Çok Kadın Çalışan İçin Kreş Şart!", **Aljazeera Turk**, (http://www.aljazeera.com.tr/gorus/daha-cok-kadin-calisan-icin-kres-sart).

TAŞKIN Necdet, "Çocukların Gelişiminde Katkıları Unutulanlar: Babalar", **Eğitim Bir-Sen Eğitime Bakış**, Y. 7, S. 20, 2011, ss. 43-47.

TOPGÜL Seda, "Aile Dostu Politikalar Ve İş Yaşamının Uyumlaştırılması Çerçevesinde Uygulamalar", **Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi**, C. 12, S. 1, Yaz 2017, ss. 45-66.

TULUKÇU N. Binnur, **İş Ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe Ve Anne İşçilerin Korunması**, Haber-İş Sendikası, Ankara, 2000.

Türkiye İstatistik Kurumu Haber Bülteni, "İstatisliklerle Kadın, 2017", S. 27594, (http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=27594).

Türkiye İstatistik Kurumu Haber Bülteni, "İstatisliklerle Kadın, 2018", S. 30707, (http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30707).

ULUSOY Tülay, "Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu'nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum**, S. 53, 2017/2, ss. 741-766.

UŞEN Şelale / (GÜNGÖR) DELEN Meltem, "Eğitimli Kadınların Çalışma Hayatına İlişkin Tercihleri: İstanbul Örneği", **Kamu-İş**, C. 11, S. 4, 2011, ss. 127-182.

İnternet Sayfaları:

anneminisi.org/tr/Anasayfa.aspx

https://www.droit-travail-france.fr/creche-d-entreprise---le-cadre-juridique-et-la-mise-en-place_ad970.html

https://www.dunya.com/yasam/tuik-aile-yapisi-arastirmasini-sonuclarini-acikladi-haberi-346207

https://www.sozcu.com.tr/2019/ekonomi/basvuru-ekrani-sgkdan-calisan-annelere-destek-kres-yardimi-ile-ilgili-tum-merak-edilenler-5392243/

https://stats.oecd.org/index.aspx?queryid=54741

www.kazanci.com

TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİ BAĞLAMINDA KADININ SOYADI VE SOYADININ ÇOCUĞA AKTARIMI

Dr. Öğr. Üyesi Özgün ÇELEBİ*

Öz: Ülkemizde evli kadınların önceki soyadlarını koruyabilmeleri ve bazı hallerde soyadlarını çocuklarına aktarabilmeleri konusunda yaşanan gelişim, yargısal yorumun toplumsal cinsiyet eşitliği idealinin hayata geçirilmesini sağlamada yaratabildiği etkileri açıkça ortaya koymaktadır. Norm denetimi yoluyla gelinen noktada, evli kadınlar, kocalarının soyadını almak zorunda kalmamakta ve soyadının değişmezliği ilkesinden yararlanabilmektedirler. Kadının soyadını çocuğa aktarabilmesi konusunda da Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay arasındaki çatışma da Yargıtay'ın 9 Nisan 2018 tarihli kararıyla ortadan kalkmış görünmektedir. Buna göre boşanan ve çocuğun velayetini alan kadınlar çocuklarına kendi soyadlarının verilmesini talep edebilmektedirler. Söz konusu çözümlerin toplumsal cinsiyet eşitliğinin hayata geçirilmesine katkı sağladıkları aşikârdır. Bununla beraber, yargısal çözümler bu konuda yetersiz kalmış, kadının soyadı açısından sınırlara takılmış, çocuğun soyadı açısından ise soyadı hukukumuzun genel ilkeleri ile çelişkili sonuçlar doğurmuştur. Cinsiyet eşitliği ilkesine uygun, tutarlı ve kalıcı çözümlere ulaşılabilmesi için konuyu kanun koyucunun kapsamlı biçimde düzenlemesi gerekmektedir. Bu konuda yapılacak yeni düzenlemelerin, toplumsal cinsiyet eşitliği ile çocuğun yüksek menfaati parametrelerinin, aile adında birlik ve soyadının değişmezliği ilkeleri arasındaki geleneksel çatışmaya eklenmiş olduğu dikkate alınarak kurgulanması gerekir. Tüm bu çatışan unsurlar arasında soyadı hukukuna ilişkin yeni çözümler üretilmesi, bu konuda irade serbestisine yer açılmasına ve soyadının edinilmesinde yeni tutamak noktalarının belirlenmesine götürebilir.

Anahtar Kelimeler: Toplumsal cinsiyet eşitliği, Kadının soyadı, Aile adı, Soyadının değişmezliği, Çocuğun soyadı

---

* Makale Gönderim Tarihi: 19.07.2019. Makale Kabul Tarihi: 27.11.2019

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0003-0610-6992; *ozgcelebi@ku.edu.tr*)

WOMAN'S SURNAME AND ITS TRANSMISSION TO THE CHILD IN THE CONTEXT OF GENDER EQUALITY

Abstract: Developments in Turkish jurisprudence regarding the possibility for married women to preserve their surnames and to transmit their surnames to their children display the importance of judicial interpretation for the implementation of gender equality. Through court decisions, it has become possible for married women to preserve their surnames and benefit from the principle of immutability of the surname. The conflict between Constitutional Court and Court of Cassation as to the child's surname also seems to have ended following a decision of Court of Cassation dated 9 April 2018. Accordingly, divorced women who have their children's custody have the possibility to request their surname be given to their children. These solutions undoubtedly contribute to the implementation of gender equality. Nevertheless, the judicial solutions have proved to be insufficient in this regard. As far as the woman's surname is concerned, they have encountered limits, and as for the child's surname, they have created contradictions with general principles of our law of surname. The lawmaker must intervene through detailed regulations to achieve coherent and lasting solutions consistent with principle of gender equality. The new regulations must take into account that in the field of surname, the parameters of gender equality and best interest of the child have been added to the traditional conflict between the principle of unity of family name and the principle of immutability of one's name. Resolution of such complex problem may lead to recognition of some level of freedom of choice and to the determination of new criteria in the acquisition of surname.

Key Words: Gender equality, Woman's surname, Family name, Immutability of surname, Child's surname

KISALTMALAR CETVELİ

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
aş.	: Aşağıda
ATF	: Arrêt du Tribunal Fédéral (İsviçre Federal Mahkemesi Kararı)
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
bkz.	: Bakınız
c.	: Cümle
C	: Cilt
CCfr	: Code Civil Français (Fransız Medeni Kanunu)
dn.	: Dipnot

ed.	: Editör
E.	: Esas sayısı
f.	: Fıkra
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
K.	: Karar sayısı
KKAÖS	: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
m.	: Madde numarası
n.	: Numara
NHK	: 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu
para.	: Paragraf
s.	: Sayfa numarası
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd	: ve devamı
v.	: *Versus*
yuk.	: Yukarıda
Yür. T.	: Yürürlük tarihi

I. GİRİŞ

Modern toplumların sosyal ve hukuki ilişkilerin temeli olarak kucaklamaya çalıştıkları eşitlik ilkesinin yaygınlıkla kabul gördüğü alanlardan biri cinsiyetler arası ilişkilerdir. Kadın-erkek eşitliği ilkesi, sadece belirli hukuki alanlarda, kanun düzeyindeki önlemlerle etki doğurmakla kalmamış, bağlayıcı nitelikteki uluslararası metinlere, anayasa hükümlerine taşınmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da, kadın ile erkeğin eşitliğini de özel olarak ifade eden eşitlik ilkesi genel esaslar başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucunun, bu ilkenin belirli bir sosyal ilişki çerçevesinde yaşama geçirilmesini sağlayacak somut düzenlemeyi yapmaktan imtina ettiği hallerde karmaşa başlamaktadır. Cinsiyetler arası ayrıma dayalı bir kanuni düzenlemenin ayakta olduğu hallerde, bu normun uygulanması ve denetiminin yapılması aşamalarında yargı organları, "*toplumsal-kültürel kalıplar*"[1]dan etkilenme derecelerine göre, anayasal eşitlik ilkesinin alanı-

---

1 ODER Bertil Emrah, "Anayasa'da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası", **Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar**, 2. Bası, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 200.

nı farklı biçimlerde yorumlayabilmektedirler[2]. Kimi zaman ayrımcı norm, eşitlik ilkesinin etki alanı dışında tutulmakta ve böylece geleneksel cinsiyet rolleri yargı organlarınca sarmalanmakta, kimi zaman ise normun salt cinsiyetçi niteliği kabul edilerek kanun koyucunun direncine rağmen eşitlikçi rollerin yaşama geçirilmesi sağlanmaktadır.

Ülkemizde kadınların medeni durum değişikliklerinden bağımsız biçimde soyadlarını koruyabilmeleri ve çocuklarına aktarabilmeleri konusunda yaşanan gelişim yukarıda işaret edilen dalgalanmanın somut örneklerinden biridir[3]. Kadının ve çocuğun soyadı meseleleri kanun koyucu tarafından cinsiyetler arası hiyerarşiye dayalı olarak düzenlenmiştir. Norm denetimine ilişkin yargısal pratik ise kanun koyucunun tercihini savunma eğiliminden peyderpey uzaklaşmış, eşitlik ideali, denetimi sağlayanların bakış açısındaki değişime paralel olarak fiilen hayata geçirilmeye başlanmıştır. Bugün gelinen noktada, evli kadınlar, kocalarının soyadını almak zorunda kalmaksızın kendi soyadlarını taşımaya devam edebilmekte, boşanan ve çocuğun velayetini alan kadınlar ise çocuklarına kendi soyadlarının verilmesini talep edebilmektedirler. Bu durum, toplumsal cinsiyet eşitliğinin hukuk kuralları vasıtasıyla hayata geçirilmesine katkı sağlamakta ve bu alanda çağdaş toplumlarda kanuni düzenlemelerle varılan sonuçlara benzer sonuçlara varmamızı mümkün kılmaktadır. Bununla beraber, kullanılan yöntemlerin uygunsuzluğu varılan noktanın kalıcılığının sağlanması açısından risk yaratmaktadır. Hukuk düzeninin bütününe sağlam biçimde entegre edilemeyen eşitlikçi kurallar, bu kuralların geleceğini tehlikeye atmaktadır.

---

2 ERDEM Jülide Gül, "Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği", **Akademik Hassasiyetler**, S. 4, 2017, s. 35. Bu açıdan Anayasa yargısındaki temel sorunların (i) cinsiyetçi kanun ve eşdeğer işlemleri benimseyici yorum ile (ii) cinsiyetçiliği reddeden kanun ve eşdeğer işlemleri cinsiyetçi eğilimlerle yorumlama alışkanlığı olmak üzere iki kategoride sınıflandırılabileceği belirtilmiştir; bkz. ODER, s. 200-201.

3 Anayasa yargısından diğer örnekler için bkz. ODER, s. 201 vd.; ERDEM, s. 35 vd.; EKİNCİ Bezar Eylem, "Anayasa Hukukuna Feminist Yaklaşımlar ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme", **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, ed. UYGUR Gülriz/ÖZDEMİR Nadire, Seçkin, Ankara, 2018, s. 172 vd. Anayasa Mahkemesi'nin, yürürlükten kalkan Türk Kanunu Medenisi'nin kadınların konumuna ilişkin bazı hükümlerini anayasal eşitlik ilkesine uygun bulduğu kararlar ve eleştirileri için, bkz. NOMER Haluk, "Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, 2002, s. 445-446. Yazar, mahkemenin başvurduğu "aile birliğini koruma" gerekçesinin, aile birliğini korumaktan ziyade, toplumun kadına bakışını ve ataerkil aile yapısına ilişkin hakim anlayışı aksettirdiğini belirtmektedir (s. 446).

Bu çalışmada hukukumuzda toplumsal cinsiyet eşitliği idealine dayalı olarak kadının ve çocuğun soyadına ilişkin olarak yaşanan gelişmeleri, varılmak istenen amaç ile kullanılan yöntemlerin ilişkisi çerçevesinde incelemeye çalışacağız. Öncelikle, kadının ve çocuğun soyadına ilişkin düzenlemelerin önemi toplumsal cinsiyet rolleri bağlamında irdelenecektir (II). Ardından bu alanda eşitlikçi sonuçlara, kanun koyucunun desteği olmaksızın, salt yargısal yorum yoluyla varılmasının yeterli olup olmadığı, hâlihazırda benimsenen çözümlerin kadının soyadı açısından takıldığı sınırlar (III) ve çocuğun soyadı açısından doğurduğu çelişkiler (IV) çerçevesinde incelenecek ve kanuni düzenlemenin kaçınılmazlığı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Son olarak bazı kıta Avrupası ülkelerinde yapılan yeni düzenlemelere bakılarak olması gereken hukuk açısından yol gösterebilecek ortak eğilimler bulunup bulunmadığı saptanmaya çalışılacaktır (V).

II. TOPLUMSAL CİNSİYET ROLLERİ AÇISINDAN SOYADI DÜZENLEMESİNİN ÖNEMİ

1. Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Dayalı Hak Mücadelesi

Eşitlik ilkesi, "*modernitenin en tamamlanmamış vaatlerinden biri*" olarak karşımıza çıkmaktadır[4]. Nitekim hukuksal eşitlik ilkesi[5], ancak benzer sebeplerin benzer sonuçlara götürmesinin teminatını oluşturmakta, farklı durumda olanların farklı statülere tabi tutulmalarının, dolayısıyla farklı haklardan yararlandırılmalarının önüne geçmemektedir[6]. Hal böyleyken belirli bir hak talebi karşısında eşitlik ilkesinin yaşama geçip geçmeyeceği, üzerine kurulduğu önermenin, başka bir deyişle hak sahibi olanlar ile benzer du-

---

4 VARIKAS Eleni, "Eşitlik", **Eleştirel Feminizm Sözlüğü**, ed. HIRATA Helena / LABORIE Françoise / LE DOARE Hélène / SENOTIER Danièle, (çev. G. Acar-Savran), Dipnot Yayınları, Ankara, 2015, s. 130.

5 Ülkemizde anayasal içtihadın da hukuksal eşitlik-eylemli eşitlik ayrımına dayalı olduğu ve kural olarak eylemli eşitliğin sağlanmasına yönelmiş olmadığı belirtilmektedir; bkz. ODER, s. 197.

6 ERDEM, s. 23. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "*Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez*" (AYM, E. 2006/37, K. 2008/141, 18.09.2008, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019).

rumda olma halinin kabul edilip edilmediğine göre değişmektedir[7]. Böylece benzerlik ve farklılık tanımları ve bu kategorileştirmenin hangi kıstaslara göre yapıldığı, eşitlik ilkesinden beklenen faydaları da koşullandırmaktadır. Özellikle bireyler arasında doğalarından kaynaklanan farklılıklar olduğu düşüncesi, eşitlik ilkesinin dışlanmasını meşru kılmakta, bireylerin haklardan yararlanmalarındaki farklılığın, onların farklı doğalarıyla açıklanmasını sağlamaktadır[8].

Eşitlik ve farklılık kavramları arasındaki bu ilişki, kadınların hak mücadelesinin temel taşlarından birini oluşturmaktadır. Geleneksel toplumsal ilişkiler ve onları çerçeveleyen hukuk kurallarının gelişimi, kadınların insanların yeniden üretimi amacı çerçevesinde gelişmiş biyolojik farklılıklarını, yaşamın diğer alanlarına da aktarmıştır. İnsan toplulukları, kadın ve erkek arasındaki biyolojik farklılıklardan yola çıkarak, bunlara toplumsal ilişkilerde de farklı işlevler yüklemiş, böylece biyolojik cinsiyet yanında toplumsal cinsiyeti de yaratmıştır[9]. Kadın ve erkeğe, farklı fiziksel, zihinsel ve sosyal nitelikler atfedilmekte, bu farklılıklar cinsiyete dayalı bir iş bölümünü meşru hale getirmektedir[10]. Bu iş bölümünün aynı zamanda cinsiyetler arası hiyerarşik bir yapılanma içinde gerçekleşmesi[11], kadınları özel, erkekleri kamusal alana, kadınları üremeye ve ev bakımına, erkekleri maddi kaynak sağlamaya

---

7 "Eşitlerin eşitliği" ifadesinin eşitlerin kimler olduğu ve bunun nasıl belirleneceği sorusunu da içinde barındırdığı yönünde, GÖZTEPE Ece, "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 54, S. 2, 1999, s. 106.

8 VARIKAS, s. 131.

9 MATHIEU Nicole-Claude, "Cinsiyet ve Toplumsal Cinsiyet", **Eleştirel Feminizm Sözlüğü**, ed. HIRATA Helena/LABORIE Françoise / LE DOARE Hélène / SENOTIER Danièle, (çev. G. Acar-Savran), Dipnot Yayınları, Ankara, 2015, s. 77; KORAY Meryem, "Avrupa Birliği ve Türkiye'de "Cinsiyet" Eşitliği Politikaları: Sol-Feminist bir Eleştiri", **Çalışma ve Toplum**, C. 29, S. 2, 2011, s. 15; BİNGÖL Orhan, "Toplumsal Cinsiyet Olgusu ve Türkiye'de Kadınlık", **Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, Özel Sayı 1, 2014, s. 108.

10 Toplumsal cinsiyet kavramının kadın-erkek ikiliğine indirgenmesinin, cinsel yönelimleri farklı olanları içermediği ve cinsiyeti sadece kadın ve erkek olarak belirlediği için yetersiz olduğu kabul edilmektedir; bkz. UYGUR Gülriz, "Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 4, 2015, s. 122. Ancak bu çalışmanın amacı çerçevesinde toplumsal cinsiyet eşitliği kavramı, kadın erkek cinsleri ve bunların eşitliği perspektifinden ele alınacaktır.

11 KORAY, s. 16; BİNGÖL, s. 13.

ilişin sorumluluklara[12] götürmektedir[13]. Kendisine cinsiyetine dayalı olarak biçilen rolden ayrılmaya çalışan birey ise, önyargılara dayanan davranışsal tepkilerle, yani ayrımcılıkla karşılaşmaktadır. İşte toplumsal cinsiyetin (*gender*), biyolojik cinsiyetten (*sex*) ayrı bir kavram olarak karşımıza çıkması[14], birincinin dayandığı farklılık varsayımlarının doğal değil, öğrenilmiş olduğu[15], başka bir ifadeyle toplumsal hayatta kadın ile erkek arasındaki işlev farklılığının, gerçek değil, tasavvur edilmiş kıstaslara dayandığı yönündeki bilinçlenmenin eseridir[16].

Haklardaki farklılığın, biyolojik farklılıklara değil, toplumun cinsiyete dayalı olarak biçtiği rollere, yani kültürel *a priori*lere dayalı olduğunun ortaya konulması, eşitlik idealini ilke olarak benimsemiş toplumlarda, bu fark-

---

12 Boşanma davalarında tarafların kusuruna ilişkin değerlendirmeler aile içinde cinsiyet farklılığına dayalı toplumsal beklentileri de ortaya koymaktadır. Kadının evin bakımı, yeme, içme, temizlik gibi işleri yapmada eksiklik göstermiş olmasının, ispatlanması hâlinde boşanma davasında kadına kusur olarak yükletilebileceği yönünde, bkz. Y. 2. HD, E. 2016/15692, K. 2018/6039, 03.05.2018. Kocanın evden ayrıldıktan sonra evin kirasını, elektrik ve telefon faturalarını ödememesinin evlilik birliğinden doğan görevlerini yerine getirmediği anlamına geldiği yönünde, bkz. Y. HGK, E. 2017/1581, K. 2018/1050, 09.05. 2018. Keza kocanın eşe bağımsız konut sağlamaması (Y. 2. HD, E. 2016/16304, K. 2018/7280, 05.06.2018; Y. 2. HD, E. 2018/1433, K. 2018/4790, 10.04 2018) ve çalışması konusunda eşine baskı yapmasının da kendisine kusur olarak atfedileceği yönünde hüküm kurulmuştur (Y. 2. HD, E. 2018/3991, K. 2018/15072, 24.12.2018). Kararlar için bkz. www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019.

13 GÜLSEVEN Ayşe Seda, "Türk Aile Hukukunda Toplumsal Cinsiyet Rolleri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 132, 2017, s. 190.

14 Kadın ile erkek arasındaki farklılıkların biyolojik süreçlerden ziyade sosyal süreçlere bağlı olduğuna işaret etmek üzere "toplumsal cinsiyet farklılıkları" teriminin, "cinsiyet farklılıkları" terimi yerine kullanıldığı gözlemlenmektedir; bkz. DÖKMEN Zehra, **Toplumsal Cinsiyet, Sosyal Psikolojik Açıklamalar**, 9. Bası, Remzi Kitabevi, 2009, s. 23. Biyolojik yapıya bağlı özelliklerden doğan farklılıklar cinsiyet farklılıkları, erkek ve kız çocuklarının toplumsallaşma sürecinde öğrendikleri, kültürün cinsiyetlerine uygun bulduğu duygu, tutum, davranış ve roller arasındaki farklılıklar ise toplumsal cinsiyet farklılıkları olarak nitelendirilmektedir; DÖKMEN, s. 24. Kadınlara ve erkeklere cinsiyetlerine dayalı olarak verilen roller ise toplumsal cinsiyet rolleri olarak bilinir; DÖKMEN, s. 29; bu konuda ayrıca bkz. GÜLSEVEN s. 185 vd.; BİNGÖL, s. 108 vd.

15 "*Kadınlık, erkeklik statülerinin imkân ve izin verdiği ölçüde erkek egemen kültür tarafından oluşturulmuş bir kurgudur*"; BİNGÖL, s. 113.

16 Kadınlarla erkekler arasındaki farklılıklar üzerinde biyolojik yapının ve çevresel faktörlerin oynadığı rol hakkında farklı görüşler vardır. Farklı ayrım kıstasları için, bkz. DÖKMEN s. 18 vd.

lılığın eşitlik ilkesi ile tutarlı biçimde sürdürülebilmesine engel olmaktadır. Başka bir deyişle, iki birey arasında, farklı durumlarda oldukları varsayımı temellendirilemediği ölçüde, haklardaki farklılık da meşruiyetini kaybetmekte, eşitlik ilkesi uygulanabilir hale gelmekte[17], haklardaki farklılığı "doğal olarak" farklı durumlarda olma düşüncesinin ötesine geçen haklı nedenlerle temellendirme gereği[18] ortaya çıkmaktadır.

Örneğin, kadınların doğaları itibariyle daha duygulu, duyarlı, fedakâr, "ihtimam gösteren" varlıklar[19] olarak düşünülmeleri, doğa kanunlarına dayalı olduğu varsayılan bir iş bölümü çerçevesinde çocuk, engelli, hasta ve yaşlı bakımının ve ev işlerinin kadınlara yüklenmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu önyargının etkilerinden biri de "ihtimam gösteren" varlık olmayan erkeklere insan bakımına ilişkin alanların kapatılmasıdır. Halbuki çocuğun bakımını sağlama konusunda kadın ve erkek arasında "doğal" bir farklılık bulunmadığı düşüncesi, doğum sonrası çocuğun bakımı için izin kullanımında anne ve babayı eşit haklara –ve aynı zamanda eşit sorumluluklara- götürebilir. Bu çerçevede hukukumuzda doğum sonrası izinlerin halen sadece anne için öngörülmekte olduğunun altı çizilmelidir[20]. Bununla beraber 6663 sayılı kanunun 22. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nda 2016'da yapılan değişiklikler ile evlat edinme halinde anne veya babaya izin kullandırılması imkânı getirilmiş, doğum sonrasında da babanın da bakıma iştirak edebilmesini ve annenin çalışma hayatına devam edebilmesini kolaylaştıracak bazı düzenlemeler yapılmıştır (m. 74, m. 13/5) [21]. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi'nin,

---

17 Bu durumda anayasal eşitlik ilkesinin tek istisnasının biyolojik farklılıklara dayalı zorunluluklar olması gerektiği yönünde, GÖZTEPE s. 111.

18 Haklı neden kavramının, keyfi uygulamaların önüne geçilmesini sağladığı ölçüde içeriğinin doldurulmasının önem taşıdığı, denetimin, yer-zaman-konu açısından somutlaşmamış bir kamu yararına dayanmaması gerektiği, kişiliğin gelişimini ve haklardan yararlanmada devletin yükümlülüğünü benimseyen Anayasa hükümlerinin esas alınması gerektiği kabul edilmektedir; bkz. ODER, s. 198. Toplumsal cinsiyet eşitliği bağlamında haklı neden ölçütü için ayrıca bkz. ERDEM, s. 28; EKİNCİ, s. 202-203.

19 UYGUR, s. 125; hukuk uygulamasına halen hâkim olan "çocuğa anne bakar" önermesi için ayrıca bkz. ÇAĞLAR GÜRGEY F. İrem, "Annelik ve Hukuk", **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, ed. UYGUR Gülriz/ÖZDEMİR Nadire, Seçkin, Ankara, 2018, s. 386.

20 ÇAĞLAR GÜRGEY, s. 384; ERDOĞAN Çağla, "İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet", **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, ed. UYGUR Gülriz/ÖZDEMİR Nadire, Seçkin, Ankara, 2018, s. 466.

21 Doğum izinlerinin bitiminden sonra, çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ayın başına kadar geçerli olabilecek, işçinin kısmi süreli çalışma talebi, ebeveynlerden her biri için tanınmıştır. Bu konuda bkz. ERDOĞAN, s. 466 vd.

6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'nun birinci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "kadınlardan" sözü ile mesleğin erkeklere kapatılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile yaptığı incelemede vardığı sonucu da zikretmek gerekir. Nitekim mahkemenin hemşirelik mesleği açısından kadın ve erkeğin aynı hukuki konumda olduğunu belirtmiş ve hükmü eşitlik ilkesine aykırı bulmuş olması, yine bakım görevine yatkınlık açısından kadın ve erkeğe biçilen özelliklerin "doğal" olmadığının kabulü yönünde önemli bir adım teşkil etmiştir[22].

Benzer biçimde, kadın ile erkek arasında belirli işleri yapabilme konusunda doğal bir farklılık olmadığı düşüncesi, çeşitli meslek alanlarının kadınların erişimine açılması[23], işe alımda ve ücret politikasında ayrımcılık yasağının uygulanması[24], ev işlerinin, belirli bir cinsiyete mensup olmanın doğal sonucu değil, ekonomik değeri olan gerçek emek olarak vasıflandırılması[25] gibi sonuçlar doğurmaktadır. Toplumsal cinsiyet biyolojik cinsiyetten bağımsızlaştıkça, hukuki alanda cinsiyetler arası ayrımı temellendirmek güçleşmekte, hukuki eşitliğin sağlanması kaçınılmaz hale gelmektedir.

---

22 AYM, E. 2006/166, K. 2009/113, 23.07.2009, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019.

23 Örneğin, 788 sayılı Memurin Kanunu'nun 6. maddesinde yer alan "*Kadınların memur ve müstahdem olmaları caizdir. Ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilecekleri her vekâletin memurlarına ait kanunlarında tespit olunur*" hükmü, hâlihazırda yürürlükte olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda bulunmamaktadır. Buna mukabil 4857 sayılı İş Kanunu'nun 72. maddesi, "*maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde*" kadınların çalıştırılmasını yasaklamaktadır. Bu alanları kadınlara korumacı anlayışla kapatan anlayışın, bugün geçerliliğini yitirmiş olduğu, yasağın kaldırılarak kadınların ihtiyaçlarının iş sağlığı ve güvenliği politikalarının geliştirilmesinde dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir; bkz. ERDOĞAN, s. 479. AYM'nin kadınlara kapalı alanlarla ilgili bazı kararları için bkz. EKİNCİ, s. 193 vd.

24 İş Kanunu'nun "*Eşit davranma ilkesi*" başlıklı 5. maddesi, cinsiyetler arası eşitliği, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, ücretin belirlenmesinde geçerli olacak biçimde düzenlemiş, bu kurallara aykırı davranıldığında işçinin, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebileceğini de öngörmüştür. İş ilişkisinde ayrımcılık yasağının uygulanması için bkz. ERDOĞAN, s. 434. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu da cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı öngörmektedir (m. 3/f. 2).

25 Ev işlerini değersizleştiren kalıplaşmış cinsiyet rolleri için bkz. DÖKMEN s. 194 vd. TMK m. 186'nın, eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıklarıyla katılacakları yönündeki hükmü, kadının evdeki emeğinin karşılık bulmasına yönelik bir adımdır; GÜLSEVEN s. 203.

Ancak hukuki eşitlik her durumda fiili eşitliğin de elde edilebilmesi sonucunu doğurmaz. Kadın ve erkeğin toplumun biçtiği roller içinde davranmaya hareket etmeleri, kadınların eşit haklardan yararlanmalarının sadece teorik düzeyde kalmasına neden olacaktır[26]. Eşitlik ilkesini toplumsal yaşamın bütün alanlarını kucaklayan, yaşamsal ilişkileri dönüştürücü bir hedef olarak algıladığımızda, gerçek eşitlik sonucuna ulaşılması için devletin fiilen ikinci planda kalan kadınlar lehine özel önlemler alması söz konusu olabilir[27]. Fiili koşullar eşit ve adil bir rekabet ortamını yaratacak şekilde dönüşene kadar[28] kadınların aynı mevki için yarıştıkları erkekler karşısında desteklenerek şekli eşitliğin yaratabileceği adaletsizliğin önüne geçilmesi gereği, pozitif ayrımcılık terimini literatüre geçirmiştir[29]. Bu açıdan hedef, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin ("KKAÖS") 5. maddesinde öngörüldüğü gibi, "*her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı ön yargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek*" olmalıdır. Anayasamızın 10. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, devletin kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu ilkesinin

---

26 Salt hukuksal eşitlikle yetinilmesinin, nesnel görünen ölçüt ve uygulamaların, fiiliyatta belirli bir grup bakımından eşitsizliğe yol açmasının önemsenmemesi anlamına gelebileceği yönünde, ODER, s. 197. Başlama noktalarındaki adaletsizlik, eşit muamelenin eşitliği sağlama sonucuna götürmemesine neden olmaktadır. Eşitsizliğin fiilen kaldırılmasının, hiyerarşileri kaldırmayı gerektirdiği yönünde, bkz. Nussbaum'un teorisine dayalı olarak, UYGUR, s. 125; cinsiyet eşitliğine dayalı politikaların eşit haklar öngörmenin ötesinde değişime ihtiyaç gösterdiği yönünde, KORAY, s. 16-17. Cinsiyet eşitliği politikalarının niteliklerine ilişkin genel bir bakış için, bkz. KORAY, s. 19 vd.

27 Örneğin, kadınların siyasal hayata fiili katılımlarını artırmak için kota uygulamasına geçilmesi bu çerçevede tartışılan önerilerden biridir. Bu konuda bkz. KARAMAN Ebru, **Eşitlik İlkesi Çerçevesinde Siyasi Partilerde Kadın Kotası**, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 117 vd.

28 Kadınların ev işi ve çocuk bakımına ilişkin yüklerinin çalışma hayatına katılmalarına yaptığı olumsuz etkiler konusunda bkz. GÜLSEVEN, s. 191-192.

29 GÖZTEPE, s. 109. Pozitif ayrımcılık, bir cinsiyetçilik türü olan korumacı yaklaşımlardan ayırt edilmelidir. Korumacı cinsiyetçilik, "*kadının korunması, yüceltilmesi ve sevilmesi gibi olumlu tutumları içermekle birlikte kadının erkeğe göre düşük seviyede olduğunu gösteren bir önyargıdır*"; DÖKMEN, s. 117. Bazı işkollarının kadınlara kapalı olmasının altında bu düşünce yatmaktadır. Pozitif ayrımcılık yerine "geçici özel önlemler" ifadesinin kullanılması gerektiği görüşü için, bkz. ÇAKIRCA Seda İrem, "Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK m. 187'nin Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, Cilt I, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 708.

yaşama geçmesini sağlama yükümlülüğü ile 2010 yılında fıkraya eklenen, bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı cümlesi de bu önlemlere işaret etmektedir[30]. Dolayısıyla herhangi bir hukuki düzenleme veya uygulamanın toplumsal cinsiyet eşitliği idealine uygun olup olmadığının değerlendirilmesinin bir yandan hukuksal eşitlik, öte yandan fiili eşitlik hedeflerine göre yapılması gerekmektedir.

2. Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Hedefinin Ülkemizdeki Hukuki Etkileri

Toplumsal cinsiyetin biyolojik farklılıklardan uzaklaştırılmasına dayanan gelişim ülkemizde de artan bir hızla etkilerini göstermeye başlamıştır[31]. Söz konusu etki kendisini uluslararası nitelikteki bağıtlar, anayasal ve kanuni düzenlemeler seviyelerinde göstermiştir[32].

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Aralık 1952 tarihinde kabul edilen, Türkiye'nin 25 Mayıs 1959 tarihinde onayladığı Kadınların Siyasal Haklarına İlişkin Sözleşme ile kadın erkek eşitliğine açık olarak vurgu yapılmıştır. Bu sözleşmenin ilk üç maddesi, kadınların seçme, seçilme, kamu görevlerinde yer alma ve kamu görevlerini yerine getirme haklarına "*erkeklerle eşit koşullar altında*" sahip olmalarını sağlama hedefini koymuştur[33]. Yukarıda işaret edilen KKAÖS, ülkemizde 11.06.1985 tarih ve 3232 sayılı kanunla uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulu tarafından 24.07.1985 tarihinde onaylanmıştır. KKAÖS, taraf devletlere ayrımcılığın tasfiyesi amacıyla hukuki, siyasal, ekonomik ve kültürel tedbirler alma yükümlülüğü yüklemiş, evlenme ve aile ilişkileri alanındaki hakları da özel düzenleme konusu yap-

---

30 Hükmün kadınlar yararına gerçekleştirilecek bir pozitif ayırımcılığın anayasal dayanağını oluşturduğu yönünde, ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 18. Bası, Yetkin, Ankara, 2018, s. 156; bu değişikliğe rağmen pozitif ayrımcılık konusunun anayasamızda açıkça belirtilmemiş olduğu yönünde, ÖZDAMAR Demet, "Pozitif (Olumlu) Ayrımcılık Yönü ile, Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Kadının Hukuki Konumuna İlişkin Son Gelişmeler", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 2, 2006, s. 15.

31 Cinsiyet eşitliğine dayalı feminist hukuk anlayışının Türkiye'deki bazı etkileri için bkz. ARAT Necla, "Feminist Hukuk", **Kadın Araştırmaları Dergisi**, 2010, s. 62-65; cinsiyet eşitliğine dayalı politikaların uygulamada sağladığı bazı değişimler için, bkz. KORAY, s. 36 vd.

32 Kadın erkek eşitliğine ilişkin uluslararası hukuk enstrümanlarına genel bir bakış için, bkz. ÇAKIRCA, "Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK m. 187'nin Değerlendirilmesi", s. 717 vd.

33 Onay kanunu 2 Haziran 1959 gün ve 10220 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

mıştır (m. 16)[34]. Birleşmiş Milletler bünyesinde hazırlanan 16 Aralık 1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi de Türkiye tarafından 15 Ağustos 2000'de imzalanmış ve 4 Haziran 2003 tarihinde onaylanmıştır. Sözleşmenin 3. maddesi, taraf devletlere sözleşmede tanınan kişisel ve siyasal hakların kullanılmasında cinsiyetler arası eşitliğin sağlanması yükümlülüğünü yüklemektedir. 80'li yıllarda imzalamış olduğumuz[35] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ("AİHS") ek 7 numaralı protokol ise ülkemizde çok daha yakın bir zamanda, 1 Ağustos 2016'da yürürlüğe girmiştir[36]. Protokolün "*Eşler arasında eşitlik*" kenar başlıklı 5. maddesi, eşlerin evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde özel hukuka tabi haklar ve sorumluluklardan bakımından eşit olmaları gerektiğini öngörmüştür.

Eşitlik ilkesini genel bir ilke olarak düzenlemiş olan Anayasamızda da kadın ve erkek eşitliğini özel olarak ele alan değişiklikler yapılmıştır. Anayasa'nın 41. maddesinde, 3 Ekim 2001 tarihinde yapılan değişiklikle ailenin "*eşler arasında eşitliğe*" dayalı olduğu hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 10. maddesinin ikinci fıkrasında 7 Mayıs 2004 tarihinde yapılan değişiklikle de kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu ve devletin de bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu ilkeleri benimsenmiştir.

İlkeler düzeyindeki bu hukuki gelişmeler, kanun düzeyindeki normların yorumlanmasında ve denetlenmesinde somut etkiler doğurmaktadır. Ancak özel hukuk açısından en etkili değişiminin[37] aile hukuku düzenlemelerinde yaşanmış olduğunu söylemek mümkündür. Kadın erkek eşitliğini tesis etmeyi genel bir amaç olarak benimsemiş 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ("TMK") ile aile reisi kavramı ortadan kaldırılmış, evlilik yaşı, ortak konutun seçimi, evlilik birliğinin yönetimi ve temsili, birlik giderlerine katılma,

---

34 KKAÖS'nin iç hukukumuzun parçası haline gelme süreci ve TMK'ya ilişkin gelişmelerin KKAÖS hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi için, bkz. ÇAKIRCA Seda İrem, "Turkish Civil Code and CEDAW: Never Shall the Twain Meet?", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, C. 45, S. 62, 2013, s. 154 vd.

35 Türkiye, protokolü 14 Mart 1985 tarihinde imzalamıştır.

36 Onay kanunu 25 Mart 2016 tarih ve 29664 sayılı Resmî Gazete'de, Bakanlar Kurulu Kararı 8 Nisan 2016 tarih ve 29678 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

37 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda kadınlar lehine getirilen bazı değişiklikler için, bkz. ÖZDAMAR s. 17 vd.

velayetin icrası gibi konularda eşler arasında eşitlik ilkesi kabul edilmiştir. Kanuni mal rejimi olarak mal ayrılığı yerine edinilmiş mallara katılma rejiminin kabul edilmiş olması yoluyla çalış-a-mayan kadının ev içi emeği ve bunun ailenin malvarlığı birikimine etkisi görünür hale getirilmiştir[38]. Bu gelişmeler kadın ile erkek arasında aile içi ilişkiler ve aileyi temsil açısından "doğal" bir farklılık bulunmadığı varsayımına dayanmaktadır; farklılığın tespit edilemediği alanlarda eşit haklar ve eşit sorumluluklara dayalı mekanizmaların kurulması kaçınılmaz olmaktadır. Bu çerçevede, TMK'nın kabulü ile birlikte aile hukuku ilişkileri çerçevesinde büyük ölçüde hukuksal eşitliğin sağlanmış olduğu, bu alanda meselenin fiili eşitliğin de hayata geçirilmesi eksenine kaydığı söylenebilir.

Soyadı konusunda ise TMK bu adımı atamamış, fiili eşitlik bir yana dursun[39], hukuksal eşitliği dahi sağlayamamıştır[40]. Bu alanda kanun koyucu, kadın ve erkeği birbirinden farklı kategoriler olarak düşünerek farklı kurallara tabi tutmaya devam etmiştir.

3. Kadının Soyadının Toplumsal Cinsiyet Rolleri Açısından Taşıdığı Anlam

Soyadı kullanımını benimsemiş ve yaygınlaştırmış toplumlarda[41] kişinin

---

38 Kanunda kadınlar lehine yapılan değişiklikler için, bkz. ÖZDAMAR, s. 29 vd.; BAYGIN Cem, "Tanzimattan Günümüze Aile Hukukunun Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S.3, 2016, s. 460 vd.; yürürlükten kalkan Türk Kanunu Medenisi'nin eşitliğe aykırı hükümleri için bkz. KILIÇOĞLU Ahmet, "Medeni Kanun Açısından Kadın-Erkek Eşitliği", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 1991, s. 10 vd.; yürürlükten kalkan hükümler ile yürürlükteki TMK hükümlerinin karşılaştırmalı incelemesi için bkz. YÜKSEL, Sera Reyhani, "Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 2, 2014, s. 179 vd; değişikliklerin KKAÖS'ye uygunluk açısından değerlendirilmesi için, bkz. ÇAKIRCA, "Turkish Civil Code and CEDAW", s. 157 vd.

39 Soyadı konusunda fiili eşitlikten kastımız, eşlere soyadı seçimine ilişkin özgürlük tanınması halinde dahi kadının seçim iradesini kendi soyadını kullanma yönünde kullanmasının önündeki fiili engellerin yaşamaya devam edecek olmasıdır. Bu konu için, bkz. aş. VI.

40 Yapılan değişikliklerden sonra, kadının soyadına ilişkin düzenlemenin TMK'nın Aile Hukuku kitabında anayasal eşitlik ilkesiyle uyumsuzluğu açısından ayrıksı kaldığı yönünde, MOROĞLU, Nazan: "Kadının Kimlik Sorunu: Kadının Soyadı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 99, 2012, s. 255; YÜKSEL, s. 197; BAYGIN, s. 461.

41 Soyadının bir aileyi diğerlerinden ayırt edici bir sembol olarak ortaya çıkması ve bu amacı çerçevesinde altsoya aktarılması geleneğinin oluşması insanlık tarihinde göre-

soyadı, sosyal ve buna bağlı olarak psikolojik izdüşümleri olan bir alandır. Soyadı, belirli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen ad olarak tanımlanır[42]. Soyadı, ön isimden farklı olarak, bireyin önceki nesillerin oluşturduğu bir devamlılık çizgisi içinde kabul görmesini sağlar[43] ve böylece onun bir ailenin parçası olduğunu ifade eden bir sembol olarak karşımıza çıkar[44]. Bir ailenin parçası olmak ise, bireye hem kendisi hem de başkaları için bir kimlik sağlamaktadır[45]. Koruduğu faydaların çeşitliliği, soyadının hukuk alanında hem kişilik haklarıyla hem de kamu düzeni ile ilişkilendirilmesine neden olur[46]. Gerçek kişinin benliğinin bu sembol çerçevesinde gelişmiş olması, soyadının kişilik değeri olarak kabul görmesini ve kişilik hakkı olarak korunmasını sağlamaktadır[47].

---

ce yakın bir zamanda gerçekleşmiştir. Batı toplumlarında ve özellikle Fransa'daki gelişim için bkz. DESCOUTURES Virginie, "Le nom des femmes et sa transmission", **La Découverte/«Mouvements »**, S. 2, 2015, n. 82, s. 43. Türk kültüründe ve hukukunda soyadı kullanımı için, bkz. ABİK Yıldız, **Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı**, Seçkin, Ankara, 2005, s. 33 vd.

42 ABİK, s. 31; CENGİZ Bilal, **Türk Hukukunda Ad ve Adın Değiştirilmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 7; HELVACI Serap, **Gerçek Kişiler**, 8. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 174.

43 LAPIERRE Nicole, "Patriarcat, Patriotisme et Patronymes", **Lignes**, S. 3, n. 6, 2001, s. 248.

44 OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Kişiler Hukuku**, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, para. n. 361; AKINTÜRK Turgut/AKİPEK Jale/ATEŞ Derya, **Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku**, 14. Bası, Beta, İstanbul, 2018, s. 424; HELVACI, **Gerçek Kişiler**, s. 173; GUILLOD Olivier, **Droit des personnes**, 5. Bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018, s. 40-41; MOROĞLU, s. 247; ÖZEN Burak, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 16, S. 3-4, 2010, s. 172; ÖCAL APAYDIN Bahar, "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözüme Kavuşturulmuş Mudur?", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 2, 2015, s. 427.

45 LAPIERRE, s. 249.

46 Soyadının koruduğu menfaatler ve farklı işlevleri için bkz. KILINÇ Ümit, "İsim Ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 89, 2010, s. 244; ABİK, s. 48 vd.

47 GUILLOD, s. 40; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, para. n. 356; AKINTÜRK/AKİPEK/ATEŞ, s. 432; DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku**, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, para. n. 825; OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, "Soyadı ve ile İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler ile Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, 2016, s. 2019; ÖZEN, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması", s. 171; ABİK, s. 38.

Bu bağlamda, diğer kişilik hakları gibi soyadı da mutlaktır, devredilemez ve vazgeçilemez niteliktedir[48]. Hukukumuzda TMK m. 26 ile özel olarak koruma altına alınmıştır[49]. Soyadının, bireyin kimlik duygusunun oluşmasındaki etkisi ve bu yönüyle kanunla korunan kişilik değerlerinden olması, kişinin rızası hilafına değişmemesini gerektirir. Ancak soyadının salt kişinin rızasına bağlı olarak değişebilmesi de mümkün değildir; nitekim soyadı, kişinin sosyal ilişkilerinde ve hukuki işlemlerinde diğer kişilerden ayırt edilmesini sağlamaktadır[50]. Bu nedenle, soyadının devamlılığının sağlanması işlem güvenliğini de sağlamakta ve kamu düzenine ilişkin bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir yandan vazgeçilemez kişilik hakkı niteliği, bir yandan da kamu düzeni ile ilişkisi nedeniyle soyadı, kişinin serbestçe tasarruf edebileceği bir alan olarak belirlenmemiş, soyadının kazanılmasına ilişkin kurallar emredici nitelikteki hükümlerle düzenlenmiştir[51]. TMK m. 27'nin, adın değiştirilmesinin, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebileceğini öngören hükmü, soyadının devamlılığında, mutlak biçimde sahibinin iradesine bırakılamayacak menfaatlerin bulunduğunu gösteren hükümlerdendir[52]. Bu unsurlar bizi soyadının değişmezliği ilkesine götürmekte, soyadının korunmasının kural, değişmesinin ise istisna olması gereğini göstermektedir[53].

Soyadının bireyi ayırt etme işlevi yanında bir aileye aidiyeti ifade ediyor olması, aile çevresinin değişmesinin soyadına ilişkin bir değişikliği de gündeme getirip getirmeyeceğini düşündürür[54]. Kişilerin evlenme sonucu yeni

---

48 OKTAY-ÖZDEMİR, s. 2019; MOROĞLU, s. 246; ABİK, s. 38; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, para. n. 356; kişilik hakkının nitelikleri için, genel olarak bkz. HELVACI, **Gerçek Kişiler**, s. 105.

49 ABİK, s. 39; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, para. n. 357.

50 DURAL/ÖĞÜZ, para. n. 846.

51 ÖZEN, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması", s. 173; ÖCAL APAYDIN, s. 429.

52 Hükmün çatışmakta olan toplumsal yararla kişisel yararı bağdaştırmak için ad değişikliğine ancak haklı sebep halinde cevaz verdiği yönünde, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, para. n. 406.

53 ERGENE Deniz, "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medenî Kanun'da Değişiklik Önerisi", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 31, S. 2, 2011, s. 126-127; HELVACI Serap, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 35, S. 1, 2016, s. 158; CENGİZ, s. 43; ÖZEN, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması", s. 181.

54 Evlenme sonucu soyadının değişip değişmeyeceği sorusunun soyadının bireyi sembolize etmesi ile bir gruba aidiyeti sembolize etmesi işlevleri arasındaki çelişkiden kaynaklandığı yönünde,

bir aile kurmaları, taşınan soyadının yeni ailevi aidiyet durumunu yansıtacak biçimde değiştirilmesinde haklı bir menfaat oluşmasına sebep olmakta mıdır? Hukukumuzda bu soruya geleneksel olarak verilen cevap, kurulan yeni ailenin bireylerinin tek bir soyadı çerçevesinde tanımlanması, bu soyadı çerçevesinde aile bağlarının topluma ifşa edilmesi gerektiği yönündedir. Aile adında birlik sağlanmasını olmazsa olmaz bir gereklilik olarak gören kanun koyucu, aileyi temsil edecek soyadının nasıl belirleneceğini de öngörmek durumundadır. Bu seçim de aile birliğinin kocanın soyadı çevresinde kurulması suretiyle yapılmıştır.

2525 sayılı Soyadı Kanunu, soyadı kullanımını zorunlu hale getirirken soyadını seçme görevini de evlilik birliğinin reisi olan kocaya vermiştir (m. 4) [55]. l587 sayılı mülga Nüfus Kanunu, kocanın soyadının değişmesi halinde kadının da soyadının buna bağlı olarak değişeceğini hükme bağlamıştır (m. 46/f.3)[56]. 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi de "*Karı, kocasının aile ismini taşır*" hükmünü getirmiştir (m. 153)[57]. Öngörülen çözümler, yeni kurulan aileye aidiyeti, tüm aile bireylerinin kocanın ailesine aidiyeti ile özdeş tutmuştur. Bu hükümlerin, aile içi ilişkilerde ve ailenin toplum içinde konumlandırılmasında cinsiyete dayalı bir hiyerarşiyi benimseyen bir toplumun değerlerini yansıttığı ortadadır. Bu açıdan hukukumuzda benimsenen bu çözümlerin, ilgili dönemlerde diğer hukuk sistemlerinde çoğunlukla benimsenen çözümlerden ayrıldığı da söylenemez. Bununla beraber geçen zaman içinde toplumsal değerler evrimleşmiş, hukuk kuralları, bir yandan bu evrimi takip eder hale gelmiş, öte yandan özellikle temel haklar alanında, sadece toplumsal değerleri kavrayıcı değil, onları dönüştürücü bir işlevi de üstlenmiştir. Oysa kadının soyadı konusu bu gelişmelerin çok uzağında kalmıştır. 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, "*Koca, birliğin reisidir*" hükmünü kaldırarak "*Birliği eşler beraberce yönetirler*" hükmünü getirmiş olmasına ve aile hukukunun değişik alanlarını bu ilkeye göre düzenlemiş olmasına rağmen, kadının soyadı açısından eski düzeni sürdürmüştür[58]. Kanunun 187. maddesi, eskiden olduğu gibi, kadı-

---

BÜCHLER Andrea/VETTERLİ Rolf, **Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz**, 3. Bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018, s. 39.

55 Yür. T. 02.01.1935.

56 Yür. T. 01.09.1974.

57 Yür. T. 04.10.1926.

58 İsviçre Medeni Kanunu'nda soyadına ilişkin düzenlemelerin cinsiyet arası eşitliği esas alır

nın evlenmekle kocasının soyadını alacağını düzenlemiş[59], sadece, 14 Mayıs 1997 tarihinde Türk Kanunu Medenisi'nin 153. maddesinde yapılmış olan değişikliğe paralel olarak, kadının dilerse bu soyadıyla beraber önceki soyadını da kullanabileceğini öngörmüştür[60].

Kadın taşımakta olduğu soyadını sadece evlenme ile değil, boşanma ile de kaybetmektedir, meğerki kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğunu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceğini ispatlayabilsin (TMK m. 173)[61]. Kadının kocasının soyadını –zorunlu olarak-yıllarca taşımış olması

---

hale gelmesi, TMK'nın yasalaşmasından çok daha sonra gerçekleşmiştir. Mehaz kanuna uygunluğu esas alan kanunumuzda soyadına ilişkin adım atılmamış olması mehaz kanunda da o dönemde bu konuda adım atılmamış olması ile ilişkilendirilebilir, bkz. ÖCAL APAYDIN, s. 440.

59 Yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerde evlenmenin soyadına etkisi açısından uygulanacak hukuk ile ilgili olarak, bkz. AKBULUT Pakize Ezgi, "Türk ve Alman Hukuku'nda Evlenme ve Boşanmanın Kişinin Soyadına Etkisi ve Milletlerarası Özel Hukukta Çıkan Sorunlar", **İzmir Barosu Dergisi**, Temmuz 2011, s. 72 vd.; PÜRSELİM ARNİNG Hatice Selin, **Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad**, Adalet, Ankara, 2014, s. 240 vd.

60 Kadının, kocasının soyadının yanında eski soyadını taşıyabileceği yönündeki hüküm, 14 Mayıs 1997 tarihinde 743 sayılı kanunun 153. maddesinde yapılan değişiklik sonucu hukukumuza girmiş, 4721 sayılı kanun, bu düzenlemeyi 187. maddesinde benimsemiştir (Mülga kanunun 153. maddesinde yapılan değişiklikle ilgili olarak, bkz. GÖZTEPE, s. 102 vd.). 1997'de yapılan değişiklik, uluslararası yükümlülüklerimiz açısından da etki doğurmuştur. KKAÖS uyarınca taraf devletlerin kadın-erkek eşitliği ilkesine dayanarak sağlamaları gereken haklar arasında aile adının seçilmesine ilişkin eşit kişisel haklar da bulunmaktadır (m. 16/g bendi). Türkiye'nin bu maddeye koyduğu çekinceyi 1999 yılında kaldırması ile aile adına ilişkin eşit hakların sağlanması ilkesi iç hukukumuzun parçası haline gelmiştir. 153. maddede yapılan değişiklik sonrasında çekincenin kaldırılmış olması, o dönemde kanunda yapılmış olan bu değişikliğin kanun koyucunun gözünde kadın erkek eşitliğini sağlar nitelikte olduğunu göstermektedir. Öğretide de bu doğrultuda görüş ileri sürülmüştür; bkz. HATEMİ Hüseyin, **Kişiler Hukuku**, 6. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 64.

61 Türk Kanunu Medenisi'nde de öngörülen bu düzenleme, 1990 yılında 3678 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu hukukumuza dâhil olmuş ve TMK'da muhafaza edilmiştir. Düzenlemenin ayrıntıları için bkz. aş. III-2. Kadının soyadının medeni durumuna göre değişmesinin yarattığı pratik sorunlara örnekler için, bkz. ORUÇ Murat, "Evli Kadının Münhasıran Bekarlık Soyadını Kullanabilmesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 7, S. 27, Temmuz 2016, s. 454. TMK'nın 173. maddesinin kadının soyadına ilişkin olarak yarattığı sorunun esasında 187. maddenin kadına kocanın soyadını alma zorunluluğu getirmesinden kaynaklandığı, sorunun özünün 187. maddede yattığı yönünde, KILIÇOĞLU YILMAZ Kumru, "Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 4, 2014, s. 586. Ayrıca bkz. KILIÇOĞLU, s. 13: "*Sorunun esas çözümü boşanan kadına belli koşullar altında kocasının soyadını kullanmaya devam etmesine izin vermekte değil, evlenen kadının kocasının soyadını kullanmaya mahkum edilmekten kurtarılmasındadır*."

ve bu soyadı ile bir benlik oluşturmuş olması soyadının muhafazası için yeterli bir gerekçe olarak görülmemiştir. Bunlara ilaveten, evlilik esnasında da kocanın soyadının evlat edinilmeye veya haklı nedene dayalı olarak değişmesi halinde kocaya bağlı olarak kadının soyadı da değişmektedir[62].

Kadının soyadına ilişkin bu düzenlemeler göstermektedir ki, kanuni düzenlemeler çerçevesinde, soyadının kişilik değeri olması ve değişmezliğinin sağlanması ilkeleri, ancak erkek bireyler için anlam ifade etmekte[63], kadınlar açısından pek çok soyadı değişikliği, kendi rızaları hilafına söz konusu olmaktadır. Bu çerçevede kadının doğumla kazandığı soybağının "geçici olma" eğilimi göstermekte olduğu ve bu özelliği ile erkeğin doğumla kazandığı soyadından farklılaştığı ifade edilmiştir[64]. Aynı doğrultuda, kadının soyadının medeni haline göre değişiklik göstermesi, soyadı çevresinde oluşan benliğinin "bağımlı" nitelikte olduğunu da ortaya koymaktadır. Soyadı değişiklikleri ayrıca kadının medeni halini de kamuya ifşa etme işlevini görmekte, bu yönüyle de kadının kişilik değerlerine cinsiyet temelli bir sınırlama getirmektedir[65]. Kişilik değerlerine ilişkin olarak aksi kararlaştırılmayacak şekilde[66] yaşanması istenen bu kayıp, münhasıran kadınları ilgilendirmekte, erkeğin doğumla kazandığı soyadını taşıma yönünde sahip olduğu hak medeni hal değişiklikleri ile zedelenmemektedir[67]. Bu durumun kadının üzerinde yaratması kuvvetle muhtemel olan kimliksel bunalım, bir yandan kadının "aile soyadı"nı edinmesi sayesinde doğacak çocukları ile aynı soyadını taşıma tesellisi ile[68], diğer yandan evlenmek suretiyle toplumda yeni ve daha üstün bir "statü"ye erişmesi inancının aşılanması ile bastırılagelmiş-

---

62 MOROĞLU, s. 254. Erkeğin soyadının değişmesi halinde eşin ve ergin olmayan çocukların soyadının da düzeltileceği Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda öngörülmektedir (m. 36 (b)).

63 MOROĞLU s. 246; GÖZTEPE s. 115; ABİK s. 47.

64 ÖZEN, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması", s. 181; kadının soyadının "nispi biçimde korunduğu" yönünde, ÖCAL APAYDIN, s. 437; GÖZTEPE, s. 115.

65 ÇAKIRCA Seda İrem, "Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 70, 2012, s. 151.

66 ERGENE, s. 129; HELVACI, **Gerçek Kişiler**, s.181. Bu düzenleme çerçevesinde eşler anlaşma ile kadının kendi soyadını korumasını kararlaştıramayacakları gibi, kocanın kadının soyadını almasını da kararlaştıramazlar; HELVACI Serap/KOCABAŞ Gediz, "Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Mehmet Akif Aydın'a Armağan**, C. 21, S. 2, 2015, s. 637.

67 YÜKSEL, s. 184.

68 DESCOUTURES, s. 45.

tir[69]. Ancak kadın ve erkeği toplumsal rolleri açısından eşit kılma idealini benimsediğimizde, haklar arasındaki bu farklılığı, kadın ile erkek arasındaki doğal farklılıklarla açıklamak imkansız hale gelmekte, ayrımcılığa temel oluşturabilecek haklı nedenlerin çerçevesi daralmaktadır.

4. Kadının Soyadının Çocuğa Aktarımının Toplumsal Cinsiyet Rolleri Açısından Taşıdığı Anlam

Kadının soyadını taşıyabilmesi meselesine paralel olarak karşımıza çıkan bir diğer mesele, çocuğun, annenin soyadını taşıyabilmesidir. Bu konuda TMK, anne ve babanın evli olduğu ihtimal için[70] çocuğun, "ailenin soyadını", yani kocanın soyadını taşıyacağını 321. maddesi ile hükme bağlamıştır. Evlilik dışı doğan çocuklar için de baba ile soybağının kurulması babanın soyadını alma zorunluluğunu getirmektedir[71]. Annenin soyadının çocuğa aktarımının mümkün olmamasının, kadın ile erkek arasında toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına engel teşkil ettiği açıktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") de Cusan ve Fazzo v. İtalya kararında, çocuklarına annenin soyadının verilmesi konusunda anlaşan çiftin bu taleplerini hayata geçirmesine imkân vermeyen İtalyan hukukunun anne ile baba arasında cinsiyete dayalı bir ayrıma dayandığına ve İtalya'nın, AİHS'in 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkıyla bağlantılı olarak sözleşmenin 14. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir[72].

İster evlilik içinde ister evlilik dışında doğsun, çocuğun babanın soyadını almak zorunda olması, çocuğun sadece babanın ailesi ile hukuki bağını muhafaza etmesi, sadece bu aileye aidiyetinin bir sembol ile çerçevelenmesi sonucunu doğurmaktadır. Aile bağının kategorik biçimde baba ile kurulması

---

69 Evliliğin kadın için statü yaratıcı işlevi çerçevesinde bazı toplumlarda evli kadınlar ile evli olmayan kadınlar için, erkeklerden farklı olarak, farklı resmi hitap tarzlarının kullanılmış ve kullanılmakta olduğuna işaret etmek gerekir. Fransa'da kadın erkek eşitliğinin sağlanması cümlesinden, evli olmayan kadınlara özgü *Mademoiselle* ifadesi idari kullanımdan kaldırılmış, kadının medeni durumunu ifşa etmemek üzere, *Monsieur* ifadesine karşılık olacak şekilde *Madame* kelimesine geçilmiş, ilgili idari işlemin iptaline yönelik talep Danıştay (*Conseil d'Etat*) tarafından 26.12.2012 tarihli karar ile reddedilmiştir (karar n. **358226;** https://www.legifrance.gouv.fr, son erişim tarihi 04.07.2019).

70 Diğer ihtimaller için, bkz. aş. IV-1.

71 Bkz. aş. IV-1.

72 AİHM, Cusan v. Fazzo v. İtalya, Başvuru n. 77/07, 07.02.2014, https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=fre, son erişim tarihi 04.07.2019.

kadın ile erkek arasında, anne ve baba rolleri itibariyle yaratılan bu farklılığın hangi gerekçeye dayandığını sorgulamaya götürür. Sadece babanın soyadının aktarılabilir nitelikte olması, toplumsal roller açısından anne ve babanın farklı şekilde konumlandırılmalarına, gerek üçüncü kişiler, gerekse çocuğun gözünde farklı bir imaja sahip olmalarına neden olmaktadır. Annenin kendi taşıdığı soyadı ne olursa olsun, çocukların her halükarda babanın soyadını taşıdığı bir aile yapılanmasında çocukların kadın ve erkeklerin eşit olduğu düşüncesini içselleştirmesi güç görünmektedir. Ayrıca, annenin çocuğa kendi soyadını aktarabilmesi, kadının medeni durum değişikliğinden bağımsız olarak doğumla kazandığı soyadını koruması hakkının da bütünleyicisi niteliğindedir. Nitekim çocuğun her halükarda babanın soyadını alması, evlenen kadının da doğmuş veya doğacak çocukla aynı soyadını taşıyabilmek için kocasının soyadını almasına neden olacaktır. Bu durumda çocukla ortak soyadı taşıma yönündeki istek, kendi soyadı açısından da kadının hak kullanımını sınırlandıracaktır[73].

Ancak kadının soyadından farklı olarak, bu konuda toplumsal cinsiyet eşitliğinden farklı bir parametre de devreye girmekte, benimsenecek çözümlerin çocuğun yüksek menfaati ilkesi süzgecinden geçirilmesi zorunlu olmaktadır[74]. Annenin toplumsal cinsiyet eşitliği ilkesine dayalı menfaatleri ile çocuğun, bunlara kıyasla öncelik taşıması gereken menfaatleri her zaman çatışma içinde değildir, hatta aile yapısındaki değişiklikler çatışmanın gittikçe azaldığını göstermektedir. Çocuğun soyadına ilişkin geleneksel çözümler, evliliğin devamı varsayımına dayanan, babanın ailenin reisi olduğu tek tip aile modeline dayanmaktadır. Hâlbuki aile kavramı artık sosyal hayatta tek tip bir modele bağlı olarak şekillenmemektedir[75]. Evlilik dışı ilişkilerdeki, boşanmalardaki, tek ebeveynli veya sonradan bir araya gelmiş ailelerdeki artış, farklı aile biçimleri ve farklı menfaat dengeleri ile karşılaşmamıza neden olmaktadır. Özellikle baba ile fiili aile birliğinin hiç kurulmamış olduğu

---

73 DESCOUTURES s. 45; THERY Irène, "Le nom, entre préséance et préférence", **La Découverte/Travail, genre et sociétés**, S. 1, n. 7, 2002, s. 196. Boşanan kadınlar açısından da, evli iken taşıdıkları soyadını taşıma isteğinin çocukla aynı soyadına sahip olma isteği ile bütünleştiği gözlemlenmektedir; DESCOUTURES, s. 45.

74 Bkz. aş. IV-2.

75 GUILLOD Olivier/BURGAT Sabrina, **Droit des familles**, 4. Bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016, s. 2. Yazarlar artık "aile" den değil, "aileler"den bahsedilmesi gerektiğin, nitekim sosyal hayatta kabul gören modellerde artış olduğunu belirtmektedirler.

veya evliliğin sona ermesini takiben ortadan kalktığı durumlarda, çocuğun babanın soyadını taşımasının kendi menfaatlerine ne kadar uygun olduğu daha da sorgulanabilir hale gelmektedir.

Özetle, kadının ve çocuğun soyadını kocanın/babanın soyadı çerçevesinde değerlendiren düzenlemelerin, kadın ile erkek arasında toplumsal roller açısından bir farklılık bulunduğu düşüncesine dayandıkları ve bu itibarla toplumsal cinsiyet eşitliği ideali ile çelişki içinde oldukları söylenebilir. Kadının evlenmeden önceki soyadını taşımasına, bu soyadının aile soyadı olarak seçiminin sağlanmasına ve çocuğa aktarılmasına engel olan husus, kadına ve erkeğe biçilen toplumsal roller ve bu rollerin hiyerarşik yapılanmasıdır. Kadının ve ortak çocukların aile bağlarının ve kimliklerinin erkek birey çevresinde belirlenmesi, erkeğin hem aile içinde en yüksek karar merci hem de sosyal ve kamusal alanda aileyi temsil eden güç olması fikrini yansıtmaktadır. Aile adı, tıpkı ailenin yönetimi ve temsili gibi, toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin bir meseledir ve bu rollerin ne şekilde yapılandırıldığına bağlı olarak belirlenir. Dolayısıyla toplumsal cinsiyetin biyolojik cinsiyetten ayrılması ve kadın ile erkek arasında eşitlikçi rollerin benimsenmesi, aile adına ilişkin bu hiyerarşik yapının ortadan kaldırılmasını gerektirir. Ülkemizde kanun koyucu bu adımı atmaktan imtina etmiştir. Anayasa yargısı ise, kanuni düzlemde süregelen farklılığın savunulabilirliğini gittikçe kaybetmesine paralel bir gelişim göstermiş, hukuki eşitliğe varılmasını kolaylaştıran adımlar atmıştır. Bu durum her ne kadar bizi eşitlik ilkesine yaklaştırmış da olsa, kanun koyucunun desteğinden mahrum kalmış olması, kalıcı ve tutarlı çözümlerin halen uzağında bulunmamıza neden olmaktadır. Nitekim yaşanan yargısal gelişimin kadının soyadı açısından sınırlarla kuşatılmış olduğu, çocuğun soyadı açısından ise çelişkiler barındırdığı görülmektedir.

III. KADININ SOYADI AÇISINDAN TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİNİN SAĞLANMASI

1. Yargısal Gelişimin Ana Hatları

Soyadı açısından kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik ilk kanuni adım Türk Kanunu Medenisi'nin 153. maddesinde 14 Mayıs 1997 tarihinde yapılan değişiklikle atılmıştır. Bu değişiklik ile evli kadının kocasının soyadını almak zorunda olduğu hükmü korunmuş, ancak bunun yanında dilerse önceki soyadını da kullanabilme hakkı kendisine verilmiştir. Anayasa Mah-

kemesi, 153. maddenin Anayasa'ya aykırılığı iddiasına ilişkin olarak verdiği kararda[76], kadının kişilik haklarına yapılan bu müdahaleyi, aile isminde somutlaşan, aile birliği ve bütünlüğünün sağlanması yönünde bir yarara dayandırmıştır. Aile isminin erkek ismi olması yönündeki tercih de "*kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklar*" ve "*yasakoyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırması*" ile açıklanmıştır. Mahkemeye göre, aile isminin kuşaktan kuşağa geçmesi aile birliği ve bütünlüğünün devamını sağlamakta, "*kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar*" soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermekte, bu "*haklı nedenler*" çerçevesinde kanun koyucunun tercihi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Mahkeme kararda ayrıca "*"Aile hukuku" öğretisinde de kadının erkeğe göre farklı yaratıldığı, zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması, aile içinde iki başlılığın önlenmesi gerektiği gibi hususlarda*" görüşler bulunduğunun altını çizmiştir. İleri sürülen bu gerekçeler ışığında mahkemenin referans olarak gösterdiği sosyal gerçeklerin, geleneklerin ve kamu düzeninin içeriğinin esasında toplumun erkek ile kadını hiyerarşik biçimde konumlandırmasından ibaret olduğu görülmektedir.

Bu kararı takip eden dönemde, Anayasa'nın 41. maddesine ailenin eşler arasında eşitliğe dayalı olduğu ibaresi eklenmiş, 10. maddesinde kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu ve devletin de bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu ilkeleri benimsenmiştir. Keza Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasında yapılan değişiklik ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarlakanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı ilkesi benimsenmiştir . Soyadı özelinde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 16 Kasım 2004 tarihli Ünal Tekeli kararı ile iç hukuk sistemimizin sözleşme ile koruma altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal ettiğine hükmetmiştir[77]. Kararda mahkeme, soyadının, özel hayata ve aile hayatına ilişkin bir değer olması nedeniyle sözleşmenin 8. maddesi ile korunmakta olduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede Türk hukuku-

---

76 AYM, E. 1997/61, K. 1998/59, 29.9.1998, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019. Kararın değerlendirilmesi için, bkz. DEVELİOĞLU Murat, "Rupture d'égalité entre hommes et femmes autour de la question du nom de famille en Turquie", **Revue Internationale de Droit Comparé**, C. 65, S. 4, 2013, s. 860 vd.; ABİK, s. 115 vd.

77 Kararın değerlendirilmesi için bkz. DEVELİOĞLU, s. 867.

nun, evlenen kadınları eşlerinin soyadını almaya zorlayan düzenlemesinin, objektif ve makul sebeplere dayanmayan, cinsiyete dayalı farklı muamele teşkil ettiğini ve böylece, 8. madde ile birlikte okunması ile ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddeye aykırı olduğu sonucuna varılmıştır[78].

Bu gelişmelerin konumuz özelinde hukukun yorumlanması üzerindeki etkilerine baktığımızda olası tepkilerden birinin kayıtsızlık olabileceğini görüyoruz. Nitekim yukarıdaki gelişmeler sonrasında kadının soyadı meselesi bu kez TMK'nın 187. maddesi ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş ve bu kararında[79] da Anayasa Mahkemesi, bir önceki kararıyla aynı sonuca varmıştır. Karara göre, evli kadının kocasının soyadını alması kuralı, "*aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle*" kabul edilmiştir[80]. Mahkemeye göre "*yasakoyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunma-*

---

78 Aynı yönde, Leventoğlu Abdülkadiroğlu v. Türkiye, Başvuru n. 7971/07, 28.08.2013; Tuncer Güneş v. Türkiye, Başvuru n. 26268/08, 03.09.2013; Tanbay Tüten v. Türkiye, Başvuru n. 38249/09, 10.12.2013. Ünal Tekeli kararından önce de AİHM'in soyadı bağlamında eşler arasındaki eşitliğe ilişkin benzer değerlendirmeleri Burghartz v. İsviçre kararında yapmıştır (Başvuru n. 16213/90, 22.02.1994); kararlar için bkz. https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=fre, son erişim tarihi 04.07.2019. AİHM'in isim ve soy ismin aile ve özel hayatın korunması hakkının parçası olarak telakki ettiği kararları için, bkz. KILINÇ, s. 245 vd. Kararlardan çıkan sonuç, kadının evlenme ile yeni bir isim almasını zorunlu kılan iç hukuk kurallarının AİHS ile uyumlu olmadığı yönündedir. AİHM içtihadı için ayrıca bkz. ZAND Joseph/ÖCAL APAYDIN Bahar, "The Myth of Gender Equality in Turkey: Her Name or Sir-Name?", **Cardozo Journal of Law & Gender**, C. 22, 2016, s. 277 vd.

79 AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019.

80 Kararda devletin, Anayasa'nın 41. maddesinde yer bulan ailenin korunması ödevine dayanan AYM, yine aynı maddede yer alan "ailede eşler arasında eşitliği sağlama" ödevinden ise bahsetmemiştir (ÖDEN Merih/ ESEN Selin, "Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı", **Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, C. 2, 2013, s. 821). Keza, Anayasa'nın 41. maddesinin, Anayasa Mahkemesi'nin kararda yaptığı yorumun tam tersine yoruma uygun hüküm ihtiva ettiği yönünde, bkz. TAHMAZOĞLU-ÜZELTÜRK Sultan, "Ad ve Soyada İlişkin Kararlar-Bireyin Kimlik Hakkı", **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 5, 2014, s. 16.

makta", eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu olmamaktadır[81]. Anayasa Mahkemesi, bu kararında da, bu amaçlara ulaşılmasının neden kadının kişilik haklarına ilişkin tek taraflı bir sınırlamayı mecburi kıldığına ilişkin değerlendirme yapmamıştır[82]. Keza idarenin nüfus kayıtlarını düzenli tutmasının neden bir temel hakkın göz ardı edilmesinden geçtiği de açıklanmamıştır[83]. Sonuç olarak, öğretide de ifade edildiği gibi, önceki kararında olduğu gibi bu kararında da Anayasa Mahkemesi, kadının kocasının soyadını alma yönündeki kanuni mecburiyetini eşitlik ilkesine dayalı bir hukuki yorum çerçevesinde irdelemek yerine, ayrımcı düzenlemeyi sosyolojik ve politik unsurlarla gerekçelendirmeye çalışmıştır[84]. Öte yandan Anayasa Mahkemesi, ilgili kanun hükmünün Anayasa'nın 90. maddesi ile ilgisini görmemiş, böylelikle Anayasa'nın 90. maddesinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası normlara etki alanı yaratılması amacıyla yapılmış olan değişikliği de herhan-

---

81 Gerekçelerin eleştirisi için bkz. ERGENE, s. 134 vd.; EKİNCİ, s. 183 vd.; ÖZEN Burak, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu**, İstanbul, 2016, s. 96-98; ÇAKIRCA, "Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", s. 150 vd. ; kararın anayasal yargılama tekniği açısından eleştirisi için, bkz. ÖDEN/ESEN, s. 817 vd.; TAHMAZOĞLU-ÜZELTÜRK, s. 16-19; eşitliğe aykırı kanun hükümleri açısından "aile birliğinin korunması" argümanının genel olarak eleştirisi için, bkz. NOMER, s. 446-447.

82 "(...) *aracın amaç açısından "gerekli" olduğu sonucuna varabilmek için, araç ile amaç arasında akla uygun gelebilecek herhangi bir bağ kurmakla yetinmemek, sınıflandırmayı veya sınırlamayı kanun koyucunun güttüğü amaç veya amaçlar bakımından "gerekli" ve "zorunlu" kılacak bir ilişkinin, bağın varlığını saptamak gerekir. Anayasa Mahkemesi kararında ailenin birliğinin ve bütünlüğünün korunmasının, aile bağlarının güçlendirilmesinin önemine vurgu yapmakla birlikte, itiraz konusu sınıflandırmanın veya sınırlamanın ailenin korunması amacı bakımından neden "gerekli" veya "zorunlu" olduğu konusunda ikna edici hiçbir açıklama yapmamaktadır*"; ÖDEN/ ESEN, s. 830.

83 Bu konuda devletin yapması gerekenin nüfus işlerini düzenli hale getirecek altyapıyı sağlamak olduğu yönünde, GÖZTEPE s. 129-130. Günümüzde kişiler arasındaki aile ilişkilerinin tespiti devletin elektronik olarak tuttuğu sicil kayıtları ile yapılmaktadır; bkz. YÜCEL Özge, "Medeni Hukuk Açısından Toplumsal Cinsiyet, Şiddet ve Ayrımcılık", **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, ed. UYGUR Gülriz/ÖZDEMİR Nadire, Seçkin, Ankara, 2018, s. 342; ÇAKIRCA, "Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", s. 154.

84 DEVELİOĞLU, s. 863; gerekçelerin ideolojik nitelikte olduğu yönünde, ÖZEN, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı", s. 96. Öğretide AYM'nin vardığı sonucun yerinde olduğunu, nitekim evlenen kadının önceki soyadını da taşımaya devam edebilmesinin cinsler açısından ayrımcılık ve eşitsizliğe yol açtığının kabulüne engel olduğu da savunulmuştur; bkz. HATEMİ, **Kişiler Hukuku**, s. 64.

gi bir gerekçelendirme yapmaksızın göz ardı etmiştir[85].

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun açılması ile 187. madde mahkemenin önüne bu kez bireysel başvuru yoluyla taşınmıştır. 19 Aralık 2013 tarihli bireysel başvuru kararında[86] mahkeme, kadının kocasının soyadını alma yönündeki yükümlülüğünün Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Kararda mahkeme, öncelikle, bir kişilik hakkı olan soyadının kişinin manevi varlığı kapsamında olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, Anayasa'nın 90. maddesinde öngörülen (m. 90/f.5, c. 2), bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyuşmazlığın bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunluluğuna işaret etmiştir. Mahkemeye göre, ilgili Anayasa hükmü, "bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır". Böylece mahkeme, kanun hükmünün, başta AİHS m. 8 olmak üzere, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören uluslararası sözleşme hükümlerine aykırı olduğunu belirterek uluslararası sözleşmelerin kanun hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağı sonucuna varmıştır. Bu karar ile gelenek, kamu düzeni ve aile birliği ekseninden çıkılmış, soyadının kişilik hakkı olarak taşıdığı değer ve ülkemizin uluslararası antlaşmalar yoluyla bireylere tanıdığı temel hak ve özgürlüklerin hayata geçirilmesi eksenine girilmiştir[87]. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarında istikrarlı olarak vardığı bu sonuç[88], medeni hukuk yargılamasında da etki doğurmuştur. Gelinen noktada Yargıtay da Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına uygun olarak, evlenen kadının kocasının soyadını taşımak zorunda olmadığı, münhasıran

---

85 TAHMAZOĞLU-ÜZELTÜRK, s. 19. Yazar, temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yeri konusunda öğretide uzlaşma sağlanamamış olsa da Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda yolu açmasının taşıdığı önemin altını çizmektedir (s. 19). Kararın 90. maddeye ilişkin bölümünün ve kararda Ünal Tekeli kararına atıf yapılmamasının eleştirisi için, ayrıca bkz. ÇAKIRCA, "Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", s. 154 vd.

86 AYM, Başvuru n. 2013/2187, 19.12.2013, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019.

87 AYM'nin eşitsizlikleri ortadan kaldırma yönündeki eğiliminin zaman içinde arttığı yönünde, ERDEM, s. 35.

88 AYM, Başvuru n. 2013/4439, 06.03.2014; Başvuru n. 2014/5836, 16.04.2015, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019.

kendi soyadını taşıma yönündeki isteğin bir temel hakka dayanması itibariyle gerekçelendirilmeye de muhtaç olmadığı yönünde hüküm kurmaktadır[89]. Yirmi yıllık bir yargısal yorum süreci sonucunda gelinen bu noktaya, kanun koyucunun medeni hukuk alanında müdahalesi olmaksızın, bir temel hak ve özgürlüğün yargı organlarınca hayata geçirilmesi suretiyle varılmıştır.

2. Yargısal Gelişimin Karşılaştığı Sınırlar

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay tarafından benimsenen uygulamaya bakıldığında, kadının soyadına ilişkin olarak benimsenen çözümün, medeni hukuk sistemimize ilkesel bir çelişki yaratmadan entegre olduğu görülmektedir. Nitekim ilgili hukuki sorun münhasıran kadın evlendiği anda ortaya çıkmakta ve bir dava sonucu bu sorunla karşılaşan yargı organlarınca TMK m. 187'nin uygulanmasının Anayasa m. 90/f.5 marifetiyle bertaraf edilmesi ile eşler arasındaki eşitlik ilkesine uygun biçimde fiilen çözülmektedir. Ancak bu fiili durum, 187. maddenin hukuki akıbetinin açıklığa kavuştuğu anlamına gelmemekte, özellikle hakkın dava açılmadan kullanılabilmesi sorununu çözmemekte, öte yandan kadının soyadına ilişkin cinsiyetçi hukuk kurallarımızın tümü üzerinde de etki doğurmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda işaret edilen, bireysel başvuru sonucu verdiği kararlarda evli kadının evlendiği erkeğin soyadını taşıma zorunluluğunu öngören TMK m. 187'yi bertaraf etme gereğini, Anayasa m. 90/f.5'e dayandırmıştır: Mahkemeye göre bu hüküm bir "zımni ilga" hükmü teşkil etmekte ve böylece kanun hükmüyle çatışan uluslararası antlaşma hükmünün doğrudan uygulanmasını sağlamaktadır[90]. Bu gerekçe, evlenen kadının

---

89 Y. HGK, E. 2014/889, K. 2015/2011, 30.9.2015: "*sebep önemli olmaksızın davacı evlilik birliği içinde sadece kızlık soyismini kullanmak istemektedir. Kızlık soyisminin kullanmak istemek için haklı bir gerekçenin bulunmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu hak AİHS 8 ve Anayasanın 17. maddeleri kapsamında bir insan hakkıdır ve cinsiyete dayalı olarak bir ayrıma tabi tutulmaksızın erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanmalıdır. Aksi durum AİHS'nin 14. maddesine aykırılık teşkil edecektir.*" Ayrıca bkz. Y. 2. HD, K. 2015/8704, E. 2014/20471, 28.04.2015; Y. 2. HD, E. 2015/8508, K. 2015/12061, 09.06.2015; kararlar için, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019. Uygulamadaki durum için genel olarak bkz. ERDEM Mehmet, **Aile Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2019, s. 240-241; AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, **Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku**, 21. Bası, Beta, İstanbul, 2019, s. 118-120.

90 Anayasa hukukunda zımni ilga kavramı için, bkz. TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 19. Bası, Beta, İstanbul, 2019, s. 549-

evlendiği erkeğin soyadını alacağına ilişkin kuralın artık yürürlükte olmadığı sonucuna götürmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarındaki bu kabulün uygulamaya etkisinin saptanması için, mahkemenin bireysel başvuru sonucu verdiği kararların bağlayıcılığının kapsamının belirlenmesi gerekir. Bireysel başvuru sonucu verilen kararların başvurucular dışındaki kişiler üzerinde etki doğurup doğurmadığı sorusu açık bir hukuki yanıta sahip değildir[91]. Konumuz açısından özellikle kararların gerekçelerinin bağlayıcılığı önem arz etmektedir, nitekim kadının soyadına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin başvurduğu "zımni ilga" argümanının etkisi kendisini bu sorunun cevabına bağlı olarak gösterecektir. Bağlayıcılık görüşünün kabul edilmemesi halinde, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucu verdiği kararların, başvurucular dışındaki kişilere TMK m. 187'nin uygulanabilirliği üzerinde sonuç doğurmadığı sonucuna varılacak, böylece evlendiği erkeğin soyadını taşımak istemeyen kadınların bu sonuca ulaşmaları dava açmalarını gerektirecek, bu davada mahkeme, ancak bireysel başvuru kararlarında izlenen yolu uygun görürse -Anayasa Mahkemesi'nin yorumuna katılırsa- bu yönde karar verecektir[92]. Bireysel başvuru kararlarının benzer olaylar açısından hiçbir etki doğurmadığı görüşünün, soyadı sorunu özelinde

---

551 ; soyadı konusu özelinde zımni ilga kavramının kullanımı ve bunun eleştirisi için bkz. BAŞOĞLU Başak, "" Adın Ne Değeri Var?"-Evliliğin Kadının Soyadına Etkisi", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 15, S. 176, 2017, s. 3897 vd. Anayasa m. 90 hükmüne eklenen fıkranın zımni ilga kuralı olarak kabul edilmesinin eleştirisi için, bkz. BOYAR Oya, "Anayasa'da Kadın", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu**, İstanbul, 2016, s. 79-80. Yazara göre bu hüküm, "*genel olarak zımni ilgayı düzenlemek yerine,* (…) *yargıca güvenceli normu uygulama konusunda yetki vermek için kaleme alınmış bir hüküm olarak yorumlanmalıdır*" (s. 80).

91 Anayasa Mahkemesi kararlarının hangi ölçüde Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasının kapsamına girdiği ve böylece yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayıcı niteliği haiz olduğu meselesi de genel olarak tartışmalı bir meseledir. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi'nin, kanun koyucunun iptal edilen kanunlarla aynı doğrultuda yeni düzenleme yapmasına engel olmak amacıyla, gerekçelerin de bağlayıcı olduğu yönünde içtihat geliştirdiği görülmektedir (Bu konuda bkz. TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, 23. Bası, Beta, İstanbul, 2019, s. 259-260; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 522-523 ve s. 561). Öğretide kararların bağlayıcılığının sadece hüküm fıkrasına hasredilmesi gerektiği de savunulmaktadır; bkz. ÖZBUDUN, s. 412-413. Farklı görüşler ve tartışma için, bkz. ŞİRİN Tolga, **Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, On İki Levha, İstanbul, 2013, s. 657 vd.

92 BAŞOĞLU, "" Adın Ne Değeri Var?"-Evliliğin Kadının Soyadına Etkisi", s. 3901-3902.

eşitlik idealinin hayata geçirilmesini yavaşlatacağı, aynı zamanda bireysel başvuru sisteminin etkisini de kısıtlayacağı açıktır. Bağlayıcılık görüşünün kabulü halinde ise, Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği şekilde Anayasa m. 90/f.5 marifetiyle TMK m. 187'nin yürürlükten kalkmış olduğunun kabulü gerekecek[93], devlet organları gibi tüm gerçek ve tüzel kişilerin de bu doğrultuda hareket etmeleri zorunlu olacaktır. Bu görüşün de, soyadına ilişkin bireysel başvuru kararları ve bu kararlara gerekçe teşkil eden "zımni ilga" argümanına ilişkin olarak sakıncaları vardır. Bilindiği gibi Anayasa m. 152/f. 4 uyarınca, Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz. Yukarıda işaret edildiği gibi, Anayasa Mahkemesi 2011 yılında verdiği kararda TMK m. 187'nin Anayasa'ya aykırılığı iddiasını esastan reddetmiştir. Zımni ilga gerekçesinin genel bağlayıcılığının kabulü halinde Anayasa Mahkemesi'nin, daha önce Anayasa'ya uygunluğu yönünde hüküm kurduğu kanun hükmünü, bireysel başvuru kararları ile etkisiz hale getirmesinin mümkün olduğunu da kabul etmek gerekir. Bu kabulün Anayasa m. 152/f. 4 ile uyumunun en azından tartışma götürür nitelikte olduğu söylenebilir[94]. Öte yandan bireysel başvuru kararları sonucu TMK m. 187'nin yürürlükten kalktığı kabul edilirse, evli kişilere ilişkin olarak bu hükmün uygulanması sonucu vücut bulmuş olan resmi kayıt ve belgelerin gerçeğe aykırı hale geldiğini[95], nüfus müdürlüklerinin kadınların soyadına ilişkin olarak hukuka aykırı işlem yapmakta olduklarını[96] da kabul etmek ve bunun sonuçları ile baş etmek gerekecektir. Nihayet, zımni ilga sonucu ortaya çıkan kanun boşluğunun ne şekilde doldurulacağı da çözülmesi gereken bir sorundur. Öğretide bu tür bir durumda boşluğun örf ve adet hukukunda kural bulunmaması halinde hakimin hukuk yaratmasıyla doldurulmasının gerekeceği,

---

93 BAŞOĞLU, ""Adın Ne Değeri Var?"-Evliliğin Kadının Soyadına Etkisi", s. 3902.

94 Bununla beraber Anayasa'da yer alan on yıllık yasağın, hukukun yorumunun toplumsal gelişmelere adapte edilmesine engel olması nedeniyle Anayasa hukukçuları tarafından eleştirildiği belirtilmelidir (TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 522; TEZİÇ, s. 258; ÖZBUDUN, s. 407; KABOĞLU İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 13. Bası, Legal, İstanbul 2018, s. 365). Bu çerçevede bireysel başvuru kararlarına -ve gerekçelerine- Anayasa m. 153/son anlamında bağlayıcı etki tanınması, Anayasa'nın çokça eleştirilen m. 152/f. 4 hükmünün fiilen bertaraf edilmesi sonucuna götürebilir.

95 ÖZEN, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı", s. 100

96 BAŞOĞLU, "" Adın Ne Değeri Var?"-Evliliğin Kadının Soyadına Etkisi", s. 3904.

bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin ilgili ilk bireysel başvuru kararının etki doğurduğu tarihten sonra evlenen kadınların evliliğin soyadına etkisinin belirlenmesi için dava açmalarının söz konusu olacağı, idare açısından da farklı uygulamaların önünün açılacağı ve bu tür bir durumun hukuk güvenliği ile bağdaşmayacağı ifade edilmiştir[97]. Ayrıca belirtilmelidir ki, TMK m. 187'nin uygulanamaz hale geldiği kabul edilirse oluşacak kanun boşluğu açısından üstünde durulması gereken tek sorun, kadının evlendiği erkeğin soyadını almamasının mümkün olup olmadığı değildir. Yargı kararlarının doğrudan konusu haline gelmemiş olan, eşlerin, kadının soyadını ortak soyadı olarak belirlemeleri imkanının da bu içtihat ile önünün açılıp açılmadığı, bu tür bir çözümün kabulünün hangi gerekçelere dayanacağı da olası kanun boşluğuna ilişkin ilave bir meseledir[98].

Bu durum karşısında, bireysel başvuru kararlarının başvurucular dışındaki kişiler üzerinde hiçbir etki doğurmadığı görüşü ile bireysel başvuru kararlarında yer alan zımni ilga gerekçesinin genel bağlayıcılığı görüşü arasında bir orta yol bulma gereği, bu iki görüşten birinin mutlak biçimde kabulünün yaratacağı sakıncaları azaltmak açısından tercihe şayan bir yol olarak görülebilir. Bireysel başvuru kararlarının tüm mahkemelerce ileride görülecek davalarda ölçü alınması gerektiği, kararların emsal nitelikte olduğunun kabul edilmemesi halinde hukuka olan güvenin sarsılacağı Anayasa hukukçuları tarafından ifade edilmektedir[99]. Soyadı meselesi açısın-

---

97 BAŞOĞLU, "" Adın Ne Değeri Var?"-Evliliğin Kadının Soyadına Etkisi", s. 3903; olası çelişkili durumlar için ayrıca bkz. ÖZEN, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı", s. 100-101.

98 Evlenen kişilerin soyadına ilişkin olarak tercih edebilecekleri eşitlikçi çözümlerden biri, her bir eşin kendi soyadlarını taşımaları yerine, kadının soyadını müştereken ortak soyadı olarak benimsemeleridir. Bu sonuca ulaşmak için yürürlükteki mevzuat ışığında akla gelebilecek bir çözüm, erkeğin, soyadının eşinin soyadı olarak değiştirilmesini hâkimden TMK m. 27 çerçevesinde, haklı nedene dayanarak istemesidir (ABİK, s. 92. TMK m. 187'nin emredici niteliği karşısında bu durumun kanuna karşı hile teşkil edeceği yönünde, AKINTÜRK/ATEŞ, s. 117; haklı sebep kavramının yorumlanmasında dar yoruma başvurmamak gerektiği, kocanın bu yolla evleneceği kadının soyadını almasının mümkün kılınmasının Anayasa'nın 10. maddesine de uygun olacağı görüşünde, ÖZTAN Bilge, **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 212-213). Ancak bu çözümün kabul edilmesi halinde dahi, madde hükmünün öngördüğü "haklı sebep", tarafların anlaşmasından bağımsız olarak, kişisel ve kamusal yararların tartımı yoluyla değerlendirecektir. Bu durumda tarafların ortak kararına hukuk düzeninin otonom bir etki tanıdığından söz edilemez.

99 KANADOĞLU Korkut, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, On İki Levha, İstan-

dan Anayasa Mahkemesi'nin istikrarlı kararları ve Yargıtay'ın da Anayasa Mahkemesi'nin vardığı çözüme katılmasıyla ülkemizdeki yargısal gelişim de bu noktaya doğru evrilmiştir. Elbette mahkemelerin ileride doğacak uyuşmazlıklarda benimseyecekleri çözümlerin istikrarı ve halihazırda davalarda ulaşılan çözümün idari organların işlemlerinde de etki doğurmasının sağlanması halen geçerli sorunlardır ve bu nedenle bireysel başvuru kararlarının TMK m. 187 üzerindeki etkisi sorunu da halen geçerlilik taşımaktadır. Bu açıdan, hükmün Anayasa'ya uygun bir yorumla ayakta tutulması, böylece bireysel başvuru kararlarının gerekçelerine, uygulamada oluşabilecek karışıklıkları da azaltacak biçimde etki tanınması yönünde görüşler de ileri sürülmüştür. Buna göre, TMK m. 187'nin Anayasa'ya uygun yorumu, bu hükmün eşler aile adı konusunda aksine anlaşma yapmadığı ve kadın eşin evlendiği erkeğin soyadını taşımama yönündeki iradesini ortaya koymadığı durumlarda uygulanabilecek, aile adının seçimine ilişkin bir yorum kuralı olduğunun kabulünü gerektirmektedir[100]. Böylece kadının evlenmeden önce taşıdığı soyadını münhasıran taşıyabilmesi için nüfus idaresine yapacağı başvuru yeterli olacak, bu başvurunun yapılmaması aile adının erkeğin adı olarak seçildiği anlamına gelecektir[101]. Gerçekten de bir yandan kadının bir temel hakkı kullanmak için dava açmak zorunda bırakılmaması, öte yandan mevcut nüfus kayıtlarının hukuka uygunluğu sorusunun ortaya atılmaması açısından bu çözüm yolu avantajlar barındırmaktadır[102]. Bununla beraber, TMK m. 187'nin nüfus idarelerince bu şekilde yorumlanmasında yeknesaklığın ne şekilde sağlanabileceği de ayrı bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır[103].

---

bul, 2015. s. 264; TAHMAZOĞLU-ÜZELTÜRK, s. 28-29. Bireysel başvuru kararlarının gerekçelerine kural olarak uyulması gerektiği, bunun dışındaki bir yaklaşımın ancak daha genişletici bir insan hakları yaklaşımı ile gerçekleşebileceğini kabul etmek gerektiği görüşünde, bkz. ŞİRİN, s. 662; karar gerekçelerinin benzer davalar için "bağlayıcı içtihat" oluşturacağı görüşünde, HAMDEMİR Berkan, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, Seçkin, 2015, s. 381.

100 ÖZEN, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı", s. 102.

101 ÖZEN, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı", s. 102.

102 Ancak, AYM'nin bireysel başvuru kararlarının sonucu olarak, TMK m. 187'nin tümüyle ihmal edilerek, bu yönde başvuruda bulunulmadığı sürece soyadının evlenme ile değişmeyeceğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde, bkz. YÜCEL, s. 242.

103 Bu yönde yapılacak yorumun çocuğun soyadına etkisinin olup olmayacağı konusunda bkz. ÖZEN, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı", s. 103-104.

Son tahlilde, TMK m. 187'nin etkisini bertaraf etmeyi veya değiştirmeyi sağlayacabilecek çözüm yollarından zımni ilga çözümünün de, Anayasa'ya uygun yorum çözümünün de, bir iptal kararına konu olmamış ve şeklen bile olsa kanundaki yerini koruyan bir hüküm karşısında nüfus hizmetleri uygulamasının adaptasyonunu ve yeknesaklığını sağlama konusunda etkili olabilecekleri şüpheli görünmektedir[104]. Özellikle eşlerin ortak soyadı olarak kadının soyadını belirlemeleri halinde bu tür bir istemin nüfus hizmetlerinin görülmesi esnasında kabul ettirilmesinin büyük güçlükle karşılaşacağı öngörülebilir niteliktedir[105].

Bununla beraber, artık hem Anayasa Mahkemesi hem de Yargıtay tarafından uygulamaya geçirilmesi gereği kabul edilmiş olan bir temel haktan yararlanmak için kişilerin dava yoluna gitmek zorunda olmaları hak sahiplerini maliyet hesaplarına sürükleyebilir ve dava yoluna gitmeyerek cinsiyetçi hükmün uygulanmasını salt bu nedenle kabul etmelerine sebep olabilir[106]. Şu halde yaratılan içtihadın kanun koyucu tarafından kodifiye edilmemesi somut etkisinin de sınırlı olması sonucuna götürmektedir[107].

İkinci olarak, kadının soyadına ilişkin eşitliğin sağlanması gereği sadece evlenme halinde değil, boşanma halinde de karşımıza çıkmaktadır. TMK m. 187'nin uygulandığı zamanlarda zorunlu olarak veya yukarıda bahsedilen içtihattan sonra kendi isteği ile kocasının soyadını almış olan kadının, boşanma halinde bu soyadını muhafaza etmesi halen TMK m. 173'ün koşullarının yerine gelmesine, yani kadının boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğunu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceğini ispatlamasına bağlıdır[108]. TMK m. 173'ün düzenlemesi çerçevesinde, boşanma sonucu

---

104 Uygulamada doğabilecek sorunlar hakkında bkz. HELVACI, "Evli Kadının Soyadı", s. 166.

105 Oya Ataman v. Türkiye davasında davacı, kendi kızlık soyadının aile adı olarak kullanılmasının reddedilmiş olmasını AİHM önüne taşımıştır; ancak bu arada davacı eşinden boşandığı için mahkeme başvurunun sözleşmenin 37 § 1 (c) maddesi uyarınca kayıttan düşürülmesine karar vermiştir (AİHM, Başvuru n. 47738/99, 22.05.2007, https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=fre, son erişim tarihi 04.07.2019).

106 Benzer yönde, bkz. ORUÇ, s. 464.

107 Anayasa m. 152/son hükmü gereği kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasının ardından 10 yıl geçmedikçe aynı hükmün iptali talep edilemez; AYM'nin MK m. 187'ye ilişkin kararı ise 21.10.2011 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

108 Bu konuda bkz. DURSUN Esra, **Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı**, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 35 vd.; ERGENE, s. 137. Kadının eski eşinin soyadını taşımaya devam ederek eski eşine nasıl bir zarar verebileceğinin anlaşılır olmadığı yönünde,

oluşan medeni hal değişikliğinin, soyadının değişmezliği ilkesine aykırı olarak, kadının soyadını kendiliğinden değiştirmeye devam ettiği, soyadının devamının istisnai nitelikte kaldığı ve bu durumun da sadece kadınlara özgü bir hukuki sorun teşkil ettiği açıktır. Yargıtay uygulamasında kadının boşandığı kocasının soyadını taşımakta menfaati bulunduğunu kabul etmek için "kadın evlilik soyadı ile tanınmış ve isim yapmış" olmalıdır[109]. Örneğin bir öğretim görevlisinin, evlilik birliğinin devamı sırasında eserlerini ve bilimsel çalışmalarını boşandığı kocasının soyadı ile yayımladığı ve bilim çevresinde aynı soyadı ile tanındığı, eserlerine bu soyadı ile atıflar yapıldığı durumda kadının boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaatinin bulunduğu kabul edilmiştir[110]. Buna mukabil, bir şirketin yönetim kurulu başkanı olan kadının boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati olmadığı, nitekim böyle bir menfaatin kabulü için kadının bu soyadı ile ünlendiği "özel bir iş" veya "meslek" bulunmasının gerektiği belirtilmiştir[111]. Kadının sosyal veya mesleki çevresinde isim yapmış olduğunun kabul edilmediği durumlarda, kadının soyadının devamlılığında kural olarak menfaati yoktur. Örneğin velayeti kendisine bırakılan ortak çocuklarla aynı soyadını taşımak yönündeki menfaat, soyadının devamında haklı menfaati olarak görülmemiştir[112]. Bununla beraber Yargıtay, kadının soyadının anlaşmalı boşanma kapsamında eşler arasında protokole konu edilebileceğini, bu durumda anlaşma doğrultusunda hüküm tesisi gerekeceği yönünde karar vermiş[113], bu alanda irade serbestisinin haklı menfaat tartışmasına girilmeden sonuç doğurabileceği bir alan açmıştır. Bu durumun kadının soyadını muhafazasını fiilen kolaylaştırdığı söylenebilir, ancak bu irade serbestisinin kadının evliyken kullandığı soyadını koruma arzusunu sancılı bir boşanma sürecinde pazarlık konusu haline

---

YÜCEL, s. 340. Hükmün kadının mevcut kişisel durumunu korumak yönündeki hakkını ispatı zor ve muğlak koşullara bağlamış olması itibariyle Anayasa'ya aykırı olduğu görüşünde, bkz. BAŞOĞLU, ""Adın Ne Değeri Var?"-Evliliğin Kadının Soyadına Etkisi", s. 3886.

109 Y. 2. HD, E. 2008/2180, K. 2009/8029, 27.04.2009, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019.

110 Y. 2. HD, E. 2011/3778, K. 2012/10320, 19.04.2012, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019.

111 Y. 2. HD, E. 1996/1149, K. 1996/3118, 26.03.1996, alıntılayan, DURSUN, s. 33.

112 Y. 2. HD, E. 2015/12024 K. 2015/13284, 23.06.2015, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019.

113 Y. 2. HD, E. 2012/10639 K. 2012/28675, 29.11.2012, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019.

getirmesi ihtimali de akılda tutulmalıdır. Öte yandan, boşanan kadının TMK m. 173'ün öngördüğü koşulların yerine geldiğini ispat etmesi de nihai bir çözüm sağlamaz, nitekim hükmün 3. fıkrası, kocanın, koşulların değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını isteyebileceğini öngörmüştür. Böylece erkek, boşandığı kadının evliyken taşıdığı soyadını kullanmakta menfaatinin kalmadığını ya da bunun kendisine zarar verdiğini ileri sürerek kadının soyadının değişmesini talep edebilmektedir. Örneğin kadın iş hayatından çekilecek olursa, boşandığı kocası artık kadının evliyken taşıdığı soyadını taşımakta menfaatinin kalmadığını ileri sürerek bu izni kaldırtabilir[114]. Kocanın, soyadının kullanılmasına sonradan engel olabilmesini sağlayan bu hüküm de[115], bir kişilik değerinin pazarlık konusu haline getirilebilmesine neden olabilmektedir[116]. Sonuç olarak görülmektedir ki, boşanan kadının soyadı açısından hukukumuzdaki düzenleme, erkeğin menfaatlerinin ve kişilik haklarının korunabilmesi felsefesi üzerine kurulmuş[117], kadının menfaatleri ikinci plana atılmıştır[118]. Bu çerçevede boşanan kadının soyadının kadın açısından değil, boşandığı erkek açısından önem taşıdığı kabul edilmiş olmaktadır[119]. Yukarıda zikredilen, toplumsal cinsiyet eşitliğini evlenmenin kadının soyadına

---

114 DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ M. Alper, **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, para. n. 737.

115 Hükmün bu imkânı sadece kocaya tanımasının Anayasa'ya aykırılığı iddiası nedeniyle verdiği kararda AYM, hükümde "*kadınların dava açmalarını engelleyici bir kısıtlama bulunmaması ve bu davayı da sadece kocanın açabileceğine dair emredici bir hüküm bulunmaması karşısında kocasının soyadını kullanmaya izin alan kadının, koşulların değişmesi, menfaatinin kalmaması veya haklı nedenlerin varlığı halinde verilen bu iznin kaldırılmasını*" talep edebileceğine, dolayısıyla hükmün eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir (AYM, E. 2011/51, K. 2012/32, 01.03.2012, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019). Aynı yönde, bkz. Y. 2. HD, E. 2013/8403, K. 2013/27381, 25.11.2013, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019. Nüfus Hizmetleri Kanunu'na 19.10.2017 tarihinde dâhil edilen ek madde 3 ile boşandığı kocasının soyadını taşımaya devam eden kadının yalnızca evlenmeden önceki soyadını taşımak istemesi halinde, nüfus müdürlüğüne yazılı başvuru ile bunu talep edebileceği düzenlenmiştir. Böylece bu durumdaki kadınların dava açma zorunluluğu da ortadan kalkmıştır.

116 Kocanın "veto" hakkının soyadını kocanın paraya çevirebileceği bir metaya dönüştürdüğü yönünde, SEROZAN Rona, "Anayasa Mahkemesi'nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", **Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu**, On İki Levha, İstanbul, 2013, s. 154.

117 DURSUN, s. 34.

118 Benzer görüşte, YÜKSEL, s. 196.

119 YÜCEL s. 340.

etkisi aşamasında benimseyen yargı kararları, boşanmanın etkisine ilişkin bu düzenleme üzerinde etki doğurmamaktadır[120].

Anayasa Mahkemesi'nin istikrarlı kararları ve hukuk mahkemelerinin de bu yönde karar vermesi kadının soyadına ilişkin olarak yaşanan paradigma değişikliğini netlikle ortaya koymaktadır. Kadının, erkek için olduğu gibi, evlenme halinde de münhasıran kendi soyadını kullanabilmesi, bir kişilik değerinin korunması açısından cinsiyet eşitliğine uygun bir çözümdür. Kadının münhasıran soyadını kullanabilme hakkını dava yoluna gitmeden kullanabilmesinin sağlanması, eşlerin kadının soyadını ortak soyadı olarak seçebilmeleri imkanı ve nihayet boşanan kadının soyadının akıbeti meseleleri ise bu içtihadın koruması dışında kalmış, toplumsal cinsiyet eşitliği ilkesine uygun olarak çözümlenmeyi bekleyen meselelerdir.

IV. ÇOCUĞUN SOYADI AÇISINDAN TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİNİN SAĞLANMASI

1. Yargısal Gelişimin Ana Hatları

Hukukumuzda çocuğun baba ile anneden hangisinin soyadını taşıyacağına ilişkin hukuki durumun oluşmasında, kadının soyadında olduğu gibi yakın tarihli Anayasa Mahkemesi kararları belirleyici olmuştur[121]. Bu kararlar çerçevesinde çocuğun babanın soyadını taşımasına ilişkin genel kuralın bir yandan genişletildiğini, diğer yandan daraltıldığını görmekteyiz. Bu açıdan anne ile babanın evli olmaları, evli olmamaları ve boşanma sonrası velayetin anneye verilmesi hallerinden her birinin çocuğun soyadına etkisine ayrı ayrı bakılmalıdır.

TMK m. 321 uyarınca "ana ve baba evli ise" çocuk ailenin soyadını alır. Kanun "aile soyadı"nı tanımlamamıştır, ancak kadının kocasının soyadını almasını öngören MK m. 187'den hareketle, aile soyadının kocanın soyadı

120 Anayasa'ya uygun yorum ilkesinin bu hüküm için de esas alınarak boşanma halinde kadının soyadını koruma yönünde menfaati olduğunun hakime tarafından karine olarak kabul edilmesi gerektiği görüşünde, ÖZEN, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı", s. 104.

121 Çocuğun soyadına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarının toplu özeti için bkz. BAŞ SÜZEL Ece/KURTULAN Gökçe, "**Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi"**, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Kasım-Aralık 2015, C. 10, S. 135-136, s. 77 vd.

olduğu kabul edilmektedir[122]. Eşler çocuğa intikal edecek aile adını başka şekilde belirleyememektedir[123]. Kadının, evlenmeden önceki soyadını kullanabilmesi yönündeki imkânı da aile soyadının kocanın soyadı olması üzerinde etki doğurmaz[124]. Böylece anne ve babası evli çocuklar açısından kadının soyadının çocuğa intikal edebilmesi ihtimal dışı bırakılmıştır.

Çocuğu babanın soyadını almaya mecbur kılan bu hükmün, baba ile soybağının TMK m. 285'te düzenlenen babalık karinesi marifetiyle kurulduğu her durumda uygulanabileceği, başka bir deyişle evlilik içinde ana rahmine düşen çocukları da kapsadığı kabul edilmektedir[125]. Aynı şekilde, TMK m. 292'nin, anne ve babası sonradan evlenen çocukların kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olacağı yönündeki düzenlemesinden, bu çocukların soyadı açısından da aynı sonucun doğacağı anlaşılmaktadır.[126] Baba ile soybağı bu şekilde kurularak babanın soyadını alan çocuğun soyadı, bu noktadan sonra soyadının değişmezliği ilkesine tabi olacaktır. Başka bir deyişle, evliliğin ortadan kalkması, çocuğun evlilik içinde soybağının kurulması yoluyla tayin edilmiş soyadını değiştirmemektedir[127].

Babalık karinesinden faydalanmayan ve anne ve babası sonradan evlenmeyen çocuğun ise baba ile soybağının tanıma ve babalık hükmü ile kurul-

---

122 ÖZTAN, s. 214, dn. n. 757; BİRİNCİ UZUN Tuba, "Aile Soyadı Çıkmazı- Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadının Velâyeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 4, 2016, s. 106; IŞINTAN Pelin, "Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Seçme Hakkı Mevcut Mudur?", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2012, s. 267; ABİK s. 55; SEROZAN Rona, **Çocuk Hukuku**, 2. basıdan tıpkı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 238.

123 ERGENE, s. 139; BAŞOĞLU, ""Adın Ne Değeri Var?"-Evliliğin Kadının Soyadına Etkisi", s. 3885.

124 ÖZEN, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması", s. 174.

125 ÖZEN, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması", s. 174; DURSUN, s. 48; ABİK, s. 142; ÖCAL APAYDIN, s. 450; HELVACI, **Gerçek Kişiler**, s. 177. Bu durumda kadının 300 günlük bekleme süresini beklemeden yeniden evlenmesi ve çocuğun bu evlilik içinde doğması halinde, TMK m. 290'da öngörülen karine uyarınca ikinci evlilikteki koca baba sayılacak ve çocuk bu kişinin soyadını alacaktır. Bu karine çürütülürse birinci evlilikteki koca baba sayılacak ve çocuk bu kişinin soyadını alacaktır.

126 Bu konuda bkz. OKTAY-ÖZDEMİR, s. 2029; DURSUN s. 48; AKYÜZ Emine, **Çocuk Hukuku-Çocukların Hakları ve Korunması**, 6. Bası, Pegem Akademi, Ankara, 2018, s. 123.

127 ÖZEN, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması", s. 175.

ması mümkündür. İşte bu haller için TMK m. 321, çocuğun anne ile baba evli değilse annenin soyadını alacağını öngörmekteydi. Başka bir deyişle kanun koyucu çocuğun soyadı açısından baba ile soybağının ne şekilde kurulduğuna dayalı olarak bir ayrıma gitmiş, soybağının anne ile evlilik yoluyla kurulduğu hallerde babanın soyadının alınmasını, diğer hallerde annenin soyadının alınmasını öngörmüştü. Oysa TMK'dan daha sonra, 29 Nisan 2006 tarihinde yürürlüğe giren 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun ("NHK") m. 28/f.4 hükmü, babasıyla soybağı tanıma ile kurulan çocukların baba hanelerine babalarının soyadı ile kaydedileceklerini öngörmüştür. Kanunun geçici 5. maddesi ise kanun yürürlüğe girinceye kadar tanıma beyanı veya babalığa hüküm kararı sonucu ana hanesine tescil edilen çocukların baba hanelerine nakilleri için ana ve babadan birinin, çocuk ergin ise kendisinin müracaatının aranacağını düzenlemiştir[128]. Bu hükümlerden, çocuğun baba ile soybağının tanıma veya babalık hükmü ile kurulduğu hallerde de çocuğun babanın soyadını taşıyacağı sonucu ortaya çıkmaktadır[129]. Görülmektedir ki çocuğun soyadı açısından –sonraki kanun niteliğindeki- NHK, TMK'dan farklı bir düzenleme getirmiştir[130]. Bu çerçevede, NHK'nın, TMK m. 321 hükmünü değiştirip değiştirmediğine ilişkin olarak öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür[131].

---

128 Kanunun m.28/f.4 hükmünün 19.10.2017'de değiştirilen, yürürlükteki ifadesine göre, "*Tanınan veya babalığa hüküm kararı ile soybağı kurulan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile nakledilir*."

129 Ancak, NHK'nın, soybağının mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin hüküm içermediği yönünde, bkz. AKKAYAN YILDIRIM Ayça, "Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114 E. 2009/105 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi", **Rona Serozan'a Armağan**, On İki Levha, İstanbul, 2010, C. I, s. 80. NHK m. 28'in sadece tanımadan bahsetmesine rağmen menfaatlerin aynı olması nedeniyle babalık davasına da aynı esasların uygulanmasının gerektiği, kanun kapsamında çıkarılan yönetmeliğin de bu hususu desteklediği yönünde, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, para. n. 1645; benzer yönde, HELVACI, **Gerçek Kişiler**, s. 179. NHK m. 28/f. 4'ün bugünkü ifadesi babalık davasını da içermektedir. .

130 Soybağının tanıma veya mahkeme hükmü ile tesis edilmesine ilişkin olarak benzer bir düzenleme, daha önce yürürlükte olan 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nda da yer almaktaydı. Ancak bu kanundan daha sonra yürürlüğe giren TMK m. 321 hükmü ile bu kanun hükmünün değiştirildiği kabul ediliyordu. TMK'dan daha sonra yürürlüğe giren NHK'nın TMK ile çelişen bu düzenlemeyi Nüfus Kanunu'na paralel olarak benimsenmesi, temel hakları düzenleyen TMK'nın hükümlerinin mi yoksa daha sonra yürürlüğe giren NHK hükümlerinin mi uygulanması gerektiği sorununu ortaya çıkarmıştır.

131 Bu görüşler için bkz. ÖZEN, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması", s. 178; AKKA-

Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 321'in "*evli değilse ananın*" kısmına ilişkin iptal kararıyla konu netlik kazanmıştır[132]. Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararında, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne göre çocukların aynı sosyal korumadan yararlanmalarının gerekmesine, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde öngörülen çocuğun yararı ilkesine ve devletin çocukların korunması yönündeki anayasal ödevine dayanarak, çocuğun, "*evlilik dışı dünyaya gelse bile, ana babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi kişiliğine bağlı temel haklara sahip*" olduğunu, "*tanıma işleminin varlığı veya babalık hükmü verilmiş olması durumunda evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olmanın çocukların hukuksal statüsünde bir farklılığa yol açması*[nın] *kabul edilemez*" olduğunu ifade etmiş ve "*evli değilse ananın*" ibaresinin, tanımaya veya babalık hükmüne rağmen çocuğun babasının soyadını alabilmesini engellediğini, bu nedenle Anayasa'nın 10., 11. ve 41. maddelerine aykırı olduğunu açıklamıştır. İptal kararının yürürlüğe girmesinden sonra yeni bir düzenleme getirilmiş olmadığından evlilik dışı doğan çocukların soyadına ilişkin TMK'da düzenleme bulunmamaktadır. Bugün itibariyle bu sorun, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu (m. 28/f. 4), Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (m. 103 ve 109) ve Soyadı Nizamnamesi (25.03.2009 tarihinde değiştirilen haliyle m. 15) hükümlerine binaen çözülmektedir. Buna göre evlilik dışında doğan çocuklar annenin soyadını almakta (Soyadı Nizamnamesi, m. 15), ancak tanıma veya mahkeme kararı ile baba ile soybağı kurulan çocuklar, babanın soyadını almaktadır[133].

YAN YILDIRIM, s. 79. NHK'nın yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay'ın NHK'yı uyguladığı yönünde, AKKAYAN YILDIRIM, s. 80, 82; NHK'nın amaç hükmü dikkate alındığında TMK m. 321'in NHK hükümleri vasıtasıyla değiştirildiği sonucuna varılmasının isabetli olduğu yönünde, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, para. n. 1645; benzer yönde ACABEY M. Beşir, "Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı)", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan,** 2017, C. 19, s. 498.

132 AYM, E. 2005/114, K. 2009/105, 02.07.2009, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019.

133 TURAN BAŞARA Gamze, "Ana ile Evlilik Dışında Doğan Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 131, 2017, s. 219-220. Konunun temel haklara ilişkin bir kanun olan TMK'da düzenlenmiyor olmasının eleştirisi için bkz. IŞINTAN, s. 269; konunun sadece düzen kuralları içeren NHK'da düzenlenmesiyle yetinilemeyeceği yönünde, bkz. ÖZEN, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması", s. 180.

Böylece hukukumuzda çocuğun soyadı açısından evlilik içi doğan ve evlilik dışı doğan çocuklar arasındaki ayrımın kaldırılmış olduğunu, çocuğun, baba ile soybağı kurulmuşsa babanın, kurulmamışsa annenin soyadını aldığını görüyoruz[134]. Eşitlik ilkesine dayalı olarak babanın soyadının aktarımı alanını genişleten bu düşünce, çocuk ister evlilik içi ister evlilik dışı doğsun, babasının soyadını taşımasının yüksek menfaatine en uygun çözüm olduğu varsayımına dayanmaktadır. Kanımızca bu varsayımda, annenin soyadı ile babanın soyadı arasında geleneksel olarak kurulan hiyerarşinin de yüksek payı vardır. Annenin soyadını taşımak, uzun süre evlilik dışında doğan çocukları adeta cezalandırıcı bir olgu olmuş[135], evlilik dışı çocukların bir imtiyazdan yoksun bırakılması suretiyle dolaylı olarak evlilik dışı, yani "gayrimeşru" ilişkileri hukuk dışına atma işlevini üstlenmiştir[136]. Anayasa Mahkemesi'nin, babanın soyadını taşıma açısından evlilik içi veya dışı doğmaya dayalı ayrım yapılamayacağı yönündeki kararı, bu cezayı ortadan kaldırmak ve babanın soyadını taşıma imtiyazını tüm çocuklara tanımak anlamını taşır. Böylece evlilik dışı çocuk, hukukun meşru alanına geri çekilmekte, evlilik dışı çocuk doğuran kadın ise çocuğa soyadını dahi veremeyecek kadar çember dışında itilmektedir[137].

Kadın ile erkeğe yüklediği hiyerarşik roller bir yana, varılan sonuç çocuğun yüksek menfaati açısından da tatmin edici değildir[138]. Özellikle soy-

---

134 TURAN BAŞARA, s. 215; IŞINTAN, s. 270.

135 LAPIERRE, s. 248.

136 "*Gayri sahih nesepli*" çocuğun soyadına ilişkin geleneksel kuralların "*evlilik dışı ve olumsuz sayılan bir statüyü ve sonuç olarak haklardan yoksunluğu*" getirdiği yönünde, ABİK, s. 53. Ancak, evlilik dışında doğan çocuğun annenin soyadını almasının gerekçesinin çocuğun anne yanında kalması ve onun çevresinde yetişmesi nedeniyle annenin soyadını almasının çocuğun menfaatine daha uygun olduğu düşüncesine dayandığı da savunulmuştur; bkz. TURAN BAŞARA, s. 220.

137 Bununla beraber AYM, evlilik dışında doğan çocuğun velayetini anneye veren TMK m. 337'yi eşitlik ilkesine aykırı görmemiş, evlilik birliği dışında doğan çocuğun haklarının korunması ve kanuni yönden temsilcisiz kalmaması için velâyetin doğumla birlikte anneye verilmesinin öngörülmesini, Anayasa'nın 41. maddesinde çocukların korunması için gerekli tedbirleri alma yönünde devlete verilen görevin yerine getirilmesinin bir ifadesi olarak telakki etmiştir (AYM, E. 2005/53, K. 2008/161,13.11.2008, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019).

138 Aksi görüş için bkz. ÖZDEMİR Hayrünnisa/RUHİ Ahmet Cemal, **Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)**, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 218. Yazarlara göre, "*çocuğu tanıma veya babalık davası sonucu kabul etmiş olan babanın soyadını çocuğuna vermesi gayet normal bir du-*

bağının babalık hükmü ile kurulduğu hallerde çocuğun, birlikte yaşadığı ve aile bağları anlamında tek ebeveyni olan annesi yerine, babalığı mahkemece kendisine zorla kabul ettirilen bir kişinin soyadını taşımak zorunda bırakılmasının hangi menfaat ölçütü ile kabul edilebileceğini anlamak zordur[139]. Bilakis, velayet hakkını çocuğun doğumundan itibaren tek başına icra eden anne ile farklı soyadını taşımak çocuk için çoğunlukla hem resmi işlemler açısından[140] hem de sosyal kimliği açısından sorun kaynağı olabilir. Bu şartlar altında babanın soyadının aktarımının çocuğun üstün menfaatine her zaman uygun olduğunu söylemek günümüzün toplumsal gerçekleriyle bağdaşmayacaktır[141]. Oysa hukukumuzda Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra netleşen çözüm, evlilik dışı doğan çocukların, annelerinin soyadını taşımaları imkânının önünü kapatmaktadır[142]. Bu çözüm uyarınca evlilik dışında doğan ve baba ile soybağı kurulan çocuğun –baba ile soybağı kaldırılmadığı sürece- annesinin soyadını taşıması ancak TMK m. 27 uyarınca haklı sebebe dayalı bir soyadı değişikliği talebi ile mümkün olacaktır[143]. Bu hükmün Yargıtay tarafından ne şekilde uygulandığı dikkate alındığında[144], bu teorik imkânın pratikte sonuç doğurmaması muhtemeldir.

Evlilik dışında doğan çocuğun soyadı meselesini cinsiyetçi bir bakışla çözdükten iki yıl sonra Anayasa Mahkemesi, çocuğun soyadı ile ilgili ola-

---

rumdur. Bunun engellenmesi eşitlere eşit işlem ilkesi karşısında anlamsız kalırdı". Çocuğun yüksek menfaati kavramı için bkz. aş. IV-2.

139 SEROZAN, **Anayasa Mahkemesi**, s. 149.

140 Velayet hakkına sahip anne ile çocuğun soyadları arasındaki farklılığın günlük yaşamda ve resmi ilişkilerde çıkarabileceği zorluklar, özellikle evlilik dışı doğan çocuğun velayetine sahip olunduğunun ispatındaki güçlük için, bkz. TURAN BAŞARA, s. 222.

141 Benzer yönde, LAPIERRE, s. 248; TURAN BAŞARA, s. 218; AKKAYAN YILDIRIM, s. 84. Evlilik dışı ilişki ürünü çocuğun velisi annesi olacağına göre, çocuğun soyadı bakımından da velisi olan annesine bağlanmasının yerinde olacağı yönünde, Rona SEROZAN, **Çocuk Hukuku**, s. 238. Çocuğun annenin soyadını taşıyacağının kural olarak benimsenmesi, ancak baba ile soybağının kurulduğu hallerde adın değiştirilmesi yoluna gidilerek, çocuğun menfaatine göre yapılacak değerlendirme sonucu çözüme varmak gerektiği yönünde, AKKAYAN YILDIRIM, s. 85.

142 Kararın, cinsiyetçi niteliğinin yanında, soybağı kurulmuş çocuklar ile kurulmamış çocuklar arasında haksız bir ayrımcılık yaratacağı ve ikinci gruptaki çocukları teşhir edeceği yönünde, SEROZAN, **Anayasa Mahkemesi,** s. 149.

143 TURAN BAŞARA, s. 223.

144 Bkz. aş. IV-2.

rak başka bir sorunla ilgili olarak hüküm vermek durumunda kalmıştır[145]. Bu sefer mesele, kadın erkek eşitliği bağlamında evliliğin sona ermesinden sonra kadının soyadını çocuğa aktarabilmesidir. Konu 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının "*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır*" biçimindeki birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiası çerçevesinde gündeme gelmiştir. İlgili hüküm Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırılık gerekçesiyle, kadın- erkek eşitliğini zedelediği düşüncesine dayalı olarak iptal edilmiştir[146]. Anayasa Mahkemesi bu kararında çocuğun soyadını seçme hakkının, velayet hakkı kapsamında yer aldığını, eşlerin, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayrım yapılması sonucunu doğuracağı düşüncesinden hareketle, "*sadece cinsiyete dayalı ayrım*" yarattığı gerekçesiyle, Soyadı Kanunu'nun ilgili hükmünü iptal etmiştir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin soyadını velayet hakkı ile ilişkilendiren bu kararına Yargıtay ilk aşamada uyum sağlamamış ve soyadı değişikliğine ilişkin önceki içtihadını sürdürmüştür. Yargıtay, soyadının velayete değil, soybağına bağlı olduğu, çocuğun soyadı soybağına bağlı olarak belirlendikten sonra, soyadını velayet hakkına dayanarak değiştirmenin TMK m. 321 hükmü karşısında mümkün olmadığı, sadece boşanmanın ve velayet hakkının kendisine verilmesinin anneye soyadı değişikliği için dava açma hakkı vermeyeceği yönünde hüküm kurmuştur[147].

Boşanan annelerin çocuklarının soyadının değiştirilmesine ilişkin taleplerinin mahkemelerde bu gerekçelerle reddedilmesi, konunun Anayasa Mahkemesi önüne bu sefer bireysel başvuru yoluyla taşınmasına neden olmuştur. Anayasa Mahkemesi, konuyla ilgili verdiği ilk bireysel başvuru kararında

---

145 AYM, E. 2010/119, K. 2011/165, 08.12.2011, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019.

146 Ayrıntılı değerlendirme için bkz. IŞINTAN, s. 270.

147 Y. HGK, E. 2013/1755, K. 2015/1039, 13.03.2015; Y. HGK, E. 2013/18-464, K. 2013/1698, 25.12.2013; Y. HGK, E. 2013/2352, K. 2015/1710, 19.6.2015; Y. 18. HD, E. 2012/13511 K. 2013/4364, 21.03.2013; Y. HGK, E. 2013/18-2352, K. 2015/1710, 19.06.2015; Y. 18. HD, E. 2016/9861, K. 2016/10849, 29.09.2016, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019.

iptal kararındaki gerekçeleri tekrarlamıştır. Mahkemeye göre, velayet hakkı kapsamında, çocuğun soyadını belirleme hakkı da yer almakta olup, soyadının belirlenmesi, velayet hakkının icrası ve bu bağlamda aile bağlarının sürdürülmesindeki işlevi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının güvence kapsamında yer almaktadır. Çocuğun soyadının belirlenmesi hususu, evliliğin feshi veya boşanma bağlamında, babaya seçim hakkı verecek şekilde, Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin iptal edilen hükmü ile düzenlenmiştir; hükmün iptalini müteakip çocuğun soyadının evlilik birliğinin sona ermesini takiben ne olacağına ilişkin bir düzenleme kalmamıştır (para. n. 64 ve 67). Mahkemeye göre, bu durumda, çocuğun velayet hakkına sahip annenin soyadını almasına engel bir düzenleme de olmadığına göre, bu yöndeki talebin reddi, başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlali anlamına gelmektedir[148]. Anayasa Mahkemesi, bu kararı takiben verdiği diğer bireysel başvuru kararlarında da istikrarlı biçimde soyadının belirlenmesinin erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınmış bir hak olduğunu, aynı hakkın boşanma sonrasında velayet hakkına kadına tanınmamasının cinsiyete dayalı muamele teşkil ettiği yönünde hüküm kurmuştur[149].

Bireysel başvurulardan istikrarlı biçimde çıkan bu sonuç karşısında Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 9 Nisan 2018 tarihinde verdiği bir kararla, bireysel başvuru kararlarıyla hem sonuç, hem de gerekçeler açısından uyumlu bir çözümü benimsemiştir[150]. Kararda, "*velayet hakkı tevdi edilen annenin çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebinin velayet hakkı kapsamındaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olduğu, velayet hakkı kapsamında çocuğun soyadını belirleme hakkının da yer aldığı, aynı hukuksal konumda olan erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını*

148 AYM, Başvuru n. 2013/3434, 25.06.2015, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019.

149 AYM, Başvuru n. 2013/7979, 11.11.2015; Başvuru n. 2013/9880, 11.11.2015; Başvuru n. 2014/1826, 20.07.2017; Başvuru n. 2014/2033, 26.10.2017, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019.

150 Y. 2. HD, E. 2018/1306, K. 2018/4719, 09.04.2018, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019. Yargıtay, Anayasa Mahkemesi'nin, soyadını velayetin uzantısı olarak gören bu kararlarını gerekçeleriyle birlikte benimsemiş görünmektedir. Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olup olmadığı tartışmalıdır (Bkz. yuk. dn. n. 91). Ancak çocuğun soyadına ilişkin Yargıtay cephesinde yaşanan bu gelişme, bireysel başvuru sonucu verilen kararların en azından emsal karar olarak fiili etki gücünü de göstermektedir.

belirleme hakkının kadına tanınmamasının velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil edeceği, evlilik birliği içinde doğan çocuğun taşıdığı ailenin soyadını, evlilik birliğinin sona ermesi ile kendisine velayet hakkı tevdi edilen annenin kendi soyadı ile değiştirmesini engelleyici yasal bir düzenlemenin bulunmadığı, somut olayda söz konusu değişikliğin çocuğun üstün yararına da aykırı bulunmadığı ve çocuğun soyadı değişmekle kişisel durumunun değişmeyeceği (TMK m. 27) dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesinin benzer olaylarda verdiği hak ihlaline ilişkin kararları da gözetilerek", velayet hakkı kendisine tevdi edilen annenin çocuğun soyadının buna bağlı olarak değiştirilmesi yönündeki davasının kabulüne karar vermek gerektiği ifade edilmiştir.

Yargıtay'ın yukarıda belirtilen kararının devamlılık göstermesi durumunda, Anayasa Mahkemesi'nin çözümü ile Yargıtay'ın çözümü arasında birlik sağlanmış olacak, boşanan ve velayet hakkı kendisine verilen kadın, bu duruma dayalı olarak kendi soyadının çocuğa verilmesini talep edebilecektir. Bu durumun, haklı sebeple soyadı değişikliğinden farklı, yeni bir soyadı değişikliği sebebi olarak etki doğuracağı ve konunun aile mahkemelerinin görev alanında kabul edildiği anlaşılmaktadır[151]. Bu hak boşanan kadına velayet hakkının icrası çerçevesinde, kadın-erkek eşitliği ilkesine dayalı olarak tanınmaktadır.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay'ın önceki içtihadı arasındaki çatışmanın özü, soyadının velayete mi soybağına mı bağlı olduğu noktasındadır. Anayasa Mahkemesi, cinsiyete dayalı ayrım yarattığını ifade ettiği Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin iptali sonucu boşanma sonrası ço-

---

151 2. HD'nin verdiği bu karardan önceki süreçte bireysel başvuru kararları Yargıtay nezdindeki etkilerini ilk olarak görevli mahkemenin tespiti konusunda göstermiştir. AYM'nin bireysel başvuru kararlarından önce, boşanan kadının çocuğun soyadına ilişkin olarak açtığı dava, TMK m. 27 tahtında haklı nedenle soyadı değişikliği davası olarak değerlendiriliyordu. AYM'nin soyadının velayete bağlı bir sonuç olduğu yönündeki kararlı içtihadı sonucu Yargıtay da, soyadı değişikliği talebinin velayet hakkına dayalı olarak yapıldığı hallerde konunun TMK m. 321 çerçevesinde ve soybağının hükümlerine göre çözülmesi gerektiğini, bu konuların kanunun Aile Hukuku kitabında düzenlendiğini, böyle bir uyuşmazlığın aile mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir (Y. HGK, E. 2015/259, K. 2015/2625, 18.11.2015; Y. HGK, E. 2015/18-135, K. 2016/118, 29.01.2016; Y. 8. HD, E. 2017/7424, K. 2018/11218, 12.04.2018; Y. 8. HD. E. 2017/8091, K. 2018/11614, T. 25.4.2018; Y. 8. HD. E. 2017/8001, K. 2018/14326, 25.06.2018; kararlar için, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019).

cuğun soyadının ne olacağı konusunu düzenleyen hüküm kalmadığını, bu boşluğun velayet hakkına bağlı olarak ve kadın-erkek eşitliği çerçevesinde çözülmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur. Yargıtay ise yukarıda işaret edilen, 2018 yılında verdiği karara kadar, çocuğun soyadının, halen yürürlükte olan MK m. 321 ile düzenlenmekte olduğunu, bu hüküm uyarınca soyadının velayete değil soybağına bağlı bir sonuç olduğunu, boşanmanın ise soybağı üzerinde etkisi olmaması nedeniyle çocuğun soyadı üzerinde de etki doğurmayacağı yönünde bir içtihat geliştirmiştir.

2. Yargısal Gelişimin Yarattığı Çelişkiler

Anayasa Mahkemesi'nin bu gelişimi tetikleyen iptal kararı, öğretide eleştirilere maruz kalmıştır. Her şeyden önce, boşanma halinde çocuğun kimin soyadını taşıyacağı meselesi Soyadı Kanunu ile ilintili değildir. İptal edilen 4. madde, ilk defa soyadı alınması halinde bu soyadının kimin tarafından seçileceğini düzenleyen ve günümüz itibariyle uygulama alanı kalmamış olan bir hükümdür[152]. Bugün kişilerin bir soyadı seçme hakkı bulunmadığından ve soyadı kural olarak doğum anında, kanun gereği baba veya anneden kazanıldığından bu hükmün iptal edilmesi hukukumuzda soyadına ilişkin düzenlemeleri değiştirmemektedir. Evliliğin sona ermesi halinde çocuğun babanın soyadını taşımaya devam etmesi, iptal edilen hükmün sonucu olmadığından, bu hükmün iptali ile annenin soyadını alabilme yolu açılmış olmaz; keza bu hükmün iptali ile çocuğun soyadına ilişkin bir kanun boşluğu doğduğundan da söz edilemez.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi, bu kararda ve sonradan verdiği bireysel başvuru kararlarında istikrarlı olarak çocuğun soyadını seçme hakkının velayet hakkı kapsamında olduğunu söylemiş, bu nedenle velayetin anneye verilmesi durumunda soyadının değiştirilebilmesinin kadın ile erkeğin hak ve yükümlülükler açısından eşit durumda olmalarının sonucu olarak görmüştür. Oysa hukukumuzda soyadı, velayete değil, soybağına bağlı bir sonuçtur ve TMK'da "*Soybağının Hükümleri*" başlığı altında düzenlenmiştir[153]. Soyadının soybağına ilişkin bir sonuç olması nedeniyle, kişinin soybağına ilişkin

---

152 HATEMİ, **Kişiler Hukuku**, s. 65; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ para. n. 771a; IŞINTAN, s. 271; BAŞOĞLU Başak, "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1, 2017, s 357.

153 IŞINTAN, s. 266; BAŞOĞLU, "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", s. 352; BİRİNCİ UZUN, s. 105-107.

değişiklikler soyadının da değişmesi sonucunu doğurmaktadır[154]. Buna mukabil boşanma veya evliliğin başka bir şekilde sona ermesi ve akabinde velayetin anneye verilmesi, soybağını etkilemediğinden çocuğun soyadında da hiçbir değişikliğe yol açmamaktadır[155]. Hukukumuzda, kişinin soybağında değişiklik olmaksızın soyadının değişmesinin koşulları TMK m. 27 ile düzenlenmiştir. Buna göre soybağında değişiklik olmaksızın soyadı değişikliği ancak bir haklı sebebin bulunması halinde, hâkim kararıyla gerçekleşebilir. Bu çerçevede, soyadının velayet hakkının uzantısı olduğunu iddia etmek ve bundan soyadının velayet hakkındaki değişikliklere bağlı olarak değişebileceği sonucunu çıkarmak, soyadına ilişkin olarak benimsemiş olduğumuz sistemle bağdaşmamaktır[156].

Boşanma sonrası velayetin tevdi edilmesini başlı başına soyadı değişikliğine dayanak olarak kabul eden ve artık Yargıtay tarafından da uygulanmaya başlanmış olan çözümün yarattığı sakıncalardan biri, soyadına ilişkin olarak benimsediğimiz sisteme entegre edilmesindeki güçlüktür. Kişilerin soyadlarını kazanmaları kural olarak doğumla olmaktadır[157]. Bizim hukukumuzda doğum esnasında kullanılan tutamak noktası soybağı olarak belirlenmiştir; doğum esnasında çocuğun soybağının baba ile kurulmuş olup olmamasına dayalı olarak çocuk ya babanın ya da annenin soyadını almaktadır. Şimdi yargı organları, çocuğun soyadının velayetin sonucu olduğunu

---

154 ÖZEN, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması", s. 180; TURAN BAŞARA, s. 216.

155 ÖZEN, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması", s. 185; BAŞOĞLU, "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", s. 354; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR para. n. 378; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, para. n. 771a; HATEMİ, **Kişiler Hukuku**, s. 65. Ancak, öğretide, AYM'nin görüşüne paralel olarak, TMK m. 321'in boşanma sonrasında ilişkin bir çözüm öngörmediği, bu nedenle bu konuya ilişkin örtülü bir kanun boşluğu bulunduğu, bu itibarla boşanma sonrası velayet hakkı kendisine bırakılan annenin çocuğun soyadını velayet hakkına dayalı bir soyadı değiştirme davası ile değiştirebileceği de ileri sürülmüştür; bkz. BAŞ SÜZEL / KURTULAN, s. 81-82. Buna karşılık TMK'da boşanma sonrasında anneye bırakılan çocuğun soyadının annenin soyadı olacağına ilişkin hiçbir işaret bulunmamasının kanun boşluğuna değil, olumsuz çözüme delalet ettiği söylenebilir; bkz. HATEMİ, **Kişiler Hukuku**, s. 65.

156 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, para. n. 381; DURAL/ÖĞÜZ, para n. 861d.

157 Hâlihazırda evlat edinilme (TMK m. 314/f. 3), bulunmuş çocukların idari kararla soyadı kazanmaları (Nüfus Hizmetleri Kanunu, m. 19/f. 3), TMK m. 27'ye dayalı olarak mahkeme kararı ile soyadı kazanılması ve kadınlar için evlenme ile soyadı kazanılması söz konusudur. Bu konuda bkz. ABİK, s. 54 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, para n. 373 vd. Soybağındaki değişiklikler de kişinin soyadının değişmesi sonucunu doğurur.

söylemektedirler. Oysa soyadının velayetin sonucu olduğu iddiası, sadece çocuğun soyadının boşanma sonrasında ne olacağı konusunda değil, çocuğun doğumla hangi soyadını kazanacağı konusunda da etki doğurması gereken genişliktedir. Çocuğun soyadı velayete bağlı ise, evlilik içinde doğan ve kural olarak anne ile babanın ortak velayeti altında bulunan çocuk açısından durum ne olacaktır? Keza çocuğun soyadı velayete bağlı ise, evlilik dışında doğan ve velayeti annede bulunan çocuğun da doğumla annenin soybağını kazanması söz konusu olacak mıdır? Bu soruya olumlu cevap verilmesi halinde Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 321'e ilişkin iptal kararı ile çelişkili bir sonuç doğacaktır; zira bilindiği gibi, mahkeme evlilik dışında doğan çocuğun da babasının soyadını –soybağına dayalı olarak- taşıması gerektiği yönünde hüküm kurmuştur[158]. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını tutarlılık içinde okumaya çalıştığımızda oluşan durum, velayet unsurunun sadece boşanma halinde devreye gireceği, çocuğun doğumu esnasında yine soybağı ölçütüne bağlı kalınacağı görüntüsü vermektedir. Başka bir deyişle çocuk doğduğu anda soybağına dayalı olarak soyadı kazanmakta, ancak anne ve babanın boşanması halinde soyadı velayete göre değişiklik göstermektedir. Bu durumda hukukumuzda soyadı, kısmen soybağına, kısmen de velayete bağlı hali gelmiş, çocuğun soyadına ilişkin köklü ve bütünsel bir mevzuat değişikliğine gidilmesi elzem hale gelmiştir.

Öte yandan, eşitlik ilkesine dayalı olarak kabul edilen bu içtihat çerçevesinde çocuğun menfaatlerinin yeterli derecede hesaba katılıp katılmadığı da bir soru işareti olarak kalmaktadır. Ülkemizde 27 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, çocukla ilgili tüm işlemlerde çocuğun yararının dikkate alınacağını belirtmektedir (m. 3). Kanuni tanımı olmayan bu kavram, değişen ve gelişen verilere ve somut olayın koşullarına uyarlanarak değerlendirilmesi gereken, hâkimin takdirine açık bir "*hakkaniyet kavramı*"dır[159]. Buna göre menfaat çatışmalarında

---

158 AYM'nin 02.07.2009 tarihli iptal kararı, evlilik dışında doğan çocukların da baba ile soybağının kurulmasına bağlı olarak babalarının soyadını almaları sonucunu doğurmuştur (bkz. yuk. IV-1). Öğretide, boşanan annelere ilişkin olarak gelişen AYM içtihadının, evlilik dışında doğmuş çocuk açısından da etki doğurmasının mümkün olduğu yönünde bir görüş ileri sürülmüştür. Buna göre evlilik içinde doğmuş fakat boşanma sonucu velayet anneye bırakılmış bir çocuk annenin soyadını taşıyabilirse, evlilik dışında doğmuş ve soybağı babasıyla kurulmuş olmasına rağmen annesi ile birlikte yaşayan çocuğun evleviyetle annesinin soyadını taşıyabilmesi gerekir; bkz. BAŞ SÜZEL/KURTULAN, s. 87.

159 SEROZAN, **Çocuk Hukuku**, s. 65; ÖZDEMİR/RUHİ, s. 26; AKYÜZ, s. 53.

çocuğun tarafının tutulması, onun yararına işlem yapılması gerektiği kabul edilir[160]. Anayasamızda da çocukların korunmasına ilişkin hükümlerin yanı sıra, "*Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır*" hükmü mevcuttur (m. 41). O halde anayasal ilkeler düzleminde de hakları düzenleyen ilkeler arasında çatışma olması halinde çocuğun menfaatin ilkesinin öncelikli olacağı kabul edilmelidir[161]. Bu durum bizi kadın-erkek eşitliği ilkesinin, çocuğun yüksek menfaati süzgecinden geçirilmeden mutlak biçimde uygulanamayacağı sonucuna götürmektedir. Bu noktada eşitlik ilkesini hayata geçirmek için soyadını velayete bağlı olarak değişen bir değer olarak nitelendirmenin çocuğun yüksek menfaati açısından ne anlam ifade ettiğini değerlendirmek gerekir.

Hukukumuzda çocuğun soyadının anne veya baba ile kurulan soybağına bağlı tutulmasının erdemi, velayet hakkının değişkenliğine nazaran soybağının daha istikrarlı bir değer olmasında görülebilir. Soyadının, özellikle boşanma sonrası velayetin paylaşımı bağlamında velayete bağlı tutulmasının sakıncaları arasında, velayet hakkı değiştikçe çocuğun soyadının da değişmesi ihtimalinin doğması[162], velayeti farklı anne babalara verilen kardeşlerin farklı soyadı taşımak durumunda kalmaları, çocuğun soyadının velayetin tayini esnasında boşanan eşler arasında yeni bir ihtilaf alanı yaratabilecek olması[163] bulunmaktadır. Bu ihtimaller, velayete bağlı bir soyadı sistemi-

---

160 SEROZAN, **Çocuk Hukuku**, s. 67; ÖZDEMİR/RUHİ, s. 26; AKYÜZ, s. 53.

161 SEROZAN, **Çocuk Hukuku**, s. 65.

162 BAŞOĞLU, "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", s. 360; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, para. n. 771a. Ancak, hukukumuzda velayet değişikliğinin katı şartlara tabi tutulduğu, çocuğun soyadının değişen velayet durumuna göre değişmesi bu duruma çok sık başvurulmaması nedeniyle sorun oluşturacak boyutta olmadığı yönünde, bkz. MORTAŞ Süleyman, "Evlenen Kadın ile Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde "Kocanın Soyadı" Parametresi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 2, 2016, s. 354. Yazar, velayete bağlı bir değişikliğin de ancak çocuğun üstün yararına uygunluk çerçevesinde mümkün olması gerektiğini savunmaktadır; s. 359.

163 Benzer yönde, BİRİNCİ UZUN, s. 113. Bu tehlikeye dikkat çeken bir karar için, bkz. Y. 18. HD, E. 2013/16289, K. 2014/367, 16.01.2014, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019. Kararda velayete bağlı olarak soyadı değişikliğinin mümkün olmadığı çocuğun menfaatlerine dayandırılarak ifade edilmiştir: "*Yargı mercileri*[nin]; (…) *anne ile babanın ya da ailelerin, çocuk üzerinden inatlaşarak onun yararlarını hiçe sayıp hukuken oluşmuş statüleri gerçek dışı ve yapay sebeplerle değiştirmeye çalışmalarına izin vermemeleri, söz konusu istemlerine alet olmamaları gerekir*."

nin, çocuğun menfaatlerine uygun olup olmadığı sorusunu haklı olarak akla getirir[164]. Çocuğun, somut durumun özelliklerine bakılmadan her durumda babanın soyadını taşımak zorunda bırakılması nasıl menfaatlerine aykırı olabilecekse, yine somut duruma bakılmadan velayete bağlı olarak soyadının değiştirilmesi imkânı yaratılması da yine benzer sonuçlar doğuracaktır. Anayasa Mahkemesi'nin soruna bu açıdan bakmak ve bu çekinceleri tartmak yerine meseleyi sadece kadın erkek eşitliği açısından değerlendirerek kategorik olarak soyadı değişimine cevaz vermesi çocuk açısından sakıncalar barındıran bir uç noktaya gidilmesi anlamına gelmektedir.

Hukukumuzda yürürlükte olan düzenlemeler açısından boşanma sonrasında çocuğun soyadı için başvurulabilecek çözüm, çocuğun üstün yararının esas alınarak, MK m. 27 çerçevesinde çocuğun annenin soyadını almasının değerlendirilmesi olmalıdır[165]. Ancak Anayasa Mahkemesi'ni, soyadına ilişkin ilkelerimizle çatışan bu sonuca varmaya zorlayan unsur tam da Yargıtay'ın, boşanan annelerin çocuğun soyadına ilişkin talepleri karşısındaki katı tutumu ve TMK m. 27'yi devre dışı bırakmış olması olmuştur.

Daha önce de belirtildiği gibi, TMK m. 27 uyarınca, soybağı değişikliğinden bağımsız bir soyadı değişikliği için haklı bir sebep bulunması gerekir. Bu talebin ergin olmayan kişinin soyadına ilişkin olarak yapılması halinde koşulların yerine gelip gelmediği, bir yandan kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın tam ehliyetli olmayan bir kişi tarafından kullanılması, öte yandan hükmün öngördüğü şekilde, bir haklı sebebin bulunup bulunmadığı sorunları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Oysa Yargıtay, 2018 öncesi kararlarında istikrarlı biçimde, sadece velayet hakkına sahip olunmasının, anneye çocuğun soyadı değişikliği için dava açma hakkı vermediğini haklı olarak belirtmiş, ancak buna ilaveten çocuğun reşit oluncaya kadar veya babanın kendi soyadı değişmedikçe soyadını değiştirmesinin mümkün olmadığı yönünde hüküm kurmuştur[166]. Bu gerekçe çerçevesinde Yargıtay, TMK

---

164 Ancak bu tehlike velayetin hangi anda ve hangi şartlarda dikkate alınacağına ilişkin kurallarla elbette bertaraf edilebilir ve velayetin değişken niteliği kaygı kaynağı olmaktan çıkarılabilir. Nitekim soyadı kazanımını velayete bağlı tutan hukuk sistemleri bu sakıncaları gidermek için konuyu ayrıntılı biçimde düzenlemişlerdir; bkz. aş. V.

165 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, para n. 381; BİRİNCİ UZUN, s. 107; MORTAŞ, s. 339.

166 Çok sayıdaki karardan bazı örnekler için, bkz. Y. 18. HD, E. 2013/9343, K. 2013/10704, 18.06.2013; Y. HGK, E. 2013/1755, K. 2015/1039, 13.03.2015; Y. 18. HD, E. 2008/11663, K. 2009/1466, 23.02.2009; www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019. Uygulamada

m. 27'ye dayalı bir davayı fiilen ergin olma şartına bağlamıştır[167]. Böylece Yargıtay, boşanan annelerin çocuğun soyadı değişikliğine ilişkin taleplerini sistematik olarak reddetmiş ve boşanan kadınların çocukla aynı soyadını taşıma yönündeki talepleri TMK m. 27 açısından başarısızlığa uğramıştır. Yargıtay ayrıca, çocukla aynı soyadını taşımaya devam etmek isteyen kadınların TMK m. 173'e dayalı taleplerini de, boşandığı kocasının soyadını taşımakta haklı menfaat bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir[168]. Çocukla ortak soyadı taşıma isteği böylece TMK m. 173 açısından da başarısızlığa uğramıştır. Bu uygulamanın sonucu olarak, boşanan ve velayet kendilerine verilen anneler, boşandıkları kişinin soyadını kullanamaz, kendi soyadlarını da çocuğa veremez hale gelmiş ve çocukla aynı soyadını taşıma yönündeki talepleri açısından bir hukuki çıkmaza sürüklenmişlerdir[169].

Anayasa Mahkemesi kararları ile önü kesilen Yargıtay içtihadında dayanılan temel nokta, çocuğun, ergin olana kadar dava açamayacağı önermesidir. Soyadı değişikliği talebi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır[170]. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması konusundaki karar hak sahibine bırakılmıştır, bu haklar temsilci eliyle kullanılmaya elverişli sayılmaz[171]. Hak sahibinin hakkı tek başına kullanabilme iktidarına sahip olması ise ayırt etme gücüne, dolayısıyla fiil ehliyeti durumuna bağlı olduğundan, çocuğun fiil ehliyetine göre bir ayrıma gidilmesi gerekir. Çocuk ayırt etme gücüne sahip ise, sınırlı ehliyetsiz olarak değerlendirilecek ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları bizzat kullanabilecektir[172], meğerki belirli bir kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kul-

---

kimi ilk derece mahkemelerinin bu alanda haklı neden ölçütünü uyguladıkları yönünde, MORTAŞ, s. 340.

167 Kanuni dayanağı olmayan böyle bir sınırlamanın kişinin anayasayla güvence altına alınan maddi ve manevi varlığını koruma hakkına aykırı düşeceği yönünde, YÜCEL, s. 343.

168 Y. 2. HD, E. 2015/12024, K. 2015/13284, 23.06.2015, www.lexpera.com, son erişim tarihi 04.07.2019.

169 Ülkemizde bu tür davaların mahkemelere çocuğun, velisi olan annesinin soyadı ile tanınması ve bu nedenle soyadı değişikliğinde haklı neden bulunduğu iddiası ile intikal ettiği belirtilmektedir. Bu durumda, genel soyadı değiştirme davalarında, kişinin çevresinde bilindiği soyadını edinmek istemesi haklı bir neden olarak görüldüğüne göre benzer durumun velayeti anneye bırakılan çocuk için neden haklı neden olmayacağı sorusu akla gelmektedir; bkz. MORTAŞ, s. 338.

170 ABİK, s. 42.

171 SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 435; AKINTÜRK/AKİPEK /ATEŞ, s. 315.

172 ABİK, s. 42; AKYÜZ, s. 117; ACABEY, s. 500; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR,

lanılması için, hak sahibinin iradesine ilaveten kanuni temsilcinin de onayı aranmış olsun[173]. Bu ilkeler ışığında, ayırt etme gücü olan çocuğun, TMK m. 27'ye dayalı olarak soyadı değişikliği talebinde bulunmasının önünde bir engel yoktur[174]. Çocuk ayırt etme gücüne sahip değilse, tam ehliyetsiz olarak değerlendirilecektir. Bu durumda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkı kendisi kullanamayacağı gibi, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasının sahibinin iradesine bırakılması ve temsil yoluyla kullanılamaması ilkesi, davayı temsilcisinin de açamaması sonucunu doğurur[175]. Ancak temsil yasağının, tam ehliyetsiz açısından kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasını imkânsızlaştırarak fiili bir hak ehliyetsizliği ortaya çıkarması[176], bizi temsil yasağının bu olumsuz sonucunu bertaraf etme amacını güden bir ayrıma, mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ile nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı

---

para. n. 320; AKINTÜRK/AKİPEK/ATEŞ, s. 325; SEROZAN, **Kişiler Hukuku**, s. 443 (yazara göre zorunlu ve ivedi durumlarda bu hakkı sınırlı ehliyetsiz adına kanuni temsilci de kullanabilir, s. 483).

173 AKYÜZ, s. 118; AKINTÜRK/AKİPEK/ATEŞ, s. 325. Öğretide sınırlı ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmaları açısından yapılan ayrımlar için bkz. SEROZAN, **Kişiler Hukuku**, s. 443; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR para. n. 327. Kanun koyucu, sınırlı ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmalarında tek başına hareket kuralını getirmiş, kanuni temsilcinin onayının aranması gereken halleri özel olarak belirtmiştir. Ancak bazı yazarlar, kanuni temsilcinin olurunun gerektiği hallere ilişkin yasal hükümlerin sınırlı değil, ucu açık olduğunu savunmaktadır (SEROZAN, **Kişiler Hukuku**, s. 444). Soyadı değişikliği davası açısından da, kanunda bu yönde açık hüküm olmamasına rağmen, sınırlı ehliyetsiz çocuğun dava açmasına kanuni temsilcinin de onay vermesinin gerekli olup olmadığı bu çerçevede tartışılan bir meseledir. Bu görüşün kanun sistemi ile bağdaştırılmasının güç olduğu yönünde, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, para. n. 421. Ad değişikliği davasının sınırlı ehliyetsizin tek başına kullanabileceği haklardan olduğu, hatta ivedi durumlarda bu hakkı onun adına kanuni temsilcisinin de kullanabileceği yönünde, SEROZAN, **Kişiler Hukuku**, s. 443, 483. Bazı yazarlar ise yasal temsil ilişkisinden bağımsız olarak anne ve babanın dinlenmeleri gerektiğini savunurlar; bkz. ÖZEN, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması", s. 194. İsviçre'de İMK m. 19c/ f. 1 hükmü ile ayırt etme gücüne sahip olanların kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kanunun kanuni temsilcinin de rızasını aradığı haller dışında özerk biçimde kullanabilecekleri öngörülmüştür. Böylece kanunun açık hükmü olmadığı hallerde yorum yoluyla temsilcinin katılımının aranmasının önü kapatılmıştır.

174 Ancak, ergin olmayan ve annesi babası evli olan çocuğun, TMK m. 321 uyarınca babasının soyadını taşımak zorunda olduğu için ergin olana kadar soyadını değiştiremeyeceği yönünde, bkz. DURAL/ÖĞÜZ, para. n. 919.

175 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, para. n. 272; SEROZAN, **Kişiler Hukuku**, s. 435.

176 SEROZAN, **Kişiler Hukuku**, s. 436.

hak ayrımına götürmektedir. Bu ayrım çerçevesinde, tam ehliyetsizin korunması amacıyla bağdaşmıyorsa, temsil yasağı ilkesinin uygulanmaması, hakkın nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğu kabul edilerek temsilci yoluyla kullanılmasına izin verilmesi genel olarak kabul gören bir çözüm yoludur[177]. Nitekim kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda temsil yasağı, tam ehliyetsiz yararına öngörülmüş bir yasaktır[178] ve amacının dışına çıktığı hallerde uygulama alanı bulmaması gerekir. Bu ayrımın sadece öğretide değil, kanuni düzlemde ve yargıda da benimsenmiş bir ayrım olduğu belirtilmelidir. Kanun koyucunun bizzat kendisi bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların tam ehliyetsiz adına onun kanuni temsilcisi tarafından kullanılmasını öngörmüştür[179]. Yargıtay da bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında tam ehliyetsizin kanuni temsilcisinin dava açabileceği halleri kabul etmiştir[180]. Bu veriler ışığında tam ehliyetsizin soyadı değişikliği açısından da benimsenecek çözüm, soyadı değişikliği talebinin temsile açık olup olmadığına, yani mutlak anlamda mı nispi anlamda mı kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğuna göre değişecektir. Bu açıdan öğretide bazı yazarlarca ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin TMK m. 27'ye dayalı talepleri açısından kanuni temsilcisinin talepte bulunmasına izin verilmesinin gerektiği ileri sürülmektedir[181]. Bu çerçevede şu da belirtilmelidir ki, mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların çevresinin geniş tutulmasının tam ehliyetsizi hak ehliyetinden yoksun hale getirme sonucunu doğuracak olması nedeniyle, aksine açık hüküm olmayan hallerde kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların temsilci yoluyla kullanılmasının genel bir ilke olarak kabul görmesi gerektiği de savunulmaktadır[182].

---

177 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, para. n. 273; bu konudaki farklı görüşler için, bkz. DURAL/ÖĞÜZ, para. n. 408; ayırt etme gücünün bir hakka sahip olabilmek için şart kılınmadığı hallerde (örneğin evlenme ve ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkı gibi), ayırt etme gücünden yoksun olanların da kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan yararlandığı ve dolayısıyla bunları temsil yoluyla kullanabilmelerinin gerektiği yönünde, AKINTÜRK/AKİPEK/ATEŞ, s. 319.

178 SEROZAN, **Kişiler Hukuku**, s. 436.

179 Örneğin soybağının reddi ve babalık davasını tam ehliyetsiz çocuk adına kanuni temsilcisi olarak hareket edecek olan kayyım açabilir (TMK m. 291/f. 2; m. 303/f. 2 c. 1).

180 Boşanma davalarına ilişkin bilgi için, DURAL/ÖĞÜZ, para. n. 424 vd.

181 ACABEY, s. 500; ÖZEN, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması", s. 193; HELVACI, **Gerçek Kişiler**, s. 185; DURAL/ÖĞÜZ, para n. 920. Bununla beraber, ehliyet durumuna göre ayrım yapmayan ve TMK'nın 321. maddesine dayalı olarak ergin olmayan çocuğun ad değiştirme davası açamayacağını ileri süren bir görüş için, bkz. CENGİZ, s. 63.

182 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, para n. 275.

İsviçre hukukunda da isim değişikliği talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu kabul edilmektedir[183]. İsviçre Federal Mahkemesi, sınırlı ehliyetsizin talebiyle ilgili olarak, talepte bulunmak için ergin olmanın gerekmediği yönünde hüküm kurmuştur[184]. Tam ehliyetsiz çocuğun temsilinin mümkün olup olmadığı konusunda da mahkeme, isim değişikliği hakkının nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu ve davanın çocuğun velayet hakkına sahip anne veya babası tarafından çocuğu temsilen açılabileceği yönünde karar vermiştir[185]. Mahkeme, bir hakkın mutlak nitelikte kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğunun kabulünün tam ehliyetsizlerin haktan yararlanmasına engel olma sonucunu doğurduğunu, oysa herkesin hukuk sınırları içinde medeni haklardan yararlanma ehliyeti olduğunu (İsviçre Medeni Kanunu, "İMK", m. 11), dolayısıyla kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın mutlak karakterinin dar biçimde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Görüldüğü gibi Yargıtay'ın TMK m. 27'yi ergin olmayan kişilere kapatan eski içtihadı hukukumuzda fiil ehliyeti konusunda benimsenen ilkelere uygun olmadığı gibi, İsviçre Federal Mahkemesi'nin muadil hükmün uygulanması ile ilgili içtihadından da ayrılmıştır.

Çocuğun veya yasal temsilcisinin yukarıda belirtilen gerekçelere dayalı olarak dava açabileceği kabul edildiğinde tartışılması gereken tek mesele soyadı değişikliği için haklı sebep bulunup bulunmadığı olacaktır. TMK m. 27 anlamında, kişinin soyadının değiştirilmesindeki menfaati, soyadının değişmezliği ilkesi ile korunan menfaatlerden daha üstünse haklı sebep bulunduğunun kabul edileceği düşünülmektedir[186]. Örneğin soyadının taşıyanı mağdur edecek çağrışımlara sahip, çirkin veya gülünç olması[187], başkalarıyla karışılmaya yol açması[188], kişinin ticari faaliyetlerini zorlaştırması[189], soya-

---

183 GUILLOD, s. 52.

184 ATF 140 III 577 (12 yaşındaki çocuğun tek başına isim değişikliği talebinde bulunabileceği kabul edilmiştir), https://www.bger.ch, son erişim tarihi 04.07.2019.

185 ATF 117 II 6; ATF 105 II 247; https://www.bger.ch, son erişim tarihi 04.07.2019.

186 ABİK, s. 41; dürüstlük kuralına göre kişinin o adı taşımamakta haklı bir yararı varsa adının değiştirilmesine cevaz verilmesi gerektiği yönünde, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, para. n. 407.

187 ÖZEN, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması", s. 183; CENGİZ, s. 53; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, para. n. 409; AKINTÜRK/AKİPEK/ATEŞ, s. 430.

188 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, para. n. 412; SEROZAN, **Kişiler Hukuku**, s. 483; CENGİZ, s. 55.

189 ABİK, s. 42; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, para. n. 409; AKINTÜRK/AKİPEK/ATEŞ, s. 430.

dının değiştirilmesi için haklı sebep olarak kabul edilen hallerdir[190]. Çocuk ile velayeti kendisine verilen annenin farklı soyadı taşımakta olmalarının, somut durumun özelliklerine göre, çocuğun soyadının değiştirilmesi için haklı sebep olarak kabul edilmesinin önünde de bir engel yoktur[191]. Hükmün uygulanmasında çocuğun yüksek menfaati parametresinin dikkate alınması, haklı sebebin de bu ilkenin ışığında değerlendirilmesini sağlar[192].

İsviçre Federal Mahkemesi'nin, çocuğun soyadının fiili aile bağlarını yansıtacak şekilde değiştirilmesinde haklı neden bulunduğunu kabul ettiği kararları bulunmaktadır[193]. Ancak mahkemenin, daha yakın tarihli kararlarında, çocuğun birlikte yaşadığı kişilerin soyadını alma yönünde bir ihtiyacının bulunduğunun *per se* kabul edilemeyeceğini, bu durumun çocuğun sosyal hayatında ne tür dezavantajlara yol açtığının ortaya konulması gerektiğini öngördüğü görülmektedir[194]. Mahkeme, bu içtihat değişikliğini, artık birçok çocuğun boşanmış tek ebeveyn ya da hiç evlenmemiş tek ebeveyn tarafından yetiştirilmekte olmasına ve bu durumun artık İsviçre'de olağan hale gelmiş olmasına bağlamıştır[195]. Bu anlayışa göre, aile içindeki bireylerin farklı soyadı taşıması kendi başına aile birliğinin yansıtılmasında sosyal bir sakınca taşımamakta, bu nedenle soyadı değişikliği için haklı sebep bulunmamaktadır[196]. Ancak bu noktada da kanun koyucu müdahale etmiş, ad ve soyadı değişikliklerini uygulamada daha esnek kılmak için İMK m. 30'da 2013'te yapılan değişiklik sonucu yasal standart düşürülerek haklı sebepler ifadesi meşru sebepler ile değiştirilmiştir[197]. Böylece ismin değişmezliği il-

---

190 Ayrıntılı örneklendirme için bkz. CENGİZ, s. 53-64.

191 SEROZAN, **Kişiler Hukuku**, s. 483; BAŞOĞLU, "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", s. 361; ERGENE, s. 141; ACABEY, s. 500.

192 AKYÜZ, s. 123; BAŞOĞLU, "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", s. 362.

193 Örneğin, evlilik dışında, ancak anne ve babanın beraber yaşadığı ilişkiden doğan çocukların babanın soyadını taşıma yönündeki taleplerinde (ATF 105 II 247; ATF 107 II 290; https://www.bger.ch, son erişim tarihi 04.07.2019) ve boşanmış annenin velayetine sahip olduğu çocuklarla aynı soyadını taşımak için yaptığı soyadı değişikliği talebinde haklı neden bulunduğu kabul edilmiştir (ATF 105 II 69, https://www.bger.ch, son erişim tarihi 04.07.2019). Ayrıca bkz. OKTAY-ÖZDEMİR, s. 2025.

194 ATF 124 III 401; ATF 121 III 145, https://www.bger.ch, son erişim tarihi 04.07.2019.

195 ATF 124 III 401, https://www.bger.ch, son erişim tarihi 04.07.2019.

196 BÜCHLER/ VETTERLİ, s. 222.

197 GUILLOD, s. 51; DE LUZE Estelle/ DE LUİGİ Valérie, "Le nouveau droit du nom", **Aktuelle Juristische Praxis**, 2013, s. 523.

kesinde genel anlamda bir yumuşama getirilmiş olmaktadır[198]. Bu değişiklikten sonra bir çocuğun, velayetine sahip ebeveyni ile aynı soyadını taşımak için soyadı değişikliği talebinde bulunduğu bir davada İsviçre Federal Mahkemesi, eski içtihadına paralel yönde hüküm kurmuştur. Mahkeme, kanun değişikliği sonrası bu tür bir talebin kabulü için soyadı değiştirilmezse çocuğun toplumda ciddi ve somut dezavantajlar yaşayacağının ispatlanmasına gerek olmadığını belirtmiştir. Kararda çocuğun, velayet hakkına sahip ebeveynle aynı soyadını taşıma yönündeki ihtiyacının meşru bir sebep olarak kabul edilebileceği, ancak durumun özelliklerine göre, çocuğun, soyadının değiştirilmemesinde, örneğin velayete sahip olmayan ebeveyn ile ilave bir ayrılık katmanı yaratılmaması gibi bir menfaati varsa talebin reddedilebileceği ifade edilmiştir[199].

Hukukumuzda da yürürlükteki kurallar çerçevesinde, menfaatler çatışmasının çözümü, TMK m. 27'nin uygulanmasından geçmektedir. Böylelikle hukukumuzda kuşku doğurmaz biçimde öngörülmüş olan, çocuğun soyadını soybağına bağlı olarak edindiği yönündeki kural uygulama alanı bulabilecek, ancak çocuğun velayetinin boşanma sonucu anneye verilmesi, çocuğun yüksek menfaatine uygun olması şartı çerçevesinde, TMK m. 27 çerçevesinde soyadı değişikliği için haklı sebep oluşturabilecektir. Bu çözüm çerçevesinde tutarlı ve esnek sonuçlara gidilebilmesi mümkün iken, bu yolu kapatan Yargıtay içtihadı ve yarattığı hak ihlali bugün gelinen, soyadının kısmen soybağına, kısmen velayete bağlı olduğu, bu iki ölçütün alanlarının da net olarak ayrılmadığı, sürdürülebilirliği şüpheli bir noktaya götürmüştür.

Bununla beraber, soyadı hukukunda esas alınması gereken ölçütün *de lege feranda* ne olduğu, soybağı ile velayet seçeneklerinden hangisinin çocuğun menfaati ile toplumsal cinsiyet eşitliği ilkelerini daha geniş bir çerçevede bağdaştırabildiği sorusu başka bir sorudur. Hâlihazırda yargıda uygulanan çözümlerin yaratabileceği yeni sorunların giderilebilmesi için çocuğun soyadının, bu soru çerçevesinde kanun koyucu tarafından yeniden ele alınması gerekir. Ancak çocuğun, annenin soyadını soybağı veya velayet ölçütüne dayalı olarak alabilmesi şartlarının düzenlenmesi, annenin soyadı açısından da

198 GUILLOD, s. 41.

199 ATF 140 III 577, https://www.bger.ch, son erişim tarihi 04.07.2019. Meşru sebep kavramının haklı sebep kavramından daha geniş yorumlanması gerektiği yönünde, ATF 145 III 49, https://www.bger.ch, son erişim tarihi 04.07.2019.

farklı ihtimallere dayalı olarak kapsamlı bir düzenleme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Nitekim annenin soyadının çocuğa aktarılabilmesi, öncelikle annenin kendi soyadına ilişkin haklarını temin eden bir sistemi gerektirir. Bu çerçevede soyadı konusunda toplumsal cinsiyet eşitliği ilkesiyle barışık bir sisteme gidilebilmesi açısından son yıllarda yabancı hukuk sistemlerinde yapılmış olan düzenlemeleri ve ortak eğilimleri bütünsellik içinde görmenin faydası olacaktır[200].

V. KITA AVRUPASI'NDAN ÖRNEKLER VE ORTAK EĞİLİMLER

1. İsviçre Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı

İsviçre hukukunda 30 Eylül 2011'de kabul edilerek 1 Ocak 2013'te yürürlüğe giren Medeni Kanun değişiklikleri ile soyadı konusunda köklü değişikliklere gidilmiştir[201]. Yeni hükümler, evliliğin kadının soyadını kendiliğinden değiştirmesinin dayanağı olarak görülen aile adında birlik ilkesi yerine evlenme halinde de soyadının değişmezliği ilkesini benimsemekte[202] ve buna uygun olarak, evliliğin kural olarak kişilerin soyadında değişiklik yapmayacağını genel kural olarak koymaktadırlar[203]. Buna göre, evlenmeden sonra her iki eş de önceki soyadlarını korumakta, ancak ortak soyadı kullanmayı isterlerse[204], içlerinden herhangi birinin bekârlık soya-

---

200 Kültürel değerlerle de ilintili olan soyadı konusunda çeşitli ülkelerde farklı düzenlemeler benimsenmiştir. Bu çalışma çerçevesinde kıta Avrupası'ndan bizim medeni hukuk kültürümüze en yakın olan İsviçre ve Alman sistemleri ile daha farklı bir medeni hukuk kültürüne dayalı Fransız sistemi inceleme konusu yapılmıştır. Anglo-Amerikan hukuk çevresinde soyadı seçimine ilişkin tam bir özgürlük bulunduğu yönünde, bkz. ÇAKIRCA, "Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK m. 187'nin Değerlendirilmesi", s. 739.

201 Önceki durum ve ilgili AİHM içtihatlarının kısa özeti için, bkz. ÖCAL APAYDIN, s. 429-432.

202 BÜCHLER/ VETTERLİ, s. 221.

203 DE LUZE/ DE LUIGI, s. 506.

204 Ortak soyadı seçme imkânı yeni değildir. İMK m. 30'da 1988 yılında yürürlüğe giren değişiklikle, eşlerin meşru bir menfaatin bulunduğunu ispat ederek kadının soyadını ortak soyadı olarak belirlemeleri mümkün kılınmıştır; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 2022. "Meşru menfaat" arayan bu hüküm doğrultusundaki taleplerin, o dönemde "haklı sebep" arayan, İMK m. 30'a dayalı olağan isim değişikliği taleplerinden daha kolaylıkla kabul gördüğü belirtilmektedir; GUILLOD/BURGAT, s. 249. Ayrıca AİHM'in 22 Şubat 1994 tarihli Burghartz v. İsviçre kararından sonra yapılan değişiklikle, kadının soyadının aile soyadı olarak belirlendiği hallerde erkeğin önceki soyadını da aile soyadının yanında taşıması mümkün hale getirilmiştir;

dını[205] ortak soyadı olarak nüfus memurluğuna bildirebilmektedirler (İMK m. 160). Ortak soyadı seçimine ilişkin bu hakkın kullanılabilmesi için bildirimin evlenmeden önce yapılması gerekmektedir[206]. Böylece kural olarak, evlilik, kişilerin soyadı üzerinde etki doğurmaz hale getirilmiştir[207]. Boşanma halinde ise, evlilik sonucu soyadı değişen eşin bu soyadını muhafaza edeceği hükme bağlanmıştır, ancak kendisi her zaman nüfus memuruna yapacağı bildirimle bekârlık soyadını taşımaya karar verebilir (İMK m. 119)[208].

Çocuğun soyadı açısından ise yürürlükteki düzenlemeler, 1 Ocak 2013'te yürürlüğe giren değişikliklerin yanı sıra, 21 Haziran 2013'te kabul edilerek 1 Temmuz 2014'te yürürlüğe giren velayete ilişkin hükümler ile şekillenmiştir. Bu konuda kanun koyucu çocuğun evlilik içinde veya dışında doğmasına göre bir ayrıma gitmiştir. Çocuğun evlilik içinde doğması halinde, eşlerin kendi soyadları açısından benimseyecekleri çözüme göre bir alt ayrım söz konusudur. Evlenirken her biri kendi soyadını korumuş olan eşler, çocuğun, içlerinden hangisinin soyadını taşımasını istedikleri yönündeki bir seçim yapıp bunu evlenmeden önce nüfus memurluğuna bildirmek zorundadırlar. Bu yükümlülükten, haklı gerekçeler varsa nüfus memurluğu tarafından muaf tutulmaları mümkündür (İMK m. 160/f.3, m. 270/f.1). Bu seçimi belirli bir yönde yapmış olan anne ve baba, ilk çocuğun doğumunu izleyen bir yıl içinde, çocuğun, diğer eşin soyadını taşımasını istediklerini bildirebilirler (m. 270/f. 2); başka bir deyişle bir yıllık bir "fikir değiştirme"

GUILLOD/BURGAT, s. 249. 2013'te yürürlüğe giren kanun değişikliği ile bu hükümler anlamını yitirmiş ve yürürlükten kaldırılmıştır.

205 Ortak soyadı olarak seçilebilecek soyadının eşlerden birinin bekârlık soyadı olması, daha önceki bir evlilik sonucu edinilen soyadının ortak soyadı olarak seçilememesi sonucunu doğurmaktadır; BÜCHLER/ VETTERLİ, s. 40. Bu açıdan soyadının değişmezliği ilkesinin ve soyadı üzerindeki kişilik hakkının korunmamış olması eleştiri konusu yapılmıştır; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 2025.

206 Bu bildirim evlenmeden önce yapılmazsa her bir eş kendi soyadını taşımaya devam edecektir. Evlenmeden sonra eşlerin ortak soyadı olarak içlerinden birinin soyadını almak istemeleri halinde mesele TMK m. 27'nin karşılığı olan İMK m. 30'a göre, haklı nedenle soyadı değişikliği talebi olarak işlem görecektir; bkz. DE LUZE/ DE LUIGI, s. 509; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 2022.

207 DE LUZE/ DE LUIGI, s. 508; GUILLOD, s. 47. Bu sistemde iki soyadı taşıma imkânı kaldırılmış olmaktadır; DE LUZE/ DE LUIGI, s. 509; GUILLOD/BURGAT, s. 250; HELVACI/ KOCABAŞ, s. 631.

208 Boşanan eşin, evlenmeden önce taşıdığı soyadına dönmesine değil, bekârlık soyadına dönmesi mümkündür; BÜCHLER/ VETTERLİ, s. 41; DE LUZE/ DE LUIGI, s. 513.

süresinden yararlanırlar. Eğer eşler ortak bir aile soyadı seçimi yapmışlarsa, çocuk da bu soyadını taşıyacaktır (m. 270/f. 3). Görülmektedir ki, her iki ihtimalde de, evlilik içinde doğan çocuğun soyadı açısından belirleyici olan unsur, anne ve babanın seçimi olmakta, soybağına dayalı soyadı tesisi kaldırılmış olmaktadır. İsviçre'de benimsenen bu sistemde çözümsüz kalan nokta, eşlerin her birinin kendi soyadlarını taşıdıkları, ancak içlerinden hangisinin soyadının çocuklarının soyadı olmasını istedikleri yönünde bir anlaşmaya varamadıkları ihtimaldir. Kanun koyucu bu ihtimalle ilgili olarak bir yedek hüküm öngörmemiştir[209]. Oysa çocuğun doğduğu anda bir soyadı taşıması zorunludur[210]. Sorunun çocuk doğduğu anda çözülemediği hallerde, çocuğun korunmasına ilişkin hükümlere dayalı olarak hâkimin müdahalesinin gerekeceği, hâkimin anne ve babanın anlaşmasını sağlayamazsa kendisinin eşlerden birinin soyadı üzerinde karar kılmasının veya bir kayyım atamasının gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür[211]. Bu çerçevede bazı yazarlar çocuğun soyadının kura ile belirlenmesini, bazıları ise *mater semper certa est* ilkesi uyarınca çocuğun annenin soyadını alması gerektiğini de savunmuştur[212].

Çocuk evlilik dışında doğmuş ise, çocuğun soyadının belirlenmesi velayetin kimin tarafından icra edileceğine bağlı olarak belirlenecektir. Velayet, anne ile babadan sadece birine aitse, çocuk onun soyadını alır (m. 270a/f. 1). Evlilik dışında doğan çocuklar açısında velayet, kanun hükmü gereği anneye verilmiş olduğundan (m. 298a/f. 5), soyadına ilişkin hüküm, kural olarak çocuğun annenin soyadını alması sonucunu doğurmaktadır. Çocuk doğdu-

---

209 DE LUZE/ DE LUIGI, s. 510. Kanuna göre, eşler haklı sebep bildirmediği sürece bu seçimin evlenmeden önce yapılarak bildirilmesi gerekmektedir. Bu bildirimin evlenmenin yapılmasının koşulu olup olmadığı, bildirim yapılmadığı sürece evlenmenin yapılmamasının bir çözüm olarak düşünülüp düşünülmeyeceği tartışılabilir. Öğretide bu tür bir yaptırımın temel bir hakkı ihlal teşkil edeceği belirtilmektedir; DE LUZE/ DE LUIGI, s. 510; MONTINI Michel, "Le droit du nom entre réformes législatives et évolution du contexte européen", **Droit international privé de la famille, Les développements récents en Suisse et en Europe-Actes de la 24e Journée de droit international privé du 16 Mars 2012 à Lausanne**, ed. BONOMI Andrea/ SCHMID Christina, Schultess Juristische Medien, 2014, s. 94, dn. n. 47.

210 BÜCHLER/ VETTERLİ, s. 221. Bu noktada kanun koyucunun, çocuk doğana kadar anne ile babanın anlaşmaya varamaması ihtimalini marjinal nitelikte gördüğü ve eşler arasında eşitlik ilkesini ihlal teşkil edecek bir çözümü empoze etmekten imtina ettiği yönünde, MONTINI, s. 94.

211 MONTINI, s. 94.

212 Bu görüşler için, bkz. DE LUZE/ DE LUIGI, s. 511.

ğunda ortak velayet altında ise anne ile babanın seçecekleri[213], içlerinden birinin bekârlık soyadını alır (m. 270a/f.1, c.2)[214]. Ancak ortak velayet, ilk çocuğun doğumundan sonra kurulduysa, çocuk velayeti önceden tek başına icra edenin soyadını edinmiş olduğundan, kanun anne ve babaya, ortak velayetin kurulmasından itibaren bir yıl içinde nüfus memurluğuna çocuğun diğer anne veya babanın soyadını taşımasını istedikleri yönünde bildirimde bulunma hakkı tanımıştır (m. 270a/f. 2). Bu yönde varılacak karar, velayetin kime ait olduğundan bağımsız olarak, bundan sonra doğacak tüm ortak çocuklar için geçerli olacaktır (m. 270a/f. 2, c. 2); başka bir deyişle kardeşlerin soyadında birlik olması esastır. Velayetin anne veya babaya ait olmadığı ihtimalde ise çocuk, annesinin bekârlık soyadını alacaktır (m. 270a/f. 3). Kanun koyucu ayrıca, adın değiştirilmesine ilişkin hükümler saklı olmak üzere, velayetin icrasında sonradan meydana gelecek değişikliklerin çocuğun soyadı üzerinde sonuç doğurmayacağını hükme bağlamıştır (m. 270a/f. 4). Bu düzenlemelerden çıkan temel sonuç, evlilik dışında doğan çocuk açısından belirleyici noktanın kural olarak doğum esnasındaki duruma göre belirlenecek velayet hakkı olduğudur. Soybağı, çocuğun velayet altında olmadığı istisnai durumlarda devreye girmekte ve bu durumda anne ile olan soybağı esas alınmaktadır. Ancak velayetin değişkenlik gösterebileceği gerçeği karşısında kanun koyucu belirli bir andaki durumu esas almış, bu andaki velayet ilişkisini tutamak noktası yapmış ve bundan sonra soyadının değişmezliği esasına dönmüştür.

Belirtilmelidir ki ister evlilik içinde ister evlilik dışında doğmuş olsun, on iki yaşını doldurmuş olan çocuğun adının değiştirilmesi kendi rızası hilafına da mümkün olmayacaktır (m. 270b). Bu düzenleme çerçevesinde, on iki yaşını doldurmuş çocuğun soyadı konusunda ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilmiş olmaktadır. On iki yaşını doldurmuş çocuğun mutlaka rızasının alınması gerekecek, on iki yaşını doldurmamış ama ayırt etme gücü bulunduğu tespit edilen çocuğun ise Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları

---

213 Kanun koyucu bu ihtimalde de seçim yapılmazsa ne olacağını hükme bağlamamıştır. Kanun tasarısının gerekçesinde anne ve baba anlaşamazsa seçimi hâkimin yapacağı belirtilmiştir (https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2011/8315.pdf, son erişim tarihi 04.07.2019).

214 Çocuğun ancak anne veya babanın "bekârlık soyadını" alacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda anne veya baba bekârlık soyadını değil, bir önceki evlilikten gelen bir soyadı kullanıyorsa bu kişi ile çocuk arasındaki soyadının farklı olması sonucu doğabilecektir; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 2026; DE LUZE/ DE LUIGI, s. 515.

Sözleşmesi'nin 12. maddesi uyarınca fikrinin alınması gerekli ve yeterli olacaktır[215].

Bu düzenlemelerden anlaşılmaktadır ki eşlerin soyadı açısından kanun koyucunun benimsediği yedek hükümlerin özü, medeni hal değişikliğinin soyadında değişikliğe yol açmayacağı yönündedir. Evlenme halinde bunun istisnası eşlerin içlerinden birinin soyadını ortak ad olarak anlaşma ile seçmeleri, boşanma halinde ise boşanan kişinin kendi arzusu ile bekârlık soyadına dönmesidir. Demek ki soyadının değişmezliği ilkesi aile adında birlik ilkesinin önüne geçmiş olmaktadır, meğerki eşler aile adında birlik kurmayı, kendi ortak kararlarıyla kabul etmiş olsunlar. Çocuğun soyadı konusunda ise İsviçre hukuku artık soybağını esas almamaktadır. Çocuğun evlilik içinde doğduğu hallerde temel ilke anne ve babanın ortak iradesi, diğer hallerde çocuk doğduğu sırada velayetin kimin tarafından icra edildiği olmaktadır. Ancak çocuk soyadını bu şekilde kazandıktan sonra artık kural olarak değişiklik söz konusu olmayacaktır[216]. Özellikle, boşanmanın ve boşanma sonucu eşlerden birine velayetin verilmesinin soyadı üzerinde herhangi bir etki doğurmayacağı açıktır[217]. Velayetin icrası, sadece doğum anında dikkate alınacak bir tutamak noktasıdır.

2. Alman Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı

Alman hukukunda da eşler, ortak bir soyadı seçme imkânına sahiptir. Eğer içlerinden birinin soyadını aile adı olarak nüfus idaresine bildirmezlerse her biri evlenme anındaki soyadını taşımaya devam edecektir (Alman Medeni Kanunu, "BGB" § 1355/f. 1,2)[218]. Ancak, İsviçre hukukundan farklı olarak, ortak aile adının evlilikten sonra da belirlenebilmesi mümkün kılınmıştır (BGB § 1355/f. 3)[219]. Bu itibarla kanun koyucunun aile adında birlik ilkesini muhafaza ettiği ve bu politika doğrultusunda, eşlere ortak soyadının

---

215 DE LUZE/ DE LUIGI, s. 517.

216 Ancak çocuk babanın soyadını taşıyorsa ve soybağı sonradan kaldırılmışsa çocuğun soyadı buna bağlı olarak değişecektir; BÜCHLER/ VETTERLİ, s. 222.

217 BÜCHLER/ VETTERLİ, s. 221.

218 Almanya'da bu konudaki hukuki gelişim için, bkz. MUSCHELER Karlheinz, **Familienrecht**, 4. Bası, Franz Vahlen, Münih, 2017, para. n. 304 vd.; SCHWAB Dieter, **Familienrecht,** 25. Bası, C.H. Beck, Münih, 2017, para. n. 208; HELVACI/KOCABAŞ, s. 619.

219 Böylece kanun koyucunun eşleri ortak soyadı belirlemeye zorlamadığı da anlaşılmaktadır; SCHWAB, para. n. 209.

seçilmesini kolaylaştıracak, görece geniş bir hareket alanı tanıdığı görülmektedir[220]. Keza soyadı aile adı haline gelmeyen eşe, doğumla kazandığı soyadını veya aile adının bildirildiği anda taşıdığı soyadını[221] da aile adının yanında taşıma imkânının tanınması, artık bu imkânı tanımayan İsviçre hukukundan ayrılan bir nokta olarak karşımıza çıkmaktadır (BGB § 1355/f. 4). Ancak eşler, ikisinin soyadlarından oluşan ortak bir aile adı seçemezler[222]. Evliliğin sona ermesi halinde, eşler aile adını muhafaza edeceklerdir. Ancak dul kalan veya boşanan kişi, nüfus idaresine yapacağı bildirimle aile adının yerine doğumla kazandığı soyadına veya aile adının belirlendiği anda taşımakta olduğu soyadına dönebilir veya bu isimlerden birini aile adının yanına ekleyebilir (BGB § 1355/f. 5). Boşanmanın sonuçları bağlamında İsviçre hukuku ile paralellik gösteren bu düzenleme, aile adına tabi olmanın geçici nitelikte olmadığını göstermektedir[223]. Bu sonuç, diğer eşin soyadını aile soyadı olarak seçen eşin, "*aile adı üzerinde kendisine ait bağımsız bir hak sahibi olmasıyla doğrudan bağlantılı*" görülmektedir[224].

Anne ve baba ortak aile adı belirlemişlerse ortak çocukları da bu soyadını taşıyacaktır (BGB § 1616). Bu kural, çocuğun evlilik içinde doğmuş olup olmamasından bağımsız olarak geçerlidir; böylece, evlilik sona ermiş olmasına rağmen eşler daha önce seçmiş oldukları ortak soyadını taşımaya devam ediyorlarsa çocuk da bu soyadını alacaktır[225]. Aile adı kullanmayan anne ve baba açısından ise kanun koyucu velayetin icrasına dayalı bir ayrım yapmıştır. Eğer anne ve baba velayeti ortaklaşa kullanıyorlarsa içlerinden birinin soyadını çocuğun soyadı olarak nüfus idaresine bildirebilirler[226]. Anne

---

220 MUSCHELER, para. n. 304; HELVACI/KOCABAŞ, s. 621; KOCABAŞ Gediz, "Evlenmenin Kadının Soyadı Üzerindeki Etkisine İlişkin Güncel Gelişmeler", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu**, İstanbul, 2016, s. 137 Ancak aile adı seçimi bir zorunluluk olmamakta, eşler bu yönde beyanda bulunmadıkları sürece kendi soyadlarını korumaya devam etmektedir; bkz. KOCABAŞ, s. 138.

221 Böylece ilgili eş, daha önceki bir evlilikle kazanmış olduğu soyadını da yeni aile soyadı yanında taşımaya devam edebilir; SCHWAB, para. n. 212.

222 Bu seçimde belirleyici olanın bir kaç kuşak sonrasında isim seçeneklerinin yığılmasını önlemek olduğu yönünde, SCHWAB, para. n. 211.

223 HELVACI/KOCABAŞ, s. 624.

224 HELVACI/KOCABAŞ, s. 626.

225 MUSCHELER, para. n. 572.

226 Ortak velayet eşlerin anlaşmasıyla, sonradan evlenmesiyle veya bu yönde mahkeme kararı ile kurulur (§ 1626a). Bu konuda bkz. MUSCHELER para. n. 590 vd.

ve babanın yapacakları bu bildirim, daha sonra doğacak ortak çocuklar için de geçerli olacaktır (BGB § 1617/f. 1). Eğer bu bildirim çocuğun doğumundan itibaren bir ay içinde yapılmamışsa aile mahkemesi çocuğun soyadını belirleme yetkisini eşlerden birine verir[227]. Eğer mahkemenin verdiği sürenin hitamında yetki halen kullanılmamış olursa çocuk kendisine yetki verilen ebeveynin soyadını alacaktır (BGB § 1617/f. 2). Velayetin birlikte icra edildiği hallere ilişkin bu düzenleme, eşlerin evli olmaları hali gibi çocuğun evlilik içinde doğmamasına rağmen ortak velayet altında olduğu hal için de geçerli olacaktır[228]. Velayet anne veya baba tarafından tek başına icra ediliyorsa çocuk, bu ebeveynin soyadını alır (BGB § 1617a/f. 1). Çocuğun doğumu anında anne ve babası evli değilse ve ortak velayet de kurulmamışsa velayet anneye ait olacağından (§ 1626a/f. 3), bu kural çocuğun annenin soyadını taşıması sonucuna götürmektedir. Ancak bu ebeveyne, diğer ebeveynin ve çocuk beş yaşını doldurmuşsa çocuğun da rızası bulunmak şartıyla, nüfus idaresine yapacağı bildirimle çocuğa, diğer ebeveynin soyadının verilmesini sağlayabilme imkânı da tanınmıştır (BGB § 1617a/f. 3). Çocuk anne ve babanın soyadını birlikte taşıyamaz[229]. Bu nedenle eşlerin çifte soyadı taşıma imkânı (BGB § 1355/f. 4) çocuğun soyadı açısından anlam taşımayacaktır[230].

Çocuk soyadını bir kez kazandıktan sonra, soybağında değişiklik olmadan soyadının değişmesinin mümkün olup olmadığı sorusuna kanun koyucu iki özel ihtimalde olumlu cevap vermiştir. Bunlardan ilki, ortak velayete ilişkin bir değişikliğe bağlı olarak gerçekleşebilecek soyadı değişikliğidir. Velayet hakkına ilişkin olarak sonradan oluşan değişiklikler kural olarak soyadının değişmesi sonucunu doğurmaz[231]. Ancak kanun koyucu ortak velayete ilişkin özel bir düzenleme yapmıştır. Ortak velayet, çocuk soyadını kazandıktan sonra kurulursa çocuğun soyadı ortak velayetin başlangıcından itibaren üç ay içinde değiştirilebilir[232]; çocuğun beş yaşını doldurmuş olması halinde bu değişiklik kendi rızasına bağlıdır (BGB § 1617b/f. 1). İkinci

---

227 Mahkemenin bu belirlemeyi yaparken eşlerin her ikisini dinledikten sonra karar vermesi gerekir; MUSCHELER para. n. 572.

228 MUSCHELER, para. n. 572; SCHWAB, para. n. 643.

229 SCHWAB, para. n. 642.

230 SCHWAB, para. n. 212.

231 SCHWAB, para. n. 649.

232 Ebeveynlerden biri ortak velayet başladığında milli sınırlar içinde bulunmuyorsa bu süre milli sınırlara girmesinden itibaren bir ay geçmeden dolmuş sayılmayacaktır.

ihtimal ise, çocuğa fiilen bakan ve velisi olan kişinin başka biriyle evlenmesi halidir. Buna göre, çocuğun velayetini tek başına veya evli olmadığı diğer ebeveyn ile icra eden kişi, yeniden başka biriyle evlenirse ve bu kişiler çocukla birlikte yaşıyorlarsa, çocuğa kendileri için seçtikleri ortak soyadını verebilirler veya bunu çocuğun taşımakta olduğu soyadına ekleyebilirler (BGB § 1618). Çocuğun soyadının bu şekilde değişebilmesi için ortak velayet halinde veya çocuk kendisinin soyadını taşıyorsa diğer ebeveynin, çocuk beş yaşını doldurmuşsa ayrıca çocuğun da rızası gerekir. Bununla beraber aile mahkemesi çocuğun yüksek menfaati için gerekli görüyorsa diğer ebeveynin rızasının alınmamasına karar verebilir[233]. Bu yolla çocuğun soyadının tamamen değişmesi gibi –istisnai biçimde- çifte soyadı taşıması da sağlanabilmektedir[234]. Bunun dışında boşanma sonrası velayeti tek başına icra eden ebeveynin soyadını çocuğa aktarabilmesi ancak genel isim değişikliği hükümleri uyarınca, çocuk adına yapılacak bir taleple ve önemli bir sebebin ortaya konulabilmesi halinde mümkün olabilecektir[235]. Ayrıca BGB § 1618 uyarınca gerçekleşen soyadı kazanımının geçici nitelikte olmadığı, soyadının değişmesine ilişkin başka bir hukuki sebep ortaya çıkmadığı sürece, eşlerin boşanması ve daha önceki soyadlarına iradi olarak dönüş yapmaları halinde (BGB § 1355/f. 5) dahi çocuğun bu soyadını taşımaya devam edeceği kabul edilmektedir[236].

Görülmektedir ki Alman hukukunda da eşlerin soyadı açısından kural, evlenmenin de boşanmanın da soyadı değişikliğine yol açmayacağı yönündedir. Eşler, içlerinden birinin soyadını ortak soyadı olarak belirleyebilirler; İsviçre hukukundan farklı olarak bu belirleme imkânının kullanılmasında zamansal açıdan esnek –ve teşvik edici- bir çözüm benimsenmiştir. Boşanma halinde de eski soyadına dönme kişinin ihtiyarına bırakılmıştır. Çocuk açısından varsa seçilmiş aile adı, aksi halde, birlikte velayet halinde hâkimin belirleyeceği ebeveynin tercih edeceği veya tercihte bulunmazsa kendi taşıdığı soyadı, velayet tek başına icra ediliyorsa bu ebeveynin soyadı çocuğa intikal edecektir. Velayete ilişkin sonradan meydana gelen değişiklikler, kural olarak soyadının değişmesi sonucunu doğurmaz. Kanun koyucu, çocu-

---

233 Bu değerlendirmenin hangi ölçütlere göre yapılması gerektiği hakkında bkz. MUSCHELER para. n. 574.

234 SCHWAB, para. n. 653.

235 SCHWAB, para. n. 653.

236 MUSCHELER, para. n. 574.

ğun soyadının –velayete bağlı olarak- sonradan değişmesine ilişkin birkaç özel ihtimal öngörmüştür. Ancak bu ihtimallerin çocuğun aile ilişkilerinin değişmesi varsayımına dayalı bir soyadı değişikliğini öngördüğü, başka bir deyişle soyadı değişikliğinin çocuğun menfaatinin gerektirdiği bir çözüm olarak düşünüldüğü anlaşılmaktadır. Ayrıca çocuğun zorunlu olarak rızasının aranmaya başlanacağı yaş düşük tutulmuş, böylece çocuğun bu tür soyadı değişikliklerine dahi kendi kimlik bilincine dayalı olarak engel olabilmesi sağlanmıştır.

3. Fransız Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı

Fransız hukukunda eşlerden her biri diğerinin soyadını kullanma hakkına sahiptir (Fransız Medeni Kanunu, "CCfr." m. 225-1). Kanun koyucu bir aile adının ortak iradeyle seçilmesini düzenlememiştir, ancak eşlerden birinin diğerinin soyadını kullanmayı seçmesi halinde eşler fiilen ortak soyadı kullanmış olurlar. Eşlerden her biri, diğerinin soyadını kendi soyadının yanında da kullanmayı seçebilir, bu durumda kendi soyadı ile eşinin soyadının hangisinin önde geleceğine kendisi karar verecektir. Bu seçimlerden birini yapmayan eş, evlenmeden önce taşıdığı soyadını tek başına taşımaya devam edecektir. Bununla beraber boşanma halinde eşler, diğerinin soyadını taşıma hakkını kaybetmektedirler. Bu soyadının taşınmaya devam edilebilmesi, ya diğer eşin rızası ile ya da talepte bulunan eş veya çocukları için özel bir menfaat varsa hâkim kararı ile mümkün olabilmektedir (CCfr. m. 264)[237]. İsviçre ve Alman sistemlerinden ayrılan bu çözüm, evlenmenin soyadı üzerindeki etkisine ilişkin farklı bir yaklaşıma dayanmaktadır. Nitekim Fransız hukukunda bir eşin diğerinin soyadını kullanması, sadece evlilik birliği devamında geçerli olabilecek bir "kullanma hakkı" olarak değerlendirilmekte[238], bu kullanma hakkı, örneğin soybağı yoluyla veya meşru sebeple soyadı değişikliği talebi üzerine (CCfr. m. 61) gerçekleşen soyadı ediniminden ayrılmakta-

---

237 Talebin değerlendirilmesinde kullanılan ölçütler için, bkz. TEYSSIE Bernard, **Droit civil-Les personnes**, 18. Bası, LexisNexis, Paris, 2016, para. n. 345.

238 TEYSSIE, para. n. 340; MARIE Catherine, "Changement de nom", Articles 61 à 61-4, **JurisClasseur Civil Code**, 25 Ağustos 2017, para. n. 20; HELVACI/KOCABAŞ, s. 618. Cinsiyet eşitliği parametresi, soyadının bu niteliğini değiştirmemiş, ancak diğer eşin soyadını kullanma hakkı her iki eşe de tanınarak erkeğin de kadının soyadını kullanabilmesi sağlanmıştır.

dır[239]. Evlilik sadece bir kullanma hakkı sağladığından, evliliğin sona ermesi de bu kullanma hakkını sona erdirmektedir.

Çocuğun anne ve baba ile soybağı doğumunun bildirildiği anda veya daha sonra ancak aynı anda kurulmuşsa anne ve baba çocuğun soyadını birlikte belirlerler; bu soyadı, ya annenin, ya babanın ya da belirleyecekleri sıra ile ikisinin soyadının birleşiminden oluşacaktır. Bu son durumda anne ve babadan her biri, kendi taşıdıkları soyadlarından sadece birini çocuğun soyadı olarak tayin edebilirler. Anne ve baba bu yönde ortak bir bildirim yapmazlarsa çocuk, anne ile babadan hangisi ile soybağı daha önce kurulmuş ise onun soyadını, her ikisi ile aynı anda kurulmuşsa babanın soyadını alır[240]. Bu durum evlilik içinde doğan çocuklar açısından özel önem taşımaktadır. Nitekim bu durumda çocuğun soybağı her iki ebeveyn ile aynı anda kurulduğundan, ortak seçim olmaması halinde çocuk babanın soyadını alacaktır[241]. Ancak ebeveynlerden biri, doğumun bildirildiği veya daha sonradan her ikisi için de aynı anda soybağının kurulduğu ana kadar nüfus idaresine itirazda bulunursa, çocuk, alfabetik sırayla her ikisinin de soyadlarını alır; anne veya baba birden fazla soyadı taşıyorsa bu halde de çocuk her birinin sadece ilk soyadını alır (CCfr. m. 311-21/f. 1)[242].

Çocuğun soybağı anne ile babadan sadece biriyle kurulmuşsa çocuk bu kişinin soyadını alacaktır. Ancak diğer ebeveyn ile soybağının sonradan kurulması halinde, anne ve baba nüfus idaresine birlikte yapacakları bildirimle soybağı sonradan kurulan ebeveynin soyadını tek başına verme veya bu soyadını seçtikleri sıra ile önceki soyadı ile birlikte verme seçeneklerine de sahiptir (m. 311-23/f. 1,2)[243]. Burada da soyadı değişikliği anne ve babanın ortak iradesi ile söz konusu olmaktadır. Ancak çocuk on üç yaşını doldurmuşsa, soyadı değişikliği ancak onun rızası ile mümkün olabilir (m. 311-23/f. 4).

---

239 MARIE, para. n. 20.

240 Bu sistemde birleşik soyadlarının akıbeti için bkz. MASSIP Jacques, "Le nom de famille", **Defrénoi***s*, n. 4, 28 Şubat 2005, para. n. 11.

241 Anne ve babanın iradesi devreye girmediği sürece çocuğun soybağına dayalı olarak babasının soyadını alacağı yönündeki kural, çocuğun bu durumda anne ve babanın soyadlarının her ikisini de alacağını öngören, mecliste oylanan ilk taslaktan farklılık göstermektedir; MASSIP, para. n. 2-13. Bu yedek hükmün uygulamada babanın adının baskın olarak geçmesine yol açacağı ve geçmişteki geleneklerin devamına yol açacağı belirtilmiştir; bkz. MASSIP, para. n. 5.

242 Sistemin ayrıntıları ve örneklendirme için, bkz. MASSIP, para. n. 1 vd.

243 Bildirimle soyadı değiştirme hakkında bilgi için, bkz. MARIE, para. n. 84 vd.

Anne ve babanın çocuk için tayin ettikleri soyadı, bundan sonraki ortak çocuklar için de geçerli olacaktır (m. 311-21/f. 3). Böylece anne ve babaya ortak çocuklarının soyadı açısından tanınan seçim hakkının kardeşlerin aynı soyadını taşıma gereği ile sınırlanmış olduğunu görüyoruz. Aynı şekilde, soyadı bu şekilde belirlenen çocuğun üzerindeki velayetin değişmesinin soyadı üzerinde etki doğurmasını sağlayabilecek bir düzenleme de mevcut değildir. Bundan sonra soybağı değişikliği olmaksızın gerçekleşecek bir soyadı değişikliği, meşru sebep bulunması halinde kanunun 61. maddesi çerçevesinde öngörülen usule göre mümkün olacaktır[244].

4. Ortak Eğilimler

Evlenmenin soyadı üzerindeki etkisi açısından yukarıda açıklanan hukuk sitemlerinin ortak olarak benimsedikleri nokta, eşlere soyadı konusunda irade serbestisi alanını açmaktır. Ancak cinsiyet eşitliğini esas alan bir düzenleme açısından belirleyici olan, eşlerin, içlerinden birinin soyadını seçe-memeleri halinde ne olacağıdır. Şayet kanun koyucu yedek hüküm olarak eşlerden birinin soyadı yönünde tercih yaparsa, eşitlik ilkesi zedelenmiş olacaktır. Bu açıdan yukarıda belirtilen hukuk sistemlerinin tümünde yedek hüküm olarak her bir eşin kendi soyadını taşımaya devam etmesi kuralının benimsendiğinin altı çizilmelidir. Böylece kanun koyucu, eşlerden biri yönünde tercih belirtmekten kaçınmış olmakta, aile adında birlik ilkesinin uygulanmasını ve bu ilke doğrultusunda eşlerden biri lehine eşitliğin bozulmasını eşlerin kendi iktidarına bırakmaktadır[245]. Böylece evlenmenin, aksi

---

244 Fransız hukukunda soyadı değişikliği "meşru sebepler"in varlığı halinde kabul edilmektedir (m. 61); bu konuda bkz. MARIE, para. n. 18 vd.; BERNARD-XEMARD Clara, "Le nom entre volontés individuelles et affections personnelles...", **Droit de la famille**, Haziran 2014, n. 6, étude 10, para. n. 12. Ayrıca belirtelim ki Fransız yargısı, babanın soyadını taşıyan çocuklarını terk ettiği ve tüm ilişkiyi kestiği bir olayda, çocukların, annelerinin soyadını taşıma yönündeki genel hükümlere dayalı soyadı değişikliği talebini, duygusal sebeplerin soyadının değişmezliği ilkesine istisna oluşturabileceği ve Medeni Kanun'un soyadı değişikliğini düzenleyen 61. maddesi tahtında meşru sebep teşkil edebileceği gerekçesiyle kabul etmiştir; Danıştay (*Conseil d'Etat*), 31.01.2014, karar n. 362444, https://www.legifrance.gouv.fr, son erişim tarihi 04.07.2019. Önceki içtihat çerçevesinde salt duygusal sebepler, örneğin kişinin soyadını değiştirerek o soyadı ile mündemiç, acı veren bir geçmişten uzaklaşmaya çalışması gibi durumlar meşru sebep olarak kabul edilmezken, bu karar ile birlikte Fransız hukuku salt duygusal sebepleri de soyadı değişikliği için meşru sebep olarak görmeye başlamıştır. Ayrıntılı açıklama ve benzer yöndeki kararlar için, bkz. MARIE, para. n. 18.

245 Diğer olası çözüm ise eşlerin soyadlarının birleşmesi yoluyla yeni bir soyadının oluşmasıdır. Ancak bu durumda isimlerin çocuğa aktarımı sırasında yığılmasını engellemek için, isimlerin sınırlı biçimde çocuğa geçmesini öngören düzenlemenin gerektiği, bunun da birkaç kuşak sonra aile adının tamamen değişmesine yol açabileceği akılda tutulmalıdır.

kararlaştırılmadıkça kişilerin soyadı üzerinde etkisi olmayacağı kuralı benimsenmiş olmakta, cinsiyet eşitliğini bozabilecek aile adında birlik ilkesi eşlerin, cinsiyet eşitliği ve soyadının değişmezliği ilkeleri kanun koyucunun tercihi halini almaktadır.

Boşanmanın etkisine baktığımızda ise iki farklı eğilim olduğunu görüyoruz. Ortak aile adını, her bir eşin üzerinde bağımsız bir hak sahibi olduğu bir değer olarak düzenleyen İsviçre ve Alman sistemleri, bu ad bir kez kazanıldıktan sonra üzerinde sahip olunan hakkı diğer soyadı kazanımı hallerinde sahip olunan hak ile eşit tutmuşlardır. Başka bir deyişle, soyadı ne şekilde kazanılırsa kazanılsın, soyadının değişmezliği ilkesi devreye girmekte, kazanımın evlenme ile olması da buna bir istisna teşkil etmemektedir. Evlenmenin soyadı üzerindeki etkisini sadece bu medeni statüye bağlı bir kullanma hakkı olarak düzenleyen Fransız hukukunda ise statünün kaybı kullanma hakkının da sona ermesine yol açmaktadır. Soyadının değişmezliği ilkesi açısından İsviçre ve Alman sistemlerinden daha az tatmin edici olan bu çözüm, cinsiyet eşitliği ilkesi açısından ise –şekli olarak- herhangi bir sorun yaratmamaktadır.

Çocuğun soyadına ilişkin düzenlemelere baktığımızda, yine irade serbestisinin temel belirleyici faktör olduğunu görüyoruz. Eşler ortak soyadı seçmişlerse bu seçim çocuğun soyadını da belirlemektedir. Ortak soyadının olmadığı hallerde de öncelik yine anne ve babanın çocuğa vermek istedikleri soyadı üzerindeki anlaşmalarına verilmektedir. Bu serbestiye iki noktada sınır çekilmektedir. Bu sınırlardan biri, kardeşlerin soyadında birlik olması gereğidir. Diğeri ise çocuğun soyadının sonradan değiştirilmesi aşamasında karşımıza çıkan, çocuğun kendi rızasının alınması gereğidir.

Anne ve babanın ortak çözüme varamadıkları hallerde ise İsviçre ve Alman hukuklarındaki eğilim velayet hakkını esas almak yönündedir. Bu noktada bu sistemler soybağı ölçütünü –son çare çözümü olarak- benimsemeye devam eden Fransız hukukundan ayrılmaktadırlar. Ancak velayetin ne şekilde icra edildiği, çocuğun soyadını ilk kez kazanacağı anda bakılacak bir parametre haline getirilmiş, velayette bundan sonra olabilecek değişiklikler kural olarak etkisiz bırakılmıştır. Böylece, örneğin boşanma sonucu çocuğun velayetinin anneye verilmesi, tek başına soyadı değişikliğini haklı kılmamakta, ancak genel hükümler çerçevesinde çocuğun soyadının değiştirilmesinde haklı/meşru sebep bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde, somut olayın şartları çerçevesinde dikkate alınabilecek bir fiili olgu düzeyinde kalmaktadır. Böylece görülmektedir ki, soybağını velayete bağlamış bu hukuk sistemlerinin felsefesi, soyadının, ilk kez kazanım esnasında velayete

bağlı olarak kazanılmasıdır, soyadının velayete göre değişmesi değildir. Velayetin, kural olarak bir seferlik ve doğum anında dikkate alınacak bir ölçüt olarak soybağına yeğ tutulmasının sebebi, velayetin çocuk doğduğu andaki aile yapısını yansıtmasında ve bu yapıya göre çeşitlilik göstermesinde, böylece bir yandan çocuğun fiili aile ilişkisine görece daha uygun olmasında, diğer yandan çocuğun velisi olarak kadınların soyadının aktarılması ihtimalini arttırmasında görülebilir.

VI. SONUÇ

Ülkemizde soyadı konusunda yaşanan gelişmeler, yargısal yorumun cinsiyet eşitliğinin hayata geçirilmesinde ne kadar önemli bir rol oynadığını netlikte ortaya koymuştur. Bununla beraber, bazı hukuki sorunların giderilmesinde yargısal adımlar yetersiz kalabilmekte, kanun koyucunun tepkisi zorunlu olmaktadır.

TMK'nın, evlenen kadınları kocalarının soyadını almak zorunda bırakan cinsiyetçi hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin ve onu takip eden Yargıtay'ın kararları sonucu mahkemelerce fiilen etkisiz hale getirilmiş, kadına seçim hakkı tanıyan, eşitlikçi bir uygulamanın kapısı açılmıştır. Evlenen kadınların önceki soyadlarını tek başına taşıma imkânına sahip kılınmalarıyla her bir eş soyadının değişmezliği ilkesinden yararlanma hakkı bakımından eşit konuma getirilmiş olmaktadır. Ancak TMK m. 187'nin bu şekilde bertaraf edilmesi, medeni hal değişikliğinin soyadına etkisi açısından kapsayıcı bir çözüm sağlamamaktadır[246]. Bu nedenle varılan nokta eksiktir. Eksikliklerin tamamlanabilmesi için, sahip olunan hakların dava dışı da kullanılabilmesi, bu haklar içinde sadece eşlerin münhasıran kendi soyadlarını kullanabilmelerinin değil, eşlerin anlaşması olanağının da tanımlanması, böylelikle kadının soyadının ortak soyadı olarak kullanılabilmesi imkânının tanınması gerekir. Hatta kanun koyucunun, her bir eşin kendi soyadını kullanması yerine, ortak bir aile adı kullanılmasını teşvik etmek istediği durumda, eşlere içlerinden herhangi birinin soyadını seçebilme imkânını tanıması, aile adında birlik ilkesinin cinsiyet eşitliği ile bağdaştırılması için zorunlu ol-

246 Soyadı, erkek ve kadın açısından farklı ve eşit alternatiflerle düzenleme konusu olabilecekken, kanun koyucunun hareketsiz kalmasının ve belirsizliklerin giderilmemesinin bir anlamda soyadı konusunda geleneksel ataerkil yaklaşımın hukuk tarafından kabulü anlamına geldiği yönünde, bkz. EKİNCİ, s. 190.

maktadır[247]. Eşlere, ortak soyadını belirleme imkânının tanınması, çağdaş düzenlemelerde benimsenen ortak ilkelerden de biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu düzenlemeler çerçevesinde eşler, aile adında birlik ilkesini ihtiyari olarak seçerek eşitliği içlerinden biri lehine bozabilmektedirler; ancak anlaşma olmaması halinde uygulanacak yedek kural, eşitlik ilkesine ve bunu mutlak şekilde sağlayan bir çözüm olan soyadının değişmezliği ilkesine dayanmaktadır. Hukukumuzda yeniden ele alınması gereken bir diğer mesele ise boşanma sonrasında soyadının ne olacağıdır. Belirtilmelidir ki, diğer eşin soyadını almak zorunluluk olmaktan çıktığında, evlenme ile iradi olarak alınan soyadının boşanma ile kaybedilmesi kadınlara hukuki açıdan dezavantaj yaratmamakta, cinsiyet eşitliğine şekli açıdan uygun görülmektedir. Ancak, geleneksel toplumsal cinsiyet rollerinden çıkamayarak haklarını fiilen kullanamadıkları için evlendikleri erkeğin soyadını almaya devam eden kadınlar için boşanma ile bu soyadının kaybedilmesi yine bir sorun olarak kalmaya devam edecektir. Öte yandan baskı altında kalmadan bir ortak soyadı seçimi yapıldığı hallerde dahi soyadının boşanma ile kaybedilmesi her iki cins için de soyadının değişmezliği ilkesi açısından kişisel menfaatleri zedeleyici olabilir. Bu itibarla, kanun koyucunun, aksi kişinin kendisi tarafından arzu edilmedikçe medeni hal değişikliklerinin soyadı üzerindeki etkisini en aza indirecek biçimde düzenleme yapması, boşanmanın etkisi konusunu da bu çerçevede yeniden ele alması gerekir.

Çocukların soyadı açısından ülkemizde yaşanan yargısal gelişim, daha karmaşık ve eleştiriye açık biçimde seyretmiştir. Evlilik dışında doğan çocuklar için Anayasa Mahkemesi, çocuklar arasındaki eşitliği sağlama gerekçesi ile çocuğun, soybağınının kurulduğu babanın soyadını taşımasını zorunlu hale getirmiştir. Böylece soybağına dayalı bir soyadı kazanımı sistemi ve özellikle babanın soyadını taşıma, çocuk açısından arzulanır bir çözüm

---

247 Eşlere ortak soyadını seçme yönünde imkan tanınması gerektiği yönünde, HELVACI/KOCABAŞ, s. 641; NOMER, s. 448; AKBULUT, s. 67; ÇAKIRCA, "Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK m. 187'nin Değerlendirilmesi", s. 747-748; ÇAKIRCA, "Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", s. 163-164, Kadının soyadının aile soyadı olarak seçilmesi yerine, kadının kızlık soyadını tek olarak taşıması imkanı vermenin daha doğru olacağı yönünde, HATEMİ Hüseyin, **Aile Hukuku**, 7. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 85; eşlere ortak soyadını seçim imkanı tanımanın, aile hukukunda geçerli olduğu kabul edilen "düzenleme serbestliğinin bulunmaması ilkesi"ne aykırı olduğu, bu durumun ülkemizde mevcut nüfus sicilleri sistemiyle de bağdaşmayacağı görüşünde, AKINTÜRK/ATEŞ, s. 117-118.

olarak sunulmuş, annenin soyadını taşıma ihtimalinin çerçevesi daraltılmıştır. Buna mukabil boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocukların soyadlarının değiştirilmesine ilişkin taleplerin reddedilmesi Anayasa Mahkemesi tarafından hak ihlali olarak nitelendirilmiş ve çocuğun soyadının velayete dayalı olarak değiştirilebilmesinin önü açılmıştır. Gerçekten de Yargıtay, 2018 yılına kadar, bu durumda bulunan çocuklara ilişkin, genel hükümlere dayalı olarak haklı nedenle soyadı değişikliği taleplerini sistematik biçimde reddetmiş ve Anayasa Mahkemesi bu duruma müdahil olmuştur. Ancak kanımızca, boşanma halinde çocuğun soyadına ilişkin hukukumuzda hüküm bulunmadığı, soyadının velayete bağlı bir sonuç olduğu ve tek başına velayeti kullanan annenin çocuğun soyadını değiştirebileceği yönündeki gerekçeler, soyadı kazanımını soybağına bağlayan hukuk sistemimizle bağdaşmamaktadır. Bu gerekçeler çocuğun, diğer ihtimallerde soyadını nasıl edineceğine ve gelecekteki velayet değişikliklerinin soyadı üzerindeki etkisine ilişkin soruları da tetiklemektedir. Anlaşıldığı kadarıyla hâlihazırda hukukumuzda soyadı kısmen soybağına kısmen de velayete bağlı hale gelmiştir. Soybağına dayalı olarak babadan alınan soyadı, velayete bağlı olarak annenin soyadı ile değişebilmektedir. Oysa soyadını soybağına bağlayan hukukumuzda, çocuğun soybağına bağlı olarak babanın soyadını alması, ancak aile ilişkilerinin ve özellikle velayet durumunun, çocuğun yüksek menfaatine bağlı olarak, TMK m. 27 çerçevesinde haklı sebeple soyadı değişikliği talepleri çerçevesinde değerlendirilebilmesi gerekmektedir. Bu açıdan ne TMK m. 27'yi bu kapsamda kullanılamaz hale getiren eski Yargıtay içtihadı, ne de Anayasa Mahkemesi kararları sonucu ortaya çıkan sonuç kanunun öngördüğü sistemle bağdaşmaktadır.

Çocuğun menfaatlerinin toplumsal cinsiyet eşitliği ile bir arada değerlendirilebildiği, soyadının anne tarafından aktarımının yaygınlaştırılmasını sağlayan bir sistem ise ancak kapsamlı ve kanun düzeyinde ifade bulan bir paradigma değişikliği ile mümkün olabilir[248]. İncelediğimiz Alman, İsviçre

248 Öğretide olması gereken hukuka ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Anne ve babanın birlikte yaşamadığı hallerde çocuğun soyadına ilişkin menfaatler çeşitli şekillerde tezahür edebildiğinden bu soruna ilişkin bağlayıcı bir kural yerine, ya çocuğun yanında yaşadığı ebeveyn ile soyadı benzerliğine imkân tanınması, ya da hâkime her somut olayda çocuğun menfaatine göre karar verme imkânının tanınması gerektiği yönünde, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, para. n. 415; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, para. n. 771a. Çocuğun soyadını seçim hakkının öncelikle anne-babaya bırakılması, anlaşmazlık halinde kur'a usulüne başvurulabileceği yönünde, NOMER, s. 449-450. Soyadının velayete dayalı olarak anneden

ve Fransız hukuklarında bu konudaki ortak eğilimlerden birinin, eşlerin soyadında olduğu gibi, irade serbestisine yer açmak olduğunu gördük. Böylece, soyadı hukukunun genel olarak özelleşmesi ve devletin müdahalesinden uzaklaşması izlenilen genel eğilimlerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır[249]. Çocuğun hangi soyadını taşıyacağı yönündeki seçimin anne ve babaya bırakılması, geleneksel bir soy devamlılığı çizgisinden ayrılmayı ve soya aidiyetin belirlenmesinde sorumluluğun anne ve babaya yüklenmesini sağlamaktadır. Böylece çocuğun soyadı, çocuk ile ebeveynler arasındaki kendine has, özel ilişki çerçevesinde, bu ilişkinin bir ürünü olarak belirlenmiş olmaktadır[250]. Anlaşma olmaması halinde ise bazı sistemler soybağına dayalı bir gidişat izlemeye devam etmekte, bizim hukukumuzun temel dayanağı olan İsviçre ve Alman hukuklarında ise velayete dayalı bir sistem benimsenmektedir. Velayet ilişkisinin, çocuğun içine doğduğu fiili aile ilişkisini yansıtmakta soybağına göre daha etkin bir gösterge olması itibariyle, velayete dayalı bir çözüm, günümüzdeki aile ilişkilerinin çeşitliliğini daha iyi yansıtan bir çözüm olarak görülebilir. Bu açıdan velayet ilişkisinin temel ölçüt olarak belirlenmesi, çocuğun kendi özel hikâyesinin, kendi aile ilişkilerinin içine oturtulmasını sağlamaktadır. Ancak dikkat edilmelidir ki bu sistemler velayetin değişkenliğine bağlı olarak doğabilecek sakıncaları ayrıntılı düzenlemelerle bertaraf etmişlerdir. Velayet, soyadı ilk olarak kazanıldığında etki doğuran bir unsurdur; belirli bir çocuk üzerindeki velayetin sonradan değişmesi kural olarak, *per se* soyadı üzerinde etki doğuran bir unsur değildir. Benzer şekilde, kardeşlerin soyadlarında birlik olması gereğinin benimsendiğini, böylece bunların üzerindeki velayet hakkının farklı kişilere ait olmasının soyadlarının değişik olması sonucuna götürmediğini görmekteyiz[251]. Böylece çocukların menfaatleri korunduğu gibi, anne ve baba ara-

---

geçmesinin uygun olmadığı, babanın çocukla olan duygusal ilişkisinin daha zayıf olduğu, bu ilişkiyi güçlendirmek için çocuğun babasının soyadını taşıması gerektiği yönünde, HATEMİ, **Kişiler Hukuku**, s. 65.

249 MARIE, para. n. 4.

250 "*Anayasa'da korunan* (…) *dar anlamda ailedir, yoksa sadece baba tarafından kan hısmı olmaya dayanan bir aile yapısı değildir. Bir kimsenin soyadının, anne-baba ve çocuklardan oluşan aileyi ifade etmesi yeterlidir. Oysa bugünkü düzenlemeye göre, soyadı, bir aileyi ifade etmekten ziyade, bir kimsenin baba tarafından hangi soydan geldiğini ifade etmektedir. Soyadı yerine aile adı kavramının ön plana çıkması gerekir*." (NOMER, s. 450).

251 Bu durum, soyadının topluma aileyi yansıtma işlevini sürdürdüğünü, ancak bu aile birliğinin artık bir soyağacına bağlılıktan ziyade anne ve baba ile olan ilişki ile sınırlı olduğunu göstermektedir; MASSIP, para. n. 1.

sında da soyadının aktarımı açısından cinsiyete dayalı bir ayrıma gidilmemiş olmaktadır. Elbette belirli bir anda o anın gereklerine göre soyadının anne veya babadan aktarılması, çocuğun daha sonra oluşabilecek ihtiyaçlarına gözlerin kapatılması anlamına gelmemektedir. Bu noktada genel hükümlere göre ve çocuğun yüksek menfaati ışığında çocuğun soyadının değiştirilmesi söz konusu olabilir; anne ve babanın boşanması sonucu velayet durumunun ve ailevi ilişiklerin değişmesi de bu çerçevede, somut olayın özelliklerine göre soyadı değişikliğine götürebilir[252].

Başta da ifade edildiği gibi, eşitliğin hukuki açıdan sağlanması toplumsal cinsiyet eşitliğinin fiilen sağlanması açısından sadece ilk aşamadır ve anlamlı bir etki doğurması uzun yıllar alabilir. Ortak soyadının belirlenmesi açısından eşlere verilen serbestinin ve kadının soyadını seçebilme hakkının hâlihazırda sınırlı etki doğurmakta olduğu bilinmektedir. Kadına evlenme ile kullanacağı soyadını seçme imkânı tanıyan düzenlemeler benimsemiş olan Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık'ta kadınların bu hukuki imkâna rağmen evlenince eşlerinin soyadını kullanmaya devam etmelerinin toplumsal nedenlerini anlama çabası yakın tarihli bir araştırmanın konusu olmuştur. Araştırma sonuçları, bir evlilik ilişkisinde kadının, evlenmeden önceki soyadını muhafaza edip etmemesine göre bu evlilikteki kadının ve erkeğin kişisel nitelikleri ile evlilikteki güç ilişkileri hakkındaki toplumsal algının değiştiğini göstermektedir[253]. Özellikle, kadının erkeğin soyadını alıp almaması, bu erkek hakkındaki toplumsal algıyı etkilemekte ve onun ilişkide ne kadar güç sahibi olduğuna ilişkin çıkarımlar yapılmasına neden olmaktadır. Bu algının yarattığı sonuç, cinsiyetçi toplumsal rollere uygun bir algı

---

252 Bu imkânın korunması çocuğun menfaatine uygun çözümün olayın şartlarına göre değerlendirilebilmesini sağlar ve soyadının kazanılmasına ilişkin olarak kullanılan kategorik ölçütlerin düzelticisi olarak işlev görür. Örneğin, evlilik dışında doğan bir çocuk açısından, velayet ilişkisinin annenin soyadına işaret eden bir hukuk sisteminde, çocuğun babasının soyadını taşımasının babanın çocuğa karşı sorumluluklarını güçlendiren bir bağ kurulmasını sağlayabileceği yönündeki bir tespit bu sayede hukuki sonuç doğurabilir. Keza boşanma sonrası çocuğun soyadının doğrudan değiştirilmesi yerine genel hükümlere dayalı bir değerlendirme yapılması, babanın çocuğun hayatından silinmesi, sadece biyolojik işlevine indirgenmesi gibi çocuğun menfaatine uygun olmayabilecek itkilere dayalı bir soyadı değişikliğinin önüne geçebilir (Bu ihtimaller için, bkz. THERY, s. 192).

253 ROBNETT Rachael D./WERTHEIMER Marielle/TENENBAUM Harriet, "Does a Woman's Marital Surname Choice Influence Perceptions of Her Husband? An Analysis Focusing on Gender-Typed Traits and Relationship Power Dynamics", **Sex Roles**, C. 79, S. 1-2, 2018, s. 59 vd.

içinde konumlandırılabilmek için kişilerin, geleneksel soyadı aktarımı yapısı yönünde tercih kullanmakta olmalarıdır[254]. Kadınların kendi soyadları konusundaki haklardan yararlanmalarına engel olan bu fiili şartlar, çocuğun soyadının belirlenmesi aşamasında da yansımalarını göstermektedir. Toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin fiili algı, eşitlikçi biçimde gelişim göstermedikçe, soyadına ilişkin eşitlikçi düzenlemelerle, özellikle eşlerin seçim hakkı ile beklenen sonuçlara ulaşılması güç görünmektedir. Ancak bu düzenlemeler, tam da bu algının dönüştürülebilmesini sağlayacak hareket alanını yaratma işlevini üstlenmektedirler; kadının kocasının soyadını kullanmaması, hatta kadının soyadının ortak soyadı haline gelmesinin ve çocuğa aktarılmasının hukuken mümkün kılınması ile bu imkânların zamanla daha sıklıkla kullanılmasının ve eşitlikçi pratiklerin normalleşmesinin önü açılmış olacaktır.

---

254 ROBNETT/ WERTHEIMER / TENENBAUM, s. 68. İsviçre'de de yeni düzenlemelerin etkisinin sınırlı olduğu, erkeğin kadının soyadını aldığı hallerin erkeğin soyadının yabancı kökenli olması veya kadının soyadının sona ermemesi gibi istisnai nitelikte hallerle sınırlı kaldığı ifade edilmiştir; SCHÖNENBERG Marie-Bernadette, ""Le cœur a des raisons que la raison ne connait point" ou les difficultés de la révision du nom de famille des époux en Suisse", **Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer**, 2013, s. 274.

KAYNAKÇA

ABİK Yıldız, **Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı**, Seçkin, Ankara, 2005.

ACABEY M. Beşir, "Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı)", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan,** 2017, C. 19, s. 493-512.

AKBULUT Pakize Ezgi, "Türk ve Alman Hukuku'nda Evlenme ve Boşanmanın Kişinin Soyadına Etkisi ve Milletlerarası Özel Hukukta Çıkan Sorunlar", **İzmir Barosu Dergisi**, Temmuz 2011, s. 60-78.

AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, **Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku**, 21. Bası, Beta, İstanbul, 2019.

AKINTÜRK Turgut/AKİPEK Jale/ATEŞ Derya, **Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku**, 14. Bası, Beta, İstanbul, 2018.

AKKAYAN YILDIRIM Ayça, "Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114 E. 2009/105 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi", **Rona Serozan'a Armağan**, On İki Levha, İstanbul, 2010, C. I, s. 69-90.

AKYÜZ Emine, **Çocuk Hukuku-Çocukların Hakları ve Korunması**, 6. Bası, Pegem Akademi, Ankara, 2018.

ARAT Necla, "Feminist Hukuk", **Kadın Araştırmaları Dergisi**, 2010, s. 53-65.

BAŞ SÜZEL Ece/KURTULAN Gökçe, "**Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi"**, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Kasım-Aralık 2015, C. 10, S. 135-136, s. 77 vd.

BAŞOĞLU Başak, ""Adın Ne Değeri Var?"-Evliliğin Kadının Soyadına Etkisi", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 15, S. 176, 2017, s. 3881-3917.

BAŞOĞLU Başak, "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1, 2017, s. 351-378.

BAYGIN Cem, "Tanzimattan Günümüze Aile Hukukunun Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S.3, 2016, s. 454-462.

BERNARD-XEMARD Clara, "Le nom entre volontés individuelles et affections personnelles...", **Droit de la famille**, Haziran 2014, n. 6, étude 10.

BİNGÖL Orhan, "Toplumsal Cinsiyet Olgusu ve Türkiye'de Kadınlık", **Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, Özel Sayı 1, 2014, s. 108-114.

BİRİNCİ UZUN Tuba, "Aile Soyadı Çıkmazı- Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadının Velâyeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 4, 2016, s. 97-137.

BOYAR Oya, "Anayasa'da Kadın", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu,** İstanbul, 2016, s. 73-81.

BÜCHLER Andrea/ VETTERLİ Rolf, **Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz**, 3. Bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018.

CENGİZ Bilal, **Türk Hukukunda Ad ve Adın Değiştirilmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

ÇAĞLAR GÜRGEY F. İrem, "Annelik ve Hukuk", **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, ed. UYGUR Gülriz/ÖZDEMİR Nadire, Seçkin, Ankara, 2018, s. 369-392.

ÇAKIRCA Seda İrem, "Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK m. 187'nin Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, Cilt I, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 703-748.

ÇAKIRCA Seda İrem, "Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 70, 2012, s. 145-164

ÇAKIRCA Seda İrem, "Turkish Civil Code and CEDAW: Never Shall the Twain Meet?", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, C. 45, S. 62, 2013, s. 145-192.

DE LUZE Estelle/ DE LUİGİ Valérie, "Le nouveau droit du nom", **Aktuelle Juristische Praxis**, 2013, s. 505-524.

DESCOUTURES Virginie, "Le nom des femmes et sa transmission", **La Découverte/«Mouvements »**, S. 2, 2015, n. 82, s. 43-48.

DEVELİOĞLU Murat, "Rupture d'égalité entre hommes et femmes autour de la question du nom de famille en Turquie", **Revue Internationale de Droit Comparé**, C. 65, S. 4, 2013, s. 859-878.

DÖKMEN Zehra, **Toplumsal Cinsiyet, Sosyal Psikolojik Açıklamalar**, 9. Bası, Remzi Kitabevi, 2009.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku**, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ M. Alper, **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

DURSUN Esra, **Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı**, On İki Levha, İstanbul, 2018.

EKİNCİ Bezar Eylem, "Anayasa Hukukuna Feminist Yaklaşımlar ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme", **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, ed. UYGUR Gülriz/ÖZDEMİR Nadire, Seçkin, Ankara, 2018, s. 165-212.

ERDEM Jülide Gül, "Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği", **Akademik Hassasiyetler**, S. 4, 2017, s. 19-44.

ERDEM Mehmet, **Aile Hukuku**, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.

ERDOĞAN Çağla, "İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet", **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, ed. UYGUR Gülriz/ÖZDEMİR Nadire, Seçkin, Ankara, 2018, s. 433-506.

ERGENE Deniz, "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medenî Kanun'da Değişiklik Önerisi", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 31, S. 2, 2011, s. 123- 176.

GÖZTEPE Ece, "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 54, S. 2, 1999, s. 102-130.

GUILLOD Olivier/BURGAT Sabrina, **Droit des familles**, 4. Bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016.

GUILLOD Olivier, **Droit des personnes**, 5. Bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018.

GÜLSEVEN Ayşe Seda, "Türk Aile Hukukunda Toplumsal Cinsiyet Rolleri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 132, 2017, s. 183-230.

HAMDEMİR Berkan, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, Seçkin, 2015.

HATEMİ Hüseyin, **Kişiler Hukuku**, 6. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017.

HATEMİ Hüseyin, **Aile Hukuku**, 7. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2019.

HELVACI Serap, **Gerçek Kişiler**, 8. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017 ("**Gerçek Kişiler**")

HELVACI Serap, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 35, S. 1, 2016, s. 157-169 ("**Evli Kadının Soyadı**").

HELVACI Serap/KOCABAŞ Gediz, "Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Mehmet Akif Aydın'a Armağan**, C. 21, S. 2, 2015, s. 615-644.

IŞINTAN Pelin, "Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Seçme Hakkı Mevcut Mudur?", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2012, s. 265-279.

KABOĞLU İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 13. Bası, Legal, İstanbul 2018.

KANADOĞLU Korkut, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, On İki Levha, İstanbul, 2015.

KARAMAN Ebru, **Eşitlik İlkesi Çerçevesinde Siyasi Partilerde Kadın Kotası**, On İki Levha, İstanbul, 2016.

KILIÇOĞLU Ahmet, "Medeni Kanun Açısından Kadın-Erkek Eşitliği", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 1991, s. 9-17.

KILIÇOĞLU YILMAZ Kumru, "Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 4, 2014, s. 581-592.

KILINÇ Ümit, "İsim Ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 89, 2010, s. 242-276.

KOCABAŞ Gediz, "Evlenmenin Kadının Soyadı Üzerindeki Etkisine İlişkin Güncel Gelişmeler", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu,** İstanbul, 2016, s. 135-140.

KORAY Meryem, "Avrupa Birliği ve Türkiye'de "Cinsiyet" Eşitliği Politikaları: Sol-Feminist bir Eleştiri", **Çalışma ve Toplum**, C. 29, S. 2, 2011, s. 13-54.

LAPIERRE Nicole, "Patriarcat, Patriotisme et Patronymes", **Lignes**, S. 3, n. 6, 2001, s. 233-249.

MARIE Catherine, "Changement de nom", Articles 61 à 61-4, **JurisClasseur Civil Code**, 25 Ağustos 2017.

MATHIEU Nicole-Claude, "Cinsiyet ve Toplumsal Cinsiyet", **Eleştirel Feminizm Sözlüğü**, ed. HIRATA Helena / LABORIE Françoise / LE DOARE Hélène / SENOTIER Danièle, (çev. G. Acar-Savran), Dipnot Yayınları, Ankara, 2015, s. 76-86.

MASSIP Jacques, "Le nom de famille", **Defrénoi***s*, n. 4, 28 Şubat 2005, s. 272.

MONTINI Michel, "Le droit du nom entre réformes législatives et évolution du contexte européen", **Droit international privé de la famille, Les développements récents en Suisse et en Europe-Actes de la 24e Journée de droit international privé du 16 Mars 2012 à Lausanne**, ed. BONOMI Andrea/ SCHMID Christina, Schultess Juristische Medien, 2014, s. 81-124.

MOROĞLU, Nazan: "Kadının Kimlik Sorunu: Kadının Soyadı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 99, 2012, s. 245-268.

MORTAŞ Süleyman, "Evlenen Kadın ile Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde "Kocanın Soyadı" Parametresi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 2, 2016, s. 311-369.

MUSCHELER Karlheinz, **Familienrecht**, 4. Bası, Franz Vahlen, Münih, 2017.

NOMER Haluk, "Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, 2002, s. 421-450.

ODER Bertil Emrah, "Anayasa'da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası", **Tükiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar**, 2. Bası, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 195-225.

OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Kişiler Hukuku**, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, "Soyadı ve ile İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler ile Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, 2016, s. 2017 – 2032.

ORUÇ Murat, "Evli Kadının Münhasıran Bekarlık Soyadını Kullanabilmesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 7, S. 27, Temmuz 2016, s. 451-465.ÖCAL APAYDIN Bahar, "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözüme Kavuşturulmuş Mudur?", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 2, 2015, s. 425-458.

ÖDEN Merih/ ESEN Selin, "Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı", **Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, C. 2, 2013, s. 817-837.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 18. Bası, Yetkin, Ankara, 2018.

ÖZDEMİR Hayrünnisa/RUHİ Ahmet Cemal, **Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)**, On İki Levha, İstanbul, 2018.

ÖZDAMAR Demet, "Pozitif (Olumlu) Ayrımcılık Yönü ile, Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Kadının Hukuki Konumuna İlişkin Son Gelişmeler", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 2, 2006, s. 11-67.

ÖZEN Burak, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu,** İstanbul, 2016, s. 93-104.

ÖZEN Burak, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 16, S. 3-4, 2010, s. 171-194. ("**Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması**")

ÖZTAN Bilge, **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

PÜRSELİM ARNİNG Hatice Selin, **Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad**, Adalet, Ankara, 2014.

ROBNETT Rachael D./WERTHEIMER Marielle/TENENBAUM Harriet, "Does a Woman's Marital Surname Choice Influence Perceptions of Her Husband? An Analysis Focusing on Gender-Typed Traits and Relationship Power Dynamics", **Sex Roles**, C. 79, S. 1-2, 2018, s. 59-71.

SCHÖNENBERG Marie-Bernadette, ""Le cœur a des raisons que la raison ne connait point" ou les difficultés de la révision du nom de famille des époux en Suisse", **Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer**, 2013, s. 259-275.

SCHWAB Dieter, **Familienrecht,** 25. Bası, C.H. Beck, Münih, 2017.

SEROZAN Rona, "Anayasa Mahkemesi'nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", **Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu**, On İki Levha, İstanbul, 2013, s. 137-166. ("**Anayasa Mahkemesi**").

SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017 ("**Kişiler Hukuku**").

SEROZAN Rona, **Çocuk Hukuku**, 2. basıdan tıpkı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017 ("**Çocuk Hukuku**").

ŞİRİN Tolga, **Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, On İki Levha, İstanbul, 2013.

TAHMAZOĞLU-ÜZELTÜRK Sultan, "Ad ve Soyada İlişkin Kararlar-Bireyin Kimlik Hakkı", **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 5, 2014, s. 11-35.

TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 19. Bası, Beta, İstanbul, 2019.

TEYSSIE Bernard, **Droit civil-Les personnes**, 18. Bası, LexisNexis, Paris, 2016.

TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, 23. Bası, Beta, İstanbul, 2019.

THERY Irène, "Le nom, entre préséance et préférence", **La Découverte/Travail, genre et sociétés**, S. 1, n. 7, 2002, s. 189 -197.

TURAN BAŞARA Gamze, "Ana ile Evlilik Dışında Doğan Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 131, 2017, s. 211-238.

UYGUR Gülriz, "Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 4, 2015, s. 121 – 132.

VARIKAS Eleni, "Eşitlik", **Eleştirel Feminizm Sözlüğü**, ed. HIRATA Helena / LABORIE Françoise / LE DOARE Hélène / SENOTIER Danièle, (çev. G. Acar-Savran), Dipnot Yayınları, Ankara, 2015, s. 130-136.

YÜCEL Özge, "Medeni Hukuk Açısından Toplumsal Cinsiyet, Şiddet ve Ayrımcılık", **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, ed. UYGUR Gülriz/ÖZDEMİR Nadire, Seçkin, Ankara, 2018, s. 325-368

YÜKSEL, Sera Reyhani, "Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 2, 2014, s. 175-200.

ZAND Joseph/ÖCAL APAYDIN Bahar, "The Myth of Gender Equality in Turkey: Her Name or Sir-Name?", **Cardozo Journal of Law & Gender**, C. 22, 2016, s. 253-286.

YURT DIŞINDAN TÜRKİYE'YE GELEN TAŞINIR ÜZERİNDEKİ MÜLKİYETİ MUHAFAZA KAYDININ AKIBETİ

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hakan DAĞDELEN*

Öz: Uygulamada, Almanya ve Avusturya'da yerleşik satıcıların, Türkiye'den bir alıcı ile yaptıkları satım sözleşmelerine mülkiyeti muhafaza kaydı koydurdukları gözlemlenmektedir. Genelde dağıtım sözleşmeleri bağlamında yapılan satım sözleşmelerinde yer alan bu kayıtların sicile geçmemeleri durumunda geçerli olup olmadığı sorusu Türkiye'de bir problem teşkil etmektedir. Öğretide bu soruya ilişkin her iki yönde de cevap bulmak mümkün iken, pek de yeni tarihli olmayan bir kararında Yargıtay Türkiye'de bu tip kayıtlar için öngörülmüş sicile geçmemiş kayıtlar açısından yabancılık unsuru bulunan bir olayda geçersizlik hükmünde bulunmuştur. Bu çalışmada, kısaca bu tip kayıtlar için Türk Medeni Hukuku'nda öngörülen esaslar, yine kısaca Almanya, Avusturya ve İsviçre hukuklarında bu kayıtların esası ve yabancılık unsuru varlığında durumu ve son olarak bu kayıtların bir yabancılık unsuru varlığı halinde Türk Milletlerarası Özel Hukuku bakımından geçerliliği incelenmektedir.

Anahtar kelimeler: Mülkiyeti muhafaza kaydı, mülkiyeti muhafaza anlaşması, mülkiyeti saklı tutma anlaşması, satım sözleşmesi, taşınır, teminat, kredi, lex rei sitae, kamu düzeni

* Makale Gönderim Tarihi: 18.09.2019. Makale Kabul Tarihi: 23.10.2019.

Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0003-3794-1333; *hakandagdelen@beykent.edu.tr*)

THE QUESTION OF VALIDITY OF RESERVATION OF TITLE CLAUSES IN RESPECT OF MOVABLES BROUGHT TO TURKEY

Abstract: It is a frequently referred practice for the sellers resident in Germany and Austria to secure their claims against the purchasers resident in Turkey by means of reservation of title clauses in purchase contracts associated with distribution contracts. Contrary to this common behavior, there is a question dividing doctrine whether the seller shall retain ownership of goods handed over to the purchaser on the grounds of reservation of title clause which is not entered in the official register kept by the Notary at the current domicile of the purchaser. In an old-dated decision, Yargıtay gave a negative answer to this question in a case with a foreign element. In this paper, the fundamentals of reservation of title clauses within the framework of Turkish Civil Law are pointed out and a brief explanation on German, Austrian and Swiss Civil Law is given in this regard. The main focus aims at the validity of reservation of title clauses according to Turkish Private International Law in cases where such relationship between the seller and the purchaser contains a foreign element.

Keywords: Reservation of title, retention of title, sale contract, movable, chattel, security, credit, lex rei sitae, ordre public

I. MÜLKİYETİ MUHAFAZA KAYDININ FONKSİYONU

Genellikle alıcının kazanmayı beklediği mülkiyet hakkına ilişkin bir geciktirici şart[1] pelerini ile sözleşmelerde yer bulan mülkiyeti muhafaza kaydı[2], peşin parayla yapılmayan mal satımlarında satıcıya **teminat** sağlama

---

1 Bu çalışmada da yapılan açıklamalarda, uygulamada daha sık karşılaşılan geciktirici şart temelli bu tip anlaşmalardan hareket edilmektedir.

2 Bu kaydın alıcının mülkiyet hakkı açısından bozucu şart olarak da düzenlenebileceğine işarette bulunmak üzere: Rona SEROZAN, "Mülkiyeti saklı tutma anlaşması ve teminaten temlik", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. yaş günü armağanı**, 2. b., İstanbul, Beta, 2001, s. 988, 992; Harm Peter WESTERMANN, "§ 449 BGB", **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3**, ed. Franz Jürgen SÄCKER/Roland RIXECKER/Hartmut OETKER/Bettina LIMPERG, 7. b., München, C. H. Beck, 2016, N. 11; Mehmet Serkan ERGÜNE, **Taşınır Mülkiyeti**, İstanbul, On İki Levha, 2017, N. 582; Michel KÄHR, "Art. 715 ZGB", **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, ed. Jolanta Kren KOSTKIEWICZ/Stephan WOLF/Marc AMSTUTZ/Roland FANKHAUSER, 3. b., Schweiz, Orell Füssli Verlag AG, 2016, N. 8; Lâle SİRMEN, **Eşya Hukuku**, 5. b., Ankara, Yetkin, 2017, s. 493, 494; Aysel ÇELİKEL, **Menkul eşya üzerinde aynî haklardan doğan kanunlar**

amacıyla başvurulan ve ayni teminat olarak görülen bir teminat türüdür[3]. Bu teminat türünde, malı devralan alıcı teminat konusunu elinde bulundurup, satıcıya olan borcunu daha kolay ödeme imkânına kavuşurken; teminat alan için ise kendisine teslimsiz bir güvence sağlanmış olup, geciktirici şart vasfında olan bir mülkiyeti muhafaza kaydı ile, şartın gerçekleşmesine kadarki sürede, malın mülkiyetini elinde bulundurmaya devam etme imkânı sağlanmaktadır. Bu yönde bir teminatın, rehin ile karşılaştırıldığında, teminat alana sağladığı fayda, üzerinde teminat sağlanan taşınırın muhafaza yükünden kurtulmada kendini gösterir ve teslimsiz bir teminat kurulur[4].

Türkiye'de uygulamada pek tercih edilmeyen bu teminat türünün Almanya ve Avusturya uygulamalarında yaygın olarak kullanılmasının yanı sıra, bu ülkelerden bir satıcı ile Türkiye'den bir alıcı arasında yapılan satım sözleşmelerinde de genellikle kendine yer bulur olduğu görülmektedir. Bu hususta dikkat cezbeden birkaç önemli noktaya, aşağıda Türk hukuku merkezinde işarette bulunulacaktır.

II. YABANCILIK UNSURU VE ETKİSİ

Bir özel hukuk problemindeki bir unsur veya unsurlar, farklı ülkelerin hukuk düzenleri ile temas halinde bulunuyor olabilir. Bu temas kendini, örnek olarak sayılacak şekilde, probleme dâhil olan bir kişinin tabiiyetinde veya ikametgâhında, probleme konu olan eşyanın bulunduğu yerde keza işlemin yapıldığı yerde kendini gösterebilir. İşte bu, Türk mahkemeleri önünde Türk hukukundan başka bir hukuk düzenine bir hukuki problemin temas etmesine vesile olan olguya yabancılık unsuru denilmektedir[5]. Böyle bir un-

---

ihtilafı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972, s. 73; Rona SEROZAN, "Mülkiyeti saklı tutma anlaşması", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 1, Sy. 2, 1968, s. 180.

3 Bu sayede kurulan teminatın ayni teminat oldugu yönünde: SEROZAN, 2001, s. 987; ERGÜNE, N. 554; Emre ESEN, "Yabancılık unsuru taşıyan mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi hakkındaki bir Yargıtay kararının değerlendirilmesi (Karar incelemesi)", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 65, Sy. 2, 2007, s. 391; Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. b., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 243; Nihal ULUOCAK, **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s. 168; Aysel ÇELİKEL/Ergin NOMER/Kerem GİRAY/Emre ESEN, **Devletler Hususi Hukuku**, 12. b., İstanbul, Beta, 2014, s. 345.

4 SEROZAN, 2001, s. 87.

5 Yabancılık unsuru için: Ergin NOMER, **Devletler Hususî Hukuku**, 22. b., İstanbul, Beta, 2017, s. 4 vd; ÇELİKEL ve diğ., s. 343.

surun, üzerinde mülkiyeti muhafaza kaydı yurt dışında kurulmuş bir taşınırın Türkiye'ye getirilmesi ile bu kaydın geçerliliğine ilişkin oluşacak problemde bulunduğu kabul edilebilir[6].

Bir hukuki problemde yabancılık unsurunun varlığı, çözmesi için problem önüne getirilmiş bir Türk mahkemesinin yetkisinin ve bu probleme uygulanacak hukukun Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (çalışmanın devamında kısaca "MÖHUK") uyarınca tespit edilmesini gerektirir. Bu husus MÖHUK m. 1 f. 1'de ifade edilmektedir.

Mülkiyeti muhafaza kaydının, problemin kendisini veya problem yumağının içindeki düğümlerden birini teşkil ettiği bir uyuşmazlıkta yetkili Türk mahkemesinin MÖHUK m. 40 vd. uyarınca yetki tespitinin devamında, bu kaydın geçerli olup olmadığını ve bu hususta tâbi olacağı hukuku belirlemek gerekmektedir. Bununla beraber, bu kaydın geçerliliğinin Türk hukuku uyarınca bağlı olacağı hukuka ilişkin açıklamalara geçmeden evvel, aslında bu problemin kaynağına esas teşkil eden, Türk hukuku uyarınca bu kayıt için öngörülen şekle ilişkin kısa bir açıklamada bulunmak gerekmektedir.

III. KAYDIN ŞEKLİ VE ETKİSİ

Mülkiyeti muhafaza kayıtlarının geçerliliği için, Türk Medeni Kanunu (devamında kısaca "TMK") ağır bir şekil şartı öngörmektedir. TMK m. 764 uyarınca bu yönde bir kaydın geçerliliği, kaydın resmi şekilde, noterde düzenlenme şeklinde yapılmasına ve yine kaydın taşınırı devralanın yerleşim yeri noterliğindeki özel sicile kaydedilmesine bağlıdır[7]. Tescilin yokluğunda bu kayıt, geçersiz addedilmektedir[8]. Bununla beraber sicile kayıt edilmiş bir mülkiyeti muhafaza kaydının, TMK m. 988 uyarınca emin sıfatı taşıyan zil-

---

6 Türk öğretisindeki, yabancılık unsurunun varlığından hareketle bu konudaki tartışmalar için bkz. aş.: V. 1. İçtihat ve öğretideki görüşler.

7 Türk hukuku uyarınca tasarruf işlemlerinin şarta bağlanamayacağı ve geçerli bir mülkiyeti muhafaza kaydının varlığına rağmen mülkiyetin teslim ile devralana geçeceği yönünde: Hüseyin HATEMİ/Emre GÖKYAYLA, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. b., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, N. 7 § 5.

8 Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ/Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 21. b., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, N. 2618; SİRMEN, s. 494; ERGÜNE, N. 569, 570. Son yazar, mülkiyetin nakli için, satım bedelinin ifasından başka bir şartın kabul edileceği durumlarda, TMK m. 764'te öngörülen şeklin zorunlu tutulmayabileceğine işarette bulunmaktır. Y. İBK 19.04.1944 E. 1943/36 K. 1944/14 (hukukturk.com).

yetten mülkiyet veya sınırlı ayni hak kazanımında bulunan iyi niyetli üçüncü kişilere bir etkisi yoktur[9]. Noterde tutulan bu sicil, tapu siciline benzer iyi niyeti giderici bir fonksiyon taşımadığı gibi, bunun yanında bu sicile güvenerek, sicilden hak kazanımını da sağlamamaktadır[10].

Türk hukuku uyarınca, TMK m. 763'e göre taşınır satımlarında mülkiyet, zilyetliğin tesisi ile devralana geçtiğinden, bir görüş uyarınca satıcının mülkiyeti hiç devretmemesi için, bu kaydın teslimden evvel özel sicile kaydedilmesi gerekmektedir: Teslimden sonra yapılan tescil durumunda, mülkiyetin taşınırı devredene döneceği ifade edilmektedir[11]. Paralel diğer bir görüşe göre ise burada, devralanın mülkiyet hakkı sonradan bozucu şarta bağlanmakta, borcun ödenmemesi durumunda mülkiyet devredene dönmektedir[12].

Öğretide diğer bir görüş uyarınca, taraflar arasında karara bağlanmış ancak sicile geçirilmemiş bir mülkiyeti muhafaza kaydı sebebiyle, satıcı taşınır üzerindeki mülkiyetini alıcı karşında yine de kaybetmez, ancak alıcının cebri icra yolu ile takip yapan alacaklarına karşı da bu mülkiyet hakkını ileri süremez[13]. Bu görüş doğrultusunda, göreceli/nispi bir mülkiyettir (*relatives Eigentum*)[14] burada söz konusu olan. Kanımca bu görüşe katılmak gerekmektedir, zira sicile geçmemiş bir kaydın geçersizliğine temel olabilecek endişeler, alıcı ve satıcı arasında bulunmamaktadır. Keza, alıcının şekle aykırılığı dayanak göstererek, satıcının istihkak davasına karşı koyması halinde ise bir hakkın kötüye kullanılması senaryosu da görmek mümkündür. Zira alıcı zilyetliğini edindiği taşınırın hem bedelini ödememiş hem de bedelini ödemeden taşınırın mülkiyetine sahip olmayacağı sözü vermiştir[15].

---

9 SEROZAN, 2001, s. 993, 998 vd.; OĞUZMAN ve diğ., N. 2618; ERGÜNE, N. 573, 591; SİRMEN, s. 494.

10 SEROZAN, 2001, s. 999.

11 OĞUZMAN ve diğ., N. 2618 dipnot 62.

12 ERGÜNE, N. 571, 582. Teslimden sonra yapılan anlaşmanın geçerli olacağı yönünde: SEROZAN, 1968, s. 182.

13 SEROZAN, 2001, s. 994.

14 Kavram ve kısa açıklamalar için: Christiane WENDEHORST, "Art. 43 EGBGB", **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 12**, ed. Jan HEIN, 7. b., München, C. H. Beck, 2018, N. 43 vd.

15 Alıcının alacaklıları açısından bkz. aş.: V. 2. C- c- Mülkiyet hakkı ve üçüncü kişiler.

IV. KAYDIN GENEL HATLARIYLA KİMİ YABANCI HUKUKLARDAKİ DURUMU

Aşağıda yer alan ülkeler, ulaşılabilen kaynaklar doğrultusunda, konuya ilişkin aydınlatıcı ek bilgiler sunulması amacıyla seçilmiştir. Yapılan eşleştirmede hataya düşmemek amacıyla, bu ülkelerde "*Eigentumsvorbehalt*" veya "*Vorbehaltseigentum*" olarak isimlendirilen bu teminat türüne ilişkin kısa bilgi verilmesinde yarar görülmektedir.

1. Almanya

§ 449 Bürgerliches Gesetzbuch (devamında kısaca "BGB") ile bir taşınırın satıcısının, satım bedeli ödenene kadar o taşınırda, taşınırın tesliminden sonra mülkiyet hakkını muhafaza edebileceği öngörülmüştür. Bu tür bir muhafaza kaydı için, kanunda özel bir şekil öngörülmemekte, taraflar kendi aralarında bu yönde yapacakları bir anlaşma ile geçerli bir kayıt kararlaştırabilmektelerdir[16]. Keza satıcının en geç taşınırın teslimine kadar açıklayacağı iradesi ile tek taraflı olarak, mülkiyetin teslime rağmen karşı tarafa geçmesine engel olabileceği, bununla beraber mülkiyetin kayıtsız şartsız devrinin kararlaştırıldığı durumlarda bunun bir yükümlülük ihlali teşkil edeceği ifade edilmektedir[17]. Bir diğer husus, § 320 BGB uyarınca tarafların borçlarını eş zamanlı ifa edecekleri genel kuralından ve sözleşmenin yorumundan hareketle, satıcının taşınırı karşı tarafın satım bedeli borcunu ödemesinden evvel teslim etmesi durumunda, satım bedeli alınmadan mülkiyetin devir edilmeyeceği ve mülkiyetin yine satıcıda kalacağına ilişkindir[18]. Satım bedelinin ödenmesi ile bu kayıt sönmektedir, bununla beraber bu kaydın satım bedeline ilişkin alacağın zaman aşımına uğramış olması halinde dahi satıcıya mülkiyete dayalı bir iade talebi sağlayacağı yine ifade edilmektedir[19].

---

16 WESTERMANN, N. 13; Detlef SCHMIDT, "§ 449 BGB", **BGB Kommentar**, ed. Hans PRÜTTING/Gerhard WEGEN/Gerd WEINREICH, 2. b., Neuwied, Luchterhand, 2007, N. 8; Hans PUTZO, "§ 449 BGB", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, ed. Otto PALANDT, 64. b., München, C. H. Beck, 2005, N. 10, 11; Roland Michael BECKMANN, "§ 449 BGB", **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 433-487 BGB**, ed. J. von STAUDINGER, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, N. 13.

17 SCHMIDT, N. 10; WESTERMANN, N. 16, 17, 18; PUTZO, N. 11; BECKMANN, N. 21.

18 SCHMIDT, N. 11; WESTERMANN, N. 15, 16. Sözleşmenin yorumu yoluyla bu yönde bir kaydın varlığına erişilebileceği yönünde: PUTZO, N. 10. Bu hususa kısaca işarette bulunan: BECKMANN, N. 21.

19 WESTERMANN, N. 32; PUTZO, N. 27; BECKMANN, N. 33.

Yurt dışında bulunan bir eşya üzerinde kurulan mülkiyeti muhafaza kaydının akıbeti genel olarak Art. 43 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (devamında kısaca "EGBGB") bağlamında tartışılmaktadır. Üç fıkradan oluşan düzenlemenin ilk fıkrasında, bir eşya üzerindeki hakkın, o eşyanın bulunduğu ülke hukukuna tâbi olduğu ifade edilmektedir. İkinci fıkrada, üzerinde hak kurulmuş bir eşyanın diğer bir ülkeye gelmesi durumunda, bu eşya üzerindeki haklar, bu bahsi geçen diğer ülkenin hukuk düzenine aykırı şekilde kullanılamaz denmektedir. Son fıkrada ise, yurt içine gelen eşya üzerinde bir hak henüz kazanılmamış ise, yurt içinde gerçekleşecek bu tip bir kazanım için, diğer bir ülkede gerçekleşen olgular yurt içinde gerçekleşmiş gibi göz önünde bulundurulur denmektedir. Hukuki işlemlerin şekliyle ilgili Art. 11 Abs. 4 EGBGB'de ise, taşınır taşınmaz ayrımı yapılmadan, tasarruf işleminin, tasarruf işleminin yapıldığı yerin hukukuna göre değil de, o hukuki ilişkinin esası hakkında uygulanacak hukuka göre yapılması gerektiği kaleme alınmaktadır.

Bu düzenlemeler ışığında, yurt dışında bulunan bir taşınır için kararlaştırılmış ve sadece taraflar arasında geçerli olan, satıcıya nispi bir hak sağlayan bir kaydın, taşınırın Almanya'ya gelmesi ile mutlak etkiye sahip olacağı ifade edilmektedir[20]. Örneğin, İtalyan Hukuku uyarınca sadece taraflar arasında bir anlam ifade eden şifahen kararlaştırılmış bir kayıt, taşınırın İtalya'dan Almanya'ya gelmesi ile mutlak etkiye sahip olmaktadır[21]. Bir görüşe göre, Art. 43 Abs. 2 EGBGB sebebiyle, alıcının yabancı hukuk uyarınca mülkiyeti kazanmamış olması, taşınır Almanya'ya geldiğinde, muhafaza kaydına tanınacak geçerli bir etki için şarttır[22]. Diğer bir yazar, Art. 43 Abs. 3 EGBGB'nin, yurt dışında hak kazanımına ilişkin geçersiz bir olguyu, taşınırın Almanya'ya gelmesi ile geçerli hale getirmeyeceğini ifade etmektedir[23]. Bununla beraber, kanun koyucunun iradesinin aksi yönde, yurt dışında

---

20 Moritz BRINKMANN, "Art. 43 EGBGB", **BGB Kommentar**, ed. Hans PRÜTTING/Gerhard WEGEN/Gerd WEINREICH, 2. b., Neuwied, Luchterhand, 2007, N. 20; Andreas HELDRICH, "Art. 43 EGBGB", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, ed. Otto PALANDT, 64. b., München, C. H. Beck, 2005, N. 10; Daniel SCHÄUBLE, "§ 17 Sachenrecht", **Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis**, ed. Rainer HAUSMANN/Felix ODERSKY, 3. b., München, C. H. Beck, 2017, N. 11.

21 HELDRICH, N. 10; SCHÄUBLE, N. 12.

22 BRINKMANN, N. 20.

23 Reinhard WELTER, "§ 26 Auslandsbezug und Tragweite ausländischen Rechts", **Bankrechts-Handbuch Band I-II**, ed. Herbert SCHIMANSKY/Hermann-Josef BUNTE/Hans-Jürgen LWOWSKI, 5. b., München, C. H. Beck, 2017, N. 125.

geçersiz bir kaydın, taşınırın Almanya'ya gelmesi ile geçerli kabul edilmesi şeklinde olduğu belirtilmektedir[24].

2. Avusturya

§ 1063 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (devamında kısaca "ABGB") uyarınca, bir şey satıcısından alıcısına satım bedeli alınmadan devredildiğinde, bu şey kredili satılmış olup, alıcı bu şey üzerinde hemen mülkiyeti kazanır. Emredici olmadığı kabul edilen bu hükme[25], mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılan satımlar istisna teşkil etmektedir. Uygulamada sıklıkla kullanılan ve satıcıya ayni bir teminat sağlandığı kabul edilen[26] mülkiyeti muhafaza kaydı, ABGB'de düzenlenmemiştir[27]. Önceden borcunu ifa eden satıcıyı, alıcının sonradan ortaya çıkacak ödeme güçlüğünden koruyan bu teminat türünde, satıcı satım bedelinin tam olarak ödenmesi şartı ile malı devretmekte ve malın mülkiyetini kendisinde tutmaktadır[28]. Alıcı, satım bedelinin tam olarak ödenmesi ile satılan şeyde mülkiyeti kazanmaktadır[29], satım bedeline ilişkin alacağın zaman aşımına uğraması ile ise bu kayıt sönmemektedir[30].

Bu kaydın geçerliliğine ilişkin ABGB'de bir şekil şartı öngörülmediği gibi[31], kamuya açıklık şartına da bu teminat türünde riayet edilmemektedir[32].

---

24 Kanun koyucunun iradesine ilişkin: WENDEHORST, N. 167.

25 Helmut KOZIOL/Rudolf WELSER/Andreas KLETEČKA, **Bürgerliches Recht Band: I**, 13. b., Wien, Manz, 2006, s. 411; Andreas RIEDLER, "Eigentumsvorbehalt", **Österreichisches Bankvertragsrecht Band IX: Kreditsicherheiten Teil II**, ed. Peter APATHY/Gert IRO/Helmut KOZIOL, 2. b., Wien, Springer, 2012, N. 3/1; Francesco SCHURR, "§ 1063 ABGB", **ABGB Taschenkommentar**, ed. Michael SCHWIMANN, 2. b., Wien, LexisNexis, 2013, N. 5.

26 KOZIOL ve diğ., s. 404; RIEDLER, N. 3/3.

27 KOZIOL ve diğ., s. 411; RIEDLER, N. 3/2.

28 KOZIOL ve diğ., s. 411; RIEDLER, N. 3/3.

29 Kısmi ifanın, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, paylı mülkiyete yol açmayacağı yönünde: RIEDLER, N. 3/5.

30 KOZIOL ve diğ., s. 412; RIEDLER, N. 3/43; Gert IRO, **Bürgerliches Recht Band IV Sachenrecht**, ed. Peter APATHY, 5. b., Wien, Verlag Österreich, 2013, N. 8/20; Peter APATHY, "§ 1063 ABGB", **Kurzkommentar zum ABGB**, ed. Helmut KOZIOL/Peter BYDLINSKI/Raimund BOLLENBERGER, 3. b., Wien, Springer, 2010, N. 5; SCHURR, N. 22.

31 RIEDLER, N. 3/7.

32 KOZIOL ve diğ., s. 413; RIEDLER, N. 3/4; IRO, N. 8/1. Oysa buna teminaten temlikte

Öğretide tartışılmakla beraber, bir görüş doğrultusunda satıcı, alıcının da borcunu hemen, peşin ifa edeceği beklentisi ile satılan şeyi alıcıya devrederse, bu durumda özel bir mülkiyeti muhafaza kaydı olmasa bile, tarafların borçlarını eş zamanlı olarak ifa etmesi genel kuralından hareketle, alıcı bu şeyde mülkiyeti kazanmamaktadır (*kurzfristiger Eigentumsvorbehalt*)[33]. Diğer bir tartışma da, taşınırın devri sırasında satıcı tarafından, alıcı ile anlaşmadan, açıklanan mülkiyeti muhafaza iradesi ile tek taraflı olarak kurulan bu yönde bir kaydın geçerliliğine ilişkindir (*einseitiger Eigentumsvorbehalt*)[34].

Yurt dışında bulunan taşınır üzerinde kararlaştırılmış bir mülkiyeti muhafaza kaydının, taşınırın Avusturya sınırlarına girmesi durumunda akıbetinin ne olacağı kural olarak § 31 Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (devamında kısaca "IPRG") bağlamından değerlendirilmektedir[35]. § 31 Abs. 1 IPRG uyarınca, maddi eşyalar üzerindeki ayni hakların kazanılması ve kaybı, zilyetlik de dâhil olmak üzere, kazanmanın veya kaybın temelinde yatan ilişkinin (*Sachverhalt*) tamamlanması anında o eşyanın bulunduğu ülkenin hukukuna göre belirlenir. § 31 Abs. 2 IPRG uyarınca, eşyaların hukuki nevileri ve ilk fıkrada sayılan hakların içerikleri, eşyanın bulunduğu ülkenin hukukuna göre belirlenir. Bu madde bağlamında, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin uygulanacak hukukun tespiti aşamasında birbirinden ayrı değerlendirileceği ve tasarruf işleminin eşyanın bulunduğu ülke hukukuna tâbi olacağı ifade edilmektedir[36].

§ 31 IPRG temelinde, taşınır eşyanın yer değiştirmesinin yapılan işlem açısından bozukluğu giderici (*heilende Wirkung*) veya bozucu (*vernichten-*

(*Sicherungseigentum*/*Sicherungsübereignung*) riayet edilmektedir: KOZIOL ve diğ., s. 405 vd; Peter APATHY, "Die Sicherungsübereignung", **Österreichisches Bankvertragsrecht Band IX: Kreditsicherheiten Teil II**, ed. Peter APATHY/Gert IRO/Helmut KOZIOL, 2. b., Wien, Springer, 2012, N. 4/7, 4/10.

33 KOZIOL ve diğ., s. 411; RIEDLER, N. 3/40; IRO, N. 8/4; Wolfgang ZANKL, **Bürgerliches Recht**, 6. b., Wien, Facultas, 2012, N. 366. Bu hususun mutlak surette kararlaştırılmış olması gerektiği yönünde: APATHY, § 1063 ABGB, N. 4.

34 KOZIOL ve diğ., s. 411; RIEDLER, N. 3/41; IRO, N. 8/3. Tek taraflı olarak bu yönde bir kayıt konulamayacağı yönünde: APATHY, § 1063 ABGB, N. 4; SCHURR, N. 8.

35 Willibald POSCH, **Bürgerliches Recht VII Internationales Privatrecht**, ed. Peter APATHY, 4. b., Wien, Springer, 2008, N. 13/1 vd.

36 Matthias NEUMAYR, "§ 31 IPRG", **Kurzkommentar zum ABGB**, ed. Helmut KOZIOL/Peter BYDLINSKI/Raimund BOLLENBERGER, 3. b., Wien, Springer, 2010, N. 2; POSCH, N. 13/4. OGH 23.10.1991, 3Ob575/91 (ris.bka.gv.at).

de Wirkung) bir etkisi olacağı belirtilmektedir[37]. Bozukluğu giderici etkiye örnek olarak, İsviçre'de sicile kayıt edilmediği sebebiyle geçersiz sayılan bir mülkiyeti muhafaza kaydının, o eşyanın Avusturya sınırlarına girmesi ile, artık geçerli olacağı verilmektedir[38]. Yer değişikliğinin bozucu etkisine örnek olarak ise, Almanya'da geçerli kabul edilen hükmen teslim ile zilyetliğin devri şeklinde yapılan teminaten temliğin (*besitzlose Sicherungsübereignung*/*besitzloses Sicherungseigentum*), o eşyanın Avusturya'ya gelmesi ile etkisini yitireceği verilmektedir[39]. Avusturya'da, teminaten temlik için zilyetliğin tesisi şart koşulmaktadır. Ancak hükmen teslim (*Besitzkonstitut*) ile zilyetliğin tesisi suretiyle rehin kazanılması, rehnin kazanılmasına ilişkin hükümler §§ 451 ABGB ile uyuşmadığından[40], bu şekilde teminaten temlik yapılamayacağı kabul edilmektedir[41]. Buna gerekçe olarak, kamuya açıklık prensibi sunulmaktadır[42]. OGH, kamuya açıklığı sadece teminatın tesisinde değil, varlığı süresince, yurt içindeki alacaklıları korumak açısından aramaktadır[43].

İfade etmek gerekir ki, bir üst paragrafta değinilen öğreti ve yargı kararlarında izlenen bu çözüm kendi içinde tutarsız görünmektedir. Zira teminaten temlik açısından, zilyetlik şeklinde kendini gösterecek olan kamuya açıklık şart koşulsa da, mülkiyeti muhafaza kaydı açısından kamuya açıklık hiç aranmamaktadır: Bunlardan ilki bu sebeple geçersiz, ikincisi ise bu eksiklikten hiç etkilenmeden geçerli kabul edilmektedir[44].

3. İsviçre

Art. 715 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (devamında kısaca "ZGB") uyarınca, alıcıya teslim edilen bir taşınır üzerindeki mülkiyet hakkının mu-

---

37 POSCH, N. 13/5; NEUMAYR, N. 3.

38 OGH 13.05.1987, 1Ob543/87 (ris.bka.gv.at).

39 Kamuya açıklık (*Publizität*) sağlanmadığı gerekçesi ile, bu şekilde, hükmen teslim ile, kurulan ve Almanya'da geçerli teminaten temliğin Avusturya'da geçersizliğine ilişkin: OGH 14.12.1983, 3Ob126/83 (ris.bka.gv.at).

40 KOZIOL ve diğ., s. 407.

41 KOZIOL ve diğ., s. 407; APATHY, Sicherungsübereignung, N. 4/7; IRO, N. 14/11.

42 Kamuya açıklığın, kamu düzeninden olduğu ifadesinde: POSCH, N. 13/1.

43 OGH 14.12.1983, 3Ob126/83 (ris.bka.gv.at).

44 Çelişkili olmadığı yönünde: APATHY, Sicherungsübereignung, N. 4/10; APATHY, § 1063 ABGB, N. 8.

hafaza edilebilmesi için, bu muhafazanın alıcının yerleşim yerinde, icra dairelerince tutulan kamuya açık mülkiyeti muhafaza siciline geçirilmiş olması gerekmektedir. Sicile yapılacak bu kaydın kamu düzeninden olduğu yargı kararlarında[45] ve öğretide[46] ifade edilmektedir. Bununla beraber, sicile geçirilecek bu kayıt için tarafların aralarında yapacakları anlaşma için özel bir şekil şartı öngörülmemektedir[47].

Bedelin hemen ifa edilmediği kredili satımlarda satıcıyı, alıcının iflası gibi tehlikelerden koruyan bu teminat türü, öğretide ayni teminat olarak vasıflandırılmaktadır[48]. Öğretide[49] ve yargı kararlarında[50], tarafların, teslim ile mülkiyetin alıcıya geçmemesi için bu yönde bir anlaşmayı teslimden önce kararlaştırmaları gerektiği, teslimden sonra sicile geçirilen bir kayıt sonucunda ise mülkiyetin satıcıya geri döneceği belirtilmektedir. Lakin, bu ara zamanda doğan üçüncü kişilerin taleplerine, satıcının mülkiyet hakkı karşısında öncelik verileceği ifade edilmektedir[51].

Taraflar arasında nispi kalıp, kayda geçirilmeyen mülkiyeti muhafaza anlaşmasının, teslim ile alıcının mülkiyeti kazanmasına engel olmayacağı

---

45 BGE 131 III 595; BGE 106 II 197 (swisslex.ch); Jolanta Kren KOSTKIEWICZ, "Art. 102 IPRG", **IPRG/LugÜ Kommentar Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Lugano Übereinkommen und weitere Erlasse**, Schweiz, Orell Füssli Verlag AG, 2015, N. 2.

46 Robert HAAB/August SIMONIUS/Werner SCHERRER/Dieter ZOBL, "Art. 716 ZGB", **Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1**, Schweiz, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1977, N. 82.

47 Flurina HITZ, "Art. 715 ZGB", **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Sachenrecht Art. 641-977 ZGB**, ed. Peter BREITSCHMID/Alexandra JUNGO, 3. b., Schweiz, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, N. 11; KÄHR, N. 9; HAAB ve diğ., N. 46; Ivo SCHWANDER, "Art. 715 ZGB", **Basler Kommentar - Zivilgesetzbuch II**, ed. Heinrich HONSELL/Nedim Peter VOGT/Thomas GEISER, 5. b., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, N. 5; Stephanie HRUBESCH-MILLAUER/Barbara GRAHAM-SIEGENTHALER/Vito ROBERTO, **Sachenrecht**, 5. b., Bern, Stämpfli Verlag, 2017, N. 05.74.

48 HITZ, N. 1, 6; KÄHR, N. 20; HAAB ve diğ., N. 39. Bu yönde değerlendirilebilecek bir ifadede: SCHWANDER, N. 6.

49 HITZ, N. 12; KÄHR, N. 10, 12; HAAB ve diğ., N. 50, 69, 74, 83; SCHWANDER, N. 5, 6.

50 BGE 93 III 96 (swisslex.ch).

51 HITZ, N. 12; KÄHR, N. 10. Geç yapılan kaydın, üçüncü kişiler karşısında koruyucu olmadığı yönünde: SCHWANDER, N. 5, 6. Böyle bir durumda alıcının alacaklıları açısından daha detaylı açıklamalar için bkz.: HAAB ve diğ., N. 51.

kabul edilmektedir[52]. Mülkiyeti muhafaza siciline yapılacak kayıt başvurusunu, taraflar beraber yazılı veya sözlü şekilde, keza yine taraflardan biri tek başına elinde diğer tarafın yazılı rızası ile beraber gerçekleştirebilir[53]. Sicile yapılacak kayıt, bu teminat açısından kurucu unsur niteliğinde görülse de, bu sicile, tapu siciline benzer bir güven fonksiyonu tanınmamakta, bu sicilden hak kazanımı mümkün olmamaktadır[54]. Bunun yanı sıra, her ne kadar bu sicildeki bilgilerin üçüncü kişilerce bilindiği kabul edilmese de[55], yargı kararlarında[56] hukuki ayıbın sık karşılaşıldığı bazı iş dalları için, bu sicile bir göz atılıp atılmadığı sorusu Art. 3 Abs. 2 ZGB'de ifadesini bulan iyi niyetin varlığının tespitinde bir ölçü olarak göz önünde tutulmaktadır[57]. Son olarak, bu kayıt etkisini satım bedelinin tamamen ödenmesi, alıcının yerleşim yerinin değişmesi ve bu yerdeki yeni sicile üç ay içinde kaydın yapılmaması durumlarında yitirmektedir[58]. Bir görüşe göre, bu şekilde teminat altına alınan alacağın zaman aşımına uğraması ile, bu kayıt da etkisini yitirmekte, alıcı taşınırda mülkiyeti kazanmakta, her ne kadar ayni etkili bir teminat olsa da satıcı bu teminatını yitirmektedir[59]. Bu görüşe göre, rehin hakkı için öngörülen, asıl alacak zaman aşımına uğrasa bile, alacaklı rehinden faydalanabilir kuralı burada kıyasen uygulanmayacaktır[60].

Öğretide eleştirilen[61], yurt dışında bulunan taşınır üzerinde geçerli şe-

---

52 HITZ, N. 12; KÄHR, N. 11; HAAB ve diğ., N. 49, 69, 72. Sicile geçirilmemiş bir kaydın, üçüncü kişilere karşı bir etkisi olmasa da, taraflar arasında hüküm ifade etmesi gerektiği yönünde: SCHWANDER, N. 9. Sicile geçmeyen bir kaydın ayni etki doğurmayacağı yönünde: HRUBESCH-MILLAUER ve diğ., N. 05.77.

53 HITZ, N. 14; KÄHR, N. 11; HAAB ve diğ., N. 59; SCHWANDER, N. 6.

54 HITZ, N. 18; KÄHR, N. 15; HAAB ve diğ., N. 80; SCHWANDER, N. 6; HRUBESCH-MILLAUER ve diğ., N. 05.87.

55 HAAB ve diğ., N. 79; SCHWANDER, N. 6; HRUBESCH-MILLAUER ve diğ., N. 05.87.

56 İkinci el otomobil ve antika eşya piyasasına ilişkin: BGE 113 II 397; BGE 107 II 41; BGE 122 III 1 (swisslex.ch).

57 HITZ, N. 18; KÄHR, N. 16; SCHWANDER, N. 6.

58 HITZ, N. 19; KÄHR, N. 13. Yeni sicile kayıt yapılmadığı duruma ilişkin: SCHWANDER, N. 11; HRUBESCH-MILLAUER ve diğ., N. 05.90.

59 HAAB ve diğ., N. 86.

60 Aksi yönde: SEROZAN, 1968, s. 177.

61 Daniel GIRSBERGER/Anton HEINI/Max KELLER/Jolanta Kren KOSTKIEWICZ/Kurt SIEHR/Frank VISCHER/Paul VOLKEN, "Art. 102 IPRG", **Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987**, 2. b., Schweiz, Schulthess Juristische Medien AG, 2004, N. 13.

kilde kurulmuş mülkiyeti muhafaza kayıtlarının, taşınırın İsviçre'ye gelmesi ile, sicile kayıt yapılmadığında, düşeceği kabulünde bulunan federal mahkeme kararlarına[62], yasa koyucunun bir yanıtı olarak görülen[63] Art. 102 Abs. 2 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (devamında kısaca "IPRG"), yurt dışında geçerli bir şekilde kurulan ama İsviçre Hukuku açısından gerekli şartları yerine getirmeyen mülkiyeti muhafaza kayıtlarının, taşınırın İsviçre'ye gelmesinden itibaren üç ay süre ile geçerli kalacağını öngörmektedir. Art. 102 Abs. 3 IPRG ise, bu tip bir kaydın varlığının yine de iyi niyetli üçüncü kişiler karşında ileri sürülemeyeceğini ifade etmektedir. Bu üçüncü fıkraya alıcının, icra yolu ile takipte bulunan alacaklarının da dayanabileceği kabul edildiğinden, ikinci fıkranın önemini oldukça yitirdiği ifade edilmektedir[64]. Alıcının İsviçre'de bir ikameti bulunmaması durumunda, üç ay sonunda da kaydın geçerli kalması için ne yapılması gerektiği sorusuna çözüm aranan öğretide, taşınırın bulunduğu yerdeki sicile kaydın yapılması önerilmektedir[65].

V. TÜRK MEDENİ KANUNU'NDAKİ ŞEKLE AYKIRI KAYDIN YABANCILIK UNSURU VARLIĞINDA DURUMU

1. İçtihat ve öğretideki görüşler

Pek de yakın tarihli olmayan bir kararında Yargıtay[66], Türkiye'ye yurt dışından gelen bir taşınır üzerinde bulunan mülkiyeti muhafaza kaydının, taşınırın Türkiye'ye gelmesi ile geçersiz hale geleceğine hükmetmiştir. Kararda bu sonuca gerekçe olarak, bugün yürürlükteki MÖHUK m. 21 f. 1 ve 3'e karşılık gelen düzenlemelere dayanarak, eşyanın yer değiştirmesi halinde, eşyanın bulunduğu önceki ülke hukuku ile eşyanın bulunduğu son ülke hukukunun birbiri ile örtüşmemesi durumunda, eşyanın son bulunduğu ülke hukukunun belirleyici olacağı sunulmuştur. Karara göre, eşyanın bulunduğu önceki ülke hukukuna göre mülkiyeti muhafaza anlaşması geçerli olsa da,

---

62 BGE 106 II 197; BGE 93 III 96 (swisslex.ch).

63 Tarkan GÖKSU, "Art. 102 IPRG", **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, ed. Andreas FURRER/Daniel GIRSBERGER/Markus MÜLLER-CHEN, 3. b., Schweiz, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, N. 8.

64 GIRSBERGER vd., N. 16; GÖKSU, N. 9.

65 GÖKSU, N. 8; KOSTKIEWICZ, N. 3; GIRSBERGER vd., N. 12.

66 Y. 21. HD 13.04.2004 E. 2003/11058 K. 2004/3676 (kazanci.com)

Türk hukuku açısından aranan şekil şartları gerçekleşmediğinden, bu yönde bir anlaşma geçersiz olur ve alıcı taşınırın mülkiyetini kazanır.

Öğretideki bir görüş, yurt dışından gelen taşınır üzerinde bulunan bir mülkiyeti muhafaza kaydının geçerliliğinin lex rei sitae gereğince, eşya Türkiye'deyken, Türk hukukuna tâbi olacağı yönündedir[67]. Lex rei sitae uyarınca, bir eşya üzerindeki ayni haklar, işlem anında o eşyanın bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir. Bu görüş kapsamında ifade edildiği üzere, yurt dışında yapılan ve Türkiye'deki sicile geçirilmemiş bu yönde bir kayıt, taşınırın Türkiye'ye gelmesi ile oluşan statü değişikliği sonucunda burada etkisini kaybeder ve hükümsüz olur[68].

Öğretideki diğer bir görüş ise, yabancı ülkede geçerli olarak yapılmış bir mülkiyeti muhafaza anlaşmasının akıbetinin, taşınırın Türkiye'ye gelmesi halinde gerçekleşen bu statü değişikliğinden etkilenmemesi ve anlaşmanın geçerliliğini koruması gerektiğini ifade etmektedir[69]. Bu görüşe göre, bu kayıt bir hukuki işlem olarak geçerlilik hususunda MÖHUK m. 21 f. 1'e altlanır ve bu kayıt/anlaşma yapılırken ilgili taşınırın o esnada bulunduğu ülke hukukunda öngörülen geçerlilik şartlarına uyulması yeterlidir[70].

2. Problemin unsurları

Yurt dışından üzerinde bir mülkiyeti muhafaza kaydı ile Türkiye'ye gelen taşınır üzerindeki mülkiyet hakkına ilişkin problemin çözümünde üç husus göz önünde bulundurulabilir. Problemin alt elemanı olan ve MÖHUK açısından ilgili problem bağlamından incelenecek bu hususlar şu şekildedir: Taşınırlar üzerindeki ayni haklar, mülkiyeti muhafaza kaydı açısından aranacak şekil ve Türk kamu düzeni.

---

67 NOMER, s. 307, 308; Gülören TEKİNALP/Ayfer ÇAVUŞOĞLU-UYANIK, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlanma Kuralları**, 11. b., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 320; Aysel ÇELİKEL/Bahadır ERDEM, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 15. b., İstanbul, Beta, 2017, s. 349; ULUOCAK, s. 168, 169; ÇELİKEL ve diğ., s. 345, 346.

68 NOMER, s. 307, 308; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU-UYANIK, s. 327 dipnot 19a; ULUOCAK, s. 169; ÇELİKEL ve diğ., s. 345, 346. Aynı yönde okunup yorumlanabilecek bir ifade için: ÇELİKEL/ERDEM, s. 349.

69 ESEN, s. 394 vd; ŞANLI ve diğ., s. 243, 244; ÇELİKEL, s. 72.

70 Aynı zamanda yukarıda değinilen Yargıtay kararının da eleştirisi için: ESEN, s. 394 vd; ŞANLI ve diğ., s. 243, 244. Daha eski tarihli görüş: ÇELİKEL, s. 72.

A. Aynî haklar

Ayni haklara ilişkin genel düzenlemeler MÖHUK m. 21 altında yer almaktadır. Bu çalışmada incelenen problem ile bağlantısı tartışılabilecek iki hüküm, bu maddenin birinci ve üçüncü fıkralarıdır. İlk fıkrada, taşınır üzerinde sahip olunan bir mülkiyet hakkının ve diğer ayni hakların, işlem anında taşınırın bulunduğu ülke hukukuna tâbi olacağı ifade edilmektedir. Kanımca bu ilk fıkra, şarta bağlı bir tasarruf işlemi olan **mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan devrin** altlanacağı düzenleme değildir ve yurt dışında geçerli olarak yapılan, ancak Türk hukukunda aranan şekle uymayan bir tasarruf işleminin, bu fıkra uyarınca geçersiz olacağı düşünülmemelidir. Bu fıkra, bu işlemde bulunan kişilerin sahip oldukları hakların hukuki çerçevesi, hak sahiplerine tanınan hukuki pozisyonun içeriği ile ilgilidir. Diğer bir ifade ile bir taşınır üzerindeki saf mülkiyet hakkı, teminat fonksiyonu taşıyan bir mülkiyet hakkına çevrildiğinde bu mülkiyet hakkının içeriği MÖHUK m. 21 f. 1 uyarınca belirlenir, ancak saf mülkiyet hakkını sadece bir teminat fonksiyonu taşıyan mülkiyet hakkına çeviren işlemin kendisi MÖHUK m. 21 f. 1'e altlanmamalıdır. Ayni hak ve ayni hakka etkide bulunacak hukuki işlem birbirlerinden farklı hukuki müesseselerdir.

Diğer düzenleme, MÖHUK m. 21 f. 3 de yine kanımca bir hukuki işleminin şeklini ve bu bağlamda geçerliliğini konu edinen bir düzenleme değildir. Bu düzenlemeye altlanan genel örnek problem, kazandırıcı zaman aşımı ile elde edilecek mülkiyet hakkı açısından, hangi ülke hukukunun zaman aşımı süresi açısından belirleyici olacağına ilişkindir[71]. Geciktirici şart olarak yapılan mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılan bir devirde, alıcının kazanmayı beklediği bir ayni hak söz konusudur, lakin alıcı tarafından bu kazanılması beklenen hak ve satıcı tarafından kaybedilmesi beklenen hak için hukuk düzenlerince ölçüp biçip kesilen kalıp ile bu hukuki ilişkiyi doğuran işlemin şekli yine birbirinden farklı hususlardır. Bu bakımdan bu çalışmaya konu şarta bağlı tasarruf işleminin bu hüküm dolayısıyla tamamen veya kısmen geçersizliğine varmak pek doğru görünmemektedir.

---

71 NOMER, s. 309; ŞANLI ve diğ., s. 242; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU-UYANIK, s. 328; ÇELİKEL/ERDEM, s. 348, 349; ULUOCAK, s. 166, 167.

B. Şekil

MÖHUK m. 21 f. 4'te taşınmazlar üzerindeki ayni haklara ilişkin hukuki işlemlerin şeklinin taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tâbi olacağı yazılı iken, taşınırlar üzerindeki ayni haklara ilişkin hukuki işlemler için benzer bir özel düzenleme aynı maddede yer almamaktadır[72]. Bu bakımdan problemi çözmek üzere, MÖHUK m. 7'ye başvurmak gerekecektir.

MÖHUK m. 7'de öngörüldüğü üzere, hukuki işlemler işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre[73] veya o işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekilde yapıldıklarında Türk hukuku uyarınca da geçerli kabul olunmaktadır. Probleme konu işlemi Türk hukuku açısından vasıflandırdığımızda, karşımıza **şarta bağlı bir tasarruf işlemi** gelmektedir. Mülkiyetin saklı tutulacağına ilişkin anlaşma nihayetinde, tasarruf işleminin bir eki, parçasıdır. İşte bu şarta bağlı tasarruf işlemi keza onun eki, yapıldığı ülkede bunun için öngörülen şekle uygun yapıldığında, Türk hukuku açısından da geçerli olacaktır. Yoksa tasarruf işlemi tamamen hükümsüz veya sadece şartın hükümsüzlüğü ile tasarruf işleminde kısmi hükümsüzlük söz konusu olmayacaktır. Örneğin, Almanya veya Avusturya'da sözlü olarak gerçekleştirilmiş veya İsviçre'de tutulan sicile kayıt edilmiş bir mülkiyeti muhafaza anlaşması ile yapılan bir devir, MÖHUK m. 7 uyarınca, taşınırın Türkiye'ye gelmesi ile hükümsüz veya kısmi hükümsüz hale gelmez. Yine geçerliliğini olduğu gibi korur. Diğer bir ifade ile taşınırın Türkiye'ye gelmesi ile, geciktirici şarta bağlı mülkiyeti muhafaza anlaşması çerçevesince taşınırı devralan alıcı mülkiyet hakkını kazanmaz, taşınırı devreden satıcı da mülkiyet hakkını kaybetmez. Taşınırı devralan, yine mülkiyet hakkını kazanmayı bekleyen pozisyonda kalmaya devam eder. Aynı durum yurt dışında geçerli şekilde kurulan bir koşuldan sonra, taşınırın Türkiye'de teslim edilmesi durumunda da geçerlidir. Bu son durumda, tasarruf işleminin bir kısmı, koşula bağlama kısmı, yurt dışında, bir kısmı ise yurt içinde gerçekleşmektedir. Diğer bir ifade ile, taşınır yurt dışında iken yapılan geçerli bir mülkiyeti muhafaza anlaşması, taşınırın alıcıya Türkiye'de teslimi ile yine hükümden düşmez.

---

72 Tasarruf işlemlerinin eşyanın bulunduğu ülke hukukuna, ayni hak statüsüne göre yapılması gerektiği yönünde: Vahit DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara, Seçkin, 2010, s. 277.

73 Gaipler arasında yapılan sözleşmede tarafların irade beyanlarının şekline ilişkin: NOMER, s. 211.

Hatta MÖHUK m. 7 uyarınca, ek olarak ifade edilmesi gerekir ki, bu şarta bağlı tasarruf işlemi, yapıldığı yerde bu işlem için öngörülen şekil şartlarını taşımasa bile, tasarruf işleminin esası hakkında yetkili hukukun maddi hukuk hükümlerince öngörülen şekil şartlarını taşıyor ise, yine geçerli olacaktır. Örneğin, taraflar Türkiye'de bir sözleşme akdettiklerinde ve MÖHUK m. 24'e uygun olarak aralarındaki ilişkiyi Alman hukukuna tâbi kıldıklarında, sicile geçmemiş geciktirici şarta bağlı bir mülkiyeti muhafaza kaydıyla taşınır devredildiğinde, devralan alıcı yine taşınırın mülkiyetini kazanamaz, devreden satıcı da mülkiyet hakkını kaybetmez[74]. Böyle bir durumda, yetkili bir Türk mahkemesi, şartın sicile kayıt edilmediği gerekçesi ile tasarruf işlemini kısmi hükümsüz kabul edemez.

C. Kamu düzeni

a. Genel bakış

İsviçre ve Avusturya özelinde probleme bakıldığında, yukarıda belirtildiği üzere bu ülkelerde rehin için öngörülen şekil ve bu bağlamda kamuya açıklık (*Publizität*) kamu düzeninden görüldüğünden, bu sebeple teminatların geçersizliğine gidilebilmektedir[75]. Yabancı hukuka göre geçerli ancak Türkiye'de sicile geçmemiş bir mülkiyeti muhafaza kaydı, yukarıdaki bahsi geçen ayni haklar ve şekil sınavlarını atladığından, problemin düğümlendiği yer Türk kamu düzenidir.

MÖHUK m. 5 altında ifade edildiği üzere, yetkili yabancı hukukun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda, yabancı hukuk uygulanmaz. Buradaki soru, Türkiye'deki sicile geçirilmemiş bir mülkiyeti muhafaza kaydını geçerli addeden bir yabancı hukukun, Türk kamu düzenine **açıkça** bir aykırılık teşkil edip etmediğidir. Kamu düzeni kavramının içeriğini tam

---

74 Bu çalışmada incelenen konu ile ilgili olmasa da, kanımca taşınırlarda tasarruf işleminin soyut mu yoksa sebebe bağlı mı, diğer bir ifade ile tasarruf işleminin geçerliliği için geçerli bir borçlandırı işleminin şart mı olduğu sorusuna ilişkin cevabın lex rei sitae uyarınca değil de, MÖHUK m. 24 uyarınca hukuki işleme uygulanacak hukuk kapsamında belirlenmesi makul görünmektedir.

75 Almanya'da BGH ise bir kararında, Alman mevzuatında kamuya açıklık bağlamında öngörülen şekil şartını yerine getirmeyen ama varlığı başka suretlerle ispatlanabilen gemi üzerinde kurulan rehinlerin kamu düzenine aykırılık gerekçe gösterilerek geçersiz sayılmayacağına ilişkin karar vermiştir: BGH 21.01.1991 – II ZR 50/90, **NJW (Neue Juristische Wochenschrift)** 1991, 1420.

olarak doldurmak çok zor olsa da, öğreti ve Yargıtay kararlarında bu hususun ne zaman devreye gireceği hususunda yardımcı olması açısından genel bir çerçeve verilmektedir. Buna göre yabancı hukukun tatbiki bizim için tahammül edilemez şekilde kamu düzenimizi ihlâl edecekse, yabancı hukukun bu ilgili kuralları olaya uygulanmaz[76]. Bu bağlamda yolu aydınlatacak unsurlar, Anayasa'daki temel hak ve özgürlükler, ahlak ve dürüstlük kurallarıdır[77]. Kısaca toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kurallar bütünü[78]. Yargıtay'ın ise bu yöndeki anlayışına örnek olmak üzere:

"… iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir." [79]

"Ahlak ve dürüstlük kurallarını, toplumun, hukukun, temel ilke ve değer yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasa'da yer alan temel hakları, ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlal eden olgulardır." [80]

b. Mülkiyet hakkı ve alıcı

Probleme Türk kamu düzeni açısından bakıldığında şu soru ile karşılaşılmaktadır: Söz verdiği edimi zamanında yerine getirmemiş ve bunu yerine getirmeden taşınırın mülkiyetini elde edemeyeceğini/elinde tutamayacağını söyleyen borçlu karşısında, verdiğini geri isteyen dürüst satıcının, alıcı ve satıcı arasındaki ilişkide faydası ve fonksiyonu müphem bir sicildeki kayıt eksikiği sebebiyle mağdur edilmesi Türkiye'de kamu vicdanında açıkça onarılamaz ve tahammül edilemez yaralar mı açmaktadır? Kanımca bu soru-

76 NOMER, s. 162; ŞANLI ve diğ., s. 74; ÇELİKEL/ERDEM, s. 146.

77 NOMER, s. 172 vd; ŞANLI ve diğ., s. 73; DOĞAN, s. 173 vd.

78 ÇELİKEL/ERDEM, s. 140.

79 Y. İBGK 10.2.2012 E. 2010/1 K. 2012/1 (kazanci.com)

80 Y. HGK 6.5.1998 E. 1998/12-287 K. 1998/325 (kazanci.com).

nun cevabı olumsuzdur, haklıya hakkını vermemek tam aksine, Türk kamu düzenini zedelemektedir. Bu açıdan bakıldığında, yurt dışında üzerinde bir mülkiyeti muhafaza kaydı ile Türkiye'ye gelen taşınırı, satıcı, borçlu borcunu yerine getirmediğinde, mülkiyet hakkına dayanarak borçludan geri istediğinde, Türk kamu düzeni buna engel olmamalıdır. Diğer bir ifade ile yabancı hukukun Türkiye'de sicile geçmemiş kaydı alıcı ve satıcı arasında geçerli sayan kabulü, Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmez.

c. Mülkiyet hakkı ve üçüncü kişiler

Probleme alıcının alacaklıları açısından da bakmak gerekirse, bu kişilerin, borçlunun elinde gördükleri mallara güvenerek ve borçlunun mali durumunun iyi olduğu inancı ile kredili işlem yaptıkları itirazında bulunulabilir[81]. Kanımca, alacaklıların borçlunun elinde/zilyetliğinde gördükleri bir taşınıra güvenerek, borçlu ile kredili işlem yapmaları **tek başına** bu alacaklıları korumaya yetmez. Nitekim, borçlunun zilyetliğindeki bir taşınır ona kiralanmış, karşılıksız kullanması için bırakılmış/ödünç verilmiş olabilir. Borçlunun malvarlığına ilişkin gerçek olmayan bir görünüş bu şekilde de oluşturulabilir. Takdir edilir ki, bu durumda korumaya değer bir güven yoktur. Bu gerçek olmayan resme inanıp, borçlu ile kredili işlem yapan diğer alacaklıların mağdur olduğu gerekçesi ile yabancı hukukun uygulanmasına engel olunmamalı ve yurt dışından Türkiye'ye gelen taşınır üzerinde bulunan mülkiyeti muhafaza kaydının **geçersizliğine** kamu düzenine dayanarak gidilmemelidir. Ancak burada özellik arz eden de noktalar vardır, bunlardan biri TMK m. 988, diğeri TMK m. 988 ile beraber devletin egemenlik hakkıdır.

Doğrudan alıcıdan, üzerinde mülkiyeti muhafaza kaydı bulunan taşınırı edinmiş olan iyi niyetli üçüncü kişiler açısından bir problem yoktur. Taşınırı devreden satıcı, sahip olduğu mülkiyet hakkını, taşınırın Türkiye'de bulunmasından ötürü, MÖHUK m. 21 f. 1'de öngörüldüğü üzere, ancak TMK'da öngörülen esaslar ile kullanabilecektir. TMK m. 988'de, satıcının alıcıdan iyi niyetle ayni hak iktisabında bulunan kişi karşısında mülkiyet hakkını kaybedeceği/bu hakkın sınırlanacağı ve iyi niyetli üçüncü kişilerin

---

81 SEROZAN, 2001, s. 993, 994. Avusturya hukukunda teminaten temlik bahsinde, bu yönde bir itiraz ile kamuya açıklık sağlanmadığından alacaklıların mağdur olacağına ilişkin: APATHY, Sicherungsübereignung, N. 4/7. İsviçre'de mülkiyeti muhafaza kaydı bağlamında benzer bir endişede: HITZ, N. 2, 13.

haklarının korunacağı ifade edilmektedir. Bu bağlamda, Türkiye'de kayda geçmemiş bir kaydı geçerli sayan yabancı hukuk bir problem yaratmamakta, kamu düzenini zedelememektedir.

Alıcının, icra ve iflas yoluna başvuran alacaklıları açısından ise problem biraz daha çetrefillidir. Noterlerde tutulan mülkiyeti muhafaza kaydı sicilinin fonksiyonuna bakıldığında, bu sicilin üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldırıcı nitelikte bulunmadığı ve yine bu sicilde yer alan kayıtların doğruluğuna güvenerek bir hak kazanımının mümkün olmadığı görülmektedir. Bu sicilin gözle görülen en net fonksiyonu, üçüncü kişilerin bilgilendirilmesidir. Bu açıdan sicilin üçüncü kişileri koruma fonksiyonu bulunmaktadır ve bu fonksiyon esasen sicilde yer alması gerekirken, yer almayan kayıtlar açısından büyük önem arz etmektedir. Diğer bir ifade ile devlet egemenlik yetkisine dayanarak bir sicil öngörmüş ve bu sicilde yer alması gerekirken yer almamış kayıtlar açısından, üçüncü kişilerin güvenini korumak istemiştir. Almanya ve Avusturya uygulamasında bu şekilde bir sicil yer almadığından, alıcının alacaklarının güvenlerinin bu açılardan korumaya değer bulunmadığı söylenebilir.

Yukarıda belirtildiği gibi, bir borçlunun zilyetliğinde bulundurduğu taşınırlar vasıtası ile bu borçlunun malvarlığına ilişkin gerçek olmayan bir resim ortaya çıkabilir. Esasen bu resme bakıp, buna inanmak tek başına hukuk düzenince korumayı hak etmez, zira burada bu borçluya ödünç verilmiş, kiralanmış taşınırlar da söz konusu olabilir. Ancak, Türkiye'de devlet bu resmi oluşturabilecek parçalardan birine ilişkin, belki de uygulamada bu resmin en önemli parçası olabilecek kısma ilişkin, yani borçluya satılıp, teslim edilmiş ancak sicile hiçbir kayıtta bulunulmadan mülkiyeti saklı tutulmuş taşınırlar açısından, borçlunun diğer alacaklılarının resmin bu kısmına ilişkin olan inanışlarını, güvenlerini korumaya değer bulmuştur. Bu bağlamda devlet, satıcı ve alıcıya belirli bir davranışta bulunma görevi yüklemiş ve bir sicil oluşturarak, aralarındaki anlaşmaya ilişkin bilgiyi üçüncü kişilere ulaşılabilir kılmak istemiştir. Bu sicilde yer alması gerekirken yer almayan kayıtlar bakımdan ise, alıcının diğer alacaklılarının güvenlerinin korunması amaçlanmıştır.

Alacaklıların korunacak güvenlerinin bir anlamı, bu kişilerin bir hak kazanmaları durumunda söz konusu olur. Doğrudan alıcıdan edinilen ayni haklar açısından TMK m. 988'in doğrudan uygulaması bu kişilere yeterli güvenceyi sağlar. Ancak doğrudan alıcıdan edinilmeyecek ayni haklar açısından

bir soru işareti bulunmaktadır. Alıcının aczi/iflası durumlarında devlet eli ile yürütülen cebri icra sonucunda, alacaklıların kazanabilecekleri haklar, bu haklardandır.

Borçlunun icra veya iflas yolu ile takibi durumunda, Türkiye'de sicile kayıt edilmemiş bir mülkiyeti muhafaza kaydına dayanarak taşınırın devlet eli ile yapılan takipten çekip çıkarılmasına karşı devletin egemenlik hakkına dayanarak alıcının alacaklılarının bu yöndeki inanışlarını korumaya değer görmesi ve TMK m. 988'in kıyasen uygulanması ile örülü bir yumak ile engel olunabilir. Diğer bir ifade ile devletin, egemenlik hakkı uyarınca, alıcıya satılmış ve noterlerde tutulan sicile bir kayıtta bulunulmadan yine alıcıya zilyetliği devredilmiş bir taşınır üzerindeki satıcının hakkını, alıcının borçlarının devlet eli ile cebren tasfiyesinde, bu taşınırın takipten çıkarılması hususunda dikkate almayacağı kabul edilebilir. Bunu takiben de emin sıfatıyla zilyetten, devlet eli ile yapılan takip sonucu iyi niyetli üçüncü kişilerin edindiği sınırlı ayni hakların TMK m. 988'in kıyasen uygulanması ile korunacağı kabul edilebilir. İcra ve İflas yolu ile takip de esasen, alacaklılar lehine devlet eli kurulan rehin hakkına, bir sınırlı ayni hakka dayanır. Sonuç olarak, Türkiye'de sicile geçmemiş bir kayıt aracılığı ile saklı tutulan bir mülkiyet hakkı açısından dürüstlük kuralına dayanan bu şekilde bir sınırlama öngörülebilir ve bu husus MÖHUK m. 21 f. 1'e altlanabilir. Zira satıcının sahip olduğu mülkiyet hakkının içeriği, taşınır Türkiye'de iken Türk hukukunca belirlenecektir.

Ancak kamu düzeni açısından da dikka1t etmek gerekir ki, Türk kamu düzeni satıcı ile alıcı arasında yabancı hukuka göre geçerli bir mülkiyeti muhafaza kaydını, taşınırın Türkiye'ye gelmesi ile geçersiz kılmaz, şekle ilişkin yabancı hukukun uygulanmasını engellemez. Türk kamu düzeni bu çalışmada değinilen konular kapsamında sadece Türkiye'de mülkiyet hakkına kesip biçilen kılıf çerçevesince, MÖHUK m. 21 f. 1 uyarınca iyi niyetli üçüncü kişilerin alıcıdan doğrudan veya cebri icra yolu ile kazandıkları haklarına, satıcının mülkiyet hakkı karşısında öncelik tanır. Diğer bir ifade ile, kamu düzeni satıcının teminat fonksiyonu taşıyan mülkiyet hakkının etkisine/kuvvetine müdahalede bulunacaktır[82].

---

82 Mülkiyeti muhafaza kaydının sicile geçmemiş olması durumunda, satıcının mülkiyet hakkının Türk hukuku uyarınca görecelilik arz edeceği ve alıcının alacaklarına karşı ileri sürülemeyeceği yönünde: SEROZAN, 2001, s. 993 vd.

SONUÇ

Mülkiyeti muhafaza anlaşması, veresiye satım yapan satıcının ayni etkili bir güvenceye sahip olmasını sağlar. Bununla da kalmaz, satıcı bu sayede rehinde olduğunun aksine hem taşınırı muhafaza etme yükünden hem de teminat altına alınan risk gerçekleştiğinde, tatminini taşınırı satıp elde etme mecburiyetinden kurtulur. Alıcı ise vereceği teminatı elinden çıkarmak mecburiyetinden kurtulup, ondan yararlanma imkânına sahip olur. Bununla beraber, Türkiye'de kanun koyucu bu teminat türü için sıkı bir şekil şartı öngörmüş, satıcı ve alıcı arasındaki anlaşmanın noterlerde tutulan sicile kaydını aramıştır. Türk öğretisinde genel eğilim bu şekle aykırılığa geçersizlik yaptırımını bağlarken, bir görüş bu geçersizliğin alıcı ve satıcı arasında göz önünde bulundurulmaması gerektiğini ifade etmektedir.

Yurt dışından üzerinde bir mülkiyet muhafaza kaydı ile Türkiye'ye gelen taşınır konusunda, MÖHUK'ta açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu kaydın akıbeti konusunda öğretide bir görüş, taşınırın Türkiye'ye gelmesi sonucunda, taşınır üzerindeki ayni hakların Türk hukukuna tâbi olacağından hareketle, kaydın geçersizliğini savunmaktadır. Diğer bir görüş ise, taşınırın işlem anında bulunduğu yerde aranan şekil koşullarının yerine getirilmesi durumunda, taşınırın Türkiye'ye gelmesi ile, kaydın hükümsüz olmayacağını savunmaktadır.

Bu çalışmada ileri sürülen görüşler kapsamında, bir yabancılık unsurunun varlığında, Türkiye'de sicile geçmemiş ancak yabancı hukuk uyarınca geçerli bir mülkiyet muhafaza anlaşması, taşınırın Türkiye'de bulunması durumunda geçersiz olmamalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, burada bahse konu problemi bir tasarruf işleminin şarta bağlanması oluşturmaktadır. Taşınırlar açısından tasarruf işlemlerinin şeklinin, taşınırın bulunduğu ülke hukukuna tâbi olacağını öngören özel bir hüküm MÖHUK'ta yer almamaktadır. Bu bakımdan bu tasarruf işleminin şekli için genel kurallara bakılması gerekmektedir. Genel kural ise, hukuki işlemlerin yapıldıkları yer hukukuna göre veya hukuki işlemlerin esası hakkında yetkili hukuk uyarınca aranan şekle göre yapılmaları durumunda geçerli olacaklarını öngörmektedir. Zilyetliğin devrine rağmen mülkiyetin muhafaza edilmesine ilişkin alıcı ve satıcı arasındaki anlaşma, tasarruf işleminin bir parçasını teşkil eder. Bu anlaşma da, yapıldığı yerde veya satıcı ve alıcı arasındaki ilişkinin tâbi olduğu hukukça aranan şekil şartını yerine getiriyorsa, taşınırın Türkiye'de bulunması durumunda, noterlerde tutulan sicile geçmese bile, yine geçerli olur.

Noterlerde tutulan sicile üçüncü kişilerin iyi niyetini giderecek bir fonksiyon tanınmadığı gibi bu sicile güvenerek hak kazanımı da yine mümkün olmamaktadır. Bu sicilin fonksiyonu, üçüncü kişilerin bilgilendirilmesinde yerine gelmektedir. Bu bağlamda, kanun koyucu sicilde yer alması gerekirken yer almayan bilgiler açısından, üçüncü kişilerin güvenlerini korumayı amaçlamış görünmektedir. Taşınır Türkiye'de iken, satıcı mülkiyet hakkını Türk hukuku uyarınca bu hakka çizilen kalıp uyarınca kullanacağından, sicile geçmemiş bir mülkiyeti muhafaza kaydına dayanan satıcının mülkiyet hakkının, alıcıdan iyi niyetle veya alıcının borçlarının devlet eli ile yürütülen cebren tasfiyesinde alacaklıların ayni hak kazanımına engel olmayacağı söylenebilir.

KAYNAKÇA

APATHY Peter, "§ 1063 ABGB", **Kurzkommentar zum ABGB**, ed. Kozıol Helmut/BYDLINSKI Peter/BOLLENBERGER Raimund, 3. b., Wien, Springer, 2010, s. 1183–1198.

APATHY Peter, "Die Sicherungsübereignung", **Österreichisches Bankvertragsrecht Band IX: Kreditsicherheiten Teil II**, ed. APATHY Peter/IRO Gert/KOZIOL Helmut, 2. b., Wien, Springer, 2012, s. 277–303.

BECKMANN Roland Michael, "§ 449 BGB", **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 433-487 BGB**, ed. STAUDINGER J. von, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, s. 417–477.

BRINKMANN Moritz, "Art. 43 EGBGB", **BGB Kommentar**, ed. PRÜTTING Hans/WEGEN Gerhard/WEINREICH Gerd, 2. b., Neuwied, Luchterhand, 2007, s. 3080–3083.

ÇELİKEL Aysel, **Menkul eşya üzerinde aynî haklardan doğan kanunlar ihtilafı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972.

ÇELİKEL Aysel/ERDEM Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 15. b., İstanbul, Beta, 2017.

ÇELİKEL Aysel/NOMER Ergin/GİRAY Kerem/ESEN Emre, **Devletler Hususi Hukuku**, 12. b., İstanbul, Beta, 2014.

DOĞAN Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara, Seçkin, 2010.

ERGÜNE Mehmet Serkan, **Taşınır Mülkiyeti**, İstanbul, On İki Levha, 2017.

ESEN Emre, "Yabancılık unsuru taşıyan mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi hakkındaki bir Yargıtay kararının değerlendirilmesi (Karar incelemesi)", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 65, Sy. 2, 2007, s. 385–396.

GIRSBERGER Daniel/HEINI Anton/KELLER Max/KOSTKIEWICZ Jolanta Kren/SIEHR Kurt/VISCHER Frank/VOLKEN Paul, "Art. 102 IPRG", **Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987**, 2. b., Schweiz, Schulthess Juristische Medien AG, 2004, s. 1106–1112.

GÖKSU Tarkan, "Art. 102 IPRG", **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, ed. FURRER Andreas/GIRSBERGER Daniel/MÜLLER-CHEN Markus, 3. b., Schweiz, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, s. 408–412.

HAAB Robert/SIMONIUS August/SCHERRER Werner/ZOBL Dieter, "Art. 716 ZGB", **Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1**, Schweiz, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1977, s. 709–752.

HATEMİ Hüseyin/GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. b., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

HELDRICH Andreas, "Art. 43 EGBGB", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, ed. PALANDT Otto, 64. b., München, C. H. Beck, 2005, s. 2646–2649.

HITZ Flurina, "Art. 715 ZGB", **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Sachenrecht Art. 641-977 ZGB**, ed. BREITSCHMID Peter/JUNGO Alexandra, 3. b., Schweiz, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, s. 354–359.

HRUBESCH-MILLAUER Stephanie/GRAHAM-SIEGENTHALER Barbara/ROBERTO Vito, **Sachenrecht**, 5. b., Bern, Stämpfli Verlag, 2017.

IRO Gert, **Bürgerliches Recht Band IV Sachenrecht**, ed. APATHY Peter, 5. b., Wien, Verlag Österreich, 2013.

KÄHR Michel, "Art. 715 ZGB", **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, ed. KOSTKIEWICZ Jolanta Kren/WOLF Stephan/AMSTUTZ Marc/FANKHAUSER Roland, 3. b., Schweiz, Orell Füssli Verlag AG, 2016, s. 1455–1458.

KOSTKIEWICZ Jolanta Kren, "Art. 102 IPRG", **IPRG/LugÜ Kommentar Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Lugano Übereinkommen und weitere Erlasse**, Schweiz, Orell Füssli Verlag AG, 2015, s. 168–169.

KOZIOL Helmut/WELSER Rudolf/KLETEČKA Andreas, **Bürgerliches Recht Band: I**, 13. b., Wien, Manz, 2006.

NEUMAYR Matthias, "§ 31 IPRG", **Kurzkommentar zum ABGB**, ed. KOZIOL Helmut/BYDLINSKI Peter/BOLLENBERGER Raimund, 3. b., Wien, Springer, 2010, s. 2100–2103.

NOMER Ergin, **Devletler Hususî Hukuku**, 22. b., İstanbul, Beta, 2017.

OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, 21. b., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.

POSCH Willibald, **Bürgerliches Recht VII Internationales Privatrecht**, ed. APATHY Peter, 4. b., Wien, Springer, 2008.

PUTZO Hans, "§ 449 BGB", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, ed. PALANDT Otto, 64. b., München, C. H. Beck, 2005, s. 658–661.

RIEDLER Andreas, "Eigentumsvorbehalt", **Österreichisches Bankvertragsrecht Band IX: Kreditsicherheiten Teil II**, ed. APATHY Peter/IRO Gert/KOZIOL Helmut, 2. b., Wien, Springer, 2012, s. 244–277.

SCHÄUBLE Daniel, "§ 17 Sachenrecht", **Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis**, ed. HAUSMANN Rainer/ODERSKY Felix, 3. b., München, C. H. Beck, 2017.

SCHMIDT Detlef, "§ 449 BGB", **BGB Kommentar**, ed. PRÜTTING Hans/WEGEN Gerhard/WEINREICH Gerd, 2. b., Neuwied, Luchterhand, 2007, s. 755–760.

SCHURR Francesco, "§ 1063 ABGB", **ABGB Taschenkommentar**, ed. SCHWIMANN Michael, 2. b., Wien, LexisNexis, 2013, s. 850–856.

SCHWANDER Ivo, "Art. 715 ZGB", **Basler Kommentar - Zivilgesetzbuch II**, ed. HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/GEISER Thomas, 5. b., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, s. 1407–1412.

SEROZAN Rona, "Mülkiyeti saklı tutma anlaşması", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 1, Sy. 2, 1968, s. 176–200.

SEROZAN Rona, "Mülkiyeti saklı tutma anlaşması ve teminaten temlik", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. yaş günü armağanı**, 2. b., İstanbul, Beta, 2001, s. 987–1014.

SİRMEN Lâle, **Eşya Hukuku**, 5. b., Ankara, Yetkin, 2017.

ŞANLI Cemal/ESEN Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. b., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

TEKİNALP Gülören/ÇAVUŞOĞLU-UYANIK Ayfer, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlanma Kuralları**, 11. b., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

ULUOCAK Nihal, **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.

WELTER Reinhard, "§ 26 Auslandsbezug und Tragweite ausländischen Rechts", **Bankrechts-Handbuch Band I-II**, ed. SCHIMANSKY Herbert/BUNTE Hermann-Josef/LWOWSKI Hans-Jürgen, 5. b., München, C. H. Beck, 2017.

WENDEHORST Christiane, "Art. 43 EGBGB", **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 12**, ed. HEIN Jan, 7. b., München, C. H. Beck, 2018.

WESTERMANN Harm Peter, "§ 449 BGB", **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3**, ed. SÄCKER Franz Jürgen/RIXECKER Roland/OETKER Hartmut/LIMPERG Bettina, 7. b., München, C. H. Beck, 2016.

ZANKL Wolfgang, **Bürgerliches Recht**, 6. b., Wien, Facultas, 2012.

MİRASIN REDDİNİN DİĞER MİRASÇILAR BAKIMINDAN SONUÇLARI

Dr. Öğr. Üyesi A. Özge YENİCE CEYLAN*

Öz: Miras hukuku sistemimizde küllî halefiyet prensibi geçerlidir. Bu prensip uyarınca, mirasçılar mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak kanun gereği kazanırlar. Bu durum, mirasçılık sıfatının kazanılmasının yanında, mirasbırakana ait borçlardan mirasçıların kişisel olarak sorumlu olmasına da yol açar. Kanun koyucu bu olumsuz durumdan mirasçıları korumak amacıyla mirasın reddi kurumunu düzenlemiştir. Bazen mirasbırakan veya diğer mirasçılar ile olan kötü ilişkiler, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarında yer alan yükleme ve yükümlülüklerden kaçınmak veya tereke borçları hakkında yeterli bilgi sahibi olmamak da mirasın reddine yol açabilir. Her ne sebeple olursa olsun, miras reddedildiğinde buna bağlı sonuçlar ortaya çıkar. Bu çalışma ile mirasın reddine bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlar özellikle diğer mirasçılar yönünden ele alınacaktır. Bu bağlamda, konuyla ilgili olarak Türk Medeni Kanunu'nda yer alan kimi muğlak ifadelerin anlamı, öğretide yer alan görüşler ve Yargıtay kararlarında varılan içtihatlar ile birlikte değerlendirilerek ortaya koyulacaktır. Özellikle uygulamada yanlış anlamalara yol açan, külli halefiyet ve sonraki zümreye geçiş prensiplerine istisna teşkil eden noktalar hakkında konuya bir netlik kazandırılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Miras, Tereke, Mirasın Reddi, Mirasçı, Külli Halefiyet.

* Makale Gönderim Tarihi: 06.10.2019. Makale Kabul Tarihi: 09.12.2019.

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0003-3701-4732; *yeniceo@gmail.com*)

CONCLUSIONS OF DISCLAMER OF INHERITANCE WITH REGARDS TO OTHER HEIRS

Abstract: The principle of universal succession is valid in our inheritance law system. In accordance with this principle, the heirs acquire the heritage as a whole by operation of law at the point of the deceased's death. Besides acquiring the title of heir, this situation also causes the personal liability of the heirs for the debts of the deceased. The legislator regulated the disclaimer of the inheritance in order to protect the heirs from this negative situation. Negative relations with the deceased or the other heirs, avoiding the burdens and obligations in the dispositions mortis causa of the deceased or not having sufficient information about the debts of the estate may also lead to the disclaimer of the inheritance. For whatever reason it might be, when the inheritance is rejected, certain conclusions occur. In this study, the conclusions of the disclaimer of the inheritance will be set forth particularly in terms of other heirs. In this context, the meaning of some ambiguous statements in the Turkish Civil Code will be evaluated by considering the opinions in the doctrine and the jurisprudence of the Supreme Court decisions. In particular, the subject will be clarified about the points that lead to misunderstandings in practice and which are exceptions to the principles of universal succession and transition to the next parental.

Key Words: Inheritance, Legacy, Disclaimer of Inheritance, Heir, Universal Succession.

GİRİŞ

Miras hukukunda geçerli olan küllî halefiyet prensibi uyarınca, vefat eden bir kişinin mirası kanun gereği kendiliğinden mirasçılarına geçmektedir. TMK m. 599, bu kuralı, *"mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar"* şeklinde ifade etmiştir. Bu hükme göre, mirasçılar, mirasbırakanın aynî ve diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazları üzerindeki zilyetliklerini, prensip itibarıyla, doğrudan doğruya kazanmakta ve mirasbırakanın borçlarından şahsen sorumlu olmaktadırlar. Bu sebeple, tereke alacaklıları, mirasçıların haczedilebilir kişisel malvarlığı değerlerine İcra İflas Kanunu hükümleri uyarınca başvurabilmektedirler[1]. Nitekim bu durumla karşılaşmak istemeyen mirasçıları korumak

1 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Miras Hukuku**, Hiç Değişiklik Yapılmamış 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, (Miras), s. 46; HELVACI, İlhan, **Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK m. 605 – MK m. 618)**, 1. Baskıdan Tıpkı 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 8.

amacıyla mirasın reddi kurumu kanunda düzenlenmiştir[2]. Bununla birlikte, mirasın reddi hakkında kanunda düzenleme yapılmasının tek sebebi mirasçıları mirasbırakanın olumsuz ekonomik durumundan korumak değildir. Bunun dışında, bir mirasçı mirasbırakan ile kötü ilişki içerisinde olması veya mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarında yer alan yükleme ve yükümlülüklerden kaçınmak istemesi ya da diğer mirasçılarla olan ilişkileri, borçları üstlenmesi yahut tereke borçları hakkında yeterli bilgi sahibi olmaması gibi sebepler yüzünden de mirası reddedebilir[3].

Mirasın reddi kurumu, Türk Medeni Kanunu'nun "*mirasın kazanılması*" başlıklı ayırımında m. 605 ve m. 618 arasında yer alır. TMK m. 605'in ilk fıkrasında, yasal ve atanmış mirasçıların mirası reddedebilecekleri[4]; ikinci fıkrasında ise, miras bırakanın öldüğü tarihte ödemeden aczinin açıkça belli veya resmen tespit edilmiş olması hâlinde mirasın reddedilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Böylece ilk fıkrada mirasın gerçek reddine, ikinci fıkrada ise mirasın hükmen reddine yer verilmiştir. TMK m. 606/I'e göre, mirasın reddi kural olarak üç aylık hak düşürücü süreye bağlanmıştır[5]. Bu süre, ret hakkı kullanılmaksızın geçtiği takdirde, miras kayıtsız şartsız kazanılmış olur. (TMK m. 610/I).

---

2 SAATÇIOĞLU, Fuat, "Mirasın Gerçek Reddi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı 1, (s. 173-208), Ankara, Mayıs 2013, s. 173. Kanunun aynı amaçla öngördüğü diğer imkânlar, resmi defter tutma (TMK m. 619-631) ve resmi tasfiye (TMK m. 632-636) olup, resmi tasfiye hakkında bkz. KILIÇ, Mehmet "Türk Hukukunda Mirasın Resmi Tasfiyesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 3, Y. 2013, (761-817), Ankara, 2013.

3 SAATÇIOĞLU, s. 174.

4 *"Hem yasal hem de atanmış mirasçı olan bir kişi, bu sıfatlarından birini geri çevirip, diğerini kabul edebilir."* (SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay, **Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları**, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 522).

5 HELVACI, s. 74, 75; ÖZTAN, Bilge, **Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 390; İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan, **İnan Türk Medeni Hukuku: Miras Hukuku**, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, s. 509; KILIÇOĞLU, Ahmet, **Miras Hukuku**, Genişletilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 288; ÖZUĞUR, Ali İhsan, **Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Cilt-1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 271. *"Ret beyanının, bu süre içinde sulh mahkemesine varması gerekir."* (SEROZAN / ENGİN, s. 527). Üç aylık sürenin başlangıç anı ile ilgili olarak TMK m. 606/II'de, yasal ve atanmış mirasçılar için farklı tarihler esas alınmıştır.

TMK m. 599 uyarınca, miras, kanun gereği kendiliğinden kazanıldığına göre, mirasın kazanılması için ayrı bir kabul beyanında bulunmaya gerek yoktur. Hatta mirasçıların mirası kazanmaları için mirasçı olduklarını bilmeleri dahi gerekmez. Sadece hükmen retle ilgili olarak TMK m. 605/II'de ve sonra gelen mirasçılar yararına rette kabule ilişkin olarak TMK m. 614'te düzenleme yapılmıştır. Mirasçılar, kanunda öngörülen şartlara ve süreye uymak suretiyle mirası reddedebilirler. Mirasın reddedilebilmesi için, öncelikle mirasçılık sıfatının kazanılmış olması gerekir. Üç aylık ret süresi dolarsa veya mirasçı açık ya da örtülü olarak mirası kabul ettiğini açıklarsa mirası reddetme hakkı sona erer. Mirası reddeden mirasçı, sadece mirasçılık sıfatını mirasın açıldığı andan itibaren kaybetmekle[6] kalmaz, borçlardan sorumluluğu da ortadan kalkar[7]. Süresi içinde ret hakkını kullanmayan mirasçı ise, mirası kesin olarak kazanır. Böylece ret bozucu koşuluna bağlı olan geçici mirasçılık konumu, mirasın reddi üzerine mirasbırakanın ölümü anına kadar etkili biçimde ortadan kalkmış olmaktadır[8]. Ayrıca miras her mirasçı tarafından ayrı ayrı veya toplu olarak reddedilebilir[9].

Mirasın reddinin, diğer mirasçılar yönünden nasıl etkiler doğuracağı, TMK m. 611 ve m.614 hükümleri arasında ayrı ihtimaller göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. TMK m. 611, mirası reddeden yasal ve atanmış mirasçıların miras paylarının akıbetini; m. 612, mirasın en yakın mirasçıların tamamı tarafından reddi hâlinde ne olacağını; m. 613, altsoyun tamamının mirası reddetmesi hâlinde sağ kalan eşin durumunu ve nihayet m. 614 ise sonra gelen mirasçılar yararına ret konusunu hükme bağlamıştır. Ayrıca cüzî halef olan vasiyet alacaklıların da vasiyeti reddedebilecekleri TMK m. 616 hükmüyle düzenlenmiştir. Kanundaki bu düzenleme ile paralel olarak, çalışma, üç temel başlık altında kaleme alınacaktır. İlk kısımda, mirasın yasal mirasçılar tarafından reddine bağlı sonuçlar ele alınacak, bu bağlamda öncelikle mirasın yasal mirasçılar tarafından reddi hâlinde bu durumun diğer mirasçılara etki-

---

6 *"Mirasbırakanın reddeden mirasçıya yaptığı ölüme bağlı tasarruflar ise redden etkilenmez, bu bağlamda örneğin mirasbırakanın reddeden lehine yaptığı bir vasiyetname geçerliliğini korur."* (ÖZTAN, s. 394).

7 HATEMİ, Hüseyin, **Miras Hukuku**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 138; GENÇCAN, Ömer Uğur, **Miras Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, (Miras), s. 1209.

8 SAATÇIOĞLU, s. 175.

9 SEROZAN / ENGİN, s. 521.

sine dair genel kuralı getiren TMK m. 611/I hükmü incelenecek, daha sonra TMK m. 611/I ile getirilen genel kuralın istisnası mahiyetinde olan TMK m. 612, TMK m. 613 ve TMK m. 614 hükümleri ayrı alt başlıklar altında değerlendirilecektir. Çalışmanın ikinci kısmında ise, mirasın atanmış mirasçılar tarafından reddine bağlanan sonuçlar ele alınacak ve nihayet üçüncü kısımda ise vasiyet alacaklısının vasiyeti reddine bağlı sonuçlar incelenecektir. Böylece bu çalışmada, mirasın reddi hâlinde, bunun diğer mirasçıları nasıl etkileyeceği, özellikle diğer hısımların mirasçılık ve miras payı durumlarının nasıl olacağı çeşitli ihtimaller üzerinden ele alınacaktır.

I. MİRASI YASAL MİRASÇILARIN REDDETMESİNE BAĞLI SONUÇLAR

1. Genel Kural: TMK m. 611/I

A- Mirasın Yasal Mirasçılardan Biri veya Bir Kısmı Tarafından Reddi

"*Mirasçılardan biri tarafından ret*" kenar başlığını taşıyan TMK m. 611'in ilk fıkrası uyarınca, *"yasal mirasçılardan biri mirası reddederse onun payı, mirasın açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi, hak sahiplerine geçer."* TMK m. 611/I, eMK m. 551/I'e[10] karşılık gelir. Eski kanunda geçen "*ölüme bağlı bir tasarrufta bulunmaksızın vefat eden kimsenin mirasçılarından biri*" ifadesi yerine, yeni kanunda, *"yasal mirasçılardan biri"* ifadesi tercih edilmiştir. Hüküm gerekçesinde, bu tercihin sebebi, ortada ölüme bağlı bir tasarruf bulunmadığında, atanmış mirasçılardan söz edilemeyeceği ve mirası ancak yasal mirasçıların reddedebileceği şeklinde açıklanmıştır[11]. Bu hükmün mehaz İsviçre Medeni Kanunu'ndaki karşılığı ise, madde 572'dir. (ZGB Art. 572). TMK m. 611/I, yasal mirasçılar tarafından mirasın reddi hâlinde uygulanacak olan genel prensip olup, bunu takip eden m. 612, m. 613 ve m. 614 ise, m. 611/I'in istisnası mahiyetindedir[12].

---

10 *"Ölüme bağlı bir tasarrufta bulunmaksızın vefat eden kimsenin mirasçılarından biri, mirası reddederse bunun hissesi murisin vefatında hayatta değil imiş gibi diğer mirasçılara intikal eder."* (eMK m. 551/I).

11 https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_3.pdf, (erişim: 21.08.2019). Ayrıca bkz. KAÇAK, Nazif, **Yeni İçtihatlarla Yeni Miras Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.323.

12 İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan, **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2003, s. 347.

TMK m. 611/I'e göre, mirası yasal mirasçılardan biri reddederse, reddeden mirasçı sanki mirasbırakandan daha önce ölmüş gibi kabul edilir ve mirası ret hakkını kullanan mirasçının payı kendi yerini alabilecek diğer yasal mirasçılara geçer[13]. Böylece yasal mirasçının, mirasbırakan öldüğünde kanun gereği kazandığı geçici mirasçılık sıfatı, bu ret üzerine, mirasbırakanın ölüm anına, yani geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve mirası reddeden kişi hiç mirasçı olmamış gibi değerlendirilir[14]. Bu durumda, mirası reddeden kişi mirasçılık haklarını kullanamayacağı gibi, mirasbırakanın borçlarından sorumlu olamaz ve denkleştirme yükümlülüğü de kalmaz[15]. Dolayısıyla, mirası reddeden yasal mirasçının miras payı, varsa altsoyuna geçer; altsoyunun bulunmaması hâlinde ise, zümrede onunla birlikte mirasçı olanların miras payı artar[16]. Mirası reddeden mirasçının yerini alan yasal mirasçı da elbette mirası reddetme hakkına sahiptir[17].

Mirası reddeden saklı paylı mirasçı, TMK m. 611/I gereği mirasbırakandan önce ölmüş gibi kabul edildiğinde, mirasbırakanın tasarruf oranı bu yeni duruma göre, yani mirası reddeden mirasçı sanki mirasbırakandan önce ölmüş gibi hesaplanır[18]. Dolayısıyla, eğer mirası reddeden yasal mirasçının yerini alan mirasçı saklı paylı değilse, mirası reddeden mirasçının saklı payı mirasbırakanın tasarruf oranına eklenir[19]. Örneğin; eğer mirası reddeden

---

13 Yrg. 2. HD, T: 21.02.2000, E: 3080, K: 5113: *"Mirasbırakan Mehmet'in oğlu Hüseyin çocukları Erşan, Behçet, Bayram ve Gülseren mirası ret etmişlerdir. MK m. 551 gereği mirası reddeden mirasçıların miras payları, miras bırakanın ölümünde hayatta değilmiş gibi diğer mirasçılara intikal eder. Mirası reddedenlerin alt soyu halefiyet esaslarına göre, mirasçı olurlar."* Aynı yönde bkz. Yrg. 2. HD, T: 01.12.2005, E: 14173, K: 16750. (GENÇCAN, Miras, s. 1208). Yargıtay'ın, eMK m. 551/I'in *"diğer mirasçılara intikal eder"* ifadesini hatalı olarak reddedenin mirasçıları olarak yorumladığı bir kararı için bkz. Yrg. 2. HD, T. 21.03.1975, E. 2452, K. 2679: *"Mirası reddeden kişinin miras payı, hayatta değilmiş gibi, kendi mirasçılarına geçer (MK m. 551)."* (HELVACI, s. 142, dn. 363).

14 HELVACI, s. 142; DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku, Cilt: IV, Miras Hukuku**, Yenilenmiş Dördüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 406; EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek, **Türk Miras Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 513-514.

15 SAATÇIOĞLU, s. 193; GENÇCAN, Ömer Uğur, **4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama – Son İçtihatlar, 3. Cilt, Md. 495-1030**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, (Yorum), s. 2587.

16 DURAL / ÖZ, s. 406; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 514; ÖZTAN, s. 395.

17 SEROZAN, s. 520; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 516.

18 GENÇCAN, Yorum, s. 2587; HELVACI, s. 174; SAATÇIOĞLU, s. 193.

19 GENÇCAN, Yorum, s. 2587.

saklı paylı mirasçının yerini kendi altsoyu alıyorsa, diğer mirasçıların miras paylarında bir değişiklik olmaz[20]. Şu şekilde somutlaştıralım: (M) öldüğünde geride sağ kalan hısımları çocukları (A), (B) ve (C) ile (A)'dan olma torunu (D) olsun. Eğer (A) mirası reddedecek olursa, (M)'nin mirası (D)'ye geçecektir. Zira (M)'nin saklı paylı mirasçısı olan oğlu (A) mirası reddettiğinde, yerini kendi altsoyu alacaktır. Bu örnekte (A)'nın reddettiği miras, (A)'nın oğlu (D)'ye geçeceği için, diğer mirasçılar (B) ile (C)'nin miras paylarında bir değişiklik olmayacaktır.

Eğer mirası reddeden mirasçının altsoyu bulunmuyorsa, bu durumda diğer mirasçıların miras payları ve dolayısıyla saklı payları artacaktır[21]. Yukarıdaki örnekte eğer (D) de mirası reddedecek olsaydı, bu durumda (A)'nın miras payı kardeşleri (B) ve (C)'nin paylarına eklenecekti. Bir başka örnekte, (M) öldüğünde geride sağ kalan hısımları çocukları (A) ile (B) olsun. Eğer (A) mirası reddedecek olursa, TMK m. 611/I gereği, (M)'den önce ölmüş gibi kabul edileceği için, mirasın tamamı (B)'ye kalacaktır.

Öte yandan, reddedilen mirasa hak kazanabilmek için, mirasçılık bağı mirası reddedilen mirasbırakan (kök muris) ile olmalıdır. Eğer mirası reddeden mirasçının altsoyu varsa, bu altsoyun kök murisin mirasına hak kazanabilmesi için, onunla arasında kan bağı olmalıdır. Örneğin; (M) öldüğünde geride sadece eşi (E) ile oğlu (A) hayattadır. Ayrıca (E)'nin önceki evliliğinden (B) adında bir kızı vardır. Bu durumda (M)'nin mirasçıları sadece (E) ile (A)'dır. Eğer (E) mirası reddedecek olursa, TMK m. 611/I gereği o da mirasbırakanın ölümünde sağ değilmiş gibi kabul edilir ve (M)'nin tek mirasçısı (A) olur. Dolayısıyla (A)'nın miras payında artış olur. (M) ile arasında kan bağı bulunmayan (B) ise, (M)'ye mirasçı olmaz[22]. Buna benzer bir örnek de şöyledir: (M) öldüğünde geride sağ kalan hısımları, çocukları (A) ve (B) ile (B)'den olma torunları (C) ve (D)'dir. Eğer (B) mirası reddedecek olursa, geride kalan mirasçıları (A) ile (B)'nin küllî halefleri olan (C) ve (D)'dir. Eğer (C) ve (D) de mirası reddedecek olursa, (M)'nin tek mirasçısı (A) olur. Mirasçıların sağ kalan eşleri ise, bu redden yararlanamazlar. Mesela, (A) ile (B)'nin eşleri hayatta iseler, (B)'nin mirası reddetmiş olması (B)'nin eşi (E)'yi mirasçı kılmaz. Çünkü (E), (M)'nin mirasçısı değildir; (M)'nin miras-

20 SEROZAN / ENGİN, s. 533; SAATÇIOĞLU, s. 193.

21 SEROZAN / ENGİN, s. 533; SAATÇIOĞLU, s. 193.

22 HELVACI, s. 145.

çısı onun altsoyudur. Bununla birlikte, (E), eşi (B)'nin mirası reddetmesine karşı çıkamaz[23].

Eğer mirası reddeden mirasçının yerini alan mirasçının saklı payı yoksa ya da onun saklı payı reddeden mirasçının saklı payından daha düşükse, mirasbırakanın tasarruf oranı da o ölçüde artış gösterir[24]. Örneğin; (M) öldüğünde geride sağ kalan hısımları annesi (A), babası (B) ve kardeşi (K) olsun. Bu durumda, (M)'nin yasal mirasçıları, annesi (A) ile babası (B)'dir. Fakat (M)'nin annesi (A) mirası reddedecek olursa, TMK m. 611/I gereği (A), mirasbırakandan önce ölmüş gibi kabul edilecek ve onun yerini kendi çocukları yani (M)'nin kardeşi (K) alacaktır. (K) saklı paylı mirasçı olmadığından[25], mirası reddeden anne (A)'nın saklı payı (M)'nin tasarruf oranına eklenecektir.

TMK m. 611/I, mirasın yasal mirasçılardan *biri* tarafından reddedilmesi hâlinde uygulanacağı gibi, yasal mirasçılardan *birkaçının* mirası reddetmesi hâlinde de uygulanır[26]. Burada esasen önemli olan, mirasın, yasal mirasçıların tümü tarafından reddedilmemiş olmasıdır. Tersten ifade edecek olursak, TMK m. 611 hükmünün uygulanabilmesi için, en az bir mirasçı tarafından mirasın reddedilmemiş olması gerekir; zira aksi hâlde TMK m. 612 hükmünün uygulanması söz konusu olur, yani resmi tasfiye yoluna gidilir[27]. Diğer yandan, TMK m. 611/I, sağ kalan eşin mirası reddi hâlinde de uygulanır[28]. Bu durumda da, mirası reddeden sağ kalan eş mirasbırakandan önce ölmüş gibi kabul edilerek, mirasçılar ve miras payları bu duruma göre belirlenir.

---

23 KILIÇOĞLU, s. 289-290. Bunun istisnası mal ortaklığı rejiminde TMK m. 265 ile kabul edilmiştir. Hüküm şöyledir: *"Eşlerden biri, diğerinin rızası olmaksızın ortaklık mallarına girecek olan bir mirası reddedemeyeceği gibi, tereke borca batıksa mirası kabul de edemez."*

24 DURAL / ÖZ, s. 406; GENÇCAN, Miras, s. 1209; SEROZAN / ENGİN, s. 533.

25 4721 sy. TMK m. 506'da 2007 yılında 5650 sy. Kanun ile yapılan değişiklikle, kardeşlerin saklı payı kaldırılmıştır. Bkz. RG, T. 10.05.2007, S. 26518. (www.resmigazete.gov.tr).

26 ÖZTAN, s. 395.

27 MÜLLER, Franz / LIEB-LINDENMEYER, Saskia, **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. J. K. Kostkiewicz / S. Wolf / M. Amstutz, vd.), (1102-1104), 3. Überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016, (ZGB Art. 572), Rn. 2.

28 HELVACI, s. 145; BÜRGI, Urs, **Kurzkommentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Art. 572**, (Hrsg. A. Büchler / D. Jakob), 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018, Rn. 5; GÖKSU, Tarkan, **CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB**, (Hrsg. P. Breitschmid / A. Jungo), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Art. 572, (S. 270-272), 2016, Rn. 5.

Görüldüğü üzere, yasal mirasçılardan biri mirası reddederse, mirası reddeden yasal mirasçı mirasbırakandan daha önce ölmüş gibi kabul edileceğinden, önceden yasal mirasçı olan kişilerin miras payları artabilmekte veya önceden mirasçı olamayacak kişiler reddeden yasal mirasçı yerine mirasçı olabilmektedir. Burada reddeden yasal mirasçı yerine mirasçı olacak kişiler, mirası reddeden mirasçı mirasbırakandan önce ölmüş olsaydı, mirasbırakana mirasçı olabilecek kişilerdir[29].

B- Mirasın Yasal Mirasçılardan Biri veya Bir Kısmı Tarafından Reddinin Sağ Kalan Eşe Etkisi

Mirasbırakanın yasal mirasçılarından birisi de, o öldüğünde hayatta olan, yani sağ kalan eşidir. TMK m. 499 uyarınca, sağ kalan eş, her üç zümre (derece) ile de mirasçı olabilmektedir. Eğer yasal mirasçılardan biri mirası reddederse, sağ kalan eş, mirası reddedenin altsoyu varsa, öncelikle altsoyla yani birinci zümre ile birlikte mirasçı olur. Eğer mirasbırakan öldüğünde birinci zümrede mirasçı bulunmuyorsa, sağ kalan eş ikinci zümre, yani anne baba zümresi ile birlikte mirasçı olur. Eğer mirasbırakan öldüğünde ikinci zümrede de mirasçı bulunmuyorsa, bu kez sağ kalan eş üçüncü zümre ile birlikte mirasçı olur. (Sonraki zümreye geçiş prensibi). Bununla birlikte, sağ kalan eşin miras payı, hangi zümre ile mirasçı olduğuna göre değişmektedir.

TMK m. 611/I, yasal mirasçılardan birinin mirası reddetmesi hâlinde onun payının miras açıldığı zaman kendisi hayatta değilmiş gibi hak sahiplerine geçeceğini düzenlemiştir. Bununla birlikte, mirasın reddedilmesinin sağ kalan eşe etkisi incelenirken, aşağıda ayrı bir başlık altında inceleyeceğimiz ve istisnai bir hüküm mahiyeti taşıyan TMK m. 613'e de kısaca değinmek gerekir. TMK m. 613'e göre, *"altsoyun tamamının mirası reddetmesi hâlinde, bunların payı sağ kalan eşe geçer"*. Bu düzenleme gereğince, eğer altsoyun tamamı mirası reddetmişse, bu durumda eş bir üst zümredeki mirasçılarla birlikte mirasçı olmaz ve reddeden mirasçıların payı sağ kalan eşe kalır. Burada sağ kalan eşe geçeceği öngörülen pay, mirası reddeden altsoy mirasçıların saklı paylarıdır[30].

Yasal mirasçılardan biri veya birkaçı tarafından mirasın reddedilmesinin sağ kalan eşi etkileyebilmesi için, sağ kalan eşin birlikte mirasçı olduğu

---

29 HELVACI, s. 144.

30 İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 516.

zümrenin değişmesi gerekir[31]. Örneğin; (M) öldüğünde geride sadece eşi (E) ile oğulları (A) ve (B) hayatta ise ve sadece (A) mirası reddederse, mesele TMK m. 611/I'e göre çözülür. Bu durumda, mirası reddeden (A) mirasbırakandan önce ölmüş gibi kabul edilerek, (M)'nin mirasçıları sağ kalan eşi (E) ile oğlu (B) olur. Bu örnekte sağ kalan eşin birlikte mirasçı olduğu zümre değişmediği için, sağ kalan eşin miras payı bu durumdan etkilenmez. Burada TMK m. 613 uygulanmaz, zira altsoyun tamamının reddettiği bir miras söz konusu değildir.

Başka bir örnek verecek olursak; (M) öldüğünde geride sadece eşi (E), kardeşi (K) ve anneannesi (A) hayattadır. (M)'nin yasal mirasçıları eşi (E) ile kardeşi (K)'dır. Sağ kalan eş (E), mirasbırakanın ikinci zümredeki mirasçılarından kardeşi (K) ile birlikte mirasçıdır. Eğer (K) mirası reddedecek olursa, TMK m. 611/I gereği mirasbırakandan önce ölmüş kabul edilir ve sağ kalan eş artık ikinci zümre ile değil, üçüncü zümre ile birlikte mirasçı olur. Bu durumda, ret, birlikte mirasçı olduğu zümreyi değiştirdiği için, sağ kalan eşin miras payı artar[32].

2. Mirasın En Yakın Yasal Mirasçıların Tamamı Tarafından Reddi: TMK m. 612

A- Genel Olarak

Mirasın en yakın mirasçıların tümü tarafından reddi, TMK m. 612'de düzenlenmiştir[33]. Bu hüküm, mehaz İsviçre Medeni Kanunu madde 573'e karşılık gelmektedir. TMK m. 612, m. 611/I ile kabul edilen genel ilkenin

---

31 HELVACI, s. 147.

32 Yrg. 2. HD, T: 12.04.1963, E: 2135 K: 2283: *"Mirasbırakanın ölümü üzerine varis olarak karısı ile kardeşini bıraksa ve kardeşi de mirası reddetse, bu kardeş hayatta yokmuş gibi onun füruuna miras geçer. Bu kardeşin çocukları yoksa, kardeş yok farz edilir ve mirasbırakanın dede füruundan mirasçı aranması yoluna gidilir. Onlarda mevcut değilse o zaman mirasın tamamı karıya kalır."*

33 Bu hükmü karşılayan eMK m. 552 şöyleydi: *"En yakın kanunî mirasçıların cümlesi tarafından reddolunan miras, sulh mahkemesince karı kocadan sağ olana tebliğ olunur ve onun tarafından ancak bir ay içinde miras kabul olunabilir."* Eski kanun döneminde, bu hükmün anlaşılması güç bir metin olması sebebiyle farklı görüşler ileri sürülmüş, fakat hâkim fikir mehaz İsviçre MK. m. 573'e uygun yorum yapılmasını kabul etmişti. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, "En Yakın Kanuni Mirasçıların Mirası Reddetmesi Mehaza Göre Tefsir", **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1957, S. 1, s. 36 vd. Yrg. HGK, T: 27.04.1994, E.2-971 ve K. 273. (**www.kazanci.com**, erişim tarihi: 28.09.2019.)

istisnasıdır[34]. Genel ilkeyi öngören TMK m. 611'e göre, mirası reddeden yasal mirasçı, mirasbırakandan önce ölmüş gibi değerlendirilir. Oysa TMK m. 612'ye göre, en yakın yasal mirasçıların tümünün mirası reddetmesi hâlinde, miras, mirasın reddine ilişkin ana kuralın aksine reddedenlerin yerini alacak olan mirasçılara geçmemektedir[35]. Bu durumda, tereke, mirasbırakanın yerleşim yeri sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilmekte ve daha sonra arta kalan değerler olursa bunlar sanki mirası reddetmemişler gibi hak sahiplerine ödenmektedir[36].

En yakın yasal mirasçıların tümünün mirası reddettiği durumlarda, genellikle borca batık bir tereke vardır[37]. Böyle durumlarda, mirası reddeden en yakın yasal mirasçıların yerine mirasçı olacak kişilere yeni bir ret süresi vermek, onların mirası reddedip reddetmeyeceklerini beklemek, emek ve zaman kaybına yol açacaktır. Zira mirasbırakanla manevi bağları daha güçlü olan kişilerin, yani en yakın yasal mirasçıların reddettiği bir mirası, mirasbırakanla manevi bağları daha zayıf olan diğer mirasçılar evleviyetle reddedeceklerdir[38]. Böylece TMK m. 612 hükmü sayesinde, mirasın en yakın tüm yasal mirasçılar tarafından reddi hâlinde, mirası reddeden yasal mirasçının yerini halefiyet kuralına göre sıradaki yasal mirasçıların alması kuralının uygulanması kanun koyucu tarafından önlenmiştir[39]. Dolayısıyla burada sonraki zümreye geçiş prensibine bir istisna getirilmiş bulunmaktadır[40].

---

34 HELVACI, s. 151; İMRE / ERMAN, s. 347.

35 DURAL / ÖZ, s. 406.

36 HELVACI, s. 151; ÖZTAN, s. 395; DURAL / Öz, s. 406; SAATÇIOĞLU, s. 193. Yrg. 3. HD, T: 20.12.2010, E: 15137, K: 20977: *"Birinci derecedeki mirasçıların tamamı tarafından mirasın reddi halinde, miras ikinci derecedeki mirasçılara geçmez, tereke tasfiye olur."*.

37 HELVACI, s. 151; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 517.

38 HELVACI, s. 151; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 517; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 624; SAATÇIOĞLU, s. 193.

39 SEROZAN / ENGİN, s. 534. Yrg. 8. HD, T: 20.09.2013, E: 20113/3349, K: 2013/12760: *"Saptanan olgular karşısında, en yakın yasal mirasçıların tamamı tarafından reddedilmiş ve bu sebeple iflas hükümlerine göre tasfiyeye tabi duruma gelmiş terekenin TMK m. 612'nin atıfta bulunduğu TMK m. 636 gereğince iflas hükümlerine göre, tasfiyesi konusunda gerekli değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekirken konuyla ilgisi bulunmayan TMK m. 633'teki süre gözetilerek davanın reddine karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır. TMK m. 612 ve atıfta bulunduğu aynı Kanunun 636. maddesi gereğince yapılacak terekenin resmi tasfiyesi herhangi bir süreye bağlı tutulmamıştır..."* Aynı yönde bkz. Yrg. 2. HD, T: 03.04.2013, E: 2012/7093, K: 2013/9158: (Kararlar için bkz. ÖZUĞUR, s. 290-292, 295).

40 BELEN, s. 258.

B- En Yakın Mirasçı Kavramı

TMK m. 612'de geçen "*en yakın yasal mirasçılar*" kavramı ile kimlerin kastedildiği, ilk bakışta tam olarak anlaşılamamaktadır. Bu nedenle, uygulamada, özellikle terekedeki borç miktarının çok olduğundan kuşku duyan ve mirasbırakana ait borçların üzerlerine kalmasından korkan hısımların, kademeli olarak Sulh Hukuk Mahkemesine müracaat ederek mirasın reddi talebinde bulunduklarına şahit olunmaktadır. Bunun bir sebebi de, yerel mahkeme bazında, en yakın yasal mirasçılar tarafından reddedilen mirasın, sonraki zümreye geçişinin kabul edildiği yönünde hatalı hükümler veriliyor olmasıdır. Örneğin, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin verdiği bir kararda, tüm yakın mirasçılar tarafından reddedildiği için aslında resmen tasfiye edilmesi gereken miras hakkında, yerel mahkemenin hatalı olarak üst zümre mirasçı sıfatıyla mirasbırakanın kardeşlerine davetiye çıkardığı görülmektedir[41]. Diğer yandan, hükmün kaleme alınış şekli böyle bir yorumun yapılması için haklı bir zemin de oluşturmaktadır. Bununla birlikte, bu muğlak ifadeden, yani "*en yakın mirasçılar*" deyiminden kimlerin anlaşılması gerektiği, öğreti ve Yargıtay içtihatları ile doldurulmuştur. Buna göre, TMK m. 612'de geçen bu ifade ile mirasbırakanın ölümü üzerine ilk planda ve doğrudan mirasçı sıfatını kazanan kişilerin kastedildiği kabul edilmektedir[42]. Dolayısıyla her

---

41 *"Mirasbırakan Mustafa 10.02.2008 tarihinde ölmüş en yakın mirasçılarının tamamı tarafından miras 07.04.2008 tarihinde reddedilmiş ve tereke iflas hükümlerine göre tasfiyeye tabi duruma gelmiştir. Mahkemece, mirasbırakanın kardeşlerine ikinci derecede mirasçı sıfatıyla meşruhatlı davetiye çıkarılmış ve bunlardan Ömer mirası kabul ettiğini bildirmiş ise de; bu beyan kanunen tasfiyeye tabi durumdaki terekede adı geçene mirasçılık sıfatı kazandırmaz. Adı geçenin davaya dâhil edilmesi de sonuca etkili değildir."* (2. HD, T. 31.05.2010, E. 11359, K. 10650, bkz. GENÇCAN, s. 1218).

42 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras, s. 624; İMRE / ERMAN, s. 348; HELVACI, s. 152; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 517; ÖZTAN, s. 395. GENÇCAN, Miras, s. 1210; DURAL / ÖZ, s. 407; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 514; SAATÇIOĞLU, s. 194; GENÇCAN, Yorum, s. 2588. GÖKSU, Tarkan, **CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, Art. 573**, (Hrsg. P. Breitschmid / A. Jungo), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, (S. 270-272), 2016, Rn. 4; BELEN, Herdem, **Miras Hukuku Şema Kitap**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018. Yrg. 14. HD, T: 07.06.2016, E: 2015/7035, K: 2016/6573: *"Muris Seyit Faruk'un en yakın mirasçıları olan eşi ve oğlu mirası reddetmiştir. En yakın mirasçıların tamamı tarafından mirasın reddedilmesinde ret beyanını tespit eden mahkemenin terekenin resen tasfiyesine karar vermesi gerekir. Murisin anne ve babası olan davacılara miras gelmez. Yani en yakın mirasçılardan sayılamazlar. Davacılar mirasçı olmadıklarından mirası reddetme yetkileri bulunmaz. Bu itibarla mahkemece davanın aktif dava ehliyeti yokluğundan reddine karar verilmesi gerekir."* Aynı yönde: Yrg. 2.

somut olayda en yakın yasal mirasçıların kimler olacağı değişiklik gösterecektir[43]. Sağ kalan eş de en yakın mirasçılar arasında yer alır[44]. Örneğin; (M) öldüğünde geride kalan hısımları annesi (A), kızları (B) ve (C) ile eşi (E) olsun. Bu örnekte (M)'nin en yakın yasal mirasçıları kızları (B) ve (C) ile eşi (E)'dir. Diğer bir örnek verecek olursak, (M) öldüğünde geride kalan hısımları oğlu (A)'dan olma torunu (B), babası (C) ve anneannesi (D) olsun. Burada (M)'nin en yakın yasal mirasçısı torunu (B)'dir. Son bir örnekte, (M)'nin geride kalan mirasçıları annesi (A), babası (B), kardeşi (K) ve eşi (E) olsun. Bu olasılıkta (M)'nin en yakın mirasçıları eşi (E), annesi (A) ve babası (B)'dir.

C- İflas Hükümlerine Göre Tasfiye ve Arta Kalan Değerin Mirası Reddetmemişler Gibi Hak Sahiplerine Verilmesi

En yakın mirasçıların tamamı tarafından reddedilen miras, sulh hukuk mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilir[45]. Eğer en yakın mirasçıların tamamının mirası reddettikleri anlaşılıyorsa, sulh hukuk hâkimi herhangi bir başvuru olmasa bile kendiliğinden resmi tasfiye yoluna gitmelidir[46]. En yakın yasal mirasçıların tamamı tarafından reddedilen miras, sulh

---

HD, T: 20.09.2005, 7014-12350; Yrg. 2. HD, T: 24.12.2009, 19363-22567; Yrg. 2. HD, T: 31.01.2007, 9528-874; Yrg. 2. HD, T: 24.09.2007, 17371-12437. (Kararlar için bkz. GENÇCAN, Miras, s. 1210-1211).

43 *"Mirasbırakanın atanmış mirasçılarının tümünün mirası reddettiği hallerde TMK m. 612'nin uygulama alanı bulması mümkün değildir; böyle bir durumda, TMK m. 611/II uygulanacak ve atanmış mirasçıların mirası reddetmelerinden en yakın yasal mirasçılar yararlanacaktır."* (HELVACI, s. 152, dn. 385).

44 HELVACI, s. 152; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 517; ÖZTAN, s. 395; KILIÇOĞLU, s. 291; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 514; BÜRGİ, ZGB Art. 573, Rn. 3; BÜRGI, Urs, **Kurzkommentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Art. 573**, (Hrsg. A. Büchler / D. Jakob), 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018, Rn. 3; MÜLLER, Franz / LIEB-LINDENMEYER, Saskia, **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. J. K. Kostkiewicz / S. Wolf / M. Amstutz, vd.), 3. Überarbeitete Auflage, (1104-1105), Orell Füssli Verlag AG, 2016, (ZGB Art. 573), Rn. 1.

45 Bkz. İİK m. 180.

46 GENÇCAN, Miras, s. 1212. Yrg. 2. HD, T: 12.06.2003, 7484-8676: *"TMK m. 612 uyarınca, en yakın yasal mirasçıların tamamı tarafından reddedilen miras, Sulh Hukuk Hâkimi tarafından iflas hükümlerine göre tasfiye edilir. Sulh Hukuk Hâkiminin, en yakın mirasçıların miras reddettiklerini belirlemesi durumunda herhangi bir başvuruya gerek olmadan, kendiliğinden, resmi tasfiye yoluna gitmesi gerekir. Muris Selçuk 23.5.2002 tarihinde ölmüş, en yakın tek mirasçısı İpek, mirası reddetmiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında terekenin*

hukuk mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilmeden mirasçılara intikal yapılamaz[47]. Eğer mirasbırakanın sonradan bir mal veya alacağının bulunduğu saptanacak olursa, tasfiyeye devam edilebilir[48].

"Alacaklıların durumu" kenar başlığını taşıyan TMK m. 603/I uyarınca, *"mirasbırakanın alacaklılarının hakları, vasiyet alacaklılarının haklarından, vasiyet alacaklılarının hakları da mirasçıların alacaklılarının haklarından önce gelir"*[49]. O hâlde, tasfiye sürecinde önce terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi için sulh mahkemesi tarafından yapılan masraflar, yani masa alacakları tam olarak ödenir (İİK m. 248); daha sonra mirasbırakanın alacaklılarına alacakları verilir ve son olarak vasiyet alacaklılarına

---

resmi tasfiyesi yerine yazılı gerekçelerle talebin reddine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir." Aynı yönde: Yrg. 2. HD, T: 08.12.2005, 14348-17188; Yrg. 2. HD: T: 11.11.2010, 15340-18978. (GENÇCAN, Miras, s. 1212, 1213).

47 GENÇCAN, Miras, s. 1214. Yrg. 2. HD, 15.12.2010, 18753-21078: *"Mirasbırakan 9.3.2006 tarihinde vefat etmiştir. Mirasçıları Beril ve Sabiha 6.4.2006 tarihinde mirası reddetmişlerdir. Ret kararının iptaline karar verilmediği de anlaşılmaktadır. En yakın yasal mirasçıların tamamı tarafından ret edilen miras TMK m. 612 gereğince sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilir. Mahkemece mirasbırakanın mirasının iflas hükümlerine göre tasfiyesine karar verilmesi gerekirken, mirası reddeden mirasçılara terekenin intikaline karar verilmesi doğru görülmemiştir."* (GENÇCAN, Miras, s. 1214).

48 GENÇCAN, Yorum, s. 2591. Yrg. 2. HD, T. 3.3.2011, E. 1751, K. 3683: *"Mirasbırakan Ali, 13.08.2008 tarihinde ölmüş, en yakın mirasçıları olan çocukları tarafından miras 19.09.2008 tarihinde reddedilmiştir. Davacı vergi alacaklısıdır. Ölenin en yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından Reddolunan miras sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilir. Tasfiye sonunda arta kalan değerler mirası reddetmemişler gibi hak sahiplerine verilir. Mirasbırakanın sonradan bir mal veya alacağının bulunduğunun tespit edilmesi halinde tasfiyenin devamı mümkündür. İİK m. 217'de 'masaya ait hiçbir mal bulunmazsa iflas dairesi tasfiyenin tatiline karar verir ve ilan eder. Bu ilanda alacaklılar tarafından otuz gün içinde flaşa müteallik muamelelerin tatbikine devam edilmesi istenilerek masrafı peşin verilmediği takdirde iflasın kapatılacağı yazılır" hükmü mevcuttur. O halde, açıklanan yasal düzenleme uyarınca işlem yapılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, davacı Hazine yönünden kesin hüküm oluşturacak şekilde ret kararı verilmesi doğru bulunmamıştır."*

49 Eski MK m. 543/I'de, mirasçıların alacaklıları ile vasiyet alacaklıları karşılaştırılğında kime öncelik tanınacağı hakkında boşluk bulunmaktaydı. TMK m. 603/I'de, vasiyet alacaklılarının haklarının mirasçıların alacaklılarının haklarına göre öncelikli olduğu kabul edilerek bu boşluk doldurulmuş ve kanun gerekçesinde bu konuyla ilgili olarak şu değerlendirme yapılmıştır: *"…mirasçılar, vasiyet alacakları ifa edildikten sonra kalan terekeyi paylaşacaklarından ve mirasçıların alacaklıları da borçlusuna (mirasçıya) düşecek pay üzerinde bir istem hakkına sahip olacağından, vasiyet alacaklılarının haklarının, mirasçının alacaklılarının haklarından önce gelmesi olağandır…"* (https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_3.pdf, erişim tarihi: 28.09.2019).

vasiyet alacakları ödenir[50]. Yapılan tasfiye sonunda artan değerler ise, mirası reddetmemişler gibi hak sahiplerine, yani reddeden mirasçılara paylaştırılarak verilir[51]. Yoksa bu değerler daha sonraki derecede bulunan mirasçılara verilmez, hazineye de geçmez[52]. Görüldüğü gibi burada da reddedenin miras payının onun yerini alacak mirasçılara geçmesi kuralının bir istisnası bulunmaktadır; zira bakiye yine mirası reddeden mirasçılara bırakılmaktadır[53].

Diğer yandan, mirası reddeden en yakın yasal mirasçılar veya onlardan bir kısmı yahut biri, tasfiyeden artan değeri reddedebilir[54]. Bu durumda TMK m. 611/I'deki genel kural uygulanır ve tasfiye bakiyesini reddetmek isteyen mirasçı(lar), mirasbırakandan önce ölmüş gibi değerlendirilerek, tasfiye bakiyesi diğer yasal mirasçılara geçer[55].

En yakın mirasçıların tamamı tarafından reddedilen miras, sulh hukuk mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edildikten sonra arta kalan bir değer bulunursa bu kısım mirası reddetmemişler gibi hak sahiplerine verileceğinden miras daha sonraki derecede bulunan mirasçılara geçmez[56]. Aynı

---

50 HELVACI, s. 155.

51 İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 517; SEROZAN, s. 534; ÖZTAN, s. 395; GENÇCAN, s. 1215; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 514; DURAL / ÖZ, s. 407. Yrg. 8. HD, T: 15.09.2014, E: 2013/18957, K: 2014/16019: *"En yakın yasal mirasçıların tamamı tarafından reddedilen miras, Sulh Mahkemesi'nce iflas hükümlerine göre tasfiye edilir. Tasfiye sonunda arta kalan değerler, mirası reddetmemişler gibi hak sahiplerine verilir."* (ÖZUĞUR, s. 284-285). Aynı yönde: Yrg. 2. HD, T: 28.05.2013, E: 2012/19466, K: 2013/14542. (GENÇCAN, Miras, s. 1217). Tüm alacaklar ödendikten sonra geriye kalan miktarın, yani tasfiye bakiyesinin kime ait olacağı, eski kanun döneminde tartışmalıydı. Bununla birlikte, hâkim fikir, İsviçre MK m. 573/2 bu açıdan yeterince açık olduğuna göre, bizde de tasfiye bakiyesinin, sanki ret hiç gerçekleşmemiş gibi mirası reddeden mirasçılara ait olması gerektiğini kabul etmekteydi. (HELVACI, s. 158; GENÇCAN, s. 1215.).

52 GENÇCAN, Yorum, s. 2593.

53 DURAL / ÖZ, s. 407. Oysa TMK m. 613'e göre altsoyun tamamının mirası reddetmesi hâlinde, bunların payı, varsa sağ kalan eşe geçmektedir.

54 HELVACI, s. 158.

55 HELVACI, s. 158-159.

56 GENÇCAN, Miras, s. 1217. Yrg. 2. HD, T: 31.05.2010, 11359-10650: *"Mirasbırakan Mustafa 10.02.2008 tarihinde ölmüş en yakın mirasçılarının tamamı tarafından miras 07.04.2008 tarihinde reddedilmiş ve tereke iflas hükümlerine göre tasfiyeye tabi duruma gelmiştir. Mahkemece, mirasbırakanın kardeşlerine ikinci derecede mirasçı sıfatıyla meşruhatlı davetiye çıkarılmış ve bunlardan Ömer mirası kabul ettiğini bildirmiş ise de; bu beyan kanunen tasfiyeye tabi durumdaki terekede adı geçene mirasçılık sıfatı kazandırmaz. Adı geçenin davaya dâhil edilmesi de sonuca etkili değildir."* (GENÇCAN, Miras, s. 1218).

sebeple, miras, sulh hukuk mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edildikten sonra arta kalan değer, hazineye de geçmez[57].

D- En Yakın Yasal Mirasçılar Yanında Atanmış Mirasçıların da Bulunması Hâlinde TMK m. 612'nin Uygulanması

Eğer en yakın yasal mirasçıların yanında atanmış mirasçılar da varsa, terekenin tasfiye edilebilmesi için, atanmış mirasçıların da mirası reddetmiş olmaları gerekir[58]. Eğer atanmış mirasçılar mirası reddetmezler ise, genel kural, yani TMK m. 611 uygulanır. Bu durumda, miras tasfiye edilmeyip, sonraki hak sahiplerine geçer. Böylece, atanmış mirasçı tek başına mirasçı olmadığından, bu durumdan sonraki mirasçılar yararlanır[59]. Eğer mirası yalnızca atanmış mirasçıları reddediyorsa, bu durumdan ise yasal mirasçılar yararlanır[60].

Eğer hem en yakın tüm yasal mirasçılar hem de tüm atanmış mirasçılar mirası reddetmişlerse, TMK m. 612'nin uygulanması ve terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi gerekir[61]. Buna karşılık, yalnızca atanmış mirasçıların tümü mirası reddederse, TMK m. 612 uygulanmamalı; onların payları TMK m. 611/II gereği terekeye geri dönmeli ve mirasın reddinden yasal mirasçılar yararlanmalıdır[62].

---

57 Yrg. 2. HD, T: 08.12.2005, 14348-17188: *"Mirasın en yakın mirasçılar tarafından reddi halinde miras hazineye geçmeyeceği gibi, Tereke Sulh Hâkimince kendiliğinden resmi tasfiyeye tabi tutulur."* Benzer yönde bkz. 2. HD, T: 21.09.2004, 9392-10345; 2. HD, T: 02.06.2010, 8363-10837; 2. HD, T: 02.06.2010, 8112-10834. (Kararlar için: GENÇCAN, Miras, s. 1219).

58 SEROZAN / ENGİN, s. 534; SAATÇIOĞLU, s. 195. GÖKSU, ZGB Art. 573, Rn. 5; BELEN, s. 258.

59 SEROZAN / ENGİN, s. 534. Aynı yönde bkz. BÜRGİ, ZGB Art. 573, Rn. 4; MÜLLER / LIEB-LINDENMEYER, ZGB Art. 572, Rn. 5; BELEN, s. 258.

60 BELEN, s. 258.

61 DURAL / ÖZ, s. 407. Bu durumda, tasfiye bakiyesinin kime ait olacağı hakkında, bu bakiyenin, mirası reddeden yasal ve atanmış mirasçılara verilmesini savunan ve bu bakiyenin sadece mirası reddeden en yakın mirasçılara geçmesi gerektiğini kabul eden iki ayrı görüş vardır. Detaylı bilgi için bkz. Helvacı, s. 188.

62 DURAL / ÖZ, s. 407; HELVACI, s. 188.

3. Mirasın Altsoyun Tamamı Tarafından Reddi: TMK m. 613

A- Genel Olarak

TMK m. 613'e göre; *"altsoyun tamamının mirası reddetmesi hâlinde, bunların payı sağ kalan eşe geçer."* Bu düzenleme ile kanun koyucu altsoyun mirası reddetmesi hâlinde, ikinci zümre mirasçılar yerine, bu retten sağ kalan eşin yararlanmasının daha isabetli olacağını kabul etmiştir[63]. Yani mirasbırakana ilk planda ve doğrudan mirasçı olan altsoyun tamamı mirası reddederse, sağ kalan eş tek başına mirasçı olacak, bir başka deyişle altsoya ait miras payının tümü olduğu gibi sağ kalan eşe geçecektir. Bu hükümle, bir zümrede hiçbir mirasçının olmaması hâlinde mirasın sonraki zümreye geçeceği kuralına bir istisna getirilmiştir; yani altsoyun tümünün mirası reddetmesi hâlinde, miras ikinci zümreye geçmeyip, bütünüyle eşe kalmaktadır[64]. Dolayısıyla, TMK m. 613, sağ kalan eşin ikinci zümre ile birlikte mirasçı olduğu ve onlardan da mirasbırakana ilk planda ve doğrudan mirasçı olanların tümünün mirası reddettiği durumlarda uygulanmamaktadır. Böyle bir durumda sağ kalan eş üçüncü zümreyle birlikte mirasçı olmaktadır[65]. TMK m. 613 hükmü ile getirilen bu düzenlemenin sebebi, esasen dar anlamda ailenin önde tutulması ve sağ kalan eşin mirasta daha fazla korunması yönündeki çağdaş eğilimlerdir[66].

---

63 ÖZTAN, s. 396; KILIÇOĞLU, s. 292-293.

64 DURAL / ÖZ, s. 408; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 514-515; KILIÇOĞLU, s. 292. TMK m. 613'ün karşılık geldiği, 3678 sayılı Kanunla değişikliğe uğramadan önceki eMK m. 553'e göre, sulh mahkemesi, mirasbırakanın ilk planda ve doğrudan mirasçısı olan altsoyunun tümünün mirası reddettiğini, intifa hakkını seçen sağ kalan eşe bildiriyor ve ona mirası kabul etmesi için bir aylık süre tanıyordu. Eğer sağ kalan eş bu bildirimden itibaren bir ay içinde mirası kabul ederse, tereke tamamen kendisine kalıyor; sağ kalan eş bir aylık süre içinde kabul beyanında bulunmadığı takdirde ise, onun da mirası reddettiği sonucuna varılıyor, tereke mehaz kanuna göre yorumlanarak iflas hükümlerine göre tasfiye ediliyordu. Böylece, 3678 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, sağ kalan eşin mirasçılığı ile ilgili olarak, mülkiyet hakkı ile intifa hakkı karışımı bir sistem kabul edilmişti. Burada kanundan doğan bir intifa hakkı söz konusuydu. (CANARSLAN, s. 32). 3678 sayılı Kanunla, sağ kalan eşin intifa hakkına ilişkin eMK m. 444-446'daki düzenlemeler ortadan kaldırılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. HELVACI, s. 160.

65 SEROZAN / ENGİN, s. 535.

66 https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_3.pdf, (Türk Medeni Kanunu Gerekçesi) (erişim tarihi: 21.08.2019).

B- TMK m. 613 Kapsamında "Altsoy" Kavramı

Normalde, altsoy veya birinci zümre (derece) mirasçı dendiğinde, bununla esasen hem mirasbırakanın çocukları hem de mirasbırakandan önce ölen çocuklarının yerini alan kendi altsoyları (torunları, torun çocukları vs.) anlaşılır. Bununla birlikte, altsoyun tamamının mirası reddetmesi hâlinde, bunların payının sağ kalan eşe geçeceğini öngören TMK m. 613'te geçen altsoy terimi, birinci derecenin tamamını kapsamamaktadır[67]. Burada geçen "altsoy" teriminin içine yalnızca mirasbırakanın ölümü ile ilk planda ve doğrudan yasal mirasçı olan altsoy girmektedir[68]. Bu bağlamda, mirasbırakanın ölümünde çocuğu sağ ise, aynı anda sağ olan torun TMK m. 613 hükmünde yer alan altsoy kapsamına girmemektedir[69].

C- Altsoyun Tamamı Mirası Reddetmişse

Yukarıda izah edildiği üzere, altsoyun tamamı mirası reddetmesine rağmen, sağ kalan eş mirası reddetmemiş ise, mirası reddeden altsoya düşen miras payı sağ kalan eşe geçmektedir[70]. (TMK m. 613). Eğer altsoyun tamamı mirası reddederken, sağ kalan eş de mirası reddetmişse, miras en yakın yasal mirasçıların tamamı tarafından reddedilmiş olacağı için, TMK m. 612 gereği, mirasın sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiyesi gerekir[71].

---

67 GENÇCAN, Miras, s. 1224; SAATÇIOĞLU, s. 195

68 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras, s. 629; HELVACI, s. 164-165; ÖZTAN, s. 395, 396; KILIÇOĞLU, s. 292; DURAL / ÖZ, s. 408; GENÇCAN, Miras, s. 1224. Buna karşılık, burada geçen altsoy kavramının sadece ilk sıradaki mirasçıları değil, tüm zümreyi ifade ettiği hakkında bkz. BELEN, s. 258.

69 GENÇCAN, Miras, s. 1224; DURAL / ÖZ, s. 408.

70 Yrg. 2. HD, T: 14.12.2009, 18766-21573: *"Toplanan delillerden mirasbırakanın 31.1.2006 tarihinde öldüğü, geriye mirasçı olarak eşi Melek ve çocukları Muhammet, Ayşe, Osman Ali ve Resul kaldığı, mirasbırakanın altsoy mirasçılarının tamamının mirası reddettikleri, ancak mirasın sağ kalan eş tarafından reddedilmediği anlaşılmaktadır. Altsoyun tamamının mirası reddetmesi halinde bunların payı sağ kalan eşe geçer. Davacılar mirasbırakanın anne ve babası olup altsoy ve sağ kalan eşin bulunması nedeniyle mirasçılık sıfatları yoktur. O halde davacıların mirası ret yetkileri ve yine mirası ret etmekte hukuki yararları bulunmamaktadır."* (GENÇCAN, Miras, s. 1225).

71 GENÇCAN, Miras, s. 1225; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 518; KILIÇOĞLU, s. 293; ÖZTAN, s. 396. Aynı kural ikinci zümre mirasçılar için de geçerlidir. Yani ikinci zümrenin tamamı mirası reddederse, miras üçüncü zümreye geçmeyecek, tereke resmi tasfiyeye tâbi tutulacak ve tasfiyeden sonra artan değer olursa mirası reddetmemişler gibi reddeden mirasçılara verilecektir. (TMK m. 612).

Görüldüğü üzere, TMK m. 613, ancak mirasbırakanın altsoyu yanında eşi de hayattaysa ve altsoyun mirası reddetmesine karşılık, sağ kalan eş mirası reddetmemişse uygulanmaktadır[72]. Böylece, sağ kalan eş ve altsoy birlikte mirasçı olduğu durumlarda altsoyun tamamı mirası reddettiğinde, miras ikinci zümreye geçmemekte, reddeden altsoyun miras payı sağ kalan eşe geçmektedir. Altsoyun tamamı mirası reddetmiş ve mirasbırakanın geride hayatta olan eşi yoksa, TMK m. 612 gereği reddedilen miras sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilmelidir[73].

D- Sağ Kalan Eş ile Birlikte Mirasçı Olan İkinci Zümre Mirasçıların Tümünün Mirası Reddi

Yukarıda ifade edildiği üzere, TMK m. 613 uyarınca, mirasbırakana önde ve doğrudan mirasçı olan altsoyun tamamı mirası reddederse, mirasın tümü sağ kalan eşe kalmaktadır. Buna karşılık, sağ kalan eş, ikinci zümre ile birlikte mirasçı olur ve en yakın mirasçıların tümü mirası reddederse, sağ kalan eşin durumu ne olacaktır? Böyle bir durumda, terekenin tamamı yine TMK m. 613'te olduğu gibi, sağ kalan eşe mi kalacak, yoksa sağ kalan eş üçüncü zümre ile mi mirasçı olacaktır?

Problemi doğru çözümleyebilmek için şu ayırımı yapmak gerekir. Eğer sağ kalan eş, mirasbırakanın ikinci zümre mirasçıları ile birlikte mirasçı olmuş ve kendisi de dâhil olmak üzere, mirasbırakanın en yakın tüm yasal mirasçıları mirası reddetmişlerse, TMK m. 612 hükmü uygulanacaktır. Bu durumda, miras sulh hukuk mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilecektir[74]. Bu sonucun doğması için ikinci zümrede ilk planda ve doğrudan mirasçı olanlar yanında, sağ kalan eşin de mirası reddetmiş olması gerekir. Zira TMK m. 612'de geçen *"en yakın yasal mirasçılar"* kavramına sağ kalan eş de dâhildir. Buna karşılık, ikinci zümrede ilk planda ve doğrudan mirasçılar mirası reddetmişler, fakat sağ kalan eş mirası reddetmemişse, TMK m. 611/I uygulanacaktır. Bu durumda, miras, mirası reddedenlerin altsoyuna, altsoy yoksa üçüncü zümreye geçecektir. Dolayısıyla sağ kalan eş üçüncü zümre ile birlikte mirasçı olacak, böylece TMK m. 613 uygulanmayacaktır. Zira bu hüküm, yalnızca altsoyun tümünün mirası reddinden söz

---

72 DURAL / ÖZ, s. 408.

73 DURAL / ÖZ, s. 408; GENÇCAN, Miras, s. 1225.

74 Aynı yönde bkz. KILIÇOĞLU, s. 291, 292.

etmektedir. Kaldı ki, TMK m. 613'ün, istisnai bir hüküm olması sebebiyle, dar yorumlanması gerekir[75].

Bir örnekle somutlaştıracak olursak; (M) öldüğünde geride annesi (A), kardeşleri (B) ve (C) ile sağ kalan eşi (E) hayattadır. Eğer (A), (B), (C) ve (E) mirası reddederlerse, tereke iflas hükümlerine göre tasfiye edilecektir. İsterse (B) veya (C)'nin çocukları olsun, sonuç yine değişmeyecektir. Buna karşılık, (A), (B) ve (C) mirası reddederlerken, (E) reddetmez ise, bu kez (B) ve (C)'nin altsoyları olup olmadığına bakılacaktır. Eğer onların altsoyları varsa sağ kalan eş bunlarla mirasçı olacak; buna karşılık altsoyları yoksa sağ kalan eş üçüncü zümre ile mirasçı olacaktır[76].

Bir başka örnek olarak şunu gösterebiliriz: (M) öldüğünde geride eşi (E), annesi (A), babası (B) ve kardeşi (K) hayattadır. Bu durumda, (M)'nin mirasçıları, eşi (E), annesi (A) ve babası (B)'dir. Eğer (M)'nin annesi (A) ile babası (B) mirası reddedecek olursa, sağ kalan eş (E) mirası reddetmediği için, (M)'nin kardeşi (K) ile birlikte mirasçı olacaktır[77].

4. Mirasın Sonra Gelen Mirasçılar Yararına Reddi: TMK m. 614

TMK m. 614'te, sonra gelen mirasçılar yararına ret konusu düzenlenmiştir. Bu hükme göre, mirasçılar, mirası reddederlerken, *kendilerinden sonra gelen mirasçılardan* mirası kabul edip etmeyeceklerinin sorulmasını tasfiyeden önce isteyebilirler. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu madde 575'e karşılık gelen bu kural, reddin kayıtsız ve şartsız olacağını öngören TMK m. 609/II'nin ve aynı zamanda mirasın en yakın yasal mirasçıların tümü tarafından reddi hâlinde terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesini öngören TMK m. 612'nin istisnasıdır[78]. TMK m. 614/I'deki *"…kendilerinden sonra gelen mirasçılardan…"* ifadesi, en yakın yasal mirasçılar mirasbırakandan önce vefat etmiş olsalardı, onların yerine mirasçı olacak kişileri işaret eder[79].

---

75 HELVACI, s. 167.

76 KILIÇOĞLU, s. 292.

77 HELVACI, s. 166.

78 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras, s. 630; DURAL / ÖZ, s. 408; HELVACI, s. 169-170; ÖZTAN, s. 396; SEROZAN / ENGİN, s. 523; SAATÇIOĞLU, s. 196; BELEN, s. 258; BÜRGİ, ZGB Art. 575, Rn. 1.

79 HELVACI, s. 172; ÖZTAN, s. 396; GÖKSU, ZGB Art. 575, Rn. 4.

Bu kişiler, altsoy olabileceği gibi, sonraki zümredeki mirasçılar da olabilir[80]. Örneğin; (M) öldüğünde, oğlu (A) ile babası (B) hayatta ise ve (A) mirası sonra gelen mirasçı yararına reddederse, miras baba (B)'ye kalır. Eğer (B), mirası bir ay içinde kabul etmez ise, mirası reddetmiş sayılır.

Mirasın, en yakın mirasçıların tamamı tarafından reddi, terekenin borca batık olması yahut başka sebeplerle gerçekleşebilir. Mirası reddeden mirasçılar, mirasın sonra gelen mirasçılar tarafından doğrudan alınabilmesi amacıyla da hareket edebilirler[81]. Örneğin, sonra gelen mirasçılar ekonomik güçlük içinde olduklarından, TMK m. 614 hükmü sayesinde kendilerine geçebilecek bu değerlere ihtiyaç duyabilirler. Bu durumu dikkate alan en yakın yasal mirasçılar, mirası sonra gelen mirasçılar yararına reddedebilirler. Yine TMK m. 614 hükmü sayesinde, terekede yer alan bir işletmenin bu işlerde deneyim sahibi olan sonraki mirasçılara intikali ve bu suretle o işletmenin devamlılığı sağlanabilir[82].

TMK m. 614'ün uygulanabilmesi için, en yakın yasal mirasçıların tümü mirası reddetmiş olmalı, ayrıca içlerinden en az biri mirası sonra gelen mirasçılar yararına reddetmelidir[83]. Eğer en yakın yasal mirasçıların tümü mirası reddetmemiş ise, TMK m. 614 değil, TMK m. 611 hükmünün uygulanması gerekir[84]. Ayrıca sonra gelen mirasçılar yararına mirasın reddi, sonra gelen mirasçıların tümünün yararına yapılmalıdır[85]. Mirasçılar, bu hükümden doğan haklarını kullanırken, hangi mirasçının lehine mirası reddedebilecekleri-

---

80 ÖZTAN, s. 397.

81 ÖZTAN, s. 396.

82 HELVACI, s. 169.

83 GENÇCAN, Miras, s. 1226; HELVACI, s. 170; DURAL / ÖZ, s. 408; SAATÇIOĞLU, s. 196. Yrg. 2. HD, T: 03.05.1977, E: 3525, K: 3743: *"…bu hükmün uygulanabilmesi için, mirasçıların tümünün mirası reddetmiş olmaları zorunludur… Öte yandan red hakkının alt derecenin tümünü kapsayacak biçimde kullanılması zorunludur… Hükmün bir başka özelliği de, mirası reddeden bütün mirasçıların değil, sadece birinin bile alt derece yararına red hakkını kullanmasının mümkün bulunmasıdır…"*

84 MÜLLER, Franz / LIEB-LINDENMEYER, Saskia, **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. J. K. Kostkiewicz / S. Wolf / M. Amstutz, vd.), 3. Überarbeitete Auflage, (1105-1106), Orell Füssli Verlag AG, 2016, (ZGB Art. 575), Rn. 1.

85 ÖZTAN, s. 396; SAATÇIOĞLU, s. 196. GÖKSU, Tarkan, **CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, Art. 575**, (Hrsg. P. Breitschmid / A. Jungo), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, (S. 275-276), 2016. (ZGB Art. 575), Rn. 4.

ni seçme imkânına sahip değildirler[86]. Örneğin; (M) öldüğünde, annesi (A), kardeşi (K), oğlu (B) ile ondan olma torunu (T), kızı (C) ile ondan olma torunu (Y) hayatta olsun. Eğer (M)'nin çocukları (B) ve (C) mirası süresi içinde sonra gelen mirasçılar yararına reddederlerse, sonra gelen mirasçılar (B) ve (C)'nin çocukları (T) ile (Y) olur ve (B) ile (C), mirası sadece (T) yararına reddedemezler[87]. Dolayısıyla reddin lehlerine yapıldığı sonraki mirasçılar, bu örnek bazında (T) ile (Y) olup, ikisi de mirası kabul veya reddedebilir yahut biri kabul ederken diğeri reddedebilir. İçlerinden yalnızca birinin mirası kabul etmesi, TMK m. 612'nin uygulanmasını, yani resmi tasfiyeyi önlemiş olur[88].

Sonra gelen mirasçılar yararına mirasın reddine ilişkin talebi alan sulh hâkimi, durumu sonra gelen mirasçılara bildirir ve onlara bu bildirimden itibaren bir aylık süre verir. (TMK m. 614/II). Mirasçılar bu süre içinde mirası kabul edebilecekleri gibi, reddedebilirler veya sessiz de kalabilirler. Eğer kabul ederlerse resmi tasfiyeye gerek kalmaz; fakat reddederlerse miras iflas hükümlerine göre tasfiye edilir ve tasfiye sonunda arta kalan değerler önce gelen mirasçılara verilir[89]. İçlerinden bir tanesinin dahi mirası kabul etmesi, tasfiyeyi önler[90]. Sonra gelen mirasçıların bu süre içinde sessiz kalmaları hâlinde ise, miras reddedilmiş sayılır[91]. Bu bir faraziye olduğu için aksi ispat

---

86 MÜLLER / LIEB-LINDENMEYER, ZGB Art. 575, Rn. 1.

87 Örnek için bkz. HELVACI, s. 172. Yazara göre, sonraki mirasçılardan yalnızca birinin ekonomik olarak güç durumda olduğu hâllerde, sonraki mirasçıların tümü lehine reddin pratik ihtiyaçlara yanıt vermeyeceği gibi bir düşünce olsa bile, mirasın sonra gelen mirasçılara geçişinin kanundan kaynaklanan bir durum olduğunun dikkate alınması gerekir. Böyle bir düşünce, esasen, mirasın reddinin, mirasbırakanın terekesinin borçla yüklü olmasına dayandığı durumlarda değil, fakat örneğin mirasçıların ekonomik durumlarının iyi olması ve bu nedenle terekedeki malvarlığına ihtiyaç duymadığı durumlarda söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, mirası reddeden mirasçılardan sonra gelen mirasçıların ise, bu malvarlığı değerlerine ihtiyacı olabilir. İşte bu gibi durumlarda, sonra gelen mirasçılardan biri veya bir kısmı lehine mirasın reddedilmesi, pratik bir çözüm olarak düşünülebilir. Fakat mirasçılar isterlerse, mirası reddetmeyip, yapılacak sağlararası bir işlemle de aynı sonucu sağlayabilirler. O nedenle, kanaatimizce, genel görüşün aksine yorum yapmayı gerektirecek bir durum bulunmamaktadır.

88 SAATÇIOĞLU, s. 196-197.

89 GENÇCAN, Miras, s. 1227; DURAL / ÖZ, s. 409; ÖZTAN, s. 397; SEROZAN / ENGİN, s. 535.

90 GÖKSU, ZGB Art. 575, Rn. 8.

91 GENÇCAN, s. 1227; ÖZTAN, s. 397; GÖKSU, ZGB Art. 575, Rn. 8. Yrg. 2. HD, T: 07.02.2011, 10774-1759: *"Kendilerinden sonra gelen mirasçı niteliğinde olan davacılar, bir ay içinde mirası kabul etmedikleri takdirde mirası reddetmiş sayılırlar."*

edilemez[92]. Sonra gelen mirasçılar ise, mirası tekrar kendilerinden sonra gelen mirasçılar yararına reddedemezler[93]. Örneğin; (M) öldüğünde, oğulları (A), (B) ve (C) ile (A)'nın çocukları (D) ve (F) hayattadır. Eğer (A) mirası sonra gelen mirasçılar lehine reddederse, mirası kabul veya ret edip etmeyeceği (A)'dan sonraki derecede yer alan mirasçılar (D) ve (F)'ye sorulur[94].

Daha önce belirttiğimiz gibi, TMK m. 614 hükmünün uygulanabilmesi için, en yakın yasal mirasçıların tümünün mirası reddetmesi ve aralarından en az birinin, bu reddi sonraki mirasçılar lehine yapması gerekir. En yakın yasal mirasçılardan yalnızca birisinin, mirası sonraki mirasçılar lehine reddettiği tarihte, diğer en yakın yasal mirasçıların mirası reddedip reddetmeyecekleri henüz belli değilse, TMK m. 614'un uygulanma şartları gerçekleşmemiş demektir. Bu durumda, sulh hukuk mahkemesinin, diğer en yakın yasal mirasçıların mirası reddetmemesi hâlinde, bu beyanın hukuki sonuç doğurmayacağını reddeden mirasçıya bildirmesi gerekli değildir[95]. Bu durumda, mahkemece yapılacak şey, TMK m. 614'ün uygulanma koşulları gerçekleşmediğinden, buna ilişkin talebi reddetmektir. Fakat bu ihtimalde de reddin kayıtsız şartsız olması gereği yerine getirilmemiş olur[96]. Bu nedenle, kanaatimizce, sonraki derece yararına olmasa bile mirası reddetmek isteyen mirasçının, süresi içinde yapacağı yeni bir başvuru ile mirası kayıtsız şartsız reddettiğini açıklaması gerekir.

II. MİRASIN ATANMIŞ MİRASÇILAR TARAFINDAN REDDİNE BAĞLI SONUÇLAR

TMK m. 611/II'ye göre; "*mirası reddeden atanmış mirasçının payı, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufundan arzusunun başka türlü olduğu anlaşılmadıkça, mirasbırakanın en yakın yasal mirasçılarına kalır.*" O hâlde, atanmış bir mirasçı mirası reddederse, mirasbırakandan önce ölmüş gibi kabul edilir ve mirasbırakan ölüme bağlı bir tasarrufla aksini öngörmedik-

92 DURAL / ÖZ, s. 409; ÖZTAN, s. 397.

93 HELVACI, s. 173.

94 DURAL / ÖZ, s. 408.

95 HELVACI, s. 171.

96 Diğer en yakın mirasçılar mirası reddetmeseler bile, sonra gelen mirasçılar yararına mirası reddeden mirasçının, mirası kayıtsız şartsız reddetmiş kabul edileceği hakkında bkz. HELVACI, s. 171. Böylece mirası reddedenin payı, miras açıldığı zaman kendisi hayatta değilmiş gibi hak sahiplerine geçecektir.

çe, ona düşecek olan pay mirasbırakanın en yakın yasal mirasçılarına geçer. Örneğin; (M) öldüğünde geride oğulları (A) ile (B) hayattadır. (M), tasarruf oranı olan 1/2 için (T)'yi mirasçı atamıştır. Eğer (T) mirası reddederse, (T)'ye tahsis edilen bu oran eşit olarak (1/2:2=1/4 olarak), (A) ve (B)'ye geçer[97]. Eğer birden fazla mirasçı atanmışsa, bunların ister tamamı ister bir kısmı mirası reddetmiş olsun, mirası reddeden atanmış mirasçıların payı terekeye döner ve kural olarak mirasbırakanın en yakın yasal mirasçılarına kalır[98]. Böylece en yakın yasal mirasçıların payı artar. Zira bu durumda, atanmış mirasçının mirasçıları ve diğer atanmış mirasçılar, onun miras payına halef olamaz[99].

TMK m. 611/II, emredici mahiyette bir hüküm değildir[100]. Eğer mirasbırakan mirasçı tayin ederken yedek mirasçı öngörmüşse, atanmış mirasçının payı yasal mirasçılara geçmez[101]. Diğer yandan, mirasbırakan, atanmış mirasçılardan birinin mirası reddetmesi hâlinde ona ait payın miras payları oranında diğer atanmış mirasçılara intikal etmesi gerektiğini de öngörmüş olabilir. Bu durumda, atanmış mirasçıların miras payları kendi miras payları oranında artar[102]. Mirasbırakanın arzusu, açıkça tespit edilebileceği gibi, ölüme bağlı tasarrufunun yorumu yoluyla da tespit edilebilir[103].

Örneğin; (M) öldüğünde geride eşi (E) ile kızı (K) hayattadır. (M) ölüme bağlı bir tasarrufla (A)'yı 1/4 oranında mirasçı tayin etmiştir. Eğer (A) mirası reddetmez ise, (M)'nin mirasçıları (E), (B) ve (A) olur. Buna karşılık, atanmış mirasçı olan (A), mirası süresi içinde reddederse ve mirasbırakan ölüme bağlı bir tasarrufla aksini öngörmemişse, (A)'nın payı TMK m. 611/II gereği (M)'nin en yakın yasal mirasçılarına, yani (E) ile (K)'ya geçer. Buna karşılık, (M) yaptığı bir ölüme bağlı tasarrufla mirasçı olarak atadığı (A)'nın mirası reddetmesi hâlinde ona ait payın (B)'ye ait olacağını belirtmişse, hesaplama bu tasarrufa göre yapılır.

---

97 DURAL / ÖZ, s. 409.

98 GENÇCAN, Miras, s. 1209; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 514; ÖZTAN, s. 395.

99 KILIÇOĞLU, s. 290; HELVACI, s. 184; GENÇCAN, Miras, s. 1209.

100 BÜRGI, ZGB Art. 572, Rn. 9.

101 DURAL / ÖZ, s. 409; SEROZAN / ENGİN, s. 533. TMK m. 520/I: *"Mirasbırakan, atadığı mirasçının kendisinden önce ölmesi veya mirası reddetmesi hâlinde onun yerine geçmek üzere bir veya birden çok kişiyi yedek mirasçı olarak atayabilir."*

102 HELVACI, s. 185.

103 HELVACI, s. 184, dn. 454; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 519.

Miras, atanmış mirasçılar tarafından değil de, sadece yasal mirasçılar tarafından reddedilirse, mirası reddeden yasal mirasçıların payı, miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi yerlerini alan hak sahiplerine geçer[104]. (TMK m. 611). Yasal mirasçı yoksa miras Devlete kalır. Yasal mirasçıların miras payları atanmış mirasçılara geçmez[105]. Hem yasal hem de atanmış mirasçıların tümü mirası reddederlerse, miras sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilir[106]. Tasfiye sonunda arta kalan değerler ise mirası reddetmemişler gibi hak sahiplerine verilir[107].

III. VASİYET ALACAKLISININ VASİYETİ REDDİNE BAĞLI SONUÇLAR

Vasiyet alacaklısı, kural olarak, vasiyet konusu edimi vasiyet borçlusundan talep etme hakkına sahiptir. Fakat o kendi lehine düzenlenen belirli mal bırakma vasiyetini kabul etmek zorunda olmayıp, isterse TMK m. 616'da öngörüldüğü üzere vasiyeti reddedebilir[108]. Eğer vasiyet alacaklısı vasiyeti reddederse, mirasbırakandan önce ölmüş kabul edilir[109]. (TMK m. 581/I). Ayrıca vasiyet alacaklısı, cüzi halef olduğundan, tereke borçlarından sorumlu değildir ve bu nedenle, onların mirası reddetmelerinin pratik bir önemi yoktur[110]. Eğer vasiyet alacaklısı vasiyeti reddederse, aksi ölüme bağlı tasarrufta öngörülmemişse, mesela, mirasbırakan bir yedek vasiyet alacaklısı öngörmemişse, bu redden vasiyet yükümlüsü yararlanır[111]. Eğer ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişi vasiyet yükümlüsünün kim olduğunu belirlememişse, TMK m. 600/I gereği yasal ve atanmış mirasçılar vasiyet yükümlüsüdür.

---

104 GENÇCAN, Miras, s. 1210.

105 ÖZTAN, s. 395.

106 ÖZTAN, s. 395; GENÇCAN, Miras, s. 1210.

107 GENÇCAN, Miras, s. 1210.

108 "*Vasiyetin reddi irade beyanı ile gerçekleşebileceği gibi, irade beyanında bulunmadan da gerçekleşebilir. Bu bağlamda, tek taraflı irade beyanıyla, ibra sözleşmesiyle veya irade beyanında bulunmadan da olabilir.*" Yrg. 2. HD, T: 07.10.2009, 11865-16910: *"Ege'nin, 09.10.2007 tarihli oturumda kendisi lehine yapılan vasiyeti istemediğini ifade etmiş olması, vasiyet alacaklısının vasiyeti reddetmesi niteliğindedir."* (GENÇCAN, Miras, s. 1228). Ayrıca TMK m. 602 uyarınca, *"vasiyet alacaklısının dava hakkı, ölüme bağlı kazandırmayı öğrenmesinin veya vasiyet borcu daha sonra muaccel olacaksa muaccel olma tarihinin üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar."*

109 ÖZTAN, s. 388.

110 İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 506.

111 ÖZTAN, s. 397; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 524; GENÇCAN, s. 1229; DURAL / ÖZ, s. 409; SEROZAN / ENGİN, s. 533.

Vasiyetin reddi, mirasın reddine nazaran farklı özelliklere sahiptir. Öncelikle, kanun koyucu, mirasın reddine ilişkin olarak sıkı şekil ve süre koşulları öngörmüş, vasiyet edilen belirli malın reddi bakımından ise belirli bir şekil koşulu öngörmemiştir. Bu nedenle, vasiyet, açık veya örtülü olarak reddedilebilir[112]. Vasiyet alacaklısının vasiyeti reddettiğinin tutanakla tespiti gerekmez[113]. Kanunda, mirasın sulh mahkemesine kayıtsız şartsız yapılacak sözlü veya yazılı beyanla reddedilebileceği öngörülmüş olmasına rağmen, vasiyet vasiyetçinin iradesine aykırı olmadıkça kayıt ve şarta bağlı olarak da reddedilebilir[114]. Ayrıca malvarlığı borcuna yetmeyen mirasçı, alacaklılarına zarar verme amacıyla mirası reddederse, alacaklıları veya iflas idaresi, kendilerine yeterli bir güvence verilmediği takdirde, ret tarihinden başlayarak altı ay içinde reddin iptalini dava edebilir. (TMK m. 617/I). Oysa vasiyetin reddinde alacaklıların bu reddin iptalini dava etme hakları yoktur[115]. Diğer yandan, yasal ve atanmış mirasçılar küllî halef oldukları için, mirası reddetmedikleri takdirde tereke borçlarından sorumludurlar. Buna karşılık, vasiyet alacaklıları, cüzi halef olup, sadece vasiyetle kendilerine bırakılan belirli bir mal veya hak üzerinde talep hakkına sahiptirler. Vasiyet alacaklılarının tereke borçlarından sorumlulukları bulunmamaktadır[116]. Normalde, vasiyet alacaklısının hakkı, ölüme bağlı kazandırmayı öğrenmesinden veya vasiyet borcu daha sonra muaccel olacaksa muacceliyet tarihinden itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. (TMK m. 602). Bununla birlikte, vasiyetin reddine ilişkin hüküm koyan TMK m. 616 gereği, vasiyet tek taraflı olarak da reddedilebilmektedir. Dolayısıyla, vasiyetin reddi, alacak hakkından vazgeçme (feragat) anlamına gelmektedir[117].

---

112 İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 523; MÜLLER / LIEB-LINDENMEYER, ZGB Art. 577, Rn. 2.

113 ÖZTAN, s. 388.

114 GENÇCAN, Miras, s. 1229; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 524; SAATÇIOĞLU, s. 198; BÜRGI, ZGB Art. 577, Rn. 2. Bu bağlamda, örneğin, vasiyet alacaklısı, vasiyetçinin iradesine aykırı olmadıkça, vasiyeti bir başkası lehine reddedebilir. Böyle bir ret, kayıtsız şartsız yapılmış sayılmaz. TMK m. 614'te yer alan sonraki mirasçılar lehine mirasın reddi kurumu, mirasın kayıtsız ve şartsız reddedilebileceği kuralının kanundan doğan bir istisnasıdır. Fakat vasiyetin reddinin kayıtsız ve şartsız yapılacağına ilişkin bir kural kanunda yer almadığından, kayıt ve şarta bağlı olarak yapılması mümkündür.

115 GENÇCAN, Miras, s. 1229.

116 KILIÇOĞLU, s. 286; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 506.

117 KILIÇOĞLU, s. 286; SEROZAN / ENGİN, s. 514; AKSU, Mustafa, "Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra", **Journal of Yaşar University**, Yıl: 2013, Cilt: 8, Özel Sayı, (97-130), İzmir, 2013, s. 106.

SONUÇ

1. Küllî halefiyet prensibinin bir sonucu, mirasçıların mirasbırakanın borçlarından şahsen sorumlu olmalarıdır. Bu durum, tereke alacaklılarının İİK hükümleri uyarınca mirasçılara ait malvarlığı değerlerine başvurabilme imkânı verir. İşte kanun koyucu, bu durumla karşılaşmak istemeyen mirasçıları korumak amacıyla mirasın reddi kurumunu düzenlemiştir.

2. Mirasın yasal mirasçılar tarafından reddinin diğer mirasçıları nasıl etkileyeceğine dair genel kural TMK m. 611/I'de düzenlenmiştir. Buna göre, yasal mirasçılardan biri mirası reddederse, mirası ret hakkını kullanan mirasçının payı, reddeden mirasçı mirasbırakandan daha önce ölmüş gibi, kendi yerini alabilecek diğer yasal mirasçılara geçer. Bu durumda, mirası reddeden kişi mirasçılık haklarını kullanamaz, mirasbırakanın borçlarından sorumlu olamaz ve denkleştirme yükümlülüğü kalmaz. Dolayısıyla, mirası reddeden yasal mirasçının miras payı, varsa altsoyuna geçer; altsoyunun bulunmadığı takdirde ise, zümrede onunla birlikte mirasçı olanların miras payı artar. Diğer yandan, mirası reddeden mirasçının yerini alan yasal mirasçı da mirası reddedebilir.

Mirası reddeden saklı paylı mirasçı, TMK m. 611/I gereği mirasbırakandan önce ölmüş gibi değerlendirildiğinde, mirasbırakanın tasarruf oranı, yani saklı pay hesabı bu yeni duruma göre yapılır. Eğer mirası reddeden yasal mirasçının yerini alan mirasçı saklı paylı değilse, reddeden mirasçının saklı payı mirasbırakanın tasarruf oranına eklenir.

TMK m. 611/I, mirasın yasal mirasçılardan biri veya birkaçı tarafından reddi hâlinde uygulanır. Burada esasen önemli olan, mirasın, yasal mirasçıların tümü tarafından reddedilmesidir. Tersten ifade edecek olursak, TMK m. 611'in uygulanabilmesi için, en az bir mirasçı mirası reddetmemiş olmalıdır, aksi hâlde TMK m. 612 uygulanır.

3. Mirasbırakanın yasal mirasçılarından birisi de sağ kalan eştir. Sağ kalan eş, TMK m. 499 gereği, her üç zümreyle de mirasçı olabilir. Eğer yasal mirasçılardan biri mirası reddederse, sağ kalan eşin miras payı, hangi zümre ile mirasçı olduğuna göre değişir. TMK m. 613, mirasın reddi halinde sağ kalan eşin miras payını tespite yarayan bir düzenlemedir. Buna göre, altsoyun tamamı mirası reddederse, bunların payı sağ kalan eşe geçer. Yani böyle bir durumda sağ kalan eş bir üst zümredeki mirasçılarla birlikte mirasçı olmaz ve reddeden mirasçıların saklı payı olduğu gibi sağ kalan eşe kalır. Bu

hüküm saklı kalmak üzere, yasal mirasçılardan biri veya birkaçı tarafından mirasın reddinin sağ kalan eşi etkileyebilmesi için, sağ kalan eşin birlikte mirasçı olduğu zümrenin değişmesi gerekir.

4. TMK m. 612, m. 611 ile öngörülen genel prensibin istisnasıdır. Genel prensipten farklı olarak, m. 612 uyarınca, en yakın yasal mirasçıların tümü mirası reddederse, tereke resmen tasfiye edilir. TMK m. 612'de geçen "en yakın yasal mirasçılar" kavramı ile kimlerin kastedildiği, ilk bakışta tam olarak anlaşılamamaktadır. Bu muğlak ifadeden ne anlaşılması gerektiği, öğreti ve Yargıtay içtihatları ile açıklanmıştır. Buna göre, TMK m. 612'de geçen "en yakın mirasçılar" deyimi, mirasbırakanın ölümü üzerine ilk planda ve doğrudan mirasçı sıfatını kazanan kişilerdir. Her somut olayda en yakın yasal mirasçıların kimler olacağı değişiklik gösterecektir. Sağ kalan eş de elbette en yakın mirasçılar arasında yer alır.

Tasfiye sürecinde önce masa alacakları tamamen ödenir, sonra mirasbırakanın alacaklılarına hakları verilir ve nihayet vasiyet alacakları hak sahiplerine ödeme yapılır. Yapılan tasfiye sonunda artan değerler, mirası reddetmemişler gibi hak sahiplerine, yani reddeden mirasçılara paylaştırılarak verilir. Bu değerler sonra gelen derecedeki mirasçılara ya da hazineye verilmez.

Eğer mirası reddeden en yakın yasal mirasçılar veya onlardan bir kısmı yahut biri, tasfiyeden artan değeri reddederse, genel kural (TMK m. 611/I) uygulanır ve tasfiye bakiyesini reddetmek isteyen mirasçı(lar), mirasbırakandan önce ölmüş gibi değerlendirilerek, tasfiye bakiyesi diğer yasal mirasçılara geçer.

Eğer en yakın yasal mirasçıların yanında atanmış mirasçılar da varsa, terekenin tasfiye edilebilmesi için, atanmış mirasçılar da mirası reddetmiş olmalıdır. Eğer atanmış mirasçılar mirası reddetmezlerse, TMK m. 611 uygulanır. Bu durumda, miras tasfiye edilmeyip, sonraki hak sahiplerine geçer. Atanmış mirasçı tek başına mirasçı olmadığından, bu durumdan sonraki mirasçılar yararlanır.

Eğer hem en yakın tüm yasal mirasçılar hem de tüm atanmış mirasçılar mirası reddetmişlerse, TMK m. 612 uygulanır ve tereke iflas hükümlerine göre tasfiye edilir. Buna karşılık, yalnızca atanmış mirasçıların tümü mirası reddederse, TMK m. 612 uygulanmaz, onların payları TMK m. 611/II gereği terekeye geri döner ve mirasın reddinden yasal mirasçılar yararlanır.

5. TMK m. 613 hükmüyle, altsoyun tamamının mirası reddetmesi hâlinde, bu retten ikinci zümre mirasçılar yerine, sağ kalan eşin yararlanmasının daha isabetli olacağı kabul edilmiştir. Bu hükümde geçen "altsoy" terimi, olağan anlamından farklı olarak, yalnızca mirasbırakanın ölümü ile ilk planda ve doğrudan yasal mirasçı olan altsoyu ifade eder. Dolayısıyla, eğer mirasbırakana ilk planda ve doğrudan mirasçı olan altsoyun tamamı mirası reddederse, sağ kalan eş tek başına mirasçı olur, yani altsoya ait miras payının tümü olduğu gibi sağ kalan eşe geçer. Bu hükümle, bir zümrede hiçbir mirasçının olmaması hâlinde mirasın sonraki zümreye geçeceği kuralına istisna getirilmiştir. Eğer altsoyun tamamı mirası reddederken, sağ kalan eş de mirası reddetmişse, miras en yakın yasal mirasçıların tamamı tarafından reddedilmiş olacağı için, TMK m. 612 gereği, miras sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilir.

Eğer sağ kalan eş, mirasbırakanın ikinci zümre mirasçıları ile birlikte mirasçı olur ve kendisi de dâhil olmak üzere, mirasbırakanın en yakın tüm yasal mirasçıları mirası reddederlerse, TMK m. 612 gereği miras sulh hukuk mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilir. Buna karşılık, ikinci zümrede ilk planda ve doğrudan mirasçılar mirası reddeder, fakat sağ kalan eş mirası reddetmezse, TMK m. 611/I uygulanır. Bu durumda, miras, mirası reddedenlerin altsoyuna, altsoy yoksa üçüncü zümreye geçer; TMK m. 613 uygulanmaz.

6. TMK m. 614'te, sonra gelen mirasçılar yararına ret konusu düzenlenmiştir. Buna göre, mirasçılar, mirası reddederlerken, kendilerinden sonra gelen mirasçılardan mirası kabul edip etmeyeceklerinin sorulmasını tasfiyeden önce isteyebilirler. Bu kural, reddin kayıtsız ve şartsız olacağını öngören TMK m. 609/II'nin ve aynı zamanda mirasın en yakın yasal mirasçıların tümü tarafından reddi hâlinde terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesini öngören TMK m. 612'nin istisnasıdır. TMK m. 614/I'de geçen *"…kendilerinden sonra gelen mirasçılardan…"* ifadesi, en yakın yasal mirasçılar mirasbırakandan önce ölmüş olsalardı, onların yerine mirasçı olacak kişileri işaret eder. Bu kişiler, altsoy veya sonra gelen zümredeki mirasçılar olabilir.

TMK m. 614'ün uygulanabilmesi için, en yakın yasal mirasçıların tümü mirası reddetmiş olmalı, ayrıca içlerinden en az biri mirası sonra gelen mirasçılar yararına reddetmelidir. Eğer en yakın yasal mirasçıların tümü mirası reddetmemişse, TMK m. 614 değil, TMK m. 611 uygulanır. Ayrıca sonra

gelen mirasçılar yararına mirasın reddi, sonra gelen mirasçıların tümü yararına yapılmalıdır.

Sonra gelen mirasçılar yararına mirasın reddine ilişkin talebi alan sulh hâkimi, durumu sonra gelen mirasçılara bildirir ve onlara bu bildirimden itibaren bir aylık süre verir. Mirasçılar bu süre içinde mirası kabul edebilecekleri gibi, reddedebilirler veya sessiz de kalabilirler. Kabul ederlerse resmi tasfiyeye gerek kalmaz; fakat reddederlerse miras iflas hükümlerine göre tasfiye edilir ve tasfiye sonunda artan değerler önce gelen mirasçılara verilir. İçlerinden birinin dahi mirası kabul etmesi, tasfiyeyi önler. Sonra gelen mirasçıların bu süre içinde sessiz kalmaları hâlinde ise, miras reddedilmiş sayılır. Bu bir faraziye olduğundan aksi ispat edilemez. Sonra gelen mirasçılar ise, mirası tekrar kendilerinden sonra gelen mirasçılar yararına reddedemezler.

En yakın yasal mirasçılardan biri sonraki mirasçılar yararına mirası reddetmiş olmasına rağmen, eğer diğer en yakın yasal mirasçıların mirası reddedip reddetmeyecekleri henüz belli değilse, TMK m. 614 uygulanmaz. Diğer en yakın mirasçılar mirası reddetmeseler bile, sonra gelen mirasçılar yararına mirası reddeden mirasçı, mirası kayıtsız şartsız reddetmiş kabul edilir.

7. TMK m. 611/II uyarınca, atanmış bir mirasçı mirası reddederse, mirasbırakandan önce ölmüş gibi kabul edilir ve mirasbırakan ölüme bağlı bir tasarrufla aksini öngörmedikçe, ona düşecek olan pay mirasbırakanın en yakın yasal mirasçılarına geçer. Eğer birden fazla mirasçı atanmışsa, bunların ister tamamı ister bir kısmı mirası reddetmiş olsun, mirası reddeden atanmış mirasçıların payı terekeye döner ve kural olarak mirasbırakanın en yakın yasal mirasçılarına kalır. Böylece en yakın yasal mirasçıların payı artar. Zira bu durumda, atanmış mirasçının mirasçıları ve diğer atanmış mirasçılar, onun miras payına halef olamaz.

TMK m. 611/II, emredici bir hüküm değildir. Eğer mirasbırakan mirasçı tayin ederken yedek mirasçı öngörmüşse, atanmış mirasçının payı yasal mirasçılara geçmez. Mirasbırakan, atanmış mirasçılardan birinin mirası reddetmesi hâlinde ona ait payın miras payları oranında diğer atanmış mirasçılara intikal etmesi gerektiğini de öngörmüş olabilir. Bu durumda, atanmış mirasçıların miras payları kendi miras payları oranında artar. Mirasbırakanın

arzusu, açıkça ya da ölüme bağlı tasarrufunun yorumu suretiyle de tespit edilebilir.

Miras, atanmış mirasçılar tarafından değil de, sadece yasal mirasçılar tarafından reddedilirse, mirası reddeden yasal mirasçıların payı, miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi yerlerini alan hak sahiplerine geçer. Yasal mirasçı yoksa miras Devlete kalır. Yasal mirasçıların miras payları atanmış mirasçılara geçmez. Hem yasal hem de atanmış mirasçıların tümü mirası reddederlerse, miras sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilir. Tasfiye sonunda arta kalan değerler ise mirası reddetmemişler gibi hak sahiplerine verilir.

8. Eğer vasiyet alacaklısı TMK m. 616'ya istinaden vasiyeti reddederse, mirasbırakandan önce ölmüş kabul edilir. Fakat vasiyet alacaklısı tereke borçlarından sorumlu olmadığından, onun mirası reddetmesinin pratikte önemi yoktur. Vasiyet alacaklısı vasiyeti reddederse, aksi ölüme bağlı tasarrufta öngörülmemişse, bu redden vasiyet yükümlüsü yararlanır. Eğer ölüme bağlı tasarruf ile vasiyet yükümlüsünün kim olduğunu belirlenmemişse, TMK m. 600/I gereği yasal ve atanmış mirasçılar vasiyet yükümlüsü kabul edilir.

KAYNAKÇA

AKSU, Mustafa, "Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra", **Journal of Yaşar University**, Yıl: 2013, Cilt: 8, Özel Sayı, (97-130), İzmir, 2013.

BELEN, Herdem, **Miras Hukuku Şema Kitap**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.

BÜRGI, Urs, **Kurzkommentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Art. 572**, (Hrsg. A. Büchler / D. Jakob), 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018. (ZGB Art. 572).

BÜRGI, Urs, **Kurzkommentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Art. 573**, (Hrsg. A. Büchler / D. Jakob), 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018. (ZGB Art. 573).

CANARSLAN, Gökçe, "743 Sayılı Kanundan Günümüze Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı", **Electronic Journal of Vocational Colleges**, December/Aralık 2015, (30-39), https://dergipark.org.tr/download/article-file/715312, (Erişim Tarihi: 29.08.2019).

COQUOZ, R, "Mirasın Reddinin, Mirasın İntikali Üzerine Olan Tesirleri", (çev. J. Güral), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, (685-695), Ankara, 1951.

DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku, Cilt: IV, Miras Hukuku**, Yenilenmiş Dördüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.

EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek, **Türk Miras Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

GENÇCAN, Ömer Uğur, **Miras Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016. (Miras).

GENÇCAN, Ömer Uğur, **4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama – Son İçtihatlar, 3. Cilt, Md. 495-1030**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015. (Yorum).

GÖKSU, Tarkan, **CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB**, **Art. 572**, (Hrsg. P. Breitschmid / A. Jungo), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, (S. 270-272), 2016. (ZGB Art. 572).

GÖKSU, Tarkan, **CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB**, **Art. 573**, (Hrsg. P. Breitschmid / A. Jungo), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, (S. 272-274), 2016. (ZGB Art. 573).

GÖKSU, Tarkan, **CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB**, **Art. 575**, (Hrsg. P. Breitschmid / A. Jungo), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, (S. 270-272), 2016. (ZGB Art. 575).

HATEMİ, Hüseyin, **Miras Hukuku**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

HELVACI, İlhan, **Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK m. 605 – MK m. 618)**, 1. Baskıdan Tıpkı 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

www.hukukturk.com (Hukuk Veri Tabanı).

İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan, **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2003.

İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan, **İnan Türk Medeni Hukuku: Miras Hukuku**, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.

KAÇAK, Nazif, **Yeni İçtihatlarla Yeni Miras Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

www.kazanci.com.tr (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

KILIÇ, Mehmet, "Türk Hukukunda Mirasın Resmi Tasfiyesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 3, Y. 2013, (761-817), Ankara, 2013.

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Miras Hukuku**, Genişletilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Miras Hukuku**, Hiç Değişiklik Yapılmamış 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987. (Miras).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, "En Yakın Kanuni Mirasçıların Mirası Reddetmesi Mehaza Göre Tefsir", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1957, S. 1, (36-47), İstanbul, 1957. (Tefsir).

MÜLLER, Franz / LIEB-LINDENMEYER, Saskia, **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. J. K. Kostkiewicz / S. Wolf / M. Amstutz, vd.), 3. Überarbeitete Auflage, (1102-1104), Orell Füssli Verlag AG, 2016. (ZGB Art. 572).

MÜLLER, Franz / LIEB-LINDENMEYER, Saskia, **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. J. K. Kostkiewicz / S. Wolf / M. Amstutz, vd.), 3. Überarbeitete Auflage, (1104-1105), Orell Füssli Verlag AG, 2016. (ZGB Art. 573).

MÜLLER, Franz / LIEB-LINDENMEYER, Saskia, **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. J. K. Kostkiewicz / S. Wolf / M. Amstutz, vd.), 3. Überarbeitete Auflage, (1105-1106), Orell Füssli Verlag AG, 2016. (ZGB Art. 575).

ÖZTAN, Bilge, **Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

ÖZUĞUR, Ali İhsan, **Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Cilt-1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

www.resmigazete.gov.tr (Resmi Gazete).

SAATÇIOĞLU, Fuat, "Mirasın Gerçek Reddi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı 1, (s. 173-208), Ankara, Mayıs 2013.

SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay, **Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları**, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_3.pdf, (Türk Medeni Kanunu Gerekçesi; erişim tarihi: 21.08.2019).

ULUSU KARATAŞ, Elif, "Türk Miras Hukukunda Mirasın Kazanılmasında Halefiyet Türleri Ve Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki Yansımaları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXIII, S. 2, (357-390), 2015.

ULUSLARARASI TİCARİ FAALİYETLER DOLAYISIYLA FİKRİ MÜLKİYET HAKKININ İHLALİ: VİYANA MAL SATIM SÖZLEŞMESİ (CISG)*

Öğretim Üyesi Dr. Ş. Esra KİRAZ**

Öz: Günümüzde sayıları artmakta olan bütünüyle veyahut parçaları sebebiyle fikri mülkiyet hakkına tabii olan mallar uluslararası ticaretin öznesi halini almıştır. Bu ticari faaliyetlerin sonucunda malların bir ülkeden diğerine girişi, söz konusu mallar üzerinde üçüncü kişilere ait olan fikri mülkiyet haklarının ihlali durumunun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Alıcı ve satıcı dışındaki bu üçüncü kişiler, söz konusu fikri mülkiyet haklarının ihlal edildiği iddiasına dayanarak, alıcının almış olduğu malı kullanması veya satmasını engelleyebilme gücüne sahiptir. Fikri mülkiyet ve teknoloji yoğun endüstrilerin giderek önem kazanması dikkate alındığında, alıcının, mal üzerindeki fikri mülkiyet hakkı ihlali durumları nedeniyle, beklediği ticari faydayı sağlayamaması riskinin ciddi boyutta olduğu söylenebilir.

Bu çalışma kapsamında fikri mülkiyet haklarının ticari faaliyetler ile nasıl ihlal edilebileceği örneklendirilerek, doğabilecek bu sorunun öneminin vurgulanması amaçlanmaktadır. Önemli uluslararası metinlerden biri olan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)'nın ya da uygulamada yaygın kullanımı ile Viyana Satım Sözleşmesi'nin özel olarak düzenlediği mal üzerinde üçüncü kişilere ait fikri mülkiyet hakların varlığında uygulanacak olan madde 42'nin ise hukuki çerçevesi ortaya konularak, nasıl uygulanacağı incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Fikri Mülkiyet İhlali, Üçüncü Kişi Fikri Mülkiyet Hakları, Uluslararası Ticaret, CISG, Madde 42.

---

* Bu makale, yazarın University of Leicester School of Law'da tamamladığı "Third Party's Intellectual Property and The Seller's Liability Under The United Nations Convention On International Sale of Goods (CISG) and The Sale of Goods Act (SGA)" başlıklı tezinden üretilmiştir.

** Makale Gönderim Tarihi: 15.10.2019. Makale Kabul Tarihi:12.12.2019.

Aksaray Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0003-3163-8640; *esrkiraz@gmail.com*)

INFRINGEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS DUE TO INTERNATIONAL COMMERCIAL ACTIVITIES: CISG

Abstract: Nowadays, growing number of the goods which are subject to intellectual property rights (IPRs) as a whole or by its components becomes the subject to international commerce. As a result of commercial activities, entrance of the goods into one country to other results in occurrence of infringement of third party IPRs over the goods in question. Those third parties who are not either the seller or the buyer have power to prevent the buyer's use or resale of the goods bought on the ground that his IPRs have been infringed. When it is considered that IP-derived and technology-derived industries have been gaining importance gradually, it can be said that there is a serious risk of failing to acquire targeted commercial benefits due to the infringements of IPRs over the goods in question.

Within the scope of this study, it is aimed to highlight the significance of the problem that may occur by way of providing examples how IPRs can be infringed by commercial activities. The scope of Article 42 which is provided specially to be applied when there are third party IPRs over the goods under the CISG that is one of the important international instruments is analysed and its application is examined.

Keywords: Infringements of Intellectual Property, Third Party Intellectual Property, International Commerce, CISG, Article 42.

I. GİRİŞ

Fikri mülkiyet zihinsel çalışmaların sonucu olarak ortaya çıkan ürünleri korur ve üzerinde mülkiyet tesis edilen ürünler gayri maddi varlıklardır.[1] Her ne kadar bu hak gayri maddi varlıklar üzerinde tesis edilse bile, söz konusu fikri ürünlerin üzerinde cisimlendiği maddi varlıklar ile de ilişkisi yadsınamaz. Günümüzde birbirinden farklı pek çok maddi eşya, bütünü veya parçaları itibariyle fikri mülkiyet hakkı kapsamında korunmakta olan bir fikir ürünü taşımaktadır. Bir tekstil ürünü üzerinde korunan bir tasarım veya bir cep telefonun içerdiği patent ile korunan parçalar gibi örneklerini çoğaltabi-

1 KILIÇOĞLU Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, 2. Bası, Turhan Ankara, 2013, s. 4-6; SULUK Cahit, KARASU Rauf, NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 2. Bası, Seçkin, Ankara 2018 s. 1-2.

leceğimiz günlük hayatta sıkça kullandığımız eşyalar fikri mülkiyet hakları ile ilişkilidir.

Fikri mülkiyetin ticarileşmesi dolayısıyla, fikri mülkiyet hakları ile bağlantılı mallar ile ilişkili ticaret de ülke ekonomilerinin önemli bir unsuru haline gelmiştir.[2] Örneğin Amerika'daki bir araştırmaya göre fikri mülkiyet yoğun endüstrilerdeki ticaret hacmi 2010 yılında 775 milyar dolar iken, 2014 yılında 842 milyar dolara yükselmiştir.[3] Söz konusu fikri mülkiyet ile ilişkili ürünler üzerindeki satım gibi ticari faaliyetler nedeniyle, sadece fikri mülkiyet hukuku üzerindeki ilginin, fikri mülkiyet ve satım hukuku arasındaki ilişkiye doğru kaymasına yol açmıştır. Dolayısıyla, uluslararası ticaretin ve satımın öznesi olan fikri mülkiyet ile ilişkili malların satım hukuku ve uluslararası ticarete olan etkisinin dikkate alınması gerekmektedir. Özellikle, tarafların ticari hayatta hukuki öngörülebilirlik ve güvenlik beklentisi dolayısıyla, bir satım sözleşmesi nedeniyle fikri mülkiyet haklarının ihlal edilmesi halinde alıcının hakları ile satıcının sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir. Zira, fikri mülkiyete tabi bir malın veya niteliği itibari ile fikri haklara tecavüz eden bir malın (taklit ürünler gibi) uluslararası satımı neticesinde, satım sözleşmesinin tarafı olmayan bir üçüncü kişinin fikri mülkiyet hakkı ihlal edilebilir. Bu sebeple, hak sahibi söz konusu malların alıcısına karşı fikri mülkiyet hukukunun kendisine tanıdığı tazminat ve ihtiyatî tedbir gibi olanaklar dahil her türlü kanun yolunu kullanabilir. Alıcıya karşı kullanılan bu kanun yolları, alıcının söz konusu mal ile ilişkili ticari faaliyetlerini durdurmasına sebebiyet verebilir.

İşte bu gibi durumlar doğduğunda uluslararası ticarete taraf olan bir alıcının, satım sözleşmesinden beklediği yararların gerçekleşmemesi nedeniyle korunması gerekmektedir. Pek çok milli hukukta satıcının mülkiyeti geçirme ve zilyetliği devir borcunu ifa edememesi halinde alıcının hakları belirlen-

---

2 World Intellectual Property Report 2017 Intangible Capital in Global Value Chains (World Intellectual Property Organization, 2017) <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_944_2017.pdf> (Erişim Tarihi: 15.09. 2019); Enquires into Intellectual Property's Economic Impact (OECD, 2015) <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/KBC2-IP.Final.pdf> (Erişim Tarihi: 15.09. 2019).

3 The Economics and Statistic Administration and The United States Patent and Trademark Office, 'Intellectual Property and the U.S. Economy: 2016 Update' <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/IPandtheUSEconomySept2016.pdf> (Erişim Tarihi: 17.09. 2019).

miştir.[4] Bu kapsamda Türk Borçlar Kanunu madde 214 ve devamında zaptan sorumluluk düzenlenmiş ve madde 214'te 'Satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla, satılanın tamamı veya bir kısmı bir üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınırsa satıcı, bundan dolayı alıcıya karşı sorumlu olur' hükmü getirilmiştir. Madde 217'de tam zapt halinde ve madde 218'de kısmi zapt halinde alıcının hakları düzenlenmiştir.[5] Ancak, diğer milli hukuklarda olduğu gibi, bizim hukukumuzda da özel olarak fikri mülkiyet hakları dolayısıyla gerçekleşen ifa edememe durumu düzenlenmemiştir. Bu konuda Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) madde 42 ile satıcının malları üçüncü kişi fikri mülkiyet haklarından arî olarak satması borcunu getirilmiştir. Lakin bu maddeye ihtiyaç duyulmasını gerektirecek durumlar yeterince tartışılmamış, bu da maddenin uluslararası ticarette ehemmiyetinin idrak edilememesi sonucunu doğurmuştur. Bu çalışmada uluslararası mal satımı yoluyla fikri mülkiyet haklarının nasıl ihlal edilebileceği incelenmekte olup, bu sayede uluslararası ticari faaliyetlerde ve özellikle uluslararası satımda fikri mülkiyet haklarını hesaba katmanın gerekliliğini savunulmaktadır. İhlal hallerinin ardından da CISG madde 42'nin bu durumlarda nasıl uygulanacağını incelenecektir.

II. FİKRİ MÜLKİYETİN ULUSLARARASI TİCARÎ FAALİYETLER NEDENİYLE İHLALİ

İnsan zihninin ortaya koyduğu fikri ürünler üzerindeki, fikri mülkiyet hakları sahibine mutlak haklar vermektedir ve söz konusu hakların sahibinin izni olmaksızın kullanılmasını da yasaklamaktadır.[6] Genel itibariyle bakıl-

---

4 İngiliz Sale of Goods Act section 12, Bknz. KİRAZ Şerife Esra, 'Mal Üzerindeki Üçüncü Kişilere Ait Fikri Mülkiyet Haklarının İngiliz Satım Hukuku Işığında Değerlendirlmesi' **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (Yayınlandığı Tarihte: **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**), S.21(1), 2017, ss. 21-38. Kanada Canadian Ontario Sale of Goods Act section 13, Alman BGB madde 433.

5 YILDIRIM M. Fadıl, 'Satıcının Zapta Karşı Tekeffül Sorumluluğu Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunun'nun 216. Maddesi Nasıl Okunmalıdır?' **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (Yayınlandığı Tarihte: **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**), S 17, 2013, ss 1049-1059; PEKMEZ, Cüneyt, 'Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları', **TAAD,** S 20, 2015, ss 523-565.

6 TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012 s. 6-7, BOZBEL Savaş, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.5.

dığında, hak sahibinin fikri haklar üzerinde kullanabileceği hak sahipliğinden kaynaklanan haklarının hukuka aykırı olarak kullanılması fikri mülkiyet hakkı ihlalini oluşturmaktadır.[7] Fikri mülkiyet ile korunan bir eser, marka, buluş ve benzerini işleme, çoğaltma, yayma yahut umuma yayma gibi hakların, hak sahibinin izni olmaksızın kullanılması durumları, fikri mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet vermektedir.

Ayrıca fikrî mülkiyet hakları, her ülkenin kendi yasal düzenlemeleri çerçevesinde o ülkenin sınırları içinde korunmaktadır. Her ne kadar uluslararası yahut bölgeler arası (Avrupa Birliği içerisindeki hukuk gibi) çeşitli düzenlemeler olsa da söz konusu düzenlemeler asgari koruma şartlarını içermektedir.[8] Bir ülkede fikri mülkiyet olarak korunmayan bir husus, başka bir ülke yargı sisteminde fikri mülkiyet hakkı olarak tescil edilip korunabilir. Dolayısıyla malların uluslararası satım kapsamında bir ülkeden diğerine geçişlerinde mal üzerinde fikri mülkiyet hakkı ve iddiaları her ülkede farklı olarak cereyan edebilir.

Makalenin bu bölümünde uluslararası ticari faaliyetler nedeniyle fikri mülkiyet haklarının ihlal edildiği haller birkaç alt başlık halinde örneklendirilerek incelenecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, fikri mülkiyetin ihlal edilmesi durumları bu örneklerle sınırlı değildir, zira fikri mülkiyet hukukunun genişliği ve günümüzde neredeyse her türden mal ve hizmette karşımıza çıkması sebebiyle ihlal durumları son derece farklı hallerde ve yaygın olarak karşımıza çıkabilmektedir.

1. Taklit Mal Suretiyle İhlal

Uluslararası ticari faaliyetler nedeniyle üçüncü kişilerin fikri mülkiyet haklarının ihlal edilmesi pek çok durumda karşımıza çıkmaktadır. Ancak, bu ihlal durumunun en belirgin örneği taklit mallardır. TRIPS (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) Anlaşması 51. maddesinin 14(a) dipnotu ile taklit malı tanımlamıştır. Buna göre; taklit mal teriminden *'bu mallar için geçerli olarak tescil edilmiş bir markaya benzer veya esas unsurları ile bu markadan ayırt edilemeyen bir markayı izinsiz olarak taşıyan ve bu nedenle ithalat yapılan ülkenin yasaları kapsamında söz konusu markanın sahibinin haklarını ihlal eden mallar ve bu malların ambalajları'* anlaşılmalıdır.

---

7 KILIÇOĞLU, 2013, s. 429.

8 BOZBEL, 2015, s. 9-10.

Türk Hukukunda ise Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) 29(1)(b) ile *'marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle taklit etmek'* durumunun tecavüz sayılan fiillerden birisi olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla 'markanın ayırt edilemeyecek kadar benzeri' taklit mal olarak ele alınmalıdır. Ayrıca SMK madde 29(1)(a)'nın atfıyla SMK madde 7(2) de sayılan fiillerin marka sahibinden izinsiz olarak yapılması halinde, hak sahibinin bunların önlenmesini talep etme hakkı vardır. Bu kapsamda, madde 7(2)(b) bendinde '*Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması'*nın iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz halini oluşturduğu kabul edilmektedir.

Günümüzde taklit mallar üzerindeki ticarete ilişkin yükselen bir trend gözlenmektedir ve taklit malların ticareti dünya ticaretinin %2.5'ini oluşturmakta ve çok geniş yelpazedeki ürünleri içermektedir.[9] Birçok ülke için ithalat yoluyla ülkeye giren taklit ürün ile mücadele etme gereği ortaya çıkmıştır. TRIPS madde 51 ve devamında taklit malların (ve tabii fikri mülkiyet haklarının ihlaline yol açan malların) serbest dolaşımın engellenmesi ve adli ve idari başvuruda bulunulması için gerekli usullerin kabul edilmesine yönelik üye devletlere yükümlülük getirmiştir. Özellikle Avrupa Birliği seviyesinde, AB pazarına fikri haklara tecavüz eden ürünlerin girişini engelleyici önlemler alınmaktadır.[10] Taklit mallara genellikle gümrükte el konulmakta ve burada ya yok edilmekte ya da bunlara yönelik dava süreçleri başlamaktadır.[11]

---

9 Bknz. OECD/EUIPO (2016), *Trade in Counterfeit and Pirated Goods: Mapping the Economic Impact* (OECD Publishing, 2016); Frontier Economics, 'The Economic Impacts Of Counterfeiting and Piracy' (Commission Report International Chamber of Commerce, Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy (BASCAP) and International Trademark Association (INTA), 2017) <https://www.inta.org/Communications/Documents/2017_Frontier_Report.pdf> (Erişim Tarihi: 28.09. 2019); WIPO, Advisory Committee on Enforcement, (Geneva, 2011) <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/en/wipo_ace_7/wipo_ace_7_5.pdf> (Erişim Tarihi: 28.09. 2019).

10 608/2013 AB Gümrük Tüzüğü'nün 2/5-a maddesi de taklit malları tanımlamaktadır. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:181:0015:0034:en:PDF> ((Erişim Tarihi: 30.09. 2019).

11 SCHNEİDER Marius/VRINS Olivier, **Enforcement of Intellectual Property Rights Through Border Measures Law and Practice in the EU**, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2006. Ayrıca bakınız Report on EU Customs Enforcement of In-

Bizim hukukumuzda da, SMK 159/2(b) *'Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen tecavüze konu ürünlere, bunların üretiminde münhasıran kullanılan vasıtalara ya da patenti verilmiş usulün icrasında kullanılan vasıtalara tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde, Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dâhil, bulundukları her yerde elkonulması ve bunların saklanması'* şeklindeki hükmü ile gümrük tedbirlerine ilişkin bir düzenleme getirmiştir.[12] Tüm bu düzenlemelere bakıldığında, alıcının ülkeye soktuğu malın taklit mal olması durumunda ağır yaptırımlarla karşılaşma riskinin yüksek olduğu aşikardır.

İngiltere'de görülen *Gillette UK Limited and Anr v. Edenwest Limited* davasında,[13] Edenwest İtalyan bir tedarikçiden tıraş bıçakları almış ve bunları İngiltere'deki ünlü süpermarketlerden birisi olan Morrisons'a satmıştır. Yapılan inceleme sonucunda süpermarketlerde satılan söz konusu tıraş bıçaklarının Gillette markasının tıraş bıçakları ile aynı olduğu gözlenmiştir. Mahkemede hâkim, tıraş bıçaklarının parti numarasına kadar her açıdan aynı olduklarını belirtmiştir.[14] Dolayısıyla mahkeme, Gillette markasının ihlal edildiğine karar vermiş, öte yandan davalı tarafın malların taklit olduğunu bilmediği yönündeki beyanlarını reddederek davacıya tazminat ödemesini kararlaştırmıştır.[15]

11. Hukuk Dairesinin 2014/12752 E., 2014/20070 K. numaralı kararında, dava konusu husus, Çin'den Denizcilik Acentesi aracılığı ile diğer davalıya teslim edilmek üzere getirtilen taklit sigaraların, söz konusu sigara markalarının hak sahibi ve üreticisi olan davacının marka hakkına tecavüz oluşturmasında ilişkindir. Yerel mahkemenin kararında, davacının Denizcilik Acentesine yönelik markaya tecavüz ve haksız rekabet tespiti, meni ve refi

---

tellectual Property Rights Results at the EU Border 2016 (European Commission, 2017) <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/report_on_eu_customs_enforcement_of_ipr_at_the_border_2017.pdf> (Erişim Tarihi: 28.09.2019); 2017 Situation Report on Counterfeiting and Piracy on the European Union (EUROPOL and EUIPO, 2017).

12 Söz konusu düzenlemenin yanında Gümrük Kanunu ile de gümrüklerde el koymaya ilişkin düzenleme mevcuttur. ÇOLAK Uğur, **Türk Marka Hukuku**, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018 s. 499

13 [1994] RPC 279.

14 Ibid s. 286.

15 Ibid. s. 290, 294.

ile maddi tazminat talepleri reddedilmiştir. Yargıtay ise verdiği kararda *'Ancak davalı şirketin gerek 23/12/2008 tarihli ordino ihbarlarını düzenlemesi, gerekse dava konusu ürünler için gümrük özet beyan formunu Haydarpaşa Gümrük Müdürlüğü'ne tescil ettirmesi ve dava konusu sahte ürünlerin ithalatına bu şekilde katkı sağlaması eylemlerinin, 556 sayılı KHK'nın 61/1-c maddesi gereğince markanın taklit edildiğini bildiği ya da bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçla ithal etmek veya ticari amaçlı elde bulundurmak kapsamında olup eylemi markaya tecavüzün varlığı için yeterli olduğu, adı geçen davalı hakkındaki davanın reddi doğru olmamış, kararın davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir'* diyerek yerel mahkemenin kararını bozmuştur.[16]

Öte yandan belirtilmelidir ki; söz konusu malların teslim edileceği diğer davalı aleyhine olan dava, takip edilememesi nedeniyle açılamamış sayılmıştır. Eğer bu dava açılmış sayılsa idi, diğer davalının da markaya tecavüz fiilinden sorumlu tutulması muhtemeldi. Her ne kadar kararda malların alıcısı olmayan acentenin markaya tecavüzünden doğan sorumluluğuna ilişkin karar verilmiş olsa da taklit ürünler ile faaliyette bulunmak, bunların ticaret alanına çıkarılması fiillerinin, uluslararası ticaretin tüm aktörleri açısından hukuki sonuç doğuracak boyutta olduğu yönündeki tezimizin altını çizmemiz açısından önemlidir. Bu çalışmada da önemle vurgulamak istenen nokta, ticari faaliyetler sonucu üçüncü kişilere ait fikri mülkiyet haklarının ihlal edilmesi riskinin yüksek ve söz konusu ihlallerin varlığı halinde bu malların satımının, başka bir mal üretmek için kullanımının ya da ithal edilmesinin önlenmesinin her zaman mümkün olduğudur.

Bu noktada üzerinde durulması gereken diğer husus, fikri mülkiyet haklarının ülkeselliği ilkesidir. Bu ilke gereğince, her ülke kendi mevzuatı uyarınca fikri mülkiyet haklarını düzenler ve korur. Dolayısı ile Türkiye'de tescil edilmiş ve korunmakta olan bir fikri hakkın sahibi bu hakkına yapılacak herhangi bir tecavüzü, fiilin Türkiye'de gerçekleşmesi bakımından engel olabilecektir.[17] Yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir başka kararda Bulgaristan'da üretilen taklit sigaralar Mersin Serbest Ticaret

16 11. Hukuk Dairesinin 2014/12752 E., 2014/20070 K.

17 KIYAN Mert, Marka Hukukunda Ülkesellik Prensibi, Uzmanlık Tezi, Ankara, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, 2015.

Bölgesine sokulmuş ve bu sigaralara el konulmuştur.[18] Davalının eyleminin markaya tecavüz ve haksız rekabet hali oluşturmasına dayanılarak bunlara ilişkin talepte bulunulmuştur. Yargıtay kararında, '(…) *serbest bölgeye sokulan benzer markalı malın Türkiye sınırları içinde kullanılmakta olduğunu veya bu konuda yurda sokulabilmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının davacı tarafından kanıtlanabilmesi halinde bu durum Türkiye'de tescilli aynı markaya karşı tecavüz eylemi içinde olduğu kabul edilebilecektir. Oysa, davada bu husus davacı tarafından kanıtlanabilmiş değildir.'* denilerek davalının fiillerinin markaya tecavüz suçu oluşturmayacağı yönünde karar vermiştir.[19]

Ülkesellik ilkesi neticesinde, malların üçüncü kişilerin fikri haklarının korunduğu ülkelere sokulmadığı takdirde mallar nedeniyle fikri haklara tecavüz sonucu da ortaya çıkmayacaktır. Ancak, ülkesellik ilkesinin üzerinde durduğumuz, malların uluslararası ticarete konu olması nedeniyle üçüncü kişilerin fikri haklarını ihlal etmesi ihtimalini azaltan bir neden olarak görülmemelidir. Zira; malın kendisi ya da taşıdığı parça başka bir ülkede fikri mülkiyet hakkı olarak tanınıp korunmaz iken, bir diğer ülkede tescil edilip korunuyor olabilir. Bu sebeple, malların giriş yaptığı ülke mevzuatına göre korunan bir fikri hakka tecavüz oluşturması ihtimali yüksektir.

Diğer taraftan taklit ürünlere dair yaptırımların özellikle de gümrükte mallara el konulması hususunun ne kadar sıkı uygulamalara tabii olduğunu, sadece tacirler arasındaki satışlar değil, tüketiciye arz edilen taklit ürünler noktasında dahi sıkıca takip edildiği Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından verilen *Blomqvist v Rolex SA* davasında görülebilir.[20] Danimarkalı bir tüketici tarafından Çin'den elektronik ticaret vasıtasıyla alınan Rolex saatinin gümrükten çekme işlemi otoriteler tarafından askıya alınmış ve hem Rolex firması hem de tüketici bu konuda bilgilendirilmiştir. Mahkeme, fikri mülkiyeti ihlal eden bu malın Telif Hakları Direktifine göre 'umuma arz' oluşturduğunu ve Marka Direktifine göre de markanın 'ticari kullanımı' olduğuna hükmetmiştir.[21] Sonuç olarak, malın AB sınırları içerisine elektronik ticaret

---

18 Yargıtay 11. HD, 23.09.1999, E. 1999/4928, K. 1999/7026.

19 Ibid.

20 Case C-98/13 *Martin Blomqvist v Rolex SA and Manufacture des Montres* Rolex SA [2014] ECDR 10.

21 Umuma Arz; AB Telif Hakları Direktifi Madde 4(1), Ticari Kullanım; AB Marka Direktifi Madde 5(1) ve (3).

yoluyla AB üyesi olmayan bir ülkeden giriş yapmış olmasına bakmamış, tüketici satışı olsa bile taklit ürünlerin gümrükten geçişine izin vermemiştir. Bu dava düşünüldüğünde, tüketicinin aldığı taklit malın bile gümrükten geçişine izin verilmeyerek fikri mülkiyetin korunmasının ne kadar önem arz ettiği görülebileceği gibi, söz konusu taklit ürünlere dair alım-satım sözleşmesinin iki ticari işletme arasında olduğu durumlarda fikri hakların korunması daha da sert bir şekilde olacaktır.

2. Malın Üretilmesi ya da Kullanılması

Patent hakkına sahip bir kişi, kendisinin izni olmadan, başkalarının buluş konusu ürünün üretilmesini veya buluş konusu usulün kullanılmasını engelleme hakkına sahiptir. TRIPS madde 28(1) ile söz konusu hakkı tanırken, bizim hukukumuzda SMK 141. Madde ile patentte tecavüz oluşturabilecek haller sayılmıştır. SMK 141'e göre '*patent veya faydalı model sahibinin izni olmaksızın buluş konusu ürünü kısmen veya tamamen üretme sonucu taklit etmek*', bu şekilde üretilen ürünleri bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde '*satmak, dağıtmak veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak ya da bu amaçlar için ithal etmek, ticari amaçla elde bulundurmak, uygulamaya koymak suretiyle kullanmak veya bu ürünle ilgili sözleşme yapmak için öneride bulunmak*' ve aynı şekilde patent sahibinden izinsiz olarak buluş konusu usulü kullanmak, bu yolla elde edilen ürünleri satmak, dağıtmak, ticaret alanına çıkarmak gibi filler patent hakkına tecavüzü oluşturmaktadır.

Peki, tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında, ticari faaliyetleri dolayısıyla bir alıcı, üçüncü bir kişiye ait patent hakkını nasıl ihlal edecektir sorusu karşımıza çıkmaktadır. Alıcının patent ile korunmayan bir malı satın alıp, bunları kullanarak patentli bir ürünü oluşturması patent hakkının ihlaline yol açabilir. Ayrıca, bir alıcının taklit edilerek üretilmiş bir patentli ürünü satış, ithal gibi ticari faaliyetlerinde kullanması da kanunda belirtilen koşulların varlığı halinde (bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde) patent hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır. Burada dikkati çekmek istediğimiz husus, alıcıların gerek mal üzerinde kendi faaliyetleri gerekse satıcının faaliyetleri (satıcının buluş konusunu taklit ederek ürün oluşturması) sebebiyle üçüncü kişilerin fikri mülkiyet hakkını ihlal eden kişiler durumuna düşmelerinin mümkün olduğudur. Fikri mülkiyet hakları ile satım gibi uluslararası ticari faaliyetler arasındaki ilişkiyi gözler önüne sererek, buradan çıkabilecek uyuşmazlıklarda uygulanabilecek kuralları saptamanın gerekliliğini

vurgulamak istemekteyiz. Bu ilişkiyi kurduktan sonra, satıcının taklit buluş üretmesi ve alıcının bu ürünleri piyasaya sürmesi gibi durumlarda, aşağıda inceleyeceğimiz CISG'a göre kim, hangi şartların varlığı halinde, ne ölçüde sorumlu tutulacaktır soruları cevap bulacaktır.

Patent konusu ürünün izinsiz üretimi durumunda, üretimin aşamaları malzeme ve parçaların bir araya getirilmesi, bunların montelenmesi ve en sonunda da 'final product' olan nihai ürünün elde edilmesi olarak sayılmıştır.[22] Bu kapsamda, İngiliz Mahkemeleri tarafından verilen, nihai ürünü elde etmek için gereken monte işlemi yapılmadan sadece nihai ürünü yapmakta kullanılacak parçaların üretiminin de ihlal oluşturduğunun kabulüne ilişkin kararın da incelenmesi önem arz etmektedir.[23]

Virgin Atlantic Airways Ltd v Delta Air Lines Inc. davasında,[24] Contour tarafından üretilen patentli uçak koltuk sistemi Amerikan Delta havayoluna satılmıştır. İngiliz havayolu şirketi Virgin ise Delta'ya karşı koltuk sistemi üzerindeki patent hakkının ihlal edildiği iddiasıyla dava açmıştır. Nihai ürünü meydana getirme amacıyla, İngiltere içinde tüm parçalar ile (ürünün tüm parçaları/aparatları) faaliyette bulunmak İngiliz Patent Kanunu 1977'nin 60(2) maddesine göre ve Avrupa Patent Konvansiyonu (European Patent Convention) (EPC) 26'ya göre kaçınılmaz bir şekilde patent ihlalini oluşturmaktadır.[25] Öte yandan söz konusu davada uçak koltuk sistemine ait parçaların Amerika'da birleştirilmesi söz konusudur. Hal böyle olunca, Arnold J '*complete kit of parts*' (tam parça seti) ve '*incomplete kit of parts*' (eksik parça seti) arasında açık bir ayrım yoluna gitmiştir.

Buluş konusu ürün kapsamındaki mallara monte edilmesi için tam parça seti satılması yani bir ürünü meydana getiren parçalarını satmak ve bunların kolayca bir araya getirilmesi İngiliz Patent Kanunu uyarınca doğrudan ihlal fiilini oluşturmaktadır.[26] Tam parça setinde, patent konusu ürünü meydana getiren parçalar satılmakta ve bunların ürüne montesi ile patentli ürün oluş-

---

22 GÜNEŞ İlhami, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, Seçkin, Ankara, 2017, s. 269.

23 MOUFANG Rainer, 'The Extraterritorial Reach of Patent Law' in Wolrad Prinz zu Waldeck und Pyrmont and others (eds) **Patents and Technological Progress in a Globalized World Liber Amicorum Joseph Straus,** Springer, Berlin, 2009, ss. 601-619, s. 606.

24 [2010] EWHC 3094 (Pat).

25 Ibid [131].

26 **Terrel on the Law of Patents** 18th Ed, Sweet and Maxwell, Londra, 2017, bölüm 14-43.

turulmaktadır. Bu tam parça seti söz konusuysa bunların İngiltere dışında bir araya getirilmeleri patent hakkının ihlalini oluşturmakta olduğu mahkemece kabul edilmiştir.[27]

Eksik parça seti, patentli ürünün tüm esaslı elementlerini içermekte ancak bu seti alan müşteri eksik parçayı kendisi elde eder veya sağlar.[28] Mahkeme, eksik parçalar ile İngiltere içinde faaliyette bulunmak, ama bunların İngiltere dışında birleştirmesi, bu parçaları alan kişinin diğer eksik parçaları başka bir yerden sağlayabileceği gerekçesi ile patent hakkının ihlalini doğuran bir eylem sayılmamıştır.[29] Bu nedenle, parçaları satan Contour ve bunları kullanan Delta patent hakkının ihlalcisi olarak görülmemiştir.[30]

Ancak, dava temyize taşındığında bu karar bertaraf edilmiştir.[31] Temyiz mahkemesi incelemesini Contour'un ürettiği parça setinin Virgin havayollarının patentini ihlal edip etmediği noktasına yoğunlaştırmıştır. Bu doğrultuda patent tarifnamesini incelemiş ve oradaki lafzı dikkate alarak 'a passenger seating system for an aircraft' olarak geçen 'uçak (için) yolcu koltuğu sistemi' lafzının 'suitable for' yani uçak için 'uygun' olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Yani söz konusu iddianın sadece uçağa montelenmiş set ile sınırlı olmadığı, ayrıca monte edilme kabiliyetini ya da durumunu da kapsadığını belirtmiştir.[32] Bu nedenle, üçüncü kişilerin, söz konusu parçaların ne yapıp ne yapabileceğini bildiği ve nitelikli bir okuyucunun da patent tarifnamesini buna göre okuyacağına hükmedilmiş ve sonuç olarak bir patent hakkı tecavüzünün olduğu yönünde karar verilmiştir.[33] Mahkeme; eksik parça setinde, eksikliğin ne olduğu sorusunu sormuş ve örneğin bataryaların sağlanmamış olmasının, bataryanın da takılı olması gerektiği durumlarda, hakka tecavüz durumundan kaçınılıp kaçınılamayacağını sorgulamıştır.[34]

---

27 *Virgin Atlantic*.

28 Ibid. 14-50

29 Ibid 135.

30 Ibid 136.

31 [2011] EWCA Civ 162.

32 Ibid at [15].

33 [2011] EWCA Civ 162 [34].

34 Ibid. 'The question could be highly fact sensitive (e.g. in the case of an incomplete kit, how incomplete? Would "batteries not supplied" be enough to avoid a claim which required fitted batteries?). It is better to decide the matter on the basis of concrete facts.'

Sonuç itibariyle kararda, Contour'un sattığı eksik parça seti nedeniyle patent hakkına tecavüzden sorumlu olduğu kanaatine varılmıştır.

Türk hukuku açısından ise SMK m. 86(1) *'Patent sahibinin, patent konusu buluşun uygulanmasını mümkün kılan ve buluşun esasını teşkil eden bir kısmı ile ilgili unsurların veya araçların üçüncü kişiler tarafından, patent konusu buluşu kullanmaya yetkili olmayan kişilere verilmesini önleme hakkı vardır. Bu hükmün uygulanabilmesi için söz konusu üçüncü kişilerin, bu unsurların veya araçların buluşu uygulamaya yeterli olduğunu bilmeleri ve bu amaçla kullanılacağını bilmeleri veya bu durumun yeterince açık olması gerekir.'* hükmü ile yukarıda anlattığımız durumlar için dolaylı tecavüz halini düzenlemiştir. Bizim hukukumuz açısından da 11. Hukuk Dairesi 2015/6619 E., 2016/1151 K. sayılı kararı patent parçaları ile faaliyette bulunma durumuna örnek olarak verilebilir. Davacının patentli *"hava süspansiyonlu taşıt aksları için aks kaldırma aygıtı"* davalı tarafından söz konusu buluşu çalıştıran parçalarının izinsiz olarak kullanılmasının haksız tecavüz oluşturduğu yönünde karar verilmiştir.

Bu başlık altında daha birçok örnek vermek mümkündür. Ancak yukarıda anlattığımız kararların ticari olarak bir alım satım faaliyeti ile üreteceği ürünlere parça sağlayan alıcılar için son derece önem arz ettiğini ve özellikle üzerinde durulmasının gerekli olduğu görüşündeyiz. İncelediğimiz kararlar ile ortaya konulmuştur ki; sadece patentli bir ürünün tamamının üretilmesi tecavüz fiilini oluşturmaz, bunun yanında patentli ürünün parçaları yahut kit formunun alınıp başka bir üründe kullanılması da bir tecavüz fiili sayılmaktadır.[35] Bu nedenle ticari hayatta alınan mal üzerinde doğabilecek fikri mülkiyet hakkı ihlalleri yönünden mutlaka göz önüne alınması gerekmektedir.

3. Satma veya Satışa Sunma

Fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin izni olmaksızın bu haklar kapsamında korunan ürünlerin satılması yahut satışa sunulması tecavüz fiilini oluşturmaktadır. TRIPS madde 28 (1)(a) ve (b)'de patent hakkı sahibinin, patent konusu eğer bir ürün ise izinsiz olarak satışa arz edilmesini veya satılmasını, patent konusu bir usul ise, izinsiz olarak '*en azından doğrudan bu usul ile elde edilmiş ürünü*' satışa arz edilmesi veya satılmasını engelleme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Benzer şekilde Türk Hukukunda SMK madde

35 GÜNEŞ, 2017, s. 278.

141(1)(b) ve (c) '*tecavüz yoluyla üretilen buluş konusu ürünleri satmak, dağıtmak veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak*' ve '*buluş konusu usulle doğrudan doğruya elde edilen ürünleri satmak, dağıtmak veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak*' fiillerini hakka tecavüz olarak saymıştır. Bunun yanısıra, SMK madde 29(1)(c) '*Markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak*' fiilini marka hakkına tecavüz kabul etmiştir.

Bunun dışında, fikri mülkiyet hakkı, lisans sözleşmesi çerçevesinde üçüncü kişiler tarafından da kullanılabilir.[36] Ancak, lisans alan bu hakkını, lisans sözleşmesi çerçevesinde kullanmalıdır. SMK madde 24(4)'de '*Lisans alan, lisans sözleşmesinde yer alan şartlara uymak zorundadır. Aksi takdirde marka sahibi, tescilli markadan doğan haklarını lisans alana karşı ileri sürebilir*' denilmektedir.[37] Bunun yanında patent hakkı açısından SMK nadde 141(d) ile ' *veya faydalı model sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans veya zorunlu lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek*' patent hakkına tecavüz fillilerinden sayılmıştır. Bu kapsamda, fikri hak sahibinin izniyle üretilmiş malların lisans sözleşmesinin kapsamında olmayan bir ülkede satımı veya satışa sunulması ya da hak sahibinin izni olmadan üretilmiş bir malın satımı veya satışa sunulması fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurur.

HTC Corporation v Nokia Corporation davasında,[38] Nokia'nın iddiası bazı telefonlarındaki patent hakkının HTC tarafından ihlal edildiği yönündedir. Söz konusu ihlale neden olan çipler, üretici firmalar olan Broadcom ve Qualcomm tarafından temin edilmiş ve HTC bu çipleri kendi telefonlarında kullanmıştır. Öte yandan Nokia ve Qualcomm arasında, Nokia'nın Qualcomm'u patent ihlali sebebiyle dava etmeyeceğine yönelik bir anlaşma yapılmıştır. HTC söz konusu anlaşmaya dayanarak kendisini savunmuş, Nokia ve Qualcomm arasındaki söz konusu anlaşmanın kendi durumunda da uygulanabileceğini iddia etmiştir. Ancak mahkemede bir patentli ürünün

---

36 AYDINCIK Şirin, **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, Arıkan, İstanbul, 2006, TOPÇU Deniz, **Patent Lisans Sözleşmeleri,** 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.

37 Bknz. ÇOLAK, 2018, s. 561-566.

38 [2013] EWCH 3247 (Pat).

satımı ile patente dayanarak bir lisansın satımı arasında fark olduğunun altı çizilmiştir. Buna göre, patentli bir ürünün satımında açıkça ayrılmamış tüm haklara sahip olurken, lisans satışında lisans alan sadece açıkça veya mutlaka verilen haklara sahip olur.[39] Dolayısıyla, lisansı alanın İngiltere içinde satmaya yetkisi yoksa, lisansı sahibinden alım yapan kişi daha iyi bir konumda olamaz denilerek, HTC'nin de Qualcomm gibi söz konusu ürünleri İngiltere'de kullanmaya yetkisi olmadığı kabul edilmiştir.[40] Dava sonucunda, Nokia'nın patentinin ihlal edildiği yönünde hüküm verilmiştir.

Bu davanın önemli noktası sadece patentli ürün ve lisans arasındaki farkın altının çizilmesi değildir, ayrıca dava sonucunda verilen ihtiyati tedbir kararı ile HTC'nin ihlale konu olan cep telefonlarının İngiltere içinde satımı yasaklanmıştır.[41] Söz konusu satış yasağı her ne kadar temyizde kaldırılsa bile,[42] temyiz öncesi verilen karar, makalemizde de göstermeye çalıştığımız üçüncü kişi fikri mülkiyet haklarının ticari faaliyetlerde büyük bir etki yaratabileceği ve dikkate alınması gerekliliği iddiamızı destekler niteliktedir.[43]

4. İthal ya da İhraç Etme

Satın alınan bir malın ithal veya ihracı da çeşitli durumlarda üçüncü kişilerin fikri mülkiyet haklarının ihlal edilmesi sonucunu doğurabilir. Telif hakkını ihlal eden bir eserin ya da lisans sözleşmesine uygun olarak çoğaltılmış bir eserin, lisans sözleşmesinin kapsamadığı ülkelere ithal ya da ihracının yapılması gibi durumlarda eser sahibinin telif hakkı ihlal edilebilir. Bunun yanında marka veya patenti taşıyan ürünlerin hak sahibinin rızası olmaksızın ithal ya da ihraç etmek de bu hakların tecavüzüne yol açmaktadır.[44]

Ajinomoto Co. v. Archer-Daniels-Midland Co. (ADM) davasında,[45] Genetika bakteri suşlarının hazırlanmasına ilişkin patentli bir usulün buluşçusudur

---

39 Ibid 163.

40 Ibid 166.

41 *HTC v Nokia* [2013] EWHC 3778 (Pat), Sophie Curtis, 'HTC One Mini Banned in UK following Nokia Patent Victory' The Telegraph 3 December 2013 <http://www.telegraph.co.uk/technology/htc/10491635/HTC-One-Mini-banned-in-UK-following-Nokia-patent-victory.html> (Erişim Tarihi: 04.10.2019).

42 *HTC v Nokia* [2013] EWCA Civ 1759.

43 Ayrıca Bknz. *BASF SE v Sipcam (UK) Ltd* [2013] EWHC 2863 (Pat).

44 See TRIPS Article 28(1), Article 26 of the CPC, UK Patent Act 1977 s60(1), 35 USC §271, ÇOLAK, 2018, s. 491-492.

45 228 F3d 138 (2000).

ve Amerika'daki patent haklarını Ajinomoto'ya vermiştir. ADM ise bakteri suşları kullanarak yem katkıları üretmektedir. Yem katkılarında kullandıkları bakteri suşları Genetika'dan İsveç için lisans hakkı alan bir üreticiden ithal edilmiştir. Ajinomoto elindeki patent hakkına dayanarak, ADM'nin bakteri suşlarının Amerika'ya ithal etmesinin patent haklarına tecavüz oluşturduğunu iddia etmiştir. Amerika'daki ilgili mevzuat olan 35 USC'deki madde 271(g)'ye göre Amerika'da patentlenen bir usule göre meydana getirilen bir ürünün izinsiz olarak ithal edilmesi hakka tecavüz sonucunu doğurur.[46] ADM, Genetika tarafından verilen geçerli bir lisans sözleşmesine dayanarak üretilen bakterilerin ithalinin bir tecavüz oluşturmadığını ve ithalin engellenmemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak, mahkeme Genetika tarafından verilen İsveç lisansının ülkesel olduğunu ve söz konusu lisansın Amerika'da satım ya da kullanım haklarını kapsamadığını belirterek, ADM'yi patent hakkına tecavüzden dolayı sorumlu tutmuştur.

Kısaca özetlediğimiz dava gösteriyor ki; ithal edilmiş mallar üreticiye verilen lisans uyarınca üretilmiş olsa dahi fikri mülkiyet haklarının ülkeselliği nedeniyle üzerlerinde üçüncü kişi fikri mülkiyet haklarına ilişkin talepler olabilir ve bu yüzden söz konusu mallar üzerinde ticari faaliyetlerde bulunan alıcılar üçüncü kişilere karşı söz konusu ihlaller nedeniyle sorumlu kılınabilir.

5. İhlalin Etkileri

Yukarıdaki başlıklarda kısaca örneklemeye çalıştığımız ticari faaliyetler nedeniyle malın alıcısının üçüncü kişilere karşı fikri hakların ihlali nedeniyle sorumlu olmaları hali elbetteki fikri mülkiyet hukukunun kapsamı düşünüldüğünde makalemiz kapsamındaki durumlarla sınırlı değildir. Örnekleri çoğaltmak, doğmuş veya doğabilecek sorunları göstermek bu makalenin kapsamını aşmakta ise de yukarıda incelediğimiz davaların sorunun ehemmiyetini gözler önüne sermekte ikna edici olduğu kanaatindeyiz.

Ticari faaliyetler dolayısıyla fikri mülkiyete ilişkin problemlerin çıkmasının en önemli noktası, haklarının ihlaline dayanan üçüncü kişilerin, fikri mülkiyet hukukunun kendilerine sunduğu kanun yollarını alıcıya karşı ileri sürebilmeleridir. Böyle bir durumda, ihtiyati tedbir, mülkiyet hakkı tanınması, yok edilmesi gibi söz konusu malın alıcısı tarafından yeniden kullanımını

46 https://www.law.cornell.edu/uscode/text/35/271 (Erişim Tarihi: 04.10.2019).

ya da satışını engelleyebilecek kanun yolları yanında, alıcının tazminat talepleri ile karşılaşması da ihtimal dahilindedir.[47] Satım sözleşmesi yaparken, aldıkları malları yeniden kullanmak yahut satmak yoluyla ticari faaliyetlerine devam etmek isteyen alıcılar, üçüncü kişilerin ihtiyati tedbir gibi haklarını kullanması sebebiyle sözleşme dolayısıyla ulaşmak istedikleri amaca erişemeyeceklerdir. Aldıkları malların, üçüncü kişilerin fikri haklarına tecavüz oluşturacağını bilmeden malı satın alan iyi niyetli bir alıcının saydığımız zararlı sonuçlardan korunması, bu durumlarda başvurabilecekleri yolların neler olduğunun saptanması hukuki güvenirlik açısından son derece önemlidir. Bu noktada, alt başlıklarda inceleyeceğimiz CISG'ın içinde yer alan hükümler yol gösterici olacaktır.

III. CISG MADDE 42'NİN İÇERİĞİ ve KAPSAMI

CISG, satıcıya teslim borcu getirirken, onun bu borcunu ifa etmesi için tamamlanması gereken şartları da belirlemiştir. Satıcının miktar, kalite, tür bakımından sözleşmeye uygun olarak malları tesliminin yanında, satılan mallarının üçüncü kişilerin her türlü hak ve taleplerinden de arî olarak teslim etmesi zorunludur. Bu bağlamda, CISG kendi içinde üçüncü kişilerin hak ve taleplerinin 'sınaî veya diğer bir fikri mülkiyete' dayanıp dayanmamasına göre ayrım yapmıştır. Üçüncü kişilere ait her türlü hak ve talebi madde 41 kapsamında geniş bir sorumluluk ölçüsünde değerlendirirken, yine aynı madde 'sınaî veya diğer bir fikri mülkiyete' dayanan hak ve taleplerin madde 42 kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir.

CISG kapsamında üçüncü kişi hak ve taleplerine ilişkin olarak iki farklı madde 1980'deki Diplomatik Konferans neticesinde gerçekleşmiştir.[48] Öncesinde, sınai mülkiyete ilişkin kusurlar, Alman akademisyenlerce 'defect in title' yani 'mülkiyet üzerindeki kusur' olarak yorumlanmıştır.[49] Ancak,

---

47 GÜNEŞ, 2017, s. 269, KART Aslıhan, **Marka Hakkına Tecavüz Suçları,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

48 Summary Records of Meetings of the First Committee, 17th meeting (UN Doc A/CONF.97/C.1/L.124) in UN, *United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods; Official Records* (UN Doc A/CONF.97/19) 323.

49 SCHWENZER Ingeborg, 'Article 42', SCHWENZER Ingeborg (eds) **Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, 4th Ed, OUP, Oxford, 2016, s. 693; See ENDERLEIN Fritz, 'Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods' SARCEVIC Petar/VOLKEN Paul (eds) **International Sale of Goods: Dubrovnik Lec-**

Diplomatik Konferans'ta, fikri ve sınai mülkiyet haklarının farklı bir rejime tabii olduğu hususu belirtilerek; üçüncü kişilere ait fikri mülkiyet haklarının genel kuraldan daha farklı olarak muamele edilmesi gerektiğine karar verilmiştir.[50]

Fikri mülkiyetin kazandığı önem ve malların fikri mülkiyet hakkının bir öznesi haline gelmesi sebebiyle, fikri mülkiyet ve satım hukuku arasındaki ilişkinin sonucu olarak çeşitli problemlerin doğması ihtimali düşünülerek madde 42 CISG kapsamına dahil edilmiştir.[51]

CISG madde 42 aşağıdaki şekilde yürürlüğe konmuştur:

Madde 42

(1) Satıcı, üçüncü kişilere ait sınaî veya diğer bir fikrî mülkiyete dayanan ve sözleşmenin akdedilmesi sırasında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı hak veya taleplerden ari mallar teslim etmek zorundadır, şu şartla ki, hak ya da talep,

(a) malların yeniden satılacağı veya diğer bir şekilde kullanılacağı devletin hukukuna göre mevcut olan bir sınaî veya fikrî mülkiyete dayansın ve taraflar sözleşmenin kurulması sırasında malların bu devlette yeniden satılacağını veya kullanılacağını hesaba katmış olsun; veya

(b) bunun dışındaki her halde, alıcının işyerinin bulunduğu devletin hukukuna göre mevcut olan bir sınaî veya fikri mülkiyete dayansın.

(2) Satıcının, fıkra 1 uyarınca yükümlülüğü

(a) sözleşmenin kurulduğu anda alıcının hakkı ya da talebi bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı halleri; veya

---

tures, Oceana, New York, 1996, s.180. Ayrıca bknz. BELINE Thomas M., 'Legal Defect Protected by Article 42 of the CISG: A Wolf in Sheep's Clothing' **University of Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy**, S. 7, 2007, ss. 1-28, s.6.

50 Summary Records of Meetings of the First Committee, 17th meeting**,** s. 325, note 49 ve 51.

51 Bknz.HONNOLD John O., **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention,** 3rd ed, Wolters Kluwer Law and Business, Hague, 1999, s. 392; KROLL Stefan, 'Article 42' KROLL Stefan/MISTELIS Loukas/ DEL PİLAR PERALES VİSCASİLLAS_Maria (eds) **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**, Hart, Oxford, 2011, s 648; SCHLECHTRIEM Peter/ BUTLER Petra, **UN Law on international sales: The UN Convention on the International Sale of Goods**, Springer, Berlin, 2009, s. 135.

(b) hak ya da talebin, alıcının, satıcının kullanımına sunduğu teknik çizim, tasarım, veya başkaca veriden kaynaklandığı halleri kapsamaz.

Maddeye bakıldığında, satıcının sorumluluğunda çeşitli sınırlandırmaların getirildiği görülecektir. Fikri mülkiyet hukukunun karmaşık yapısı ve tescilin ülkeselliği göz önüne alınarak madde kapsamında satıcının sorumluluğuna sınırlandırılmalar getirilmiştir ki; bu, garanti sınırlarının satıcı tarafından makul ölçüde yüklenebileceği ölçüyü geçemeyecektir.[52] Madde kapsamındaki sınırlandırmaların incelenmesi yanında, madde 42'nin uygulanmasında çeşitli zorluklara neden olan lafzi de inceleme kapsamımızda olacaktır. CISG literatürünün önemli akademisyenlerinden Kröll, yaşadığımız 'bilgi çağında' fikri mülkiyet haklarının önemine rağmen, madde 42'nin sadece teslim borcu için 'olgunlaşmamış bir rejim' önerdiğini ifade etmiştir ve bu da değerlendirmemiz içinde dikkate alacağımız önemli bir eleştiri noktasıdır.[53]

1. Sorumluluk Koşulları

Kanun koyucu, fikri mülkiyet haklarının ülkeselliği nedeniyle, fikri haklar bakımından dünya çapında bir garantinin sağlanmasındaki zorluğu gözeterek, satıcıya kusursuz sorumluluk yüklemeyi istememiştir. Satıcının madde 42 kapsamındaki sorumluluğu, satıcının girişimde bulunabileceği ve mal üzerinde üçüncü kişi fikri mülkiyet hakları sebebiyle meydana gelebilecek her tür problemleri çözebileceği sınırlar ve kapasitesi içinde olmalıdır. Bu doğrultuda, kanun koyucu sorumluluk üzerinde ülkesel (yersel) ve satıcının bilgisine dair sınırlandırmalar getirmiştir. Satıcının, mal üzerindeki üçüncü kişilere ait sınaî ve fikri haklardan sorumlu olması için şu şartlar gerekmektedir: (1) üçüncü kişilere ait hak ve taleplerin sınai ve fikri haklara dayanması (2) satıcının bu tür iddiaları bilmesi (3) üçüncü kişi hak ve taleplerinin madde 42(1)(a) ve (b)'deki ülkesel sınırlar içinde gerçekleşmesi (4) satıcının bilgisi için ilgili zaman. Fakat, tüm bu şartlar gerçekleşse bile, alıcının bu hak ve talepleri bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı hallerde satıcının sorumluluğuna gidilmez.

---

52 KROLL, 2011, s. 649-650; SCHWENZER, 2016, s. 693.

53 KROLL, 2011, s. 649.

A. Sınaî veya Fikrî Mülkiyete Dayanan Üçüncü Kişi Hak ve Talepleri

a. Sınaî ve Fikri Mülkiyet

CISG madde 42 kapsamında 'sınaî veya fikri mülkiyete dayanan' üçüncü kişi hak ve taleplerinden bahseder, ancak ne maddenin kendi içinde ne de genel olarak CISG içeriğinde açık ya da kapalı olarak bu hakların tanımı yer almaz. Ayrıca, CISG'nin oluşturulma aşamalarına dair kaynaklara bakıldığında da böyle bir tanıma ya da tartışmaya yer verilmediği görülmektedir. Bu halde, maddede geçen sınaî veya fikri mülkiyet' ifadeleri nasıl anlaşılmalı ve yorumlanmalı sorunu gündeme gelir.

CISG'ın tarihsel gelişimi incelendiğinde, madde 42'ye ilişkin yapılan tartışmalarda, 'fikri mülkiyet' teriminin zaten 'sinaî mülkiyeti' içinde barındırdığının altı çizilmiştir. Dolayısıyla, maddenin lafzında ayrıca 'sinaî mülkiyet' teriminin kullanılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir.[54] Ancak, söz konusu terimin madde içinde yer alması, iki terim arasındaki muhtemel bir karışıklık sebebiyle savunulmuştur.[55] Kesin, daha açık bir ifadeye duyulan ihtiyaç, her ülkenin fikri mülkiyeti tam tanımaması ya da tutarlı bir fikri mülkiyet hukuku olmaması ile açıklanabilir.[56] Bazı milli hukukların ki; buna ülkemiz de dahildir, fikri mülkiyet haklarını fikri mülkiyet ve sınaî mülkiyet olarak iki gruba ayırmış olması, ve sözleşmenin meydana getirildiği sırada, her ülke hukuku araştırılmamış olsa dahi, böyle bir ihtimalin olabileceği düşünülmüştür. Böyle bir ikili ayrımın var olduğu hallerde, kanun koyucuların iradesinin aksine, söz konusu ülkelerde sınaî mülkiyet hukuku ile korunan haklar maddenin kapsamı dışında bırakılabilirdi.[57] Dolayısıyla, maddenin tarihsel gelişimi incelendiğinde, 'sınaî mülkiyet' teriminin, korunacak mülkiyet haklarının kapsamına açıklık getirmek için istenerek dahil edildiği sonucuna varılabilir.[58] Bu nedenle madde kapsamındaki terimlerin anlamı araş-

---

54 Summary Records of Meetings of the First Committee, 17th meeting, s. 325, note 46.

55 HONNOLD John O., **Documentary History of the Uniform Law for International Sale**, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1989, ss. 334 note 219.

56 Ibid; Secretariat Commentary, 'Article [42]' UN, **United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods; Official Records (UN Doc A/CONF.97/19)**, s. 36, dipnot 1.

57 Bknz. RAUDA Christian/ETIER Guillaume, 'Warranty for Intellectual Property Rights in the International Sale of Goods' **Vindobona J. Intl'L Com. L. & Arb**., S. 4, 2000, 30.

58 Secretariat Commentary, 'Article [42]' 36; See **UNCITRAL Yearbook Volume VIII: 1977** (1978; A/CN.9/SER.A/1977; E.78.V.7) 41, note 217.

tırılırken 'sınaî mülkiyet' terimi göz ardı edilip, daha genel bir fikri mülkiyet tanımı için inceleme yapılabilir.

Sekreterya Şerhi, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'nü Kuran Sözleşme (Convention Establishing the World Intellectual Property Organisation) (bundan böyle metin içinde WIPO olarak anılacaktır) tarafından yapılan fikri mülkiyet tanımına atıf yaparak, bunun madde 42 kapsamındaki 'sınaî veya fikri mülkiyet' tanımının anlaşılmasında bir rehber olarak kullanabileceğinden bahseder.[59]

WIPO madde 2 (vii) fikri mülkiyeti şunları dahil ederek tanımlar:

VIII- Fikri Mülkiyet:

– Edebî, artistik ve ilmî eserlere,

– Sanat yorumcularının eserlerine ve icracı sanatçıların eserlerine, fonogramlara ve radyo yayınlarına,

– İnsanî (insan eliyle yapılan) faaliyetin her sahasındaki ihtiralara,

– İlmî keşiflere,

– Sınaî resim ve modellere,

– Gayrı kanunî rekabete karşı himayeye ilişkin haklar ve adlandırmalara,

– Gayrı kanunî rekabete karşı himayeye ilişkin haklar ve sinaî, ilmî, edebî ve artistik sahalarda fikrî faaliyete ilişkin bütün diğer haklar.

Sekretarya Şerhi WIPO'ya atıfta bulunsa bile, madde 42 için bir uluslararası antlaşmadaki fikri mülkiyet tanımının kullanılmasının uygun olup olmadığı ilk etapta tartışılabilir.[60]

CISG madde 7'ye göre; CISG, onun 'milletlerarası niteliği' ve yeknesaklık amacına uygun olarak yorumlanmalıdır. Uluslararası sözleşmelere uygulanan CISG, herhangi bir iç hukukun etkisinden kaçınır. Uluslararası düzeyde getirilen düzenlemeler ve kurallar ise CISG'ın milletlerarası niteli-

---

59 Secretariat Commentary, 'Article [42] 36.

60 Bknz. RAUDA/ETIER, 33; SCHWENZER, s. 694. DATE-BAH Samuel K., 'Article 42' BIANCA CM/BONELL MJ Bonell (eds) **Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention** Giuffrè, Milano,1987, 32.

ğini korumasına yardımcı olur.[61] Bu bakımdan, fikri mülkiyet haklarına ilişkin uluslararası konvansiyonlar ve anlaşmalar, madde 42 kapsamındaki sınaî veya fikri mülkiyet terimlerinin anlaşılması için bir araç olarak önerilmektedir.[62] Dolayısıyla, WIPO CISG içerisinde tanımı yapılmayan bu terimlerin anlamını belirlemek için bir araç olarak seçilmiştir.[63]

Fikri mülkiyet haklarının ülkeselliği bu hakları sınıflandırmak ve korumak için farklı ülkelerde farklı yaklaşımların olması demektir. Ancak, bu farklı yaklaşımların CISG'ın 'milletlerarası niteliğini' geliştirmek için, CISG kapsamı dışında tutulup tutulmaması gerektiğine yönelik soruları doğurur.[64] Örneğin, genellikle fikri mülkiyet olarak kabul edilen bir hak ulusal bir sistemde haksız fiil hükümleri, haksız rekabet hukuku ya da başka bir şekilde korunuyorsa, bu hak madde 42 kapsamı dışında sayılmalı mıdır? Bu konuda pek çok yazar, ulusal hukuklarda fikri mülkiyet haklarının sınıflandırılması ya da sunulan koruma şekli gözetilmeksizin maddenin bu üçüncü kişi fikri mülkiyet haklarını da içine alması gerektiği görüşünü savunmaktadır.[65] Madde 42 amaçsal yorum esas alınarak yorumlandığında, alıcının malı kullanmasını ya da yeniden satmasını engelleyen bir hak veya talebin, bunların hangi yolla korunduğuna bakılmaksızın, madde 42 kapsamında değerIendirilmesi için yeterli olduğunu ileri sürmek mümkündür. Schwenzer'e göre, önemli olan husus bu üçüncü kişi fikri mülkiyet hak ve taleplerinin marka, patent, telif hakkı ve benzeri gibi bir fikri mülkiyet hakkından kaynaklanmasıdır.[66] Madde 42'nin kapsamında olan hakkı belirlemede karar noktası bu

---

61 FELEMEGAS John, The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation, Yayınlanmış Doktora Tezi, Nottingham, University of Nottingham, 2000, s. 427.

62 Bknz. KROLL.

63 Bknz. RAUDA/ETIER, s. 33.

64 Ibid. s. 37-38.

65 Bknz. SCHWENZER, s. 694-695, dipnot 13, KROLL, s. 650, RAUDA/ETIER s.34. Türk Hukukunda, markaların haksız rekabet hükümlerine göre korunması da söz konusudur. Örneğin Amerikan Hukukunda, ticari sırlar bir fikri mülkiyet hakkı türü olarak Uniform Trade Secret Act ile korunmuştur. Ayrıca tescillenemiş know-how ise mülkiyet hakkı olarak korunmaktadır. Bknz. <https://www.uspto.gov/patents-getting-started/international-protection/trade-secret-policy> (Erişim Tarihi: 05.10.2019). Alman hukukunda ise know-how Alman Haksız Rekabet Kanunu (UGW) altında korunmaktadır.

66 SCHWENZER, s. 694.

üçüncü kişi fikri haklarının malın kullanımı ya da yeniden satımını engelleyip engellememesidir.[67]

Zaten WIPO madde 2 incelendiğinde, maddenin sadece genel hatlarıyla fikri mülkiyet olarak kabul edilen eser çeşitlerini saydığı, tahdidi olmadığı ve 'sinaî, ilmî, edebî ve artistik sahalarda fikrî faaliyete ilişkin bütün diğer haklar' diyerek başkaca eserlerin, süjelerin fikri mülkiyet hakları kapsamına dahil edilebilmesine imkân tanımaktır. Bu nedenle, kanaatimizce, madde 42'nin fikri mülkiyet kanunları ile korunmayan diğer fikri hakları da koruması yönündeki düşüncemiz WIPO tanımıyla da örtüşmektedir.

aa. Hak ve Talepler

Madde 42'ye gidebilmek için öncelikle üçüncü kişiye ait sinaî ve diğer fikri mülkiyete dayanan hak veya talep olmalıdır. Maddenin dili itibariyle, sadece haklar değil, üçüncü kişiye ait talep ve iddialar da maddenin uygulanması sonucunu doğurur. Neden hak iddialarının da madde kapsamına dahil edildiği tartışılabilir. Kanaatimizce, bu iddialar kapsam dışında olsa idi, alıcı madde 42'ye başvurabilmek için mahkeme tarafından söz konusu üçüncü kişi talebinin ve iddialarının gerçekliğinin onaylanmasını bekleyecek idi. Ancak, uluslararası bir satım düşünüldüğünde, alıcının tüm bu dava ve üçüncü kişilere karşı sorumlu olma risklerine katlanmasını beklemek makul olmayacaktır.[68] Honnold, bir alıcının 'normal beklentisinin' bir dava satın almak olmadığı noktasına işaret ederek madde kapsamına taleplerin de dahil edilmesine karşı çıkmaz.[69]

Üçüncü kişiler tarafından ileri sürülen talepler, fikri hakların ihlaline yönelik iddiaların da madde kapsamında dahil edilmesi önemlidir. Çünkü, alıcı, ispatlanmamış olsa bile böyle bir talep kendisine iletildiğinde, ileride üçüncü kişinin taleplerinin geçerlilik kazanması durumunda daha fazla zarara uğrama riskinden kaçınmak için elindeki mal ile ilgili ticari faaliyetlerini durdurmayı seçebilir. Dolayısıyla, bu taleplerin dahi bir alıcı açısından ge-

---

67 SCHWENZER, s. 695; KROLL; SAIDOV Djakhongir, **Conformity of Goods and Documents The Vienna Sales Convention**, Hart, Oxford, 2015, s. 211.

68 See Secretariat Commentary, 'Article [41]' 35, paragraf 3; SCHWENZER Ingeborg, 'Article 41', SCHWENZER Ingeborg (eds) **Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, 4th Ed, OUP, Oxford, 2016, s. 685; ENDERLEIN, s. 180.

69 HONNOLD, 1999, s. 386.

çerli bir hak varmış gibi sonuçlara yol açması ve alıcının ticari faaliyetlerine etki etmesi ihtimal dahilindedir.

Ayrıca, Sekretarya Şerhinde açıklandığı üzere, söz konusu üçüncü kişiye ait taleplerin doğruluğunu araştırmak için açılacak dava masraflı ve uzun olabilir, böylece alıcının malı kullanması veya tekrar satması bir süre için engellenebilir.[70] Bu nedenle Sekretarya Şerhi, satıcının talepleri araştırma ve alıcıyı taleplerin mahiyeti konusunda tatmin etme yüküne katlanması gerektiğini ileri sürmüştür.[71]

Satıcının söz konusu malı alıcıdan daha iyi bildiği, bu yüzden de üçüncü kişi hak ve talepleri ile ilgilenmenin satıcının risk alanına dahil olduğu iddia edilmiştir.[72] Satıcının mala ve onun parçalarına dair bilgisi sebebiyle, onun söz konusu taleplerle daha etkin şekilde ilgilenebileceğine inanılmaktadır. Buna ek olarak, ekonomik açıdan durum analiz edildiğinde, mal üzerindeki üçüncü kişi fikri mülkiyet haklarına dair bilgi masrafının satıcı açısından alıcıya göre daha düşük olacağı söylenebilir. Dolayısıyla, herhangi bir ihlalden kaçınma yükü satıcının üzerine yüklenebilir.[73]

Satıcının mala dair bilgisi kapsamında, satıcı malın menşei, ya da hak sahibi ile yapılmış lisans anlaşmasını alıcının bilgisine sunabilir. Alıcıya, üçüncü kişinin açtığı bir davada yardım ederek de madde 42 kapsamındaki sorumluluğunu yerine getirebilir.

Bunun yanında, bazı durumlarda madde 42 kapsamında satıcının sorumluluğuna gidilebilmesi için, bir talebin alıcıya ya da satıcıya karşı ileri sürülmesinin gerekmediği belirtilmiştir.[74] Bazı durumlarda, gelecekte mal üzerinde meydana gelebilecek bir davanın olabileceğine dair ciddi bir risk

---

70 Bknz. Secretariat Commentary 'Article [41]' 35, para 3.

71 Ibid 36, para 4.

72 CD media case Oberster Gerichtshof (Austria) 12 September 2006 (PACE).

73 POSNER Richard A., **Economic Analysis of Law**, 5th Ed, Aspen, New York, 1998, s. 114; Ayrıca bknz. METZGER Axel,' Seller's Liability for Defects in Title According to Articles 41 and 42 of the CISG' SCHWENZER Igneborg/ATAMER Yesim/BUTLER Butler (eds) **Current Issues in the CISG and Arbitration,** Eleven International Publishing, Hague, 2014, s. 203.

74 KROLL, 'Article 42'; VanDuzer J. Anthony, 'The Adolescence of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods In Canada' (**The Canadian Bar Association's International Law Section Annual Conference,** Ottawa, May 2001) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vanduzer2.html> accessed 20 June 2017.

bulunur. Bu durumun başlıca örneği *CD media* davasıdır.[75] Söz konusu davada, Avusturyalı alıcı ile Alman satıcı arasında boş CD satışına dair anlaşma yapılmıştır. Alman satıcı, Tayvanlı ana şirkete bağlıdır. Söz konusu ana şirket, anlaşma konusu olan boş CDleri bir başka şirket ile aralarında bulunan lisans sözleşmesine göre satmaktadır. Lisans sahibi şirket ve Tayvanlı ana şirket arasında lisans ücreti konusunda bir problem çıkmış ve sonuç olarak da tarafların arasındaki lisans sözleşmesi sona ermiştir. Avusturyalı alıcı lisans konusundaki problemi fark etmiş ve Alman satıcıdan duruma dair bir açıklama yapılmasını talep etmiş, ancak satıcı bu talebi karşılamamıştır. Buna bağlı olarak alıcı, malların fikri mülkiyet haklarından ari olarak teslim edilmediği gerekçesi ile ödemezlik def'îni ileri sürmüştür. Zira, lisans hakkı sahibinin alıcıdan lisans ücretini talep etmesi olasılığı vardır. Temyiz mahkemesi var olan bir fikri mülkiyet hakkının alıcının madde 42 kapsamında sorumluluğuna yol açmasını kabul etmiştir.[76] Bu davanın ışığında, henüz kullanılmamış ya da ileri sürülmemiş üçüncü kişi haklarının madde 42 kapsamındaki satıcının sorumluluğunu başlatmak için yeterli olduğu açıktır.

B. Satıcının Bilgisi

Satıcı sadece sözleşme kurulduğu esnada 'bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı' üçüncü kişi sınaî ve fikri mülkiyet haklarından ve taleplerinden sorumludur. Satıcının bilgisinin alt sınırı tartışmalı bir husustur, çünkü İngilizce metininde 'could not have been unaware' olarak geçen 'bilmesinin mümkün olmadığı' ifadesi açık olmaktan uzaktır.

CISG içinde, İngilizce metinde 'ought to have known' olarak geçen ve Tükçe'ye 'bilmesi gerektiği' şeklinde çevrilen ifade daha sıklıkla kullanılmıştır ki;[77] bu ifade bahsi geçen tarafa araştırma yükü yükler. Öte yandan 'bilmesinin mümkün olmadığı' ifadesi ancak dört madde içinde kullanılmıştır.[78]

Herhangi bir üçüncü kişi fikri mülkiyet hakkı ortaya çıktığında, satıcının sorumluluğunu belirlemek için, neyin satıcının bilgisini teşkil edeceği ve ne ölçüde onun farkındalığının gerektiğinin ortaya konulması çok önemlidir.

---

75 *CD media case.*

76 Ibid.

77 Bknz maddeler 2, 9, 38, 39, 43, 49, ve diğerleri.

78 Bknz maddeler 8, 35, 40, and 42.

Maalesef, bu konuda birbirinden farklı görüşler ileri sürülmüştür. Honnold söz konusu ifadenin 'gerçek bilgiye benzer' (akin to actual knowledge) olduğunu varsayar.'[79] Öte yandan Smythe karşıt görüşü savunmaktadır. Ona göre, yurtiçinde bir satış olduğu takdirde, fikri mülkiyet haklarının tescili ya da diğer ortaya konulma süreçlerine bakılmaksızın satıcının gerçek bilgiye sahip olmasını beklemek makuldür, çünkü söz konusu haklar satıcının da bulunduğu ülke kanunları uyarınca ortaya konulmuştur.[80] Uluslararası satım bağlamında ise, satıcının söz konusu fikri mülkiyet haklarına dair gerçek bilgisi olamayabilir, zira satıcı hakkın ileri sürüldüğü yargı alanına aşina değildir. Ancak, satıcının gerçek bilgiye sahip olabileceği tek olasılığın, alıcının malların yeniden satımını satıcının bulunduğu ülkede yapması hali olduğu savunulur.[81]

Gerçek bilginin nasıl ispat edileceği de bir başka sorundur, ancak CISG'nin usul hukuku meseleleri ile ilgilenmediği dikkate alınırsa,[82] satıcının nasıl ve hangi koşullarda gerçek bilgiye sahip olduğu varsayılacak sorusu CISG'ın kapsamından anlaşılamaz. Taklit malların satımı, orijinal bir malın lisans sözleşmesine aykırı olarak satılması ya da halihazırda bir fikri mülkiyet davasına konu edilmiş malın satımı halinde satıcının gerçek bilgiye sahip olduğu ileri sürülebilir.

Öte yandan 'bilmemesinin mümkün olmadığı' ifadesine dair diğer görüşler incelendiğinde, 'kusur unsuru' ya da satıcının kusurunu ispat etme yolu olarak yorumlanmıştır.[83] Diğer bir görüş, ifadeyi 'ağır ihmal' olarak

---

79 HONNOLD, 1999, s. 395; JANAL Ruth M, 'The seller's Responsibility for Third Party Intellectual Property Rights Under the Vienna Sales Convention' ANDERSEN CB/ SCHROETER UG (eds) Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday, (Wildy, Simmonds & Hill Publishing, Londra, 2008, s.214; The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: New Zealand's Proposed Acceptance (1992) <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/articles/newz2.html> (Erişim Tarihi; 05.10.2019. Bknz. UNCITRAL Yearbook II: Volume II: 1971 (1972; A/CN.9/SER.A/1971; E.72.V.4) 60, para106.

80 SMYTHE Donald J., 'Clearing the Clouds on the CISG's Warranty of Title', **Nw. J. Int'l L. & Bus.** , S 36-3, 2016, ss. 509-545, s. 513.

81 Ibid 535.

82 FOGT Morten M., 'The Knowledge Test Under the CISG- A Global Threefold Distinction of Negligence, Gross Negligence and *De Facto* Knowledge', **JL & Com**, S 34-1, 2015, ss 23-100, s. 52; *Kantonsgericht Nidwalden* (Switzerland) 23 May 2005 (PACE).'

83 Kusur unsuru SCHLECHTRIEM Peter, 'The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods' GALSTON Nina M./SMIT

yorumlar.[84] Söz konusu ifade, halin icabına göre üçüncü kişi fikri mülkiyet haklarının var olduğunun açık olduğu durumda satıcının söz konusu hakları göz ardı edemeyeceği izlenimini doğurur. 'Bilmemesinin mümkün olmadığı' ifadesi makul adımların atılmasını gerektiren ağır ihmal benzeri gibi görünür. Bu nedenle, satıcı gerekli özenle hareket etmeli ve herhangi bir fikri mülkiyet hakkı ve taleplerinden kaçınmak için makul adımları atmalıdır.[85]

Satıcının bilgisi hususundaki farklı yorumlar, satıcıya bir araştırma yükümlülüğü yüklenip yüklenmediğine dair soruları ortaya çıkarır. Sekretarya Şerhi, eğer söz konusu ülke içinde ilan edilmiş/duyurulmuş bir patent başvurusu ya da patent tesciline dayanarak yapılmış sınaî ya da diğer fikri mülkiyet hakları ve talepleri söz konusuysa satıcının bunları bilmemesinin mümkün olmadığını ifade eder.[86] Benzer görüşü Schlechtriem ile birlikte Huber/Mullis savunur.[87] Huber/Mullis, bahsi geçen araştırma yükümlülüğünü 'açık durumlara gözlerinin kapamamak' olarak yorumlarlar.[88]

Öte yandan Shinn ve Janal satıcı üzerinde bir araştırma külfetinin bulunmasına karşı çıkar.[89] Janal madde kapsamında getirilen satıcının bilgisinin, gerçek bilgiye yakın olduğunu ve bunun da araştırma külfeti getirmediğini belirtir.[90] Schwenzer ise böyle bir külfeti reddetmenin maddenin pratik açıdan önemini azaltacağını iddia etmektedir.[91] Schwenzer tarafından ileri sürülen görüş kanaatimizce desteklenebilir, zira kanun koyucuların 'bilme-

---

Hans (eds.) **International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods,** Matthew Bender, New York, 1984, 6-30. SCHWERHA IV Joseph J., 'Warranties against Infringement in the Sale of Goods: A Comparison of U.C.C. § 2-312(3) and Article 42 of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods', **Michigan J. Int'l L**, S 16-2, 1995, ss. 441-483, s.459.

84 HUBER Peter/MULLIS Alastair, **The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners** Sellier European Publishers, Münih, 2007.176; SCHLECHTRIEM/BUTLER.

85 Bknz. HUBER /MULLIS.

86 Secretariat Commentary, 'Article [42] 37, note 6.

87 SCHLECHTRIEM Peter, **Uniform Sales Law- The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods** Manz, 1986, s. 284 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html> (Erişim Tarihi 03.10.2919); HUBER/MULLIS, s.176.

88 HUBER/MULLIS, s.176.

89 SHINN Jr. Allen M., 'Liabilities under Article 42 of the UN Convention on the International Sale of Goods', **Minn. J. Global Trade**, S 2, 1993, s. 115, JANAL, s. 215.

90 JANAL, s. 215.

91 SCHWENZER, s. 701; KROLL; RAUDA/ETIER, s. 45.

sinin mümkün olmadığı' ifadesini kullanmalarının fikri mülkiyet haklarına dair bilgilerinin azlığından kaynaklandığı farz edilebilir. Bu ihtimalden yola çıkılarak denilebilir ki; kanun koyucular, katı bir dil kullanarak CISG'ı meydana getirdikleri esnada öngöremedikleri durumlar için herhangi bir külfet yaratmaktan kaçınmış olabilir.[92]

Sonuç olarak, literatürde orta yol önerilmiş ve satıcı üzerindeki araştırma yükünün her durum ve her fikri mülkiyet hakkı çeşidi göz önüne bağlı olarak yükleneceği belirtilmiştir.[93] Satıcının tescil ve ilan edilmiş fikri haklar açısından araştırma külfeti olduğu ancak telif hakkı ya da know-how gibi tescil edilmeyen haklar açısından böyle bir yükümlülüğü olmadığı kabul edilmiştir.[94] Ancak, satıcının sözleşme kurulurken farkında olduğu problemleri veya üçüncü kişilerin kendisine mal üzerindeki fikri haklar sebebiyle ulaştığını gizlemesi durumunda satıcının ilan ve tescil edilmemiş fikri hakları bilmemesinin mümkün olmadığı iddia edilebilir.

Tescil ve ilan edilmiş haklar kapsamında tanınmış markalar örnek olarak verilebilir. *Eximin v Textile and Footwear* davasında,[95] satım sözleşmesinin konusu olan kot botlar Levi's markasına tecavüz oluşturmuştur. Söz konusu botlar, markanın tescillendiği ve korunduğu ABD'ye teslim edilmiştir. Mahkemenin dava kapsamında yaptığı değerlendirme kayda değerdir. Mahkeme, Levi's markasını kastederek, şirketin küçük tanınmayan bir şirket olmadığının altını çizmiş, şirketin mallarının tüm dünyada pazara sürüldüğünü ve aklıselim bir kişinin böyle bir şirketin mallarını en azından menşe ülkede marka kapsamında kaydettireceğini tahmin etmesi gerektiğini belirtmiştir.[96] Bu sebeple, satıcının söz konusu marka hakkını bilmediği veya bilmesinin mümkün olmadığını ileri süremeyeceğine hükmetmiştir.

---

92 UNCITRAL Yearbook Volume VIII: 1977 41,151,152.

93 VANDUZER Anthony, 'A Seller's Responsibility for Third-party Intellectual Property Claims: Are the UN Sales Convention Rules Better?', Canadian International Lawyer, S 4, 2001, s. 187, 192; RAUDA/ETIER, s. 45-48.

94 SCHWENZER, s. 701,

95 *Eximin Textile*.

96 'This company is not a small, unknown company. This company's goods are marketed around the world and any sensible person ought to have assumed that such a company would register a trade mark for its products, at least in its country of origin, which is the United States.'

Satıcının bilgisi noktasında, genel kanı satıcının malın parçaları konusunda alıcıdan daha üstün bilgiye sahip olduğu ve bu nedenle satıcının doğması muhtemel fikri mülkiyet problemlerini öngörebileceğidir.[97] Literatürde, satıcının araştırma yükü tartışılırken onun profesyonelliği hususunda bir ayrım yapılmıştır. Eğer satıcı söz konusu malların üreticisi ise malın her bir parçası üzerinde bilgi sahibi olduğu düşünerek, satıcının araştırma külfeti içinde olduğu belirtilmiştir.[98] Tersi durumda eğer satıcı şirket sözleşme kapsamındaki malın pazarında ticari faaliyet göstermeyen ortak ölçekte bir işletme ise, marketteki profesyonel bir satıcı ile aynı derecede sorumlu tutulmayacağı kabul edilmiştir.[99] Ancak bu ayrım beraberinde bazı belirsizlikleri getirmektedir. Literatürde orta yol önerilmiş ve satıcıya bir araştırma yükümlülüğünün getirilmesinin her olayın şartlarına ve fikri mülkiyet hakkının türüne bağlı olduğu kabul edilmiştir.[100]

Satıcının bilgisi ve farkındalığı için ilgili zaman sözleşmenin kurulduğu andır. Bu andan sonra elde edilen bilgiler satıcının sorumluluğunu doğurmaz. Ancak özen yükümlülüğü gereğince satıcı alıcıyı durumdan haberdar etmelidir.[101]

C. Ülkesel Sınırlandırmalar

Madde 42 satıcının sorumluluğunu malların yeniden satılacağı veya kullanacağı devlet ve alıcının işyerinin bulunduğu devlet ile sınırlandırmaktadır. Söz konusu sınırlandırmaların gerekçesi, satıcının, fikri mülkiyet hakları açısından dünya çapında bir koruma sağlamasının makul bir beklenti olmaması ve farklı hukuk sistemlerinde fikri mülkiyet haklarını araştırmanın onun için zor olmasıdır.[102] Satıcının bilgisi yönündeki sorumluluk sınırlandırması ile karşılaştırıldığında, bu ülkesel sınırlandırmalar satıcının sorumluluğunun sınırlarını uygulamada çizmektedir.

---

97 Bknz. SMYTHE, s. 531.

98 SMYTHE; RAUDA/ETIER, s.47; KROLL, s. 657.

99 KROLL, s. 657.

100 VANDUZER, s. 192; RAUDA/ETIER, s. 45-48.

101 SCHWENZWER, s. 701, RAUDA/ETIER, s. 49.

102 KROLL, s. 652; HUBER/MULLIS, s.175.

a. Malların Yeniden Satılacağı veya Kullanacağı Devlet

Madde 42(1)(a)'ya göre satıcının sorumluluğu malların yeniden satılacağı veya diğer bir şekilde kullanılacağı devlette ortaya çıkar ki; bu devlette satılma veya kullanılmayı taraflarının hesaba katmış olması gerekir. Malın satılacağı veya kullanılacağı devletlerin hesaba katılması, sözleşmenin kurulduğu esnada yapılmış olmalıdır. Bu sayede, satıcı söz konusu devletlerde sınaî ve fikri mülkiyete dair araştırmalarını yapabilir.

Ancak, söz konusu hesaba katmanın açık bir sözleşme ile yapılmasının gerekip gerekmediği tartışmaya açıktır. CISG madde 11'ye dayanarak, söz konusu devletlerin belirlenmesinde açık bir anlaşma veya yazılı bir sözleşme olması gerekmemektedir.[103] Söz konusu hesaba katma alıcıyla yapılan iletişimden, alıcının işyerinin bulunduğu devletten başkasına teslim yapılmasına dair bir talepten, ya da alıcı ile yapılan önceki muamelelerden anlaşılabilir.[104] Söz konusu durumlarda malın yeniden satılacağı veya kullanılacağı devleti belirlemeye yönelik öngörüler elde edilebilir. Ancak, alıcının işlerini yürüttüğü ülkeler, hesaba katma/öngörme sayılmaz.[105]

Bunun yanı sıra madde de 'veya' kelimesinin kullanılması, tarafların malın yeniden satılacağı veya kullanacağı devletten birisini tercih etmesinin gerekip gerekmediği hususunda bir tartışma doğurmuştur.[106] Hakim görüş, maddenin dilinin her ikisinin de hesaba katılabileceği şekilde yorumlanmasıdır, zira taraflar malların yeniden satılacağı veya kullanılacağı devletler için ayrı ayrı sözleşme yapabilir dolayısıyla bir devlet seçebilme şeklindeki yorumun uygulamada hiçbir ehemmiyeti kalmaz.[107]

Satıcı karşı çıkmadıkça, malın satıcı tarafından bilinen şeklinde kullanılması durumunda alıcı korunacaktır.[108] Ancak, satıcı, daha önceki araştırmalarına dayanarak alıcının malı kullanmayı veya yeniden satmayı istediği ülkelerde üçüncü kişi fikri mülkiyet haklarının varlığından haberdar ise, söz konusu devlette üçüncü kişiler halihazırda bir ihlal iddiasında bulunduysa, ya da mal ile ilişkili lisans anlaşması malın belirli ülkelerdeki kullanımını

---

103 KROLL, s. 653; HUBER/MULLIS, s.175; RAUDA/ETIER, s.51.

104 KROLL, s. 653; SCHWENZWER, s. 698; RAUDA/ETIER, s. 52.

105 KROLL, s. 653; METZGER, s. 209.

106 RAUDA/ETIER, s. 51.

107 Ibid 51; SCHWENZER, s. 698.

108 KROLL, s. 653.

kısıtlamışsa, satıcı alıcıya bu durumları bildirmeli ve söz konusu ülkelerin sorumluluk hesabı dışında tutulmasını isteyebilmelidir.

Kröll, alıcının daha önceden malı yeniden satacağı ülke olarak belirttiği ülkelerde kendi alt alıcılarının üçüncü kişi fikri mülkiyet hak ve taleplerinden dolayı da korunması gerektiğini savunur.[109] Maddenin lafzında satıcının sorumluluğu kapsamına dahil olan ülkeler içinde malların satıldığı ülkeler de sayılmış olduğundan, Kröll'ün alıcının malları sattığı ve kendi alt alıcılarının bulunduğu bu ülkelerde de korunması yönündeki argümanı makul görünmektedir. Ancak Kröll'ün argümanını genişletip, alıcının alt alıcılarının malı kullandığı veya yeniden sattığı ülkelerin de satıcının sorumluğu dahilinde olduğunu ifade etmiştir.[110] Ancak bu, kanaatimizce satıcının sorumluluğunun makul olmayan bir biçimde genişletilmesi olur.

Diğer bir soru, tarafların kaç tane ülkeyi hesaba katabilecekleri ve bu hususta bir üst sınır olup olmadığı yönündedir. Maddenin lafzi dikkate alındığında, İngilizce metinde tekil olarak 'state' kullanıldığı, Türkçe metinde ise aynı şekilde tekil olarak 'devlet' kelimesi geçmesi, satıcının sorumluluğunun sadece bir devlet ile sınırlı olup olmadığı yönünde bir düşünceyi doğurur.[111] Enderlein and Maskow satıcının sınai ve fikri haklar bakımından sadece bir devlet de sorumlu olduğu görüşünü taşır ve 'state' kelimesini 'ülke' olarak yorumlar.[112] Ancak Shinn, bu şekilde ülke yorumunun ABD'nin farklı federe devletlerinde uygulanan fikri mülkiyete ilişkin federal hukuklarının göz ardı edildiğini iddia eder ve 'state' kelimesinin hem ülkeyi hem de onun alt yargı alanlarını kapsaması gerektiğini savunur.[113] Bu yorum, satıcının sorumluluğunun daha spesifik olarak belli ülkeler ile sınırlanmasını sağlayacağı için uygun olacaktır. Zira sinai ve fikri haklar bakımından tüm devlet bazında inceleme yapılmasındansa, malın kullanıldığı veya yeniden satılacağı belirli yerlerde, belirli alt yargı alanlarında inceleme yapılması sorumluluğa ilişin daha net sınırlamalar getirmiş olacaktır.

---

109 Ibid.

110 KROLL.

111 SHINN, s.128.

112 ENDERLEIN Fritz/MASKOW Dietrich, **International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods,** Oceana, New York, 1992, s. 169, ENDERLEIN, s. 182.

113 SHINN, s. 128; RAUDA/ETIER, s. 53.

b. Alıcının İşyeri

Eğer taraflar ülkeleri hesaba katmamışsa, Madde 24(2)(b)'ye göre satıcı malları üçüncü kişi fikri mülkiyet haklarından ari olarak alıcının işyerinde teslim etme sorumluluğundadır. Alıcının birden fazla işyeri bulunması halinde, işyeri CISG madde 10'a göre belirlenecektir. Alıcının işyerinin belirlenmesi ile ilgili zaman sözleşmenin imzalandığı andır, bu andan sonra işyeri hususundaki herhangi bir değişiklik, satıcının sorumluluğuna etki etmez.[114]

D. İlgili Zaman

Madde 42 kapsamında satıcının farklı sorumlulukları için farklı ilgili zamanlar bulunmaktadır. Satıcının malları üçüncü kişi sınai ve fikri haklarından ari olarak teslim etmesindeki ilgili zaman malın teslim edildiği andır. Bu nedenle, eğer satıcı, malın teslimine kadar mal üzerinde sözleşmenin kurulduğu esnada var olan bir fikri mülkiyet hakkını ortadan kaldırırsa, artık bundan dolayı sorumlu olmayacaktır.[115]

Öte yandan sözleşmenin kurulduğu an sadece, satıcının üçüncü kişiye ait fikri hakları bilmesi veya haberdar olması durumunun tespitinde önemlidir.[116] Dolayısıyla, sözleşme kurulduktan sonra satıcı söz konusu üçüncü kişi fikri haklarından haberdar olursa sadece alıcıyı bu konuda bilgilendirmekle yükümlüdür.[117]

Ayrıca, satıcı sözleşme kurulduğu esnada mal üzerinde var olan üçüncü kişi fikri haklarından ve taleplerinden sorumludur, bu nedenle, sözleşme kurulduktan sonra veya sözleşme kurulması ile malın teslimi arasında doğan üçüncü kişi fikri haklarından sorumlu olmaz.

E. Sorumluluk Dışı Haller

a. Alıcının Bilgisi

Madde 42(2) alıcının sorumluluğunun hangi hallerde doğmayacağını açıkça belirtmiştir. Madde 42(2)(a) uyarınca, alıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sınai ve fikri hak ya da talepler söz konusu ise, satıcı

---

114 SCHWENZER, s. 699.

115 KROLL, s. 655; SCHWENZER, s. 697-698.

116 Bknz. KROLL, s. 654; RAUDA/ETIER, s. 48-49.

117 SCHWENZER, s.701-702; RAUDA/ETIER, s. 49.

üzerine mal üzerindeki üçüncü kişi fikri hakları nedeniyle bir sorumluluk doğmayacaktır.

Sözleşmenin İngilizce metninde 'could not have been unaware' şeklinde geçen 'bilmemesinin mümkün olmadığı' ifadesi, satıcının bilgisi için de kullanılmıştır ve burada da yine yorum problemlerine yol açmıştır. Sözleşmenin her iki tarafı için de birebir aynı ifadenin kullanılması her iki tarafın bilgisini tespit için aynı standardın uygulandığı çıkarımının yapılmasına yöneltir.[118] Dolayısıyla bu çıkarım, alıcının da bahsi geçen ülkesel sınırlamalar için bir araştırma yükümlülüğü olduğu anlamına gelir. Ancak literatürde belirtilmiştir ki, uygulamada tarafın mal üzerindeki fikri haklara dair bilgisinin tespiti için uygulanan standart açısından sözleşme tarafları arasında fark gözetilmektedir. Alıcının söz konusu mal üzerindeki bilgisinin kısıtlı olduğu gözetilerek, onun mal üzerindeki fikri haklara ilişkin bir inceleme yükümlülüğü olmadığı iddia edilmiştir.[119]

Bu görüşün aksine, Fransız mahkemelerinde görülen davalarda, alıcının profesyonel kapasitesi içinde üçüncü kişi fikri mülkiyet hakları ihlalini bilmemesinin mümkün olmadığına hükmedilmiştir.[120] Fransa mahkemelerinde görülen *Société Ma... R.A.S. v. S.A. T... Diffusion Cour d'appel Rouen* davasında,[121] İspanyol satıcının ürettiği ayakkabılar Fransız alıcıya satılmış ve Fransa'daki başka bir şirket ayakkabılarda kullanılan düğmeler nedeniyle alıcıya karşı dava açmış ve mahkemeden söz konusu ayakkabıların üretilmesi ve dağıtımının yasaklanaması yönünde bir karar almıştır. Bunun üzerine Fransız alıcı, marka hakkının ihlaline yol açan ayakkabıların sağlayıcısı olan İspanyol satıcıya karşı CISG madde 42'ye dayanarak dava açmıştır. CISG uyarınca görülen davada, mahkeme; alıcının bilgili bir profesyonel (an informed professional) olarak Fransa'da satılan (ayakkabı üzerinde yer alan) düğmelerin tecavüze yol açıcı halini görmezden gelemeyeceğini ve hatta Fransız pazarında korunan hakların varlığından haberdar olması gerektiğini ve tecavüzde kaçınmak için gereken her türlü bilgiyi bildiğini kabul etmiştir.

---

118 SHINN, s. 125; RAUDA/ETIER, s. 56.

119 SCHWENZER, s.702; KROLL, s. 658; JANAL, s. 219.

120 *Cour d'appel de Colmar* (France) 13 November 2002 (PACE); *Cour de Cassation* (France) 19 March 2002 (PACE).

121 *Société Ma... R.A.S. v. S.A. T... Diffusion Cour d'appel Rouen* (France) 17 February 2000 (PACE).

Alıcının da profesyonel kapasitesinin alıcının üçüncü kişi haklarının bildiği ya da farkında olduğu durumları belirlemek için kullanılması satıcı ile aynı standardın uygulanmasına yol açar. Shinn taraflar arasında bilgilerinin var olup olmadığını belirlemek için aynı standardın kullanılması görüşüne katılırken,[122] Fransız mahkemelerin bu katı yorumları birçok yazar tarafından eleştirilmiştir.[123] Kröll tecrübeli alıcılar için bile kendi ülkelerindeki tüm fikri mülkiyet haklarını bildikleri yönünde bir varsayım yapılamayacağı kanaatindedir.'[124]

b. Alıcının Talimatlarına Uygunluk

Madde 42(2)(b), CISG'ın İngilizce metninde 'the right or claim results from the seller's compliance with technical drawings, designs, formulae or other such specifications furnished by the buyer' şeklinde geçmektedir. Türkçe metinde ise 'hak ya da talebin, alıcının, satıcının kullanımına sunduğu teknik çizim, tasarım, veya başkaca veriden kaynaklandığı haller' şeklinde çevrilmiştir. Ancak kanımızca, 'hak ya da talebin, satıcının, alıcı tarafından sağlanan teknik çizim, tasarım veya başkaca veriye uymasından kaynaklandığı haller' olarak anlaşılması gerekmektedir. Maddeye ilişkin şerhler incelendiğinde, (2)(b) kapsamında alıcının satıcıya malın paketlenmesinde, üretiminde ve benzeri hallerde uymasını istediği talimatlardan bahsedildiği görülmektedir. Kanaatimizce 'alıcının, satıcının kullanımına sunduğu' şeklinde yapılan çeviri, alıcının bahsi geçen talimatları şeklinde bir algı yaratmamaktadır.

Alıcının talimatları, detaylı ve spesifik olmalı ve ihlale doğruca yol açan neden olmalıdır.[125] Satıcının, alıcının talimatlarına ihlale yol açmayacak şekilde uymasına imkân sağlayan, satıcının kendi takdir yetkisini uygulayabilmesine imkân tanıyan herhangi bir bilgi ya da dilek, satıcının sorumluluğunu düşürmez.[126]

---

122 SHINN, s. 125. Shinn, fikri mülkiyet haklarını elinde tutan taraf bakımından bir araştırma yükümlülüğü öngörülebilme ihtimalini kabul eder.

123 SCHWENZER, s. 702; BELINE, s. 17. Beline, Fransız mahkemelerinin görüşlerini, 'yüksek seviyede bilgi' çıtası koydukları nedeniyle eleştirmektedir.

124 KROLL, 658; SAIDOV 227.

125 KROLL, s. 658; SCHWENZER, s.703.

126 SCHWENZER, s.703

Satıcının madde kapsamında sorumlu sayılmaması durumu, alıcının verdiği talimatlarının ihlale yol açabileceğine ilişkin bilgisi veya farkındalığından bağımsızdır.[127] Yani, satıcının sorumsuzluğuna Madde 42(2)(b) kapsamında karar verilirken, alıcının verdiği talimatlar nedeniyle fikri mülkiyet ihlaline yol açabileceğine dair bilgisinin olması ya da buna ilişkin farkındalığı dikkate alınmaz. Ancak, bu talimatların zarar verici sonuçlarının farkına varan satıcı, alıcıyı mutlaka bu konuda bilgilendirmelidir.[128]

F. İhbar Külfeti

Madde 42'nin uygulanabilmesi için, alıcı madde 43'e göre 'üçüncü kişinin hakkını ya da talebini öğrendikten veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren, makul bir süre içinde' bu durumu satıcıya bildirmelidir. Madde 43(2)'ye göre, eğer satıcı söz konusu üçüncü kişi hak ya da talebinin mahiyetini biliyorsa, alıcının bildirim yapma külfetini yerine getirmemesi durumuna dayanamaz.

SONUÇ

Teknolojinin bir sonucu olarak maddi mallar ile gayrimaddi mallar arasındaki ilişki giderek artmaktadır. Bunun doğal bir sonucu olarak da mallar ile fikri mülkiyet hakları arasındaki ilişki görünür olmuş, ticaretin ve fikri mülkiyetin birlikte düzenlenmesi ihtiyacı hasıl olmuştur. Günümüzde fikri mülkiyet haklarının transferi, lisansı, rehnedilmesi gibi ekonomik hakların yanında artık yatırım tahkimine bile konu olması bu hakların ticari olarak değerinin boyutunu bir kez daha gözler önüne sermiştir.[129] Dolayısıyla, sadece fikri mülkiyet ürünlerinin tespiti ve korunması değil, ayrıca söz konusu hakların ticari faaliyetlere, satım sözleşmelerine de etkisi dikkatlice ele alınmalıdır.

---

127 Ibid.

128 Ibid 703; Secretariat Commentary, 'Article [42] 37, note 10; ENDERLEIN/MASKOW, s. 170; ENDERLEIN s. 184.

129 BAINBRIDGE David I., **Intellectual Property**, 9th edn, Pearson, 2012, s. 22. GERVAIS Daniel, 'Intellectual Property: A Beacon for Reform of Investor-State Dispute Settlement', **Mich. J. Int'l L**., S 40, 2018, 289-325; YU Peter K, 'The investment-related aspects of intellectual property rights', **Am. UL Rev**,S 66-3, 2016, ss. 829-910;ÜSTÜN YILDIZ Esra, 'The Development of International Investment Dispute Settlement Systems' **Akademik Hassasiyetler** , S 6-11, 299-314.

Makalemizde de ortaya koymaya çalıştığımız gerçekleşmiş ve tekrarlanması muhtemel fikri mülkiyet problemleri nedeniyle, uluslararası ticari faaliyetleri kapsamında bir malın alıcısının üçüncü kişilerin fikri mülkiyet hakkı ihlaline ilişkin talepleri karşısında özel olarak düzenlenmiş kurallar ile korunması ticari güvenlik ve güvenirlik açısından önem arz etmektedir. Bu kapsamda bugün doksan iki ülke tarafından imzalanan CISG madde 42'nin yol gösterici olduğu kanaatindeyiz.[130] CISG uluslararası ticaretin kapsamını ve sınırlarını göz önüne alarak, satıcının sorumluluğuna belirli sınırlar getirmiştir. Fikri mülkiyetin ülkeselliği nedeniyle doğabilecek üçüncü kişi fikri mülkiyet haklarının dünya genelinde öngörebilmek hayli zordur. Bu nedenle, sözleşme taraflarının çıkarları arasında bir denge sağlayabilmek için satıcının sorumluluğu çeşitli koşullarla sınırlandırılmıştır. Her ne kadar maddenin kendi içerisinde lafzından da kaynaklanan problemler bulunsa da ticari hayatın gereklerini düşünmesi ve özel olarak fikri haklara ilişkin sorunları ele alması nedeniyle önemli bir maddedir.[131]

---

130 Bknz. <https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status> (Erişim Tarihi: 10.10.2019)

131 Türk hukukunda fikri mülkiyet haklarının ihlali nedeniyle doğabilecek problemlerde alıcılar TBK m. 214 ve devamındaki zapta karşı tekeffül hükümlerine başvurabilir. TBK m. 214(1) satıcının sorumluluğunu 'satış sözleşmesi kurulması esnasında var olan bir hak' ile sınırlamıştır. CISG m 42'de ise sorumluluk 'sözleşmenin akdedilmesi sırasında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı hak'lar bakımından getirilmiştir. Her ne kadar CISG kapsamında sorumluluğun doğduğu an malın teslim edildiği an olsa da sözleşme kurulması ile malların teslimi arasında geçen sürede ortaya çıkan haklar bakımından satıcının sorumluluğuna gidilmeyecektir. TBK m. 215'e göre 'alıcı kendisine karşı açılan davayı satıcıya bildirdiği zaman satıcı, durumun gereğine göre ve yargılama usulü' uyarınca ya alıcının yanında davaya katılmak ya da alıcı yerine geçerek üçüncü kişiye karşı davayı takip etmek ve savunmak zorundadır' denilmiştir. Bu hüküm, yukarıda CISG m. 42 altındaki hak ve taleplere ilişkin olarak bahsettiğimiz Sekreterya Şerhinde belirtilen görüş ile uygundur. Sekretreya Şerhi, satıcının talepleri araştırma ve alıcıyı taleplerin mahiyeti konusunda tatmin etme yüküne katlanması gerektiğini ileri sürmüştür. TBK m 216'da alıcı mahkeme kararı olmaksızın elindeki malı üçüncü kişiye verdiğinde, satıcının ancak 'alıcının satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü' olduğunu ispat etmesi durumunda' sorumlu olacaktır. Öte yandan, CISG m. 42 lafzında iddialar kelimesini de barındırdığı için daha ispat edilmemiş haklar için dahi satıcının sorumluluğuna gitmenin mümkün olduğu belirtilmiştir. TBK m.217'de tam zaptın varlığı halinde satış sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği hükme bağlanmıştır. CISG kapsamında, alıcının başvurabileceği kanun yolları m. 45'te sayılmış ve buna göre alıcı m. 46 ila m. 52 arasında belirtilen yollar ile m. 74 ila m. 77 arasında belirtilen tazminatları isteme hakkına sahiptir. Ancak, belirtmek gerekir ki; CISG sisteminde sözleşmenin feshi başvurulacak en son yoldur ve fesih çok sıkı şartlara tabi tutulmuştur. CISG m. 42 kapsamında satıcının yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı alıcı, m .46 altındaki aynen ifayı, m. 47'deki satıcıya ifa etmesi için makul uzunlukta ek süre verilmesini, şartların varlığı halinde m. 49'daki feshi ve m. 74 ila m. 77 arasında belirtilen tazminatları talep edebilir.

KAYNAKÇA

AYDINCIK Şirin, **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, Arıkan, İstanbul, 2006.

BAINBRIDGE David I., **Intellectual Property**, 9th edn, Pearson, 2012.

BELINE Thomas M., 'Legal Defect Protected by Article 42 of the CISG: A Wolf in Sheep's Clothing' **University of Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy**, S. 7, 2007, ss. 1-28.

BOZBEL Savaş, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015. OECD/EUIPO (2016).

ÇOLAK Uğur, **Türk Marka Hukuku**, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

DATE-BAH Samuel K., 'Article 42' BIANCA CM/BONELL MJ Bonell (eds) **Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention** Giuffrè, Milano, 1987.

ENDERLEIN Fritz, 'Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods' SARCEVIC Petar/ VOLKEN Paul (eds) **International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures,** Oceana, New York, 1996.

ENDERLEIN Fritz/MASKOW Dietrich, **International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods,** Oceana, New York, 1992.

FELEMEGAS John, The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation, Yayınlanmış Doktora Tezi, Nottingham, University of Nottingham, 2000.

FOGT Morten M., 'The Knowledge Test Under the CISG- A Global Threefold Distinction of Negligence, Gross Negligence and *De Facto* Knowledge', **JL & Com**, S 34-1, 2015, ss 23-100.

GERVAIS Daniel, 'Intellectual Property: A Beacon for Reform of Investor-State Dispute Settlement', **Mich. J. Int'l L**., S 40, 2018, 289-325.

GÜNEŞ İlhami, **Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku,** Seçkin, Ankara, 2017.

HONNOLD John O., **Documentary History of the Uniform Law for International Sale***,* Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1989.

HONNOLD John O., **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention,** 3rd ed, Wolters Kluwer Law and Business, Hague, 1999.

HUBER Peter/MULLIS Alastair, **The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners** Sellier European Publishers,Münih 2007.

JANAL Ruth M, 'The seller's Responsibility for Third Party Intellectual Property Rights Under the Vienna Sales Convention' ANDERSEN CB/ SCHROETER UG (eds) **Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday**, (Wildy, Simmonds & Hill Publishing, Londra, 2008.

KART Aslıhan, **Marka Hakkına Tecavüz Suçları,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

KILIÇOĞLU Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, 2. Bası, Turhan Ankara, 2013.

KIYAN Mert, Marka Hukukunda Ülkesellik Prensibi, Uzmanlık Tezi, Ankara, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, 2015.

KİRAZ Şerife Esra, 'Mal Üzerindeki Üçüncü Kişilere Ait Fikri Mülkiyet Haklarının İngiliz Satım Hukuku Işığında Değerlendirilmesi' **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (Yayınlandığı Tarihte:**Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**), S.21(1), 2017, ss. 21-38.

KROLL Stefan, 'Article 42' KROLL Stefan/MISTELIS Loukas/ DEL PİLAR PERALES VİSCASİLLAS_Maria (eds) **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**, Hart, Oxford, 2011.

METZGER Axel,' Seller's Liability for Defects in Title According to Articles 41 and 42 of the CISG' SCHWENZER Igneborg/ATAMER Yesim/BUTLER Butler (eds) **Current Issues in the CISG and Arbitration,** Eleven International Publishing, Hague, 2014.

MOUFANG Rainer, 'The Extraterritorial Reach of Patent Law' in Wolrad Prinz zu Waldeck und Pyrmont and others (eds) **Patents and Technological Progress in a Globalized World Liber Amicorum Joseph Straus**, Springer, Berlin, 2009, ss. 601-619.

PEKMEZ Cüneyt, 'Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları', **TAAD,** S 20, 2015, ss 523-565.

POSNER Richard A., **Economic Analysis of Law**, 5th Ed, Aspen, New York, 1998.

RAUDA Christian/ETIER Guillaume, 'Warranty for Intellectual Property Rights in

the International Sale of Goods' **Vindobona J. Intl'L Com. L. & Arb**., S. 4, 2000, 30.

SCHLECHTRIEM Peter, 'The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods' GALSTON Nina M./SMIT Hans (eds.) **International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods,** Matthew Bender, New York, 1984, 6-30.

SCHLECHTRIEM Peter, **Uniform Sales Law- The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods** Manz, 1986, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html> (Erişim Tarihi 03.10.2919).

SCHLECHTRIEM Peter/ BUTLER Petra, **UN Law on international sales: The UN Convention on the International Sale of Goods**, Springer, Berlin, 2009.

SCHNEİDER Marius/VRINS Olivier, **Enforcement of Intellectual Property Rights Through Border Measures Law and Practice in the EU,** Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2006.

SCHWENZER Ingeborg, 'Article 41', SCHWENZER Ingeborg (eds) **Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, 4th Ed, OUP, Oxford, 2016.

SCHWENZER Ingeborg, 'Article 42', SCHWENZER Ingeborg (eds) **Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, 4th Ed, OUP, Oxford, 2016.

SCHWERHA IV Joseph J., 'Warranties against Infringement in the Sale of Goods: A Comparison of U.C.C. § 2-312(3) and Article 42 of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods', **Michigan J. Int'l L**, S 16-2, 1995, ss. 441-483.

SHINN Jr. Allen M., 'Liabilities under Article 42 of the UN Convention on the International Sale of Goods', **Minn. J. Global Trade**, S 2, 1993, s. 115.

SMYTHE Donald J., 'Clearing the Clouds on the CISG's Warranty of Title', **Nw. J. Int'l L. & Bus.** S 36-3, 2016, ss. 509-545, s. 513.

SULUK Cahit, KARASU Rauf, NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2018.

SULUK Cahit/ORHAN Ali, **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt III Tasarımlar**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2008.

TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Terrel on the Law of Patents 18th Ed, Sweet and Maxwell, Londra, 2017.

The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: New Zealand's Proposed Acceptance (1992) <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/articles/newz2.html> (Erişim Tarihi; 05.10.2019.

TOPÇU Deniz, **Patent Lisans Sözleşmeleri,** 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.

ÜSTÜN YILDIZ Esra, 'The Development of International Investment Dispute Settlement Systems' **Akademik Hassasiyetler**, S 6-11, 299-314.

VANDUZER Anthony, 'A Seller's Responsibility for Third-party Intellectual Property Claims: Are the UN Sales Convention Rules Better?', Canadian International Lawyer, S 4, 2001, s. 187.

YILDIRIM M. Fadıl, 'Satıcının Zapta Karşı Tekeffül Sorumluluğu Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunun'nun 216. Maddesi Nasıl Okunmalıdır?' **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (Yayınlandığı Tarihte: **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**)**,** S 17, 2013, ss 1049-1059.

YU Peter K, 'The investment-related aspects of intellectual property rights', **Am. UL Rev**,S 66-3, 2016, ss. 829-910.

World Intellectual Property Report 2017 Intangible Capital in Global Value Chains (World Intellectual Property Organization, 2017) <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_944_2017.pdf> (Erişim Tarihi: 15.09. 2019).

Enquires into Intellectual Property's Economic Impact (OECD, 2015) <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/KBC2-IP.Final.pdf> (Erişim Tarihi: 15.09. 2019).

The Economics and Statistic Administration and The United States Patent and Trademark Office, 'Intellectual Property and the U.S. Economy: 2016 Update' <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/IPandtheUSEconomySept2016.pdf> (Erişim Tarihi: 17.09. 2019).

Trade in Counterfeit and Pirated Goods: Mapping the Economic Impact (OECD Publishing, 2016).

Frontier Economics, 'The Economic Impacts Of Counterfeiting and Piracy' (Commission Report International Chamber of Commerce, Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy (BASCAP) and International Tra-

demark Association (INTA), 2017 <https://www.inta.org/Communications/Documents/2017_Frontier_Report.pdf> (Erişim Tarihi: 28.09. 2019).

WIPO, Advisory Committee on Enforcement, (Geneva, 2011) <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/en/wipo_ace_7/wipo_ace_7_5.pdf> (Erişim Tarihi: 28.09. 2019).

Report on EU Customs Enforcement of Intellectual Property Rights Results at the EU Border 2016 (European Commission, 2017) <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/report_on_eu_customs_enforcement_of_ipr_at_the_border_2017.pdf> (Erişim Tarihi: 28.09.2019).

2017 Situation Report on Counterfeiting and Piracy on the European Union (EUROPOL and EUIPO, 2017).

LE DÉLAI ABSOLU DE PRÉSCRIPTION DANS LA RÉSPONSABILITÉ DÉLICTUELLE EN DROIT TURC ET LE DROIT DE L'ACCÈS EFFECTIF AU TRIBUNAL

Dr. Barış DEMİRSATAN*

Résumé: En principe, le délai de prescription commence à courir à l'échéance de la créance. Lorsque le délai de prescription commence exceptionnellement avant que la créance naisse ou ne devienne due, la créance pourrait déjà être prescrite dès son exécution. Dans de tels cas, le droit du créancier à l'accès effectif au tribunal peut être violé. Comme le droit à l'accès effectif à la justice étant garanti par la Constitution et par la Convention européenne des droits de l'homme, est incorporée dans le droit turc, ce droit fondamental doit être déterminant pour l'application et l'interprétation de toute disposition concernant le délai de prescription. Ainsi, le délai de prescription pour les créances indemnitaires doit commencer avec l'apparition du dommage qui déclenche l'émergence de cette créance. À cet égard, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le délai de prescription des demandes de droit privé et de droit public fournit des lignes directrices. L'affaire Moor, qui traite du délai de prescription d'une demande de droit privé en droit suisse, mérite d'être analysée au regard du droit turc.

Mots-clés : Prescription, Droit de l'accès effectif au tribunal, Effet du temps sur les droits, Interprétation conformément à la constitution, Commencement du délai de prescription

* Makale Gönderim Tarihi: 17.09.2019. Makale Kabul Tarihi: 30.09.2019.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-0228-5236; *baris.demirsatan@istanbul.edu.tr*).

THE ABSOLUTE PERIOD OF LIMITATION REGARDING TORT LIABILITY UNDER TURKISH LAW AND THE RIGHT TO EFFECTIVE ACCESS TO THE COURT

Abstract: In principle, the limitation period commences when the claim becomes due. Where the limitation period commences exceptionally before the claim emerges or becomes due, the claim may already be prescribed from its incurrence. In such cases, the creditor's right to effective access to the court may be infringed. Since the right to effective access to the court is granted by the Constitution and the European Convention of Human Right which has been incorporated into Turkish law, such fundamental right must be determinant in application and interpretation of any provision concerning limitation period. Thus, the limitation period for indemnity claims must commence with occurrence of the damage which triggers incurrence of such claim. In this respect, the European Court of Human Rights' jurisprudence on limitation period for private and public law claims provides guideline. The case Moor which deals with the limitation period for a private law claim in Swiss law is worth to be analysed in terms of Turkish law.

Keywords: Limitation period, Right to effective access to the court, Effect of the lapse of time on rights, Interpretation in accordance with the constitution, Commencement of the limitation period

TÜRK HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN MUTLAK ZAMANAŞIMI SÜRESİ VE MAHKEMEYE ETKİN ERİŞİM HAKKI

Öz: Zamanaşımı süresinin başlangıcı genel kural göre alacağın muacceliyetiyle koşuttur. Bununla birlikte istisnai olarak zamanaşımının alacağın doğumu veya muacceliyetinden önce başlaması halinde, alacağın doğumu anında zamanaşımına uğramış olma olasılığı söz konusudur. Böyle durumlarda, alacak hakkı sahibinin mahkemeye etkin erişim hakkı ihlal edilmiş olabilir. Mahkemeye etkin erişim hakkı, Anayasa ve Türk hukukunun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından tanınan bir hak olduğu için zamanaşımına ilişkin kanun hükümlerinin yorumlanmasında belirleyici olmalıdır. Bu nedenle tazminat alacakları için zamanaşımı, zararın ve bu itibarla tazminat alacağının doğumu ile başlamak gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin

özel hukuk ve idare hukukuna verdiği ilişkin kararlar bu bağlamda yol göstericidir. İsviçre hukukunda özel hukuk zamanaşımına ilişkin verilen Moor kararı Türk hukuku için de özel bir önem taşımaktadır.

Anahtar Sözcükler: Zamanaşımı, Mahkemeye Etkin Erişim Hakkı, Zamanın Haklar Üzerindeki Etkisi, Anayasaya Uygun Yorum, Zamanaşımının Başlangıcı

ABREVIATIONS

AJP : Aktuelle Juristische Praxis / Pratique juridique actuelle
Art. : Article
ATF : Arrêts du Tribunal Fédéral
AYM. : Cour constitutionnelle turque
BGB : Code civil allemand
CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
Convention : Convention européenne des droits de l'homme
COtr : Code des obligations turc
COss : Code des obligations suisse
HD. : Chambre Civile
HGK. : Assemblée générale civile
İBK : Décision de l'unification de jurisprudence
JdT : Journal des Tribunaux
N. : Numéro
n. : Note
p. : Page
p.ex. : Par exemple
ss : Et suivant(e)s
T. : Tome
TF : Tribunal Fédéral
V. : Voir
Yarg. : Cour de cassation turque

INTRODUCTION

D'après le Code des obligations turc (« COtr »), en matière de la responsabilité délictuelle, deux distincts délais de prescription courtent. Plus précisément, l'indemnité provenant d'un acte illicite est soumise à deux différents délais de prescription : l'un absolu, l'autre relatif. Puisque le délai absolu expire à la fin de dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit, le lésé se risque de perdre la possibilité d'obtenir l'indemnité sans pouvoir l'exiger devant un juge. Ceci mérite d'être questionné du point de vue les droits de l'homme, plus précisément vue le droit de l'accès effectif au tribunal. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme (« CEDH ») a mis en cause la conventionalité du point de départ des délais de prescription du code des obligations suisse, sur lequel le COtr est basé. L'affaire Howald Moor et Autres c. Suisse (Arret Moor)[1] et l'affaire Eşim c. Turquie[2] énoncent des principes importants sur la problématique. Les dispositions du COtr concernant le délai absolu et la jurisprudence en matière délictuelle seront examinés à la lumière de lesdits arrêts.

I. LA PRESCRIPTION EN GENERALE

Les effets du temps sur les droits se varient. En effet, par principe, cet effet est négatif sur le sort des droits. C'est l'étendue de la négativité qui se varie. L'existence du droit, elle-même, peut être limitée à l'écoulement d'un certain délai. Une fois que le délai est écoulé, le droit est absolument et irrésistiblement périt[3]. S'il s'agit d'un délai péremptoire, le titulaire du droit doit se prévaloir son droit dans un certain délai de péremption afin de le ne pas perdre. Avec l'écoulement du temps, l'inaction du titulaire du droit met absolument et irrésistiblement fin au droit[4]. Également, l'écoulement du

---

1 CEDH-2eme Section, 52067/10 et 41072/11, 11 mars 2014

2 CEDH-2eme Section, 59601/09, 17 septembre 2013

3 FEYZIOĞLU Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, T. II, İstanbul, 1977, p. 525 ; TUNÇOMAG Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1976, p. 1239 ; OGUZMAN Kemal/BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, İstanbul, 2018, N. 795 ; MEDICUS Dieter/PETERSEN Jens, **Allgemeiner Teil des BGB**, Heidelberg, 2016, N. 99

4 FEYZIOGLU, p. 521 ; KILIÇOGLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2018, p. 1102 ; ENGEL Pierre, **Traité des obligations en droit suisse**, Berne, 1997, p. 798 ; SCHWENZER Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Bern, 2016, N. 83.04 ; PICHONNAZ Pascal, **Commentaire Romand Code des Obligations I**, Basel, 2012, Art. 127 CO, N. 7 ; TUNÇOMAG, p. 1236 ; OGUZMAN/BARLAS, N. 796.

temps, avec la confiance suscité par le titulaire sur le fait que le droit ne sera pas exercé, peut aboutit à la déchéance du droit (*Verwirkung*) conformément à l'article 2 de Code Civil turc (l'interdiction de l'abus du droit)[5]. Comme le droit en question est péri dans tous susmentionnés cas, l'écoulement du temps constitue une objection (*Einwandung*)[6].

Le temps a une dernière manière d'influer un droit : C'est la prescription. Lorsque le titulaire du droit (c'est-à-dire le créancier) n'exerce pas son droit sans que la prescription soit interrompue ou empêchée, le droit se prescrit par l'écoulement un certain délai de prescription. L'exception de prescription est ainsi née au profit du débiteur[7]. Dans le cadre de prescription, le droit (*Forderung*) n'éteint pas du tout[8]. Au contraire, un droit d'exception qui octroi au débiteur la possibilité de paralyser l'exigibilité de la créance (*Anspruch*) surgit[9]. Autrement dit, une fois que la prescription se court, le débiteur obtient le pouvoir de se décider sur l'exigibilité du droit. Comme le caractère absolu des droits réels et l'unilatéralité des droits formateurs contrediraient une telle exception, il est évident que la prescription est par principe propre aux créances[10].

---

5 MEDICUS/PETERSEN, N. 137 ; PAWLOWSKI Hans-Martin, **Allgemeiner Teil des BGB**, Heidelberg, 2003, N. 333 ; WOLF Manfred/NEUNER Jörg, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, München, 2016, §20 N. 89 ss

6 NOMER Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2018, N. 211 ; TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELIOĞLU H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2016, N. 1593 ; HUGUENIN Claire, **Obligationenrecht**, Zürich, 2014, N. 2222 ; **CR-**PICHONNAZ, Art. 127 CO, N. 8 ; İMRE Zahit, **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul, 1980, p. 274 ; WOLF/NEUNER, §22 N. 6

7 HATEMI Hüseyin/GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, 2017, §35 N. 2

8 NOMER, N. 211.3 ; TUNÇOMAG, p. 1233. Autrement dit, la créance est perpétuelle : TERCIER/PICHONNAZ/DEVELIOGLU, N. 1545

9 VON TUHR Andreas/ESCHER Arnold, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II**, Zürich, 1984, §80 I, p. 211 ; **CR-**PICHONNAZ, Art. 127 CO, N. 49 ; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2018, p. 1312 ; ENGEL, p. 823 ; SCHWENZER, N. 85.01 ; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELIOGLU, N. 1546 ; PAKSOY M. Sermin, **Zamanaşımından Feragat**, İstanbul, 2012, p. 34-35. Cf. TANDOGAN Haluk, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, İstanbul, 2010, p. 355-356 ; FEYZIOGLU, p. 520 ; İNAN Ali Naim/YÜCEL Özge, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2014, p. 647, İMRE, p. 273 ; d'après les auteurs l'*Anspruch* est éteint, le *Forderung* persiste.

10 OGUZMAN/BARLAS, N. 798 ; HATEMI/GÖKYAYLA, §35 N. 4; NOMER, N. 211 ; KILIÇOGLU, p. 1105 ; EREN, p. 1313 ; GAUCH Peter/SCHLUEP Walter/EMMENEGGER

Quels que soient la nature et l'étendu des effets, l'écoulement du temps, soit directement soit indirectement, privent le titulaire d'exercer son droit. Cet effet du temps prévient une perpétuelle menace d'exercice du droit et constitue d'une certaine façon une sanction au titulaire inactif du droit. Puisqu'il s'agit d'une éventuelle perte du droit, il faut établir un équilibre d'intérêt entre le titulaire et l'assujetti du droit.

II. LA PRESCRIPTION EN MATIERE DE LA RESPONSABILITE DELICTUELLE

1. EN GENERAL

L'article 146 du COtr est la provision générale pour la prescription. D'après cet article, toute créance se prescrit par dix ans dès l'exigibilité (*Fälligkeit*). Néanmoins l'article n'applique généralement qu'aux créances contractuelles ou *ex lege*, il existe plusieurs dérogations statutaires à l'article 146 en ce qui concerne certain contrats, créances ou sources des obligations[11]. Pour les créances résultantes d'un acte illicites, comme celles d'un enrichissement illégitime, le COtr prévoit un spécial régime de prescription. Il s'agit d'une grande divergence entre le régime général et délictuel.

Selon le régime général, la prescription se met à courir quand une négative et deux positives conditions préalables se réalisent cumulativement[12]. La première condition, c'est l'existence de la créance (*Fordernung*) ; la deuxième, l'exigibilité de la créance existante (l'existence de « *Anspruch* »[13]) et

---

Susan, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II**, Zürich, 2008, N. 3270 et 3272 ; SCHWENZER, N. 83.02 ; BUCHER Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, Zürich, 1988, p. 453 ; **CR-**PICHONNAZ, Art. 127 CO, N. 9-10; **ZK-**BERTI, Art. 127 OR, N. 3 ss

11 NOMER, N. 212.3 et 212.7. La faute du débiteur peut aussi influer le délai de prescription (p.ex. : Art. 478 du COtr/Art. 371 du COss), donc un tel régime de prescription n'est pas étranger au droit turc et ne peut pas être critiqué de ce point de vue (Pour une approche critique : GÖRGEÇ Başak, « Devletin Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Sorumluluğu, Rücu Hakkı ve Tabi Olduğu Zamanaşımı », **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 22/3-2016 (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan), p. 1218

12 Pour les conditions positives, il incombe au débiteur de prouver. En revanche pour la condition négative, il incombe au créancier de prouver : **BK-**BECKER Hermann, **Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch Obligationenrecht**, Bern, 1945, Art. 127 OR, N. 6

13 Pour la distinction entre *Forderung* et *Anspruch* v. : OGUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, **Borç-**

la dernière, l'absence d'un raison d'empêchement de la prescription. Il existe un seul délai de prescription. Par contre, dans la responsabilité délictuelle[14], il y a deux différents délais de prescription, dont point de départs se varient : le délai relatif et absolu. De plus, lorsque l'acte illicite est en même temps un crime ou délit, il se peut qu'un délai extraordinaire de prescription soit appliqué. L'écoulement du délai relatif ou absolu est suffisant pour que la prescription soit acquise[15].

2. LE DELAI RELATIF DE PRESCRIPTION

D'après l'article 72/I du COtr, une créance provenant d'un acte illicite se prescrit par deux ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne qui en est l'responsable[16]. Comme le commencement du délai de prescription n'est pas lié à un fait stable, au

---

lar Hukuku Genel Hükümler, T. I, İstanbul, 2015, N. 50 ; VON TUHR Andreas/PETER Hans, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I**, Zürich, 1984, §2 VI, p. 15 ss ; OGUZMAN/BARLAS, N. 975 ; DURAL Mustafa/SARI Suat, **Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, 2015, p. 258 ; KAYIHAN Şaban/ÜNLÜTEPE Mustafa, **Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri**, Ankara, 2016, p. 395. Cf. KOCAYUSUFPASAOGLU Necip, **Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme**, İstanbul, 2014, §4 N. 7 ss ; Dans le sens inverse : PAWLOWSKI, N. 328-329 ; WOLF/NEUNER, §20 N. 27. Cf. pour le droit de l'indemnisation : **ZK-**BERTI, Art. 127 OR, N. 17

14 Les quasi-délits sont aussi soumis au régime de prescription relatif aux actes illicites : ATAAY Aytekin, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi Birinci Yarım**, İstanbul, 1981, p. 303 ; OSER Hugo/SCHÖNENBERGER Wilhelm, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht Erster Halbband : Art. 1-183**, Zürich, 1929, Art. 60 OR, N. 5 ; VON TUHR/PETER, §48, III, p. 437 ; TUNÇOMAG, p. 521

15 ANTALYA O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, T. II, İstanbul, 2015, p. 502; **BK**-BREHM Ronald, **Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht**, Bern, 2013, Art. 60, N. 216 ; BUCHER, p. 460-461 ; **CHK-**MÜLLER, Art. 60 OR, N. 25 ; BASPINAR Veysel/ALTUNKAYA Mehmet, «Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi », **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 2008/57-1, p. 108 ; TUNÇOMAĞ, p. 524 ; NARTER Sami, « Haksız Fiillerde Zamanaşımı ve Bedensel Zararlarda Zamanaşımının Başlangıcı Sorunu », **Terazi Hukuk Dergisi** (Septembre 2015/10-109), p. 25

16 ATAAY, p. 304 ; OĞUZMAN/ÖZ, T. II, N. 216 ; un délai de prescription d'un ou deux ans qui court à partir du moment où le créancier est conscient de sa créance ne pose pas de problème du point vue de l'accès effectif au tribunal : ZIMMERMANN Reinhard, **Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription**, Cambridge, 2004, p. 79-80

contraire, il est lié à la seule connaissance du créancier, ce délai de prescription est qualifié comme « relatif ». Bien évidemment, le lésé ne pourrait pas toujours être conscient du dommage ou du responsable. Alors, le délai relatif de prescription se commence à courir probablement bien après la naissance et l'exigibilité de la créance en relation avec la responsabilité délictuelle. En revanche, ce délai de prescription est prévu plus court par rapport au régime général et au délai absolu de prescription, du fait que l'on peut attendre du lésé informé intenter rapidement une action contre le responsable.

Comme l'on a déjà souligné, il existe deux faits cumulatifs qui déclenchent le commencement du délai relatif de prescription[17]. Le premier fait, c'est que le lésé apprenne l'identité du responsable[18] suffısamment à intenter une action ou une poursuite[19]. Donc une information très détaillée n'est pas requise. Dans ce contexte, il faut faire une interprétation en accord avec l'article 152/II du COtr. Une information qui peut servir à interrompre la prescription est suffisante pour que le délai relatif de prescription coure. Il faut donc arriver à une conclusion à partir des principes du droit procédural. Surtout, l'adresse du responsable n'est pas indispensable. Bien que cela soit l'un des composants de la demande (requête) (Code de procédure civile turc art. 119/1a)[20], la jurisprudence et la doctrine turque admettent qu'il incombe au juge d'investiguer l'adresse du défendeur et en cas d'échec, de se recourir à l'avis donné par voie de publication en tant que le moyen de notification *ultima ratio*. Cependant il faut faire valoir que la possibilité de déposer une requête abstrait ne suffit pas pour le commencement de ladite prescription.

---

17 ERDEM Mehmet, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, İstanbul, 2010, p. 172 ; DEVELIOĞLU H. Murat, «Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerinin Tâbi Olduğu Bir Yıllık Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı», **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, T. I, İstanbul, 2010, p. 789

18 Si le lésé s'abstient de connaitre le dommage et la responsable l'article 149/II est *mutatis mutandis* appliqué : ERDEM, s. 178 ; **BK-**BREHM, Art. 60 OR, N. 59a et 60. Pourtant l'inconnaissance involontaire ne déclenche pas l'écoulement du délai : ERDEM, p. 174 ; **BK-**BREHM, Art. 60 OR, N. 59 ss; JdT 1984 I 314

19 ERDEM, p. 174 ; WERRO Franz, **Commentaire Romand Code des Obligations I**, Basel, 2012, Art. 60 CO, N. 22

20 Comme le system MERNIS fournit au tribunal l'adresse d'un citoyen turc à partir du numéro de l'identification, l'absence de l'adresse n'est pas une irrégularité procédurale essentielle, le numéro d'identification du défendeur est donné. PEKCANITEZ Hakan, **Pekcanıtez Usul-Medeni Usul Hukuku**, T. II, İstanbul, 2017, p. 1122

L'on a besoin que des preuves qui motivent l'action ou la poursuite soient obtenues[21].

Le deuxième fait, c'est que le lésé apprenne l'occurrence du dommage[22]. L'action pour créance imprécise est permise en droit turque ; l'article 50 du COtr confirme également l'obscurité de la totalité du dommage n'empêche point de la possibilité d'intenter une action de la part du lésé[23]. Donc la reconnaissance sur l'étendu et la totalité exactes du dommage ne font partie des conditions pour le commencement du délai relatif de prescription. Pourtant, tant que le dommage persiste à se produire[24], il est impossible de conclure que le délai relatif de prescription court[25]. Le dommage est réputé inconnaissable sans avoir lieu tous ses résultats[26]. Cela est une répercussion du principe de l'unité du dommage[27].

---

21 **CR-**WERRO, Art. 60 CO, N. 17 ; OĞUZMAN/ÖZ, T, II, N. 218 ; ANTALYA, T. II, p. 503 ; HUGUENIN, N. 2240 ; KILIÇOĞLU, p. 624 ; DEVELIOĞLU, s. 805 ; ERDEM, s. 176; FEYZIOĞLU, T. I, s. 710; VON TUHR/PETER, s. 438-439; **BK-**BREHM, Art. 60 OR, N. 27-29; **BSK**-DÄPPEN Robert K., **Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR**, Basel, 2007, Art. 60 OR, N. 7-8; **ZK-**OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 60 OR, N. 13; SCHWANDER Werner, **Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadensersatz-forderungen**, Winterthur 1963, p. 21; ATF 134 III 390; ATF 126 III 163; Yarg. HGK., 6.12.2006, 7-764/722 (Lexpera); BAŞPINAR/ALTUNKAYA, p. 104. Autrement dit l'on doit être conscient de l'existence, de nature et des éléments du dommage : ENGEL, p. 575 ; GUHL Theo/KOLLER Alfred, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, Zürich, 2000, §24 N. 54 ; **ZK-**BERTI, Art. 130 OR, N. 67

22 Les faits qui sont à l'origine du dommage devraient faire partie de la connaissance : DEVELIOGLU, p. 803 ; **ZK-**OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 60 OR, N. 12. Le principe, c'est que le délai relatif ne court pas avant le lésé obtienne la connaissance suffisante pour intenter un procès avec succès. Donc les preuves devraient aussi à la disposition du lésé : **ZK-**OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 60 OR, N. 13

23 **CR-**WERRO, Art. 60 CO, N. 18 ; TANDOGAN, p. 356 ; ATAAY, p. 304-305 ; Dans le même sens : GUHL/KOLLER, §24 N. 54 ; VON TUHR/PETER, §48, III, p. 438 ; Cf. Yarg. HGK., 16.3.2016, 4-896/332 : d'après l'arrêt, la somme exacte du dommage est requise.

24 BASPINAR/ALTUNKAYA, s. 105

25 OGUZMAN/ÖZ, T. II, N. 220 ; KILIÇOGLU, p. 624 ; EREN, p. 856 ; **CHK-**MÜLLER Christof, **Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Zürich, 2016, Art. 60 OR, N. 14 ; Dans le sens inverse: TANDOGAN, p. 357

26 Cf. ERDEM, p. 181 ; Yarg. 21. HD., 2.4.2002, 2339/2758 (Lexpera)

27 EREN, p. 856 ; ANTALYA, T. II, p. 504-505 ; Sur l'unité du dommage : GÜL İbrahim, «Zararın Birliği İlkesinin Tazminatın Hesaplanmasına Etkisi Bakımından Bir Yargıtay Kararının İncelenmesi», **Ankara Barosu Dergisi**, 2018/4, p. 150-154

3. LA DELAI ABSOLU DE PRESCRIPTION

Le fait que le commencement du délai relatif soit lié à la seule connaissance du créancier mettrait en péril fondamentalement les intérêts légitimes du responsable. C'est pourquoi le relatif délai de prescription se restreint par le délai absolu de prescription. La prescription est aussi acquise lorsque le délai absolu est écoulé même si le délai relatif de prescription n'est écoulé pas encore.

L'art 72/I du COtr dispose que « *L'action en dommages-intérêts se prescrit […], et, dans tous les cas, par dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit*. ». D'après le texte[28] de la disposition, pour le commencement du délai absolu de prescription, la commission du fait dommageable, qui fait partie des composantes d'un acte illicite, est suffisante. L'acte illicite se produit lorsque ces conditions sont réunies : (i) le fait dommageable (ii) le dommage (iii) lien de causalité adéquate (iv) illicéité (v) lien d'illicéité (vi) chef de responsabilité (faute ou responsabilité non-fautive)[29]. En d'autres termes, le terme « acte illicite » n'est équivalent du terme « *fait dommageable* »[30].

Par conséquent, le texte de l'article 72/I du COtr impose que le délai absolu de prescription ne commence qu'à se courir à la suite de la commission du fait dommageable sans que les autres conditions de l'acte illicite soient réunies. La doctrine majoritaire turco-suisse et la jurisprudence suisse partagent du même avis[31].

---

28 Le texte allemand du Code des Obligations suisse le confirme : "*der schädigenden Handlung*"

29 TEKINAY S. Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993, p. 476-477. Cf. EREN, p. 540 ; OĞUZMAN/ÖZ, T. II, N. 37

30 D'après le motif de l'article 72 du COtr, le fait dommageable doit être compris l'acte illicite. Donc d'après le motif, le délai absolu de prescription ne court pas sans l'émergence du dommage. Dans le même sens : PIOTET, p. 166 ; AKKAYAN YILDIRIM Ayça, «Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi», **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** (2016/74-1), p. 192

31 VON TUHR/PETER, §48, III, p. 439 ; OGUZMAN/ÖZ, T. II, N. 229 ; NOMER, N. 137.1; ANTALYA, T. II, p. 509 ; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELIOGLU, N. 1912 ; ERDEM, p. 185; TEKINAY/AKMAN/BURCUOGLU/ALTOP, p. 720; KILIÇOGLU, p. 1109 ; EREN, p. 858 ; HUGUENIN, N. 2243 ; HAVUTÇU Ayşe, «Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı», **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**

4. LE DELAI EXTRAORDINAIRE DE PRESCRIPTION

Le législateur approuve que la créance résultante d'un acte illicite ne se prescrive pas à mesure que l'acte illicite constitue également un crime ou délit et l'infraction soit punissable dans l'aspect du temps[32]. Autrement dit l'on vise à harmoniser la prescription pénale et civile. Dans un tel cas, le délai de prescription pénale remplace le délai relatif de prescription civile qui est plus court[33] ; si le délai de prescription pénale est plus long que le délai absolu de prescription civile, il aussi le remplace[34]. Donc le délai extraordinaire n'est point un indépendant délai de prescription. Il est de nature supplétive, il comble et prolonge les délais absolu et relatif de prescription.

Comme le prolongement de ces délais de prescription présuppose la commission d'un crime ou un délit, cela requiert une condamnation pénale définitive de responsable. Sans et avant cela, le prolongement et l'application de délai extraordinaire de prescription se heurte à la présomption de l'innocence[35].

(2010/12-*numero spécial*), p. 585 et 590 ; NART Serdar, « Haksız Fiilerde Zamanaşımına İlişkin Hükmün Değerlendirilmesi », **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi** (2012-*numero spécial : Symposium du droit privé – Mélanges Prof. Dr. Cevdet Yavuz*), p. 224 ; TUNÇOMAG, p. 524 ; A raison, dans le sens inverse : **CR-**PICHONNAZ, Art. 127 CO, N. 5e-5f ; DESCHENAUX Henri/TERCIER Pierre, **La responsabilité civile**, Berne, 1975, 197 ; **ZK-**BERTI Stephen V., **Das Erlöshen der Obligationen Zweite Lieferung Art. 127-142 OR – Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch Obligationenrecht**, Zürich, 2002, Art. 130 OR, N. 129 ; **BSK**-WIEGAND Wolfgang, **Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR**, Basel, 2007, Art. 97 OR, N. 50 et 52 ; PIOTET Paul, « Du début de la prescription décennale délictuelle » **JdT** 1998 **I** 162, p. 162 ss ; NARTER, p. 29 ; Cf. également : **CHK-**MÜLLER, Art. 60 OR, N. 23, d'après l'auteur le délai absolu court une fois que la violation devienne perceptible. Cf. TF, 20.12.2017, 4A_148/2017 (Swisslex) : le Tribunal a refusé une allégation de l'article 6 I de la Convention au motif qu'il ne s'agissait pas d'une impossibilité technique d'invoquer la créance (cons. 5.3).

32 ENGEL, p. 575 ; KILIÇOGLU, p. 628 ; ERDEM, s. 137 ; TUNÇOMAG, p. 525 ; TEKINAY/AKMAN/BURCUOGLU/ALTOP, s. 722 ; NARTER, p. 26 ; Yarg. HGK., 18.11.1981, 4-231/744 (Lexpera); Yarg. HGK., 4.6.2003, 4-400/393 (Lexpera) ; JdT 1999 I 859

33 TANDOGAN, p. 361 ; NOMER, N. 134

34 OGUZMAN/ÖZ, T. II, N. 231 ; ERDEM, p. 137 ; GUHL/KOLLER, §24 N. 57 ; **CR-**WERRO, Art. 60 CO, N. 27 ; TEKINAY/AKMAN/BURCUOGLU/ALTOP, p. 725 ; NOMER, N. 137.5 ; HUGUENIN, N. 2244 ; A l'inverse : ANTALYA, T. II, p. 511

35 İNCEOĞLU Murat/BAŞ SÜZEL Ece/AYTEKİN İNCEOĞLU Asuman, « Haksız Fiil Zamanaşımı ve Suçsuzluk Karinesiyle İlişkisi », **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (2016/11-145, 146 : *numéro spécial- Mélanges à la mémoire de Prof. Dr. Özer Seliçi*), p. 178 ss

III. L'EFFET DE L'INDEPENDANCE DE L'ECOULEMENT DU DELAI ABSOLU

Comme l'on a déjà souligné, selon le texte du l'article 72 du COtr et la doctrine, le commencement du délai absolu de prescription est indépendant de la commission de l'acte illicite et de la naissance de la créance d'indemnité. Car un acte illicite n'est réputé comme commis qu'après le dommage est surgi et la créance indemnitaire est ainsi née si les autres conditions sont aussi réunies. Sans le dommage et la créance indemnitaire pour le préjudice, un acte illicite ne peut pas être commis.

En conséquence, d'après le texte de la loi, le délai absolu de prescription en matière délictuelle court sans que la créance indemnitaire en question ne soit pas née et devenue exigible. Voire, faute de dommage et créance indemnitaire, il ne s'agit pas encore d'un acte illicite[36].

Alors, le délai absolu de prescription constitue une exception la règle générale (COtr art. 149/I) selon laquelle une créance non exigible ne se prescrit pas[37]. L'article 149/II du COtr statue également une autre exception : si l'exigibilité de la créance est subordonnée à un avertissement et le créancier s'abstient de donner l'avertissement ; la prescription court à partir du jour pour lequel l'avertissement pourrait être donné. Bien que la prescription se court avant l'exigibilité de la créance dans les deux cas ; ils ne sont pas équivalents. Dans le premier, le créancier est impotent de faire valoir son droit faute d'existence et d'exigibilité. Or dans le deuxième, c'est le créancier lui-même qui fait entraver l'exigibilité de son propre droit. En effet la deuxième exception confirme d'une certaine façon le principe : tant qu'il y a une créance qui peut être exigé par son créancier, la prescription se court. Au contraire, lorsqu'il est question de la première exception que l'on a citée, concernant le délai absolu de prescription, la prescription se court pour une créance non-exigible voire inexistante. Cela contrevient à l'essence du la prescription[38].

---

36 Pour l'avis adopté par la doctrine majoritaire, il est erroné de préciser que le délai absolu de prescription court dès la commission de l'acte illicite. Car sans dommage, il n'y a point d'un acte illicite ni l'illicéité. Cf. BASPINAR/ALTUNKAYA, p. 106

37 ENGEL, p. 803 ; ATF 50 II 401

38 PIOTET, p. 169-170

Cette contravention à l'essence de la prescription engendre inévitablement une conséquence : une créance indemnitaire peut être déjà prescrite lorsqu'elle est née sur l'occurrence du dommage et le créancier se trouve privé effectivement de s'indemniser. Cela s'arrive quand le préjudice surgit plus de dix ans après le fait dommageable. Dans ce contexte, telles actes illicites sont souvent de nature menaçant la santé publique (p.ex. déchets toxiques) ou de nature heurtant la conscience publique (p.ex. préjudice résultant d'un tremblement de terre)[39].

Le fait qu'une créance indemnitaire résultant d'un acte illicite soit irrecevable dès sa naissance veut dire que le système juridique ignore effectivement les droits et valeurs qui sont protégées par la responsabilité délictuelle. A cet égard, le droit de propriété ou le droit à l'intégrité du corps pourraient être transgressés ou bien le droit de l'accès effectif au tribunal serait réduit à néant. Donc, il faut éviter l'interprétation strictement littérale du commencement du délai absolu de prescription. Autrement dit, le texte de l'article 72 du COtr devrait être dépassé dans le but de garantir la protection effective des droits conférés par le COtr, la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme (« Convention »)[40]. Sans oublier que le créancier ne peut être blâmé pour son inactivité qu'il possède les moyens appropriés pour agir[41].

IV. LE DEPASSEMENT JURISPRUDENTIEL DU DELAI ABSOLU DE PRESCRIPTION EN DROIT TURC

L'interprétation littérale de la doctrine turque de l'art. 72 du COtr était aussi adopté par la jurisprudence turque[42]. Cela dit, le délai absolu de prescription courtait avec l'accomplissement du fait dommageable. A la suite du tremblement de terre du 17 August 1999, un vrai revirement de jurispru-

---

39 AKKAYAN YILDIRIM, p. 187-188 ; Donc l'assouplissement du commencement du délai absolu sert également á rassurer la conscience publique : BÜYÜKSAĞİŞ Erdem, « 'Sonradan Ortaya Çıkan Zarar' Davalarında Zamanaşımının Durması (TBK m. 153/1 b. 6) », **Yargıtay Dergisi** (Juillet 2017/43-3), p. 495

40 BÜYÜKSAĞİŞ, p. 525 ; A noter que le motif de l'article confirme également la conclusion soutenu ici. Cf. également : HAVUTÇU, p. 597

41 ZIMMERMANN, p. 78

42 ERDEM, p. 185

dence s'est déroulé[43]. Dans le cadre des actions, basées sur l'acte illicite, qui étaient intentées contre les entrepreneurs, la Cour de cassation turque s'est commencé à admettre que le délai absolu de prescription se court avec l'accomplissement total du l'acte illicite (réalisation du dommage à la suite du tremblement de terre), non du fait dommageable (construction d'un bâtiment non-parasismique)[44]. Cela avait pour conséquence que la prescription absolu et relative ne courtaient pas du tout tant que le préjudice s'arrivait[45]. Faute de quoi, le dommage énorme non-indemnisé subi par le peuple en raison du tremblement de terre aurait causé au sein de la conscience publique un trauma vexant la notion de justice. La doctrine turque, néanmoins, avait vivement critiqué ce revirement au motif que cela contrevenait le texte de la loi[46].

L'on constate également une tendance semblable en ce qui concerne la responsabilité du L'Etat pour le dommage résultant de la tenue du registre foncier (Art. 1007 du Code Civil turc). Selon la doctrine dominante, la responsabilité du l'Etat pour le dommage résultant de la tenue du registre foncier fait partie de la responsabilité délictuelle[47]. Partant, elle est soumise à l'art. 72 du COtr[48]. La jurisprudence suisse et la doctrine dominante ad-

---

43 NART, p. 225 ; BÜYÜKSAĞİŞ, p. 512

44 P.ex. : Yarg. HGK., 22.10.2003, 4-603/594 ; Yarg. 4. HD., 29.4.2003, 12847/5544 ; Yarg. HGK., 4.6.2003, 4-400/393 ; Yarg. 4. HD., 13.5.2002, 4491/5701 (Kazancı) ; NOMER, N. 137.3

45 BASPINAR/ALTUNKAYA, p. 114 ss ; Yarg. 4. HD., 28.4.2003, 4407/5411 ; Yarg. 4. HD., 3.2.2005, 7039/746 ; Yarg. HGK., 22.10.2003, 4-603/594 ; Yarg. 9. HD., 11.6.2009, 3775/16587 (Kazancı)

46 ERDEM, p. 188 ss ; GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, T. I, İstanbul, 2008, p. 235 ; BAŞPINAR/ALTUNKAYA, p. 118 ss

47 **BK-**BREHM, Art. 60 OR, N. 7 ; ATF 110 II 37 ; En raison de la similarité avec l'article 66 du COtr/ l'article 55 du COss : ATF 51 II 395 ; DESCHENAUX Henri, **Le registre foncier (Traité de droit privé suisse Volume V tome II,2)**, Fribourg, 1983, p. 178. L'on s'appuie sur l'article 5 du Code civil turc/l'article 7 du Code civil suisse : **LGVE** 1991 **I** Nr. 1 ; **ZK-**LIEBER Viktor, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht**, Zürich, 1998, Art. 7 ZGB, N. 90 ; **BK-**SCHMID-TSCHIRREN Christina, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht Einleitung, Art. 1-9 ZGB**, Bern, 2012, Art. 7 ZGB, N. 34

48 OGUZMAN Kemal/SELIÇI Özer/OKTAY-ÖZDEMIR Saibe, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2018, N. 653; SIRMEN Lale, **Eşya Hukuku**, Ankara, 2016 ; p. 134; NOMER Haluk N./ ERGÜNE M. Serkan, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2019, N. 326 ; ÜNAL Mehmet/BASPINAR Veysel, **Şekli Eşya Hukuku**, Ankara, 2015, p. 334 ; GÜRSOY Kemal Tahir/EREN Fikret/ CANSEL Erol, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara, 1978, p. 226 ; AKINTÜRK Turgut, **Eşya**

mettent que le délai absolu de prescription ne court qu'après la réalisation du dommage qui provient de de la tenue du registre foncier[49].

V. LES CONCLUSIONS DANS LES AFFAIRES MOOR ET EŞİM

Dans l'affaire Moor, la conséquence négative citée dessus s'est surgit en raison du raisonnement juridique conformant à l'opinion doctrinale dominante qui refuse de prendre la naissance du préjudice comme une condition pour l'écoulement de prescription. La CEDH s'est statuée sur ledit problème juridique à l'occasion d'une réclamation en dommages-intérêts basée sur la violation du contrat de travail déboutée par la juridiction suisse.

Entre 1965-1978, Hans Moor était exposé à l'amiante en raison de son travail. En 2004, il est devenu malade à cause de l'amiante. Les héritiers de Hans Moor ont intenté une action en justice contre l'employeur du cujus en 6 Mai 2006. Au motif que la règle générale de prescription s'est prévalu comme la prétention s'appuyait sur la violation du contrat de travail et que la prescription était acquise comme l'exposition à l'amiante (c.-à-d. la violation du contrat) s'était réalisé en 1978, l'action a été débouté, le recours au cours d'appel a été aussi rejeté.

Hukuku, İstanbul, 2009, p. 281 ; DESCHENANUX, p.198-199 ; STEINAUER, Paul-Henri, **Les droits réels**, T. I, Berne, 2012, N. 618 ; **BSK-**SCHMID Jörg, **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB**, Basel, 2007, Art. 955 ZGB, N. 30; **ZK-**OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 60 OR, N. 5 ; ATF 119 II 216 ; ATF 110 II 40 ; ATF 51 II 394 ; La jurisprudence actuelle de la Cour de cassation turque applique le régime général: NOMER, N. 137 n. 1047 ; GÖRGEÇ, p. 1210 ; Dans le même sens : OSTERTAG Fritz, **Kommentar zum Schweizerichen Zivilgesetzbuch Band IV Sachenrecht III. Abteilung**, Bern, 1917, Art. 955 ZGB, N.14 ; SAYMEN Ferit Hakkı/ELBIR Halid K., **Türk Eşya Hukuku**, İstanbul, 1954, p. 143 ; KOLLER Alfred, « Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 27.5.1993, R. D. AG c. Kanton Aargau (5C.8/1993), Berufung », **AJP** 1994, p. 98

49 SIRMEN Lale, **Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu**, Ankara, 1976, p. 104; SIRMEN, p. 135-136 ; ERTAŞ Şeref, **Eşya Hukuku**, İzmir, 2015, N. 490 ; ANTALYA O. Gökhan/TOPUZ Murat, **Eşya Hukuku**, T. III, İstanbul, 2018, N. 272 ; ESENER Turhan/GÜVEN Kudret, **Eşya Hukuku**, Ankara, 2015, p. 123 ; TEKINAY S. Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 1989, s. 461 ; PEKMEZ Cüneyt, **Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu,** İstanbul, 2013, p. 170-171 ; **BSK**-SCHMID Art. 955 ZGB, N. 32 ; DESCHENAUX, s. 199; Yarg. 4. HD, 28.3.1995, 1204/2603 ; Yarg. HGK., 21.4.1999, 1-222/226 ; GÖRGEÇ, p. 1209, contradictoirement l'auteur se proclame aussi suivre le texte du l'article 70 du COtr ; Dans le sens inverse : GÜRSOY Kemal Tahir, **Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili**, Ankara, 1970, p. 222 ; ATF 119 II 216 ; KOLLER, p. 98

En 16 Novembre 2010, le Tribunal fédérale[50] suisse a rejeté le pourvoi au motif qu'il s'agissait d'une violation contractuelle et qu'il faudrait appliquer la règle générale de prescription (Art. 217 du Code des obligations suisse) et que le délai de prescription a commencé à courir dès la violation du contrat et que la Convention européenne des droits de l'homme n'était pas transgressée puisque tous les créanciers se risquaient de perdre ses droits sans être conscient de l'existence de la créance[51].

La CEDH a énoncé que chacun avait le droit de l'accès effectif au tribunal concernant l'article 6/I de la Convention dans le cadre des droits provenant du droit privé. La CEDH, pourtant, a admis que le droit de l'accès effectif au tribunal n'était pas absolu et pouvait être limité si les limitations, parmi lesquelles ses délais légaux de péremption ou de prescription se trouvaient, poursuivaient un but légitime et s'il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé à tel point que le droit de l'accès effectif au tribunal ne s'en trouvait atteint dans sa substance même.

Quant au fond du litige, puisque l'amiante se produisaient ses effets nuisibles longtemps après l'exposition, chaque demande d'indemnisation liée à l'amiante était *a priori* déjà prescrite dès sa naissance, la Cour a soutenu que les lésés de l'amiante étaient privés de l'indemnisation sans prendre connaissance du dommage et du droit à l'indemnisation. A la lumière de ce qui précède, la Cour a arrivé à la conclusion que la limitation introduite par le commencement du délai de prescription était disproportionnée et la substance du droit de l'accès effective au tribunal était atteinte[52]. Alors, il y a eu violation de l'article 6 I de la Convention.

L'affaire Moor montre que la CEDH a suivi sa jurisprudence dans la matière des recours de plein droit (la responsabilité de l'Etat dans la cadre des activités administratives). La Cour avait déjà énoncé les mêmes prin-

---

50 ATF 137 III 16

51 Si l'écoulement des délais commence concernant un recours juridique sans que le titulaire le sache, la Convention est transgressée : AKTEPE ARTIK Sezin, **Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Ankara, 2014, p. 140

52 Les limitations temporelles excessives qui nient le droit d'intenter une action sont contraire à la Convention : İNCEOGLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, İstanbul, 2013, s. 132 ; AKTEPE ARTIK, s. 140; AYM., décision sur la plainte constitutionnelle (2013/1718): « Un pratique qui rend l'accès au tribunal excessivement difficile ou impossible pourrait violer le droit de l'accès au tribunal »

cipes en 17 Septembre 2013 dans l'arrêt Eşim c. Turquie. Le requérant avait blessé en 25 Mai 1990 dans l'exercice du service militaire obligatoire tandis que la totalité de l'étendue de son dommage physique ne pouvait être constaté qu'en 2007. A la suite de la constatation définitive, afin d'engager la responsabilité de l'Etat, le requérant a intenté un recours de plein droit devant la haute cour administrative militaire. Étant donné que le droit à exiger l'indemnité en cas d'un acte matériel de l'administration est assujetti au délai de prescription de cinq ans à compter dès la date de l'acte[53] le recours a été rejeté. La Cour européenne a accepté la requête de M. Eşim en s'appuyant sur la même argumentation qu'avec l'arrêt Moor. A la différence de l'arrêt Moor, dans cet arrêt, la CEDH a explicitement mis l'accent sur le fait que dans les cas du dommage physique, la prescription devrait courir quand la partie concernée pouvait évaluer le dommage subi. Dans le contexte des recours de plein droit, la CEDH suit la jurisprudence ci-dessus[54]. En effet, l'argumentation comprenait tout sort de l'indemnisation[55].

VI. L'INFLUENCE DE L'ARRET MOOR SUR LE DROIT DES OBLIGATIONS TURC

1. EN RESPONSABILITE DELICTUELLE

L'arrêt Moor qui confirme l'arrêt Eşim met en évidence un important principe concernant la prescription et la créance. Lorsqu'une créance est déjà *a priori* prescrite dès sa naissance et son exigibilité en raison de la soumission à la prescription avant l'exigibilité de la créance, la prescription se présente comme une limitation disproportionnée de l'article 6 I de la Convention et donc ignore sa substance même dudit droit fondamental[56].

---

53 V. L'article 43 de la loi (abrogée) sur la haute cour administrative militaire ; l'article 13 de la loi sur le contentieux administratif

54 CEDH-2eme Section, 47157/10, 26 mai 2015 (Yeşilkaya c. Turquie), §39; CEDH-2eme Section, 611/12, 17 novembre 2015, (Sefer Yılmaz et Meryem Yılmaz c. Turquie), §63 et 70

55 Dans le même sens vu le revirement de jurisprudence de la cour de cassation turque : AKKAYAN YILDIRIM, p. 192. Cf. ZIMMERMANN Reinhard/KLEINSCHMIDT Jens, "Verjährung: Grundgedanken und Besonderheiten bei Ansprüchen auf Schadenersatz", **Festschrift für Eugen Bucher**, Bern, 2009, p. 893, d'après les auteurs, en cas du dommage physique ou psychique, les intérêts du créancier sont prépondérants

56 De plus, sur l'absurdité de la prescription a priori d'une créance inexistante : KOCAYUSUFPASAOGLU, §36 N. 73, p. 439 ; CHAPPUIS Benoît, **Commentaire Romand Code des Obligations I**, Basel, 2012, Art. 67 CO, N. 6 ; ATF 97 II 403 ; Cf. également : HUGUENIN,

A la lumière du principe, il faut souligner la légitimité et la légalité du revirement de la jurisprudence menée par la Cour de cassation turque en ce qui concerne la prescription en la responsabilité délictuelle, malgré l'approche critique de la doctrine. La Convention est incorporée dans le droit turc et se situe au-dessus des lois d'après l'article 90 de la Constitution turque. Par ailleurs, le droit de l'accès effectif au tribunal fait partie du droit fondamental au procès équitable instauré par l'article 36 de la Constitution. Si une loi est susceptible d'être interprétée plusieurs manières, comme l'article 138 de la Constitution implicitement indique, l'interprétation qui conforme aux normes hiérarchiquement supérieurs doit être prévalue[57]. En absence d'une interprétation conformant à la constitution, la loi est réputée inconstitutionnelle. Alors, conformément au principe de l'interprétation en conformité avec la constitution et la Convention[58], le commencement du délai absolu de prescription édicté par l'article 72 du COtr doit être compris comme l'accomplissement de l'acte illicite avec l'émergence du dommage[59]. La créance

N. 574 ; SEROZAN Rona, **İfa – İfa Engelleri – Haksız Zenginleşme**, İstanbul, 2014, §27 N. 22

57 WOLF/NEUNER, §5 N. 22-24 ; MÜLLER Jörg Paul, **Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV Der Freiheit Chancen geben**, Bern, 2018, p. 103 ss ; LARENZ Karl/CANARIS Claus-Wilhelm, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, Heidelberg, 1995, p. 159 ss ; SEÇKİN Recai, « Anayasa Mahkemesinden Başka Mahkemelerin Anayasayı Uygulamaları ve O Mahkemelerce Hukuk Kurallarının Anayasaya Uygun Yorumu", **Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı**, İstanbul, 1968, p. 147 ; SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2015, I §5 N. 24 ss. ; KIRCA Çiğdem, « Kanunların Yorum Yöntemleri, Norm Koyma ve Hüküm Verme », **Ankara Hukuk Toplantıları**, Ankara, 2009, p. 359 ; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §40 N. 3 ; KANADOĞLU O. Korkut, **Anayasa Mahkemesi**, İstanbul, 2004, p. 242 ss. ; Yarg. İBK, 24.5.1974, 5/7 ; Yarg. HGK., 26.1.2000, 18-1052/10 ; A noter que l'interprétation de la Cour constitutionnelle serait contraignante pour les autres tribunaux tant qu'il y a plusieurs possibles interprétations conformant à la constitution : KANADOĞLU, p. 244-245 ; AYM, 31.3.1987, 1986/24-1987/8

58 Cf. MÜLLER, p. 110 ss ; WOLF/NEUNER, §4 N. 36 et §4 N. 50-51

59 PIOTET, p. 166 ; OFTINGER Karl/STARK Emil W., **Schweizerisches Haftpflichtrecht Besonderer Teil II/1**, 1987, N. 527 ; Cf. BÜYÜKSAĞİŞ, p. 528 ss : l'auteur propose d'admettre l'intervalle entre le fait dommageable et le dommage comme un chef de l'empêchement de la prescription d'après l'article 153/I 6 du COtr. Cet avis aussi pratiquement garantit le droit de l'accès effectif au tribunal. Pourtant, techniquement, l'empêchement/suspension de la prescription selon l'article 153/I 6 du COtr présuppose l'existence d'une créance susceptible de la prescription. Or, en cas de l'intervalle entre le fait dommageable et le dommage, il n'existe point une telle créance. Donc, en accordance avec le revirement de jurisprudence, l'interprétation conformant à la constitution et la Convention de l'article 72 du COtr devrait prévaloir.

indemnitaire est surgie par l'émergence du dommage. Afin de ne pas porter atteinte au droit de l'accès effectif au tribunal, la prescription n'est pas permis de courir avant l'émergence et l'exigibilité de la créance. Donc, la Cour de cassation turque doit insister à appliquer le revirement de la jurisprudence concernant le délai absolu de prescription. En ce qui concerne l'article 6 I de la Convention et l'article 36 de la constitution, le délai relatif de prescription ne pose pas de problème puisqu'il ne court par définition qu'après l'émergence de la créance.

2. LES AUTRES CHEFS DE LA RESPONSABILITE ET SOURCES D'OBLIGATION

Il faut souligner que l'atteint porté au droit de l'accès effectif au tribunal par la prescription n'est pas propre à la responsabilité délictuelle malgré sa prévalence. Il est alors opportun de faire remarques sur les autres chefs de la responsabilité ou les autres sources d'obligation.

A. L'enrichissement Illégitime

Le régime de prescription concernant les créances découlant de l'enrichissement illégitime analogue à celui de la responsabilité délictuelle[60]. Il existe deux délais de prescription : relative et absolu. D'après l'article 82 du COtr, une créance pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit par deux ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition, et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit. Le délai relatif et le délai absolu de prescription pour l'enrichissement illégitime n'engendrent aucune conséquence contraire à l'article 36 de la Constitution et à l'article 6 I de la Convention. Quoique le délai absolu de prescription commence à courir indépendamment de la connaissance du créancier, il court avec l'émergence de la créance exigible de répétition (l'accomplissement de l'enrichissement illégitime)[61]. Ainsi, la prescription ne court pas pour une créance inexistante.

---

60 HATEMI/GÖKYAYLA, §35 N. 16

61 VON TUHR/ESCHER, §80 IV, p. 218 ; ÖZ Turgut, **Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, 1990, p. 178 ; KOCAYUSUFPASAOGLU, §36 N. 73, p. 439 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 3315 ; **CR-**CHAPPUIS, Art. 67 CO, N. 5 ; TF, 30.10.2015, 4A_261 Cons. 3 (Swisslex)

B. La Gestion d'Affaires

La gestion d'affaires parfaite est soumise à la prescription générale en tant qu'un quasi-contrat[62] et qu'une source d'obligation[63]. La prescription court donc dès l'exigibilité de la créance. Dans la mesure où le gérant exerce la gestion d'affaires parfaite, des créances exigibles sont nées. Il est impossible alors que la prescription court pour une créance inexistante ou inexigible provenant de la gestion d'affaires parfaite. Il n'existe pas un intervalle entre l'acte de la gestion d'affaires parfait et la naissance de la créance.

Quant à la gestion d'affaires imparfait et l'obligation du gérant, une partie de la doctrine la soumet à la prescription générale[64], une autre partie soumet *mutatis mutandis* à la prescription de la responsabilité délictuelle[65]. Indépendamment de la durée du délai, l'on ne se risque pas de la violation de l'article 6 I de la Convention. Parce que les créances découlant de la gestion d'affaires imparfait suivent la commission de la gestion d'affaires imparfait, autrement dit il n'y pas d'intervalle du temps entre l'acte de gestion d'affaires imparfait et la naissance de la créance. L'on peut donc en conclure que la gestion d'affaires imparfait ne tombe pas la champ d'application de l'arrêt Moor.

---

62 En droit français, la gestion d'affaires est définie comme un quasi-contrat: TERRE François/SIMLER Philippe/LEQUETTE Yves, **Droit civil: Les obligations**, Paris, 2013, N. 1027; Même après la réforme de 2016 concernant le code Napoléon: BUFFELAN-LANORE Yvaine/LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, **Droit civil: Les obligations**, Paris, 2017, N. 1968-1969

63 HATEMI Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, 1992, p. 495 ; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2015, p. 840; Cf. GÜMÜS, T. II, p. 459 ; TANDOGAN Haluk, **Özel Borç İlişkileri**, T. II, Ankara, 1987, p. 683; YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 2014, p. 1367; HUGUENIN, N. 1661

64 **ZK-**OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 423 OR, N. 3; BUCHER, p. 663; Yarg. İBK, 4.6.1958, 15/6; BAS SÜZEL Ece, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul, 2015, p. 133; AYDIN Gülşah Sinem, **Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul, 2017, p. 207. Cf. L'application analogue du délai de prescription pour le mandat : HATEMI/SEROZAN/ARPACI, p. 496

65 TANDOGAN, T. II, p. 683 ; YAVUZ, p. 1369; ARKAN AKBIYIK Azra, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş görme**, İstanbul, 2000, p. 59; GÜMÜS, T. II, p. 475; EREN, **Özel**, p. 845 ; HUGUENIN, N. 2185

C. La Responsabilité Contractuelle

A la différence de la responsabilité délictuelle, les créances contractuelles ne sont soumises pas à deux distincts délais de prescription. Par principe, la prescription court une fois que la créance exigible est émergée. Alors, quant aux prestations principales, la prescription n'ignore pas le droit fondamental de l'accès effectif au tribunal. Cependant les prestations secondaires (*Sekundäransprüchen*) requièrent une explication plus détaillée. Les prestations secondaires ont également d'origine contractuelle. Par conséquent, la prescription commence à courir lorsqu'une exigible prestation secondaire (c'est-à-dire une créance indemnitaire) est émergée. Par exemple, une créance qui vise à indemniser l'impossibilité subséquente fautive est émergée sur l'occurrence du dommage et l'occurrence du dommage déclenche le commencement de la prescription[66]. Comme l'on peut le constater, cela ne porte pas atteinte au droit de l'accès effectif au tribunal (Art. 6 I de la Convention/Art. 36 de la Constitution). Donc les avis dégagés par la jurisprudence[67] et la doctrine[68] selon lesquelles la prescription court avec l'exigibilité de la prestation principale ou la date de la violation du contrat doivent être réfutés[69]. Parce que ces avis contredisent le droit de l'accès effectif au tribunal. Dans cette hypothèse, une créance indemnitaire replaçant ou complétant la prestation principale pourrait aussi être déjà *a priori* prescrite puisque l'émergence du dommage ne coïncide pas toujours avec la violation du contrat ou l'exigibilité du la prestation principale. Dans l'affaire Moor, aussi, il s'agit d'un préjudice émergé presque vingt-cinq ans plus tard après la violation du contrat.

---

66 Cf. NOMER, N. 182a.5, l'auteur précise la possibilité d'appliquer l'art. 72 aux prestations secondaires en raison de l'art. 114/II du COtr. Dans ce sens: **CR-**WERRO, Art. 60 CO, N. 6 ; Yarg. 21. HD., 18.3.2013, 16759/4983; Dans le sens inverse: **CR-**PICHONNAZ, Art. 127 CO, N. 21b ; GUHL/KOLLER, §39 N. 7; **ZK-**BERTI, Art. 127 OR, N. 33 et 64

67 ATF 137 III 16 ; ATF 87 II 195 ; ATF 106 II 134; TF, 20.12.2017, 4A_148 ; TF, 29.5.2018, 4A_558 (Swisslex) ; Dans le sens critique : BUCHER, p. 460

68 KILIÇOGLU, p. 1109 ; EREN, p. 1315; ANTALYA O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, T. III, İstanbul, 2017, p. 345; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 293 ; SCHWENZER, N. 84.14; Vu l'impossibilité: **CR-**PICHONNAZ, Art. 130 CO, N. 5i ; **ZK-**BERTI, Art. 130 OR, N. 125

69 OGUZMAN/ÖZ, T. I, N. 1930 ; ARAL Fahrettin, **Kötü İfa**, Ankara, 2011, p. 200; PIOTET, p. 167 ; **CR-**WERRO, Art. 60 CO, N. 27; DESCHEANUX/TERCIER, §20 N. 31; ATF 130 III 597 ; **BSK**-WIEGAND, Art. 97 OR, N. 50 et 52 ; **ZK**-BERTI, Art. 130 OR, N. 129 ; **BSK-**DÄPPEN, Art. 130 OR, N. 11; Vu la violation positive du contrat : **CR-**PICHONNAZ, Art. 130 CO, N. 5j ; SCHWANDER, p. 91 ss ; **BSK-**DÄPPEN, Art. 130 OR, N. 12

Comme l'on a vu, le risque de la mise en péril du droit de l'accès effectif au tribunal est présent dans le cadre de la responsabilité contractuelle et délictuelle quand il s'agit de la réparation d'un dommage. Puisqu'il peut y toujours avoir un intervalle entre le fait dommageable et le dommage[70]. Donc il est permis d'énoncer que le délai de prescription ne doit courir qu'après l'occurrence du dommage s'il est question d'une créance indemnitaire[71].

EN GUISE DE CONCLUSION

Les droits fondamentaux influence de plus en plus le droit civil en raison du pouvoir juridictionnelle du CEDH et du recours constitutionnel (*plainte constitutionnel*/*Verfassungsbeschwerde*). Vu la place de la Constitution et de la Convention dans la hiérarchie des normes, la doctrine et la jurisprudence devrait être liées par l'esprit de la protection des droits fondamentaux dans l'interprétation et implémentation du droit civil. A mesure possible, il faut que l'interprétation des normes juridiques soit en ligne avec la Constitution et la Convention. La matière de la prescription en fait un flagrant exemple.

Le fait que la prescription commence à courir pour une créance inexigible voire inexistante pourrait réduire la créance en question dès sa naissance pratiquement à néant. Dans un tel cas, le droit de l'accès effectif au tribunal du lésé est disproportionnellement transgressé. Subsidiairement, lorsque la prescription est acquise pour une créance indemnitaire avant sa naissance, les droits fondamentaux dont la violation est l'origine de l'acte illicite seraient aussi transgressés. En outre, la jurisprudence de la Cour de cassation turque en matière du commencement du délai absolu de prescription ne contredit pas le texte de la loi. « Le fait dommageable » peut être interprété comme « l'acte illicite » pour prendre en compte la naissance du dommage et la créance indemnitaire. En effet sans une telle interprétation, la conventionalité et la constitutionnalité de l'art 72 du COtr ne seraient pas assurées. Donc la jurisprudence en harmonie avec la Constitution et la Conven-

---

70 La spécificité des créances indemnitaires (*Schadenersatzanspruch*) : MEDICUS/PETERSEN, N. 111. C'est pourquoi le BGB §199 prévoit un délai de 30 ans dès le fait dommageable pour les créances indemnitaires fondées sur une atteinte à la vie, au corps, à la santé ou à la liberté : MEDICUS/PETERSEN, N. 112 ; WOLF/NEUNER, §22 N. 30

71 Le revirement de jurisprudence de la cour de cassation turque a aussi inspiré la doctrine suisse : BÜYÜKSAĞİŞ, p. 528 ; WIDMER Pierre, « "Dies irae, dies illa: der dies a quo bei der (absoluten) Verjährung von Schadenersatzforderungen aus Delikt" », **HAVE** 2012, p. 93

tion doit être approuvée. La critique doctrinaire ne prend en compte pas du tout l'article 36 du Constitution et la Convention.

Pourtant cette façon d'interprétation devrait avoir l'influence sur la prescription en matière de la responsabilité contractuelle. La prescription contractuelle courte pour les obligations secondaires (c.-à-d. les dommages-intérêts) à la suite de leur naissance comme toute obligation. Le point de départ du délai de prescription est alors le moment de la réalisation du dommage non la violation du contrat ou l'exigibilité de l'obligation primale.

En conséquence, pour éviter la violation des droits fondamentaux conférés par la Constitution et la Convention l'on peut en inférer que toute créance indemnitaire résultante de l'acte illicite ou de la violation du contrat n'est soumise qu'à la prescription après la réalisation du préjudice.

BIBLIOGRAPHIE

AKINTÜRK Turgut, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2009

AKKAYAN YILDIRIM Ayça, «Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi », **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** (2016/74-1)

AKTEPE ARTIK Sezin, **Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Ankara, 2014

ANTALYA O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, T. II, İstanbul, 2015; T. III, İstanbul, 2017

ANTALYA O. Gökhan/TOPUZ Murat, **Eşya Hukuku**, T. III, İstanbul, 2018

ARAL Fahrettin, **Kötü İfa**, Ankara, 2011

ARKAN AKBIYIK Azra, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş görme**, İstanbul, 2000

ATAAY Aytekin, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi Birinci Yarım**, İstanbul, 1981

AYDIN Gülşah Sinem, **Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul, 2017

BAS SÜZEL Ece, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul, 2015

BASPINAR Veysel/ALTUNKAYA Mehmet, «Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi », **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 2008/57-1

BK-BECKER Hermann, **Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch Obligationenrecht**, Bern, 1945

BK-BREHM Ronald, **Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht**, Bern, 2013

BK-SCHMID-TSCHIRREN Christina, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht Einleitung, Art. 1-9 ZGB**, Bern, 2012

BSK-NOM DE L'AUTEUR, **Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR**, Basel, 2007 ; **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB**, Basel, 2007

BUCHER Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, Zürich, 1988

BUFFELAN-LANORE Yvaine/LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, **Droit civil: Les obligations**, Paris, 2017

BÜYÜKSAĞİŞ Erdem, « 'Sonradan Ortaya Çıkan Zarar' Davalarında Zamanaşımının Durması (TBK m. 153/1 b. 6) », **Yargıtay Dergisi** (Juillet 2017/43-3)

CHK-MÜLLER Christof, **Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Zürich, 2016

CR-NOM DE L'AUTEUR, **Commentaire Romand Code des Obligations I**, Basel, 2012

DESCHENAUX Henri, **Le registre foncier (Traité de droit privé suisse Volume V tome II,2)**, Fribourg, 1983

DESCHENAUX Henri/TERCIER Pierre, **La responsabilité civile**, Berne, 1975

DEVELIOĞLU H. Murat, « Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerinin Tâbi Olduğu Bir Yıllık Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı », **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, T. I, İstanbul, 2010

DURAL Mustafa/SARI Suat, **Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, 2015

ENGEL Pierre, **Traité des obligations en droit suisse**, Berne, 1997

ERDEM Mehmet, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, İstanbul, 2010

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2018

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2015

ERTAŞ Şeref, **Eşya Hukuku**, İzmir, 2015

ESENER Turhan/GÜVEN Kudret, **Eşya Hukuku**, Ankara, 2015

FEYZIOĞLU Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, T. II, İstanbul, 1977

GAUCH Peter/SCHLUEP Walter/EMMENEGGER Susan, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II**, Zürich, 2008

GÖRGEÇ Başak, « Devletin Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Sorumluluğu, Rücu Hakki ve Tabi Olduğu Zamanaşımı », **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 22/3-2016 (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan)

GUHL Theo/KOLLER Alfred, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, Zürich, 2000

GÜL İbrahim, «Zararın Birliği İlkesinin Tazminatın Hesaplanmasına Etkisi Bakımından Bir Yargıtay Kararının İncelenmesi», **Ankara Barosu Dergisi**, 2018/4

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, T. I et II, İstanbul, 2008

GÜRSOY Kemal Tahir, **Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili**, Ankara, 1970

GÜRSOY Kemal Tahir/EREN Fikret/CANSEL Erol, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara, 1978

HATEMI Hüseyin/GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, 2017

HATEMI Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, 1992

HAVUTÇU Ayşe, «Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı», **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (2010/12-*numero spécial*)

HUGUENIN Claire, **Obligationenrecht**, Zürich, 2014

İMRE Zahit, **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul, 1980

İNAN Ali Naim/YÜCEL Özge, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2014

İNCEOĞLU Murat/BAŞ SÜZEL Ece/AYTEKİN İNCEOĞLU Asuman, «Haksız Fiil Zamanaşımı ve Suçsuzluk Karinesiyle İlişkisi», **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (2016/11-145l146 : *numéro spécial- Mélanges à la mémoire de Prof. Dr. Özer Seliçi*)

İNCEOGLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, İstanbul, 2013

KANADOĞLU O. Korkut, **Anayasa Mahkemesi**, İstanbul, 2004

KAYIHAN Şaban/ÜNLÜTEPE Mustafa, **Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri**, Ankara, 2016

KILIÇOGLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2018

KIRCA Çiğdem, « Kanunların Yorum Yöntemleri, Norm Koyma ve Hüküm Verme », **Ankara Hukuk Toplantıları**, Ankara, 2009

KOCAYUSUFPASAOGLU Necip, **Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme**, İstanbul, 2014

KOLLER Alfred, « Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 27.5.1993, R. D. AG c. Kanton Aargau (5C.8/1993), Berufung », **AJP** 1994

LARENZ Karl/CANARIS Claus-Wilhelm, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, Heidelberg, 1995

MEDICUS Dieter/PETERSEN Jens, **Allgemeiner Teil des BGB**, Heidelberg, 2016

MÜLLER Jörg Paul, **Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV Der Freiheit Chancen geben**, Bern, 2018

NART Serdar, « Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükmün Değerlendirilmesi », **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi** (2012-*numero spécial : Symposium du droit privé – Mélanges Prof. Dr. Cevdet Yavuz*)

NARTER Sami, «Haksız Fiillerde Zamanaşımı ve Bedensel Zararlarda Zamanaşımının Başlangıcı Sorunu», **Terazi Hukuk Dergisi** (Septembre 2015/10-109)

NOMER Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2018

NOMER Haluk N./ERGÜNE M. Serkan, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2019

OFTINGER Karl/STARK Emil W., **Schweizerisches Haftpflichtrecht Besonderer Teil II/1**, 1987

OGUZMAN Kemal/BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, İstanbul, 2018

OGUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, T. I, İstanbul, 2015; T. II, İstanbul, 2016

OGUZMAN Kemal/SELIÇI Özer/OKTAY-ÖZDEMIR Saibe, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2018

OSTERTAG Fritz, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band IV Sachenrecht III. Abteilung**, Bern, 1917

ÖZ Turgut, **Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, 1990

PAKSOY M. Sermin, **Zamanaşımından Feragat**, İstanbul, 2012

PAWLOWSKI Hans-Martin, **Allgemeiner Teil des BGB**, Heidelberg, 2003

PEKCANITEZ Hakan, **Pekcanıtez Usul-Medeni Usul Hukuku**, T. II, İstanbul, 2017

PEKMEZ Cüneyt, **Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu**, İstanbul, 2013

PIOTET Paul, « Du début de la prescription décennale délictuelle » **JdT** 1998 **I** 162

SAYMEN Ferit Hakkı/ELBIR Halid K., **Türk Eşya Hukuku**, İstanbul, 1954

SCHWANDER Werner, **Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadensersatz-forderungen**, Winterthur 1963

SCHWENZER Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Bern, 2016

SEÇKİN Recai, "Anayasa Mahkemesinden Başka Mahkemelerin Anayasayı Uygulamaları ve O Mahkemelerce Hukuk Kurallarının Anayasaya Uygun Yorumu", **Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı**, İstanbul, 1968

SEROZAN Rona, **İfa – İfa Engelleri – Haksız Zenginleşme**, İstanbul, 2014

SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2015

SIRMEN Lale, **Eşya Hukuku**, Ankara, 2016

SIRMEN Lale, **Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu**, Ankara, 1976

STEINAUER, Paul-Henri, **Les droits réels**, T. I, Berne, 2012

TANDOGAN Haluk, **Özel Borç İlişkileri**, T. II, Ankara, 1987

TANDOGAN Haluk, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, İstanbul, 2010

TEKINAY S. Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993

TEKINAY S. Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 1989

TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELIOĞLU H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2016

TERRE François/SIMLER Philippe/LEQUETTE Yves, **Droit civil: Les obligations**, Paris, 2013

TUNÇOMAG Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1976

ÜNAL Mehmet/BASPINAR Veysel, **Şekli Eşya Hukuku**, Ankara, 2015

VON TUHR Andreas/ESCHER Arnold, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II**, Zürich, 1984

VON TUHR Andreas/PETER Hans, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I**, Zürich, 1984

WIDMER Pierre, "Dies irae, dies illa: der dies a quo bei der (absoluten) Verjährung von Schadenersatzforderungen aus Delikt", **HAVE** 2012

WOLF Manfred/NEUNER Jörg, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, München, 2016

YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 2014

ZIMMERMANN Reinhard, **Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription**, Cambridge, 2004

ZIMMERMANN Reinhard/KLEINSCHMIDT Jens, "Verjährung: Grundgedanken und Besonderheiten bei Ansprüchen auf Schadenersatz", **Festschrift für Eugen Bucher**, Bern, 2009

ZK-BERTI Stephen V., **Das Erlöschen der Obligationen Zweite Lieferung Art. 127-142 OR – Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch Obligationenrecht**, Zürich, 2002

ZK-LIEBER Viktor, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht**, Zürich, 1998

ZK-OSER Hugo/SCHÖNENBERGER Wilhelm, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht Erster Halbband : Art. 1-183**, Zürich, 1929

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN TAHKİM ANLAŞMASINA UYGULANACAK HUKUK OLARAK UYGULANABİLİRLİĞİ

Arş. Gör. Can YÖNEY*

Öz: Milletlerarası mal satım sözleşmelerinde uygulama alanı bulan Viyana Satım Sözleşmesi ("CISG") ile özellikle milletlerarası uyuşmazlıklarda başvurulan bir uyuşmazlık çözüm yolu olan tahkim ikilisi arasında, uygulama alanlarının sıklıkla kesişmesi ve ulaşmaya çalıştıkları hedefler bakımından sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Bu sıkı ilişki bakımından ele alınması gereken bir nokta da, CISG'nin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak uygulanmasının mümkün olup olamayacağıdır. Zira uygulamada tahkim anlaşmalarının genellikle taraflar arasındaki esas sözleşmenin bir hükmü olarak yapılması ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka yönelik olarak taraflarca genellikle bir hukuk seçimi yapılmaması karşısında, esas sözleşmenin CISG'ye tâbi olduğu durumlarda, tahkim anlaşması bakımından da CISG'nin uygulanmasının söz konusu olup olmayacağı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, çalışmamızda öncelikle CISG, tahkim, tahkim anlaşması ve bunun esastan ve şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk konularına kısaca değinilecek; akabinde CISG'nin tahkim anlaşmasının esastan ve şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk olarak uygulanıp uygulanamayacağı sorununa doktrindeki farklı görüşler ışığında çözüm aranmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: CISG, milletlerarası tahkim, tahkim anlaşması, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk.

---

* Makale Gönderim Tarihi: 04.10.2019. Makale Kabul Tarihi: 13.12.2019.

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0003-1158-8922; *can.yoney@marmara.edu.tr*).

APPLICABILITY OF THE CISG AS THE LAW APPLICABLE TO ARBITRATION AGREEMENTS

Abstract: There is a close relationship between the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods ("CISG"), an international convention applied to contracts for the international sale of goods, and arbitration, a dispute resolution mechanism mainly preferred in the resolution of international disputes, with regard to the constant overlapping of their scope of application and the goals they aim to reach. One aspect of this close relationship is whether the CISG can be applied as the law applicable to arbitration agreements. This question arises in relation to the sales contracts governed by the CISG due to the fact that in practice, arbitration agreements are generally concluded as a provision of the main agreement between the parties and parties do not generally determine the law governing arbitration agreements. In our paper, we will first try to briefly examine the notions of the CISG, arbitration, arbitration agreement and the law applicable to its substantial and formal validity and afterwards aim to find an answer to the question of whether the CISG can be applied as the law applicable to the substantial and formal validity of arbitration agreements.

Keywords: CISG, international arbitration, arbitration agreement, law applicable to the substantive validity of arbitration agreements, law applicable to the formal validity of arbitration agreements.

GİRİŞ

Günümüzde düzenli bir artış içerisinde olan sınır ötesi mal, hizmet, sermaye ve insan hareketliliği, dünyanın farklı yerlerinden insanların birbirleriyle etkileşime girmelerine yol açmaktadır. Bu hareketliliğin bir sonucu olarak milletlerarası ticaret de her geçen gün daha da ilerlemektedir. Milletlerarası ticarette karşımıza en çok çıkan ilişkilerin başında da alım-satım ilişkileri gelmektedir. Milletlerarası mal satım sözleşmelerinin bu denli önem kazanması sonrası hukuk sisteminde bu alanın yeknesaklaştırılması yönünde bir ihtiyaç belirmiş ve bu durumun bir sonucu olarak da Viyana Satım Sözleşmesi ("CISG") ortaya çıkmıştır. CISG, bugün Türkiye'nin de aralarında bulunduğu toplam 92 devletin taraf olduğu başarılı bir uluslararası sözleşme haline gelmiştir[1].

---

1 Kanun No: 5870, Kabul Tarihi: 02.04.2009, R.G. 07.04.2010, S. 27545. CISG'ye an itibariyle Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, Çin, Fransa, Japonya, Rusya gibi pek çok ülkenin de aralarında bulunduğu toplam doksan iki ülke taraf bulunmaktadır. Söz-

Bununla beraber, milletlerarası ticarette ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü bakımından devlet yargısına nazaran milletlerarası tahkimin uygulama alanı da her geçen gün genişlemektedir. Mal satım sözleşmeleri de milletlerarası ticarette en sık karşımıza çıkan sözleşme tiplerinden bir tanesi olduğundan, CISG ve tahkim kurumlarının uygulama alanlarının kesişmesi günümüzde sıklıkla karşılaşılabilecek bir ihtimaldir.

Bir tanesi milletlerarası mal satım sözleşmelerine ilişkin maddi kurallar getiren bir uluslararası sözleşme, diğeri ise bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğundan ilk bakışta aralarında pek bir bağlantı olmadığı düşünülebilirse de; aslında tahkim ile CISG arasında her anlamda sıkı bir ilişki vardır[2]. Bu sıkı ilişki, hem ulaşılmaya çalışılan hedeflerdeki benzerlik hem de iki kurumun da birbirini besleyecek yönlerinin bulunması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

---

leşmeye taraf devletlerin tam listesi için bkz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-10&chapter=10&lang=en (Erişim Tarihi: 27.09.2019).

2 Bu ilişkiyi temel alan çalışmalar için bkz. MISTELIS, Loukas A., "CISG and Arbitration", **CISG Methodology**, André Janssen / Olaf Meyer (Ed.), Münih 2009, s. 375-395; PERALES VISCASILLAS, Pilar / RAMOS MUÑOZ, David, "CISG & Arbitration", **Revista del Club Español del Arbitraje**, Y. 2011, S. 10, s. 63-84; KRÖLL, Stefan, "Arbitration and the CISG", **Current Issues in the CISG and Arbitration**, Ingeborg Schwenzer / Yeşim Atamer / Petra Butler (Ed.), Lahey 2014, s. 59-86 ("**Arbitration**"); SCHMIDT-AHRENDTS, Nils, "CISG and Arbitration", **Belgrade Law Review**, Y. 59, S. 3, 2011, s. 211-223; FLECKE-GIAMMARCO, Gustav / GRIMM, Alexander, "CISG and Arbitration Agreements: A Janus-Faced Practice and How to Cope with it", **Journal of Arbitration Studies**, C. 25, S. 3, 2015, s. 33-58; JANSSEN, André / SPILKER, Matthias, "The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration", **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, S. 77, 2013, s. 131-157; AKINCI, Ziya, "Viyana Konvansiyonu'nun Tahkimde Uygulanması", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2013/1, s. 73-86; KOCH, Robert, "The CISG as the Law Applicable to Arbitration Agreements?", **Sharing International Commercial Law Across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday**, Camilla B. Andersen / Ulrich G. Schroeter (Ed.), Londra 2008, s. 267-286; WAINCYMER, Jeffrey, "The CISG and International Commercial Arbitration: Promoting a Complimentary Relationship Between Substance and Procedure", **Sharing International Commercial Law Across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday**, Camilla B. Andersen / Ulrich G. Schroeter (Ed.), Londra 2008, s. 582-599; VOROBEY, Dmytro V., "CISG and Arbitration Clauses: Issues of Intent and Validity", **Journal of Law and Commerce**, C. 31, 2012-2013, s. 135-161; WALKER, Janet, "Agreeing to Disagree: Can We Just Have Words?: CISG Article 11 and the Model Law Writing Requirement", **Journal of Law and Commerce**, C. 25, 2005-2006, s. 153-165.

CISG ve tahkim ikilisi arasındaki ilişkinin bir boyutu da çalışmamızın esas konusunu oluşturan CISG'nin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak uygulama alanı bulup bulamayacağı meselesidir. Bu tartışmayı alevlendiren ise 1992 tarihli bir Amerikan mahkeme kararıdır[3]. Kısaca *Filanto* kararı olarak anacağımız bu karara konu olayda, Rus bir şirket ile tahkim şartı da içeren bir ayakkabı satım sözleşmesi yapan Amerikan şirketi Chilewich, bu borcunu ifa edebilmek adına İtalyan ayakkabı imalatçısı Filanto ile bir satım sözleşmesi akdetmiştir. Filanto ile Chilewich arasındaki birtakım yazışmalar gerçekleşmiş ve en nihayetinde 19 Mart 1990 tarihinde Chilewich tarafından yapılan görüşmeler ışığında bir yazılı sözleşme hazırlanarak Filanto'ya gönderilmiştir. Bu sözleşmede Chilewich ile Rus şirket arasındaki sözleşmedeki koşulların Filanto ile Chilewich arasındaki ilişkide de uygulanacağı yönünde de bir hüküm yer almaktadır. Filanto ise metnin kendisine iletilmesi sonrası bir süre sessiz kalmış, bu süreçte Chilewich tarafından kendisi adına açılan akreditifi de kabul etmiştir. Filanto, 7 Ağustos 1990 tarihinde ise Chilewich'e kendisine gönderilen sözleşme metnindeki salt paketleme, nakliye ve malların kabulüne ilişkin hükümleri kabul ettiği yönünde bir bildirim göndermiştir. İlerleyen dönemde Chilewich'e sözleşmede kararlaştırılan sayıda ayakkabıyı gönderen Filanto, ödemenin yalnızca bir kısmının yapılması üzerine New York'ta dava açmıştır. Chilewich ise taraflar arasında tahkim anlaşması bulunduğu gerekçesiyle tahkim itirazında bulunmuştur. Filanto ise, Chilewich tarafından kendilerine iletilen sözleşmenin yalnızca belli hükümlerini kabul ettiğini ve tahkim anlaşmasının taraflar arasındaki irade uyuşması kapsamında yer almadığını ileri sürmüştür. New York Federal Bölge Mahkemesi, öncelikle satım sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit etmiş ve CISG m. 1/1(a) uyarınca CISG'nin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Akabinde ise tahkim anlaşmasının geçerliliği meselesini incelemiş ve taraflar arasında yazılı bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığı konusunun tespitine CISG'nin uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu doğrultuda, CISG m. 18/1 uyarınca susmanın kural olarak kabul anlamına gelmeyeceğini, ancak CISG m. 8/3 uyarınca taraflar arasında oluşmuş teamüller karşısında Filanto'nun Chilewich'in tahkim şartı içeren önerisini makul bir süre içerisinde reddetme yükümlülüğü altında olduğunu

---

3 *Filanto S.p.A. v. Chilewich International Corp.*, Federal District Court of New York, 14.04.1992, 92 Civ. 3253 (CLB) (http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920414u1.html, Erişim Tarihi: 27.09.2019).

ve beş aylık süre boyunca bu öneriyi reddetmemesi nedeniyle Filanto'nun tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Bu çerçevede, çalışmamızda öncelikle CISG ile tahkim, tahkim anlaşması ve bunun esastan ve şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk konuları kısaca ele alınacaktır. Akabinde ise CISG'nin tahkim anlaşmasının esastan ve şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk olarak uygulanmasının mümkün olup olmadığı konusu, *Filanto* kararında New York mahkemesinin yapmış olduğu tespitler ve doktrindeki görüşler ışığında açıklanmaya çalışılacaktır.

I. GENEL OLARAK CISG

CISG, günümüzde doksan iki devletin taraf olduğu ve milletlerarası ticaretin önemli bir parçası haline gelmiş bir milletlerarası sözleşmedir. UNCITRAL[4] bünyesinde hazırlanıp, 11 Nisan 1980 tarihinde Avusturya'nın başkenti Viyana'da imzalanan ve tam adı "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması" olan bu sözleşme[5], 1 Ocak 1988 tarihinde on ülke tarafından onaylanması sonrası yürürlüğe girmiştir.

CISG, taşınır malların milletlerarası satımına ilişkin olarak sözleşmelerin kuruluşu, sözleşme kapsamındaki borçların ifası ve sözleşmenin sona ermesine ilişkin hükümler içermektedir[6]. Bu çerçevede, CISG milletlerarası mal satım sözleşmeleri bakımından uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını gösteren değil, doğrudan taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözecek yeknesak maddi hukuk kuralları öngören bir milletlerarası sözleşmedir[7].

---

4 Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), 1966 yılında Birleşmiş Milletler'in 2205(XXI) sayılı kararıyla kurulmuştur. Birleşmiş Milletler'in uluslararası ticaret hukuku alanında çalışan kuruluşu olan UNCITRAL, uluslararası ticaret kurallarının modernizasyonu ve yeknesaklaştırılması konusunda faaliyet göstermektedir. Komisyona dair ayrıntılı bilgi için bkz. https://uncitral.un.org/en/about (Erişim Tarihi. 27.09.2019).

5 Antlaşmadan çalışmamızda kısaca Viyana Satım Sözleşmesi veya CISG olarak bahsedilecektir.

6 CISG'nin 4. maddesinin ilk cümlesi, kendi uygulama alanını şu şekilde ortaya koymaktadır: "*Bu Antlaşma, sadece satım sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlarını düzenler*."

7 ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGANMEŞE, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 7. Bası, İstanbul 2019, s. 319; ÇALIŞKAN, Yusuf, **Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul 2014, s. 123; TARMAN, Zeynep Derya**, Viyana Sa-**

CISG, toplam dört kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısımda CISG'nin uygulama alanına ilişkin hükümler[8] yer almaktayken, ikinci kısımda sözleşmenin kurulması konusu[9] ele alınmıştır. CISG'nin en ayrıntılı ve uzun kısmı ise üçüncü kısım olup, bu kısımda tarafların hak ve borçları, sözleşmenin ihlali halinde tarafların sahip oldukları imkânlar, hasarın geçişi, tazminat sorumluluğu, sözleşmenin ortadan kaldırılması gibi hususlar düzenlenmiştir. Dördüncü ve son kısım ise "son hükümler" başlığını içermekte ve taraf devletlerce yürürlük hükümleri ile çekince konulabilecek hükümleri ihtiva etmektedir.

An itibariyle dünya ticaretini elinde tutan ülkelerin en az üçte ikisi CISG'ye taraftır[10]. Milletlerarası ticarette en sık karşılaşılan sözleşme tiplerinden bir tanesine ilişkin maddi hukuk kuralları getirecek denli cesur bir sözleşme olmasına karşın bu kadar çok devletçe taraf olunmuş olması nedeniyle, CISG'nin genel olarak başarıya ulaştığı rahatlıkla söylenebilecektir. Öyle ki, doktrinde CISG'nin 20. yüzyılın en başarılı uluslararası yeknesak hukuk projesi olduğu yorumu dahi yapılmıştır[11].

CISG, an itibariyle Anglo-Sakson hukuk geleneği ile Kıta Avrupası hukuk geleneğine sahip ülkeler, bu iki sistemin karması sisteme sahip ülkeler ve şeri hukuk temelli hukuk sistemlerine sahip ülkeler gibi pek çok farklı

---

tım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak: CISG'ın Uygulama Alanı, İstanbul 2015, s. 8; ATAMER, Yeşim, **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul 2005, s. 4.

8 CISG'nin uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. WINSHIP, Peter, "The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts", **International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Nina M. Galston / Hans Smith (Ed.), New York 1984, s. 1-53. CISG'nin milletlerarası özel hukuk bakımından uygulama alanı özelinde ayrıntılı bilgi için bkz. ÇALIŞKAN, s. 124-148; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, "Viyana Konvansiyonu'nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2013/1, s. 19-52; KARACA, Hüseyin Akif, "CISG'in Milletlerarası Uygulama Alanı, İrade Serbestisi ve Bazı Yorum Meseleleri", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, S. 39, C. 1, 2019, s. 189-215.

9 CISG'nin sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SAĞLAM, İpek, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması (CISG m. 14-24)**, İstanbul 2013.

10 JANSSEN / SPILKER, s. 132.

11 SCHMIDT-AHRENDTS, s. 212.

hukuk geleneğinden ülkenin taraf olduğu, geniş katılımlı bir milletlerarası sözleşme haline gelmiştir. CISG, pek çok ulusal satım hukukunu etkilediği gibi[12], Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri (*Principles of European Contract Law*)[13] ve Milletlerarası Ticari Sözleşme Dair UNIDROIT[14] İlkeleri (*UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts*)[15] gibi farklı uluslararası kurallar üzerinde de etki doğurmuştur[16]. Ayrıca, CISG'nin özellikle de genel hükümleri arasında yer alan kuralların, ticari sözleşmelerde yaygın şekilde uygulanan temel kuralları yansıttığı kabul edilmektedir[17].

II. TAHKİM ANLAŞMASI VE TAHKİM ANLAŞMASININ ESASTAN GEÇERLİLİĞİNE UYGULANACAK HUKUK

1. Tahkim ve Tahkim Anlaşması Kavramları

Tahkim, doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığın taraflarının, bu uyuşmazlığın çözümü için devlet yargısı yerine hakem adı verilen özel kişileri yetkilendirme konusunda anlaşmaları şeklinde tanımlanabilecek olan bir uyuşmazlık çözüm yoludur[18]. Uluslararası ticarette olduğu kadar, iç ticaret-

---

12 CISG'nin ulusal hukuk sistemleri üzerindeki etkisine dair ayrıntılı bir çalışma için bkz. FERRARI, Franco (Ed.), **The CISG and its Impact on National Legal Systems**, Münih 2008.

13 İlkelerin İngilizce tam metni için bkz. https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/ (Erişim Tarihi: 27.09.2019).

14 Özel Hukukun Yeknesaklaştırılmasına Yönelik Milletlerarası Enstitü (UNIDROIT), ilk olarak 1926 yılında Milletler Cemiyeti'nin bir organı olarak kurulmuş; 1940 yılında ise UNIDROIT Statüsü adı verilen milletlerarası antlaşmayla şimdiki halini alan, Roma merkezli bir bağımsız milletlerarası kuruluştur. UNIDROIT, başta ticaret hukuku olmak üzere, özel hukukun modernleştirilmesi, uyumlaştırılması ve koordinasyonu amacıyla çalışmalar yürütmek ve yeknesak hukuk kuralları ve ilkeleri hazırlamak amacına hizmet etmektedir. Kuruma dair ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview (Erişim Tarihi. 27.09.2019).

15 İlkelerin 2016'da güncellenmiş güncel versiyonunun İngilizce tam metni için bkz. https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf (Erişim Tarihi: 27.09.2019).

16 ATAMER, s. 16-17; TARMAN, s. 11; WAINCYMER, s. 582.

17 PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 69.

18 Tahkim kavramına ilişkin verilen bazı tanımlar için bkz. ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 648; BORN, Gary, **International Commercial Arbitration**, 2. Bası, 2014, s. 241; LEW, Julian D. M. / MISTELIS, Loukas A. / KRÖLL, Stefan, **Comparative International Commercial Arbitration**, 2003, s. 1; AKINCI, Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, 4. Bası, İstanbul 2016 ("**Tahkim**"), s. 3; YAVUZ, Cevdet, "Türk Hukukunda Tahkim Sözleş-

te de her geçen gün daha fazla uygulama alanı bulan tahkim yolu, dünyanın pek çok ülkesinde yaygınlaşmaktadır.

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözebilmeleri için aranan temel şart, taraflar arasında bir tahkim anlaşması bulunmasıdır. Gerçekten de, bir özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlığın mutad çözüm yolu olan devlet yargısı yerine tahkimde görülebilmesi için sağlanması gereken olmazsa olmaz şart (*conditio sine qua non*), taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının var olmasıdır[19].

Tahkim anlaşmaları bakımından önem taşıyan konulardan bir tanesi de yabancılık unsuru içeren tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukuku tespit ihtiyacıdır. Gerçekten de, milletlerarası nitelik taşıyan bir tahkim anlaşmasının tâbi olduğu kuralları tespit edebilmek için öncelikle bu tahkim anlaşmasını bir hukuk sistemine bağlamak gerekmektedir. Bununla beraber, bu faaliyet, tıpkı yabancılık unsuru barındıran her tür sözleşmede olduğu gibi, tek bir işlemle tamamlanabilecek nitelikte değildir. Öyle ki, bir bütün olarak tahkim anlaşmasını ilgilendiren her kavramın tek bir kanunlar ihtilafı incelemesiyle doğrudan tek bir hukuk sistemine bağlanması söz konusu değildir. Bu nedenle, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği, tahkime elverişlilik, tahkim anlaşması yapma ehliyeti ve temsilcinin tahkim anlaşması yapma yetkisi gibi konuların hepsi bu bakımdan ayrı ayrı ele alınmalıdır[20]. Çalışmamızda yalnızca tahkim anlaşmasının esastan ve şekli geçerliliği konularına değinilecek ve CISG'nin bu iki konu bakımından tahkim anlaşmalarının geçerliliğini tayin edecek hukuk kuralı olarak uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilecektir.

2. Tahkim Anlaşmasının Esastan Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmaları ele alınırken değinilmesi gereken unsurların başında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk gelmektedir. Tahkim anlaş-

---

mesi ve Tabi Olduğu Hükümler", **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim"**, Erol Ulusoy / Aslı Yıldırım (Ed.), İstanbul 2009, s. 133-177, s. 133; ÖZEL, Sibel, **Milletlerarası Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul 2008, s. 17; ERKAN, Mustafa, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Ankara 2013, s. 23.

19 AKINCI, **Tahkim**, s. 93.

20 Bu ayrım ve tüm bu unsurlar bakımından uygulanacak hukukun tespiti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 38-86.

masına uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine dair tüm meselelerin akıbetini belirleyecek olan hukuktur. Tahkim anlaşmasının kurulup kurulmadığı, kurulma anı, icap ve kabulün geçerliliği, irade sakatlıkları, tahkim anlaşmasının ifası, tahkim anlaşmasının sona ermesi, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili gibi konular, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka göre çözülecek meselelerdendir[21].

Yabancılık unsuru içeren ilişkilerde, taraflar genellikle aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçseler de, aynı şeyi tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk bakımından söylemek mümkün değildir. Gerçekten de uygulamada tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka yönelik olarak taraflarca genellikle bir seçim yapılmadığı ifade edilmektedir[22]. Bu yönde hukuk seçimlerinin yalnızca tahkim şartı yerine bağımsız bir tahkim sözleşmesi yoluyla tahkim anlaşması yapıldığı hallerde veya çok detaylı tahkim şartları içeren bazı sözleşmelerde karşımıza çıkabileceği belirtilmektedir[23].

Uluslararası sözleşmelerde de tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunun henüz tam anlamıyla yeknesaklaştırıl(a)madığı görülmektedir[24]. Günümüzde pek çok milletlerarası tahkim mevzuatının dayanağını oluşturan UNCITRAL Model Kanun'da yalnızca iptal ile tanıma ve tenfiz davaları bakımından bir düzenleme bulunmaktayken; bundan önceki süreçte geçerliliğin tayin edilmesi gereken hallerde uygulanacak hukuka dair herhangi bir hüküm yer almamaktadır[25]. Oldukça geniş katılımlı bir milletlerarası söz-

---

21 ÖZEL, s. 89-90; BERGER, Klaus Peter, "Re-Examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?", **International Arbitration 2006: Back to Basics?**, ICCA Congress Series, C. 13, 2007, s. 301-334, s. 322.

22 BORN, s. 491; BERGER, s. 320; ÖZEL, s. 80; FLECKE-GIAMMARCO / GRIMM, s. 35; SCHMIDT-AHRENDTS, s. 217-218.

23 BORN, s. 491.

24 AB hukukunda sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku yeknesaklaştırma amacı güden Roma I Tüzüğü'nün (Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 593/2008 sayılı Tüzük) bu konuya ilişkin yaklaşımı da kanımızca dikkat çekicidir. Roma I Tüzüğü, açık bir şekilde tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukukun Tüzüğün uygulama alanına girmediğini öngörmektedir. Tüzüğün ilgili m. 1/2(e) hükmü şu şekilde Türkçeye tercüme edilebilir: "*Aşağıdakiler işbu Tüzüğün kapsamı dışında yer almaktadır: (…) tahkim anlaşmaları ve yetki anlaşmaları*". Roma I Tüzüğü'nün İngilizce tam metni için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN (Erişim Tarihi: 27.09.2019).

25 Model Kanun temelinde hazırlanan MTK'da ise bu konuya ilişkin bir hüküm yer almaktaysa da, söz konusu hüküm (m. 4/3) yalnızca MTK'nın uygulandığı haller bakımından hangi

leşme olan 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi[26] ("New York Sözleşmesi") ise adından da anlaşılabileceği üzere temel olarak sadece yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bununla beraber, Sözleşme'nin tüm hükümlerinin tanıma ve tenfizle sınırlı bir etkisi olduğunu söylemek de doğru olmayacaktır. Gerçekten de, Sözleşme'nin 2. maddesi hem tahkimle çözümlenmesi kararlaştırılan bir uyuşmazlığın mahkemeye taşınması halinde mahkemelerin ne şekilde hareket etmesi gerektiğine ilişkin, hem de tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine ilişkin hükümler içermektedir[27]. Öte yandan, söz konusu 2. maddede tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Sözleşme'nin m. 5/1(a) hükmünde bu konuya ilişkin bir düzenleme yer almaktaysa da, bu düzenleme yalnızca tanıma ve tenfiz bakımından uygulanacak hukuku düzenlemektedir[28]. Doktrinde bir görüş, New York Sözleşmesi'nin m. 5/1(a)

---

hukukun uygulanacağını göstermektedir. MTK'nın uygulama alanı ise yabancılık unsuru içeren ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya tahkim yeri Türkiye dışında olsa dahi taraflar ya da hakemlerce MTK'nın seçildiği hallerle sınırlıdır (m. 1/2). MTK m. 4/3 şu şekilde düzenlenmiştir: "*Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir*".

26 Kanun No: 3731, Kabul Tarihi: 08.05.1991, R.G. 25.09.1991, S. 21002. Sözleşme'nin Türkçe tam metni için bkz. R.G. 25.09.1991, S. 21002. Sözleşme'ye taraf devletlerin listesi için bkz. http://www.newyorkconvention.org/countries (Erişim tarihi: 27.09.2019).

27 New York Sözleşmesi m. 2 şu şekildedir: "*(1) Âkit devletlerden her biri, tarafların akte dayanan veya akdî olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişmelerine dair yazılı anlaşmalarını muteber addeder. (2) "Yazılı anlaşma" terimiyle karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır. (3) Bir Âkit Devlet mahkemesi, tarafların, işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarına el koyduğu takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları, birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder*".

28 New York Sözleşmesi m. 5/1(a) şu şekildedir: *"(1) Aleyhine hakem kararı ileri sürülen taraf talepte bulunmaz ve zikri geçen kararın tanınması ve icrası istenen memleketin yetkili makamı önünde aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası isteği reddolunamaz: (a) II. maddede derpiş olunan anlaşmayı akdeden tarafların haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olduğu, yahut da zikri geçen anlaşmanın taraflarca tabi kılındığı kanuna ve eğer bu babta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz bulunduğu (…)*".

hükmündeki düzenlemenin geniş yorumlanıp tanıma ve tenfiz davası sürecinden önce tahkim anlaşmasının geçerliliğinin mahkemelerce tespit edilmesi gereken hallerde de uygulanabileceğini savunmaktadır[29]. Bu yorum yolu, bu alandaki düzenleme eksiğinin olumsuz etkilerini en aza indirgeyebilecek nitelikte bir çözüm yolu sunmaktadır.

Bununla beraber, bu yaklaşımın henüz genel geçer bir kabul olarak görülemeyeceği ve şu aşamada yalnızca bir görüş olduğu da açıktır. Zira doktrin ve yargı kararları incelendiğinde de tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk bakımından ileri sürülmüş farklı görüşler bulunduğu görülmektedir. Örneğin, bir görüşe göre, taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir seçim yapılmadığı durumda, tarafların aralarındaki esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukuk, tahkim anlaşması bakımından da uygulanmalıdır[30]. Anglosakson hukuk sistemine tâbi ülkelerde yakın zamana kadar hâkim görüşün de bu olduğu belirtilmektedir[31]. Ayrıca, tek bir ulusal hukuk sistemine bağlanmanın uygun bir çözüm olmadığı ve New York Sözleşmesi'nde ortaya konan tahkim dostu tavır ışığında tarafların tahkime gitme yönündeki iradelerinin üstün tutulması gerektiğini esas alan geçerlilik yaklaşımı (*validation principle*) da günümüzde güç kazanmaktadır[32]. Günümüzde İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ve İspanyol Tahkim Kanunu'nun bu anlayışın yansıması olduğu kabul edilmektedir[33]. Bunların

---

29 Bu yönde bkz. BORN, s. 498-499; LEW / MISTELIS / KRÖLL, s. 119; BERGER, s. 317. Aynı yöndeki mahkeme kararları için bkz. Tribunal Fédéral Suisse, *Insurance Company v. Reinsurance Company*, 21.03.1995, **Yearbook Commercial Arbitration**, Albert Jan van den Berg (Ed.), C. 22, 1997, s. 800-806; Corte di Appello di Genova [Court of Appeal of Genoa], *Della Sanara Kustvaart - Bevrachting & Overslagbedrijf BV v. Fallimento Cap. Giovanni Coppola srl, in liquidation*, 03.02.1990, **Yearbook Commercial Arbitration**, Albert Jan van den Berg (Ed.), C. 17, 1992, s. 542-544.

30 PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 76; VOROBEY, s. 158; BLACKABY, Nigel / PARTASIDES, Constantine, **Redfern and Hunter on International Arbitration**, 6. Bası, 2015, s. 158.

31 BORN, s. 515. Bu görüşün izlendiği bazı kararlar için bkz. Sonatrach Petroleum Corp. (BVI) v. Ferrell Int'l Ltd [2002] 1 All ER 627 (Comm) (English High Ct.); Svenska Petroleum Exploration AB v. Lithuania [2005] EWHC 2437 (Comm) (English High Ct.); Arsanovia Ltd v. Cruz City 1 Mauritius Holdings [2012] EWHC 3702 (Comm) (English High Ct.).

32 BORN, s. 542-543; BERGER, s. 313; ZORLU, Süleyman Yasir, "Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuka 'Geçerlilik' Yaklaşımı", **Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler**, Sibel Özel / Mustafa Erkan (Ed.), İstanbul 2018, s. 239-259, s. 253-255.

33 BORN, s. 546; BLACKABY / PARTASIDES, s. 165; ZORLU, s. 256.

yanında, özellikle Fransız mahkemelerince izlenilen ve tahkim anlaşmalarının ulusal kurallar yerine uluslararası hukukun temel ilkelerine tâbi olması gerektiğini savunan bir anlayış da mevcuttur[34]. Görülebileceği üzere, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun belirlenmesi, oldukça karmaşık ve henüz net bir çözüme bağlanmamış bir konudur[35].

3. Tahkim Anlaşmasının Şekli Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Çalışmamızda tahkim anlaşmalarının geçerliliği bakımından ele alacağımız diğer nokta, tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk konusudur. Tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliği, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka göre daha farklı şekilde düzenlenmektedir. Pek çok uluslararası sözleşme ve ulusal hukukta tahkim anlaşmalarına uygulanacak şekil kuralları, doğrudan maddi milletlerarası özel hukuk kuralları getirilmek suretiyle düzenlenmiştir[36]. Doğrudan maddi kurallar getirilmesi nedeniyle, tahkim anlaşmalarının esastan geçerliliği konusundan farklı olarak burada çoğu durumda bir kanunlar ihtilafı problemiyle karşılaşılmayacaktır[37].

Konuya ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, tahkim anlaşmalarının yaygın şekilde yazılı şekil şartına tutulduğu görülmektedir[38]. Örneğin, New York Sözleşmesi m. 2, Milletlerarası Tahkim Kanunu ("MTK") m. 4/2, Alman Medeni Usul Kanunu m. 1031 ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 178/1, tahkim anlaşmalarının yazılı olması gerektiğini kurala bağlamış hükümlerdendir. Bununla beraber, genel olarak tüm bu hükümlerde borçlar hukuku anlamında anlaşılan yazılılık şartına göre daha hafif bir

---

34 BORN, s. 549; LEW / MISTELIS / KRÖLL, s. 123; ÖZEL, s. 83. Doktrinde Fransız mahkemelerince izlenilen bu anlayışı gösteren tipik örnek olarak gösterilen karar için bkz. Cour de Cassation, Première chambre civile, *Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico*, T. 20.12.1993, **Revue de l'Arbitrage**, S. 1994/1, 116-117.

35 Öyle ki, doktrinde tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukukun tespitinde dokuz farklı bağlama noktasının göz önünde bulundurulabileceği ileri sürülmüştür. Bu görüş için bkz. BLESSING, Marc, "The Law Applicable to the Arbitration Clause", **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, Albert Jan van den Berg (Ed.), ICCA Congress Series, C. 9, 1999, s. 168-188, s. 169-170.

36 ÖZEL, s. 62; LEW / MISTELIS / KRÖLL, s. 112; KRÖLL, **Arbitration**, s. 83.

37 ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 662; BORN, s. 620.

38 BORN, s. 657.

şekil şartı düzenlendiği de görülmektedir[39]. Örneğin, milletlerarası tahkim hukukumuzda bir tahkim anlaşmasının mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması, imza şartına tâbi tutulmaksızın yazılılık şartını sağlamak için yeterli görülmüştür (MTK m. 4/2)[40].

Bununla beraber, bazı hukuk sistemlerinde yazılılık şartı öngörme yönündeki geleneksel yaklaşım yerine şekil serbestisini esas alan liberal bir anlayış kabul edilmiştir. Örneğin, Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 1507. maddesinde milletlerarası tahkim anlaşmalarının hiçbir şekle bağlı olmadığı açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. Yeni Zelanda hukukunda da şekil bakımından bir serbesti bulunmaktadır. Yeni Zelanda Tahkim Kanunu Ek 1 m. 7/1 hükmünde tahkim anlaşmalarının yazılı veya sözlü bir şekilde yapılabileceği ifade edilmiştir. Benzer şekilde, İskoçya Tahkim Kanunu m. 4 hükmünde de tahkim anlaşmalarına ilişkin tanım verilirken hiçbir şekil şartına yer verilmemiştir.

UNCITRAL Model Kanun'un 2006 yılında yenilenen güncel metninde ise daha farklı bir anlayış izlenmiştir. Model Kanun m. 7 hükmünde tahkim anlaşmalarının şekli bakımından iki ayrı seçenek sunulmuştur[41]. İlk seçenek, geleneksel yaklaşıma uygun şekilde yazılılık şartının aranması gerektiğini ortaya koymaktadır. İkinci seçenek ise şekil bakımından hiçbir kural öngörmemiş ve şekil serbestisini esas almıştır[42].

---

39 AKINCI, **Tahkim**, s. 119; ÖZEL, s. 63.

40 Türk Borçlar Kanunu m. 14'te öngörülen yazılı şekil şartı ise daha ağır bir standart öngörmektedir: "*(1) Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur. (2) Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer*".

41 UNCITRAL Model Kanun m. 7/2-6. UNCITRAL Model Kanun'un İngilizce tam metni için bkz. https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (Erişim Tarihi: 27.09.2019).

42 Söz konusu ikinci seçenek Türkçeye şu şekilde tercüme edilebilir: "'*Tahkim anlaşması', sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarındaki belirli bir hukuki hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözümlenmesi için yaptıkları anlaşmadır*".

III. CISG'NİN TAHKİM ANLAŞMASININ ESASTAN GEÇERLİLİĞİNE UYGULANACAK HUKUK OLARAK UYGULANMASI MÜMKÜN MÜDÜR?

1. Genel Olarak

New York Federal Bölge Mahkemesi, 1992 tarihli *Filanto* kararıyla CISG ile tahkim kurumu arasındaki sıkı ilişkiye yeni bir boyut kazandırmıştır. Mahkeme, giriş bölümünde değinmiş olduğumuz üzere, söz konusu kararda taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığı sorununu borçlar hukukunu ilgilendiren bir sorun olarak nitelemiş ve bu çerçevede konuyu CISG'nin sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümleri ışığında çözüme kavuşturmuştur. *Filanto* kararı sonrası bu konu karşılaştırmalı hukukta büyük bir ilgi görmüş ve doktrinde konuya dair iki farklı görüş ortaya atılmıştır.

Doktrinde bir grup yazar, tahkim anlaşmasının taraflar arasındaki mal satım sözleşmesinin bir parçası olarak, yani tahkim şartı olarak düzenlenmesi durumunda, esas sözleşmenin tâbi olduğu CISG'nin tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine ilişkin olarak da uygulanabileceğini kabul etmektedir[43]. Ayrıca, genel işlem koşulları içerisinde tahkim şartına yer verilmesi ve bu koşulların sözleşmeye dahil edilmesi halinde de, tahkim anlaşmasının kurulmasının CISG'ye tâbi olabileceği ileri sürülmüştür[44]. Zaten CISG'nin tahkim anlaşmalarının kurulmasına ilişkin olarak uygulanabileceği sonucu-

---

43 KOCH, s. 282; MISTELIS, s. 394; SCHMIDT-AHRENDTS, s. 218; PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 73; SCHROETER, Ulrich G., "Madde 14-24'e İlişkin Giriş", **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi**, Ingeborg Schwenzer / Pınar Çağlayan Aksoy (Ed.), S. Derya Yakupoğlu (Çev.), İstanbul 2015, s. 362-548, s. 371-372; SCHWENZER, Ingeborg/ HACHEM, Pascal, "1-6. Maddelere Giriş", **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi**, Ingeborg Schwenzer / Pınar Çağlayan Aksoy (Ed.), Yasemin Kabaklıoğlu (Çev.), İstanbul 2015, s. 155-258, s. 215. Tahkim anlaşmasının yorumlanması için CISG m. 8 hükmünden yararlanılan bir Alman mahkeme kararı için bkz. *Tissue machine case*, Appellate Court Stuttgart, 15.05.2006, 5 U 21/06 (http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060515g1.html, Erişim Tarihi: 27.09.2019). CISG'nin bir yetki anlaşmasının kurulması meselesine uygulandığı bir Amerikan mahkeme kararı için bkz. *Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabaté USA, Sabaté S.A.*, United States Federal Appellate Court (9th Circuit), 05.05.2003, 02-15727 (http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030505u1.html, Erişim Tarihi: 27.09.2019).

44 SCHROETER, s. 372.

na varılan mahkeme kararlarının da çoğunlukla genel işlem koşulları içerisinde yer alan tahkim anlaşmalarını konu aldığı görülmektedir[45].

Örneğin, bu görüşteki yazarlardan *Koch*, tahkim anlaşmalarının hem CISG'de yer alan sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümlere (CISG m. 14-24), hem de CISG'nin genel hükümlerine tâbi olduğunu (CISG m. 7-13) ve bu çerçevede tahkim anlaşmalarının kurulup kurulmadığı meselesi bakımından CISG'nin uygulanabileceğini ileri sürmektedir[46]. *Mistelis* de tahkim anlaşmasının kurulması bakımından CISG'nin uygulanabileceğini kabul etmekte, ancak esasen bir borçlar hukuku meselesi olmasına karşın yorumlanma bakımından CISG'ye başvurulmasının uygun olmayacağını savunmaktadır[47].

Öte yandan, doktrindeki bazı yazarlar, bir adım daha ileri giderek, tahkim anlaşmasının kurulması yanında yorumlanması bakımından da CISG'nin uygulanmasının mümkün olabileceğini savunmaktadır. Örneğin, *Perales Viscasillas* / *Ramos Muñoz* ve *Schmidt-Ahrendts*, bu yönde görüş bildirmiştir[48]. Hatta *Schmidt-Ahrendts*'e göre, bir tarafın tahkim anlaşmasına rağmen sözleşmeden doğan uyuşmazlığı mahkemeye taşıması ihtimalinde, CISG m. 74 uyarınca tahkim anlaşmasının ihlali nedeniyle tazminat isten-

---

45 Bu doğrultudaki kararlar için bkz. *Cereal case*, Appellate Court Naumburg, 13.02.2013, 12 U 153/12 (http://cisgw3.law.pace.edu/cases/130213g1.html, Erişim tarihi: 27.09.2019); *Printed goods case*, Appellate Court Frankfurt, 26.06.2006, 26 Sch 28/05 (http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060626g1.html, Erişim Tarihi: 27.09.2019); *Hazelnuts case*, District Court Hamburg, 19.06.1997, 302 O 223/95 (http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970619g1.html, Erişim Tarihi: 27.09.2019); *Hibro Compensatoren B.V. v. Trelleborg Industri Aktiebolag,* District Court of Arnhem, 17.01.2007, 146453 / HA ZA 06-1789 (http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070117n1.html, Erişim Tarihi: 27.09.2019); Interim Award, Netherlands Arbitration Institute, 10.02.2005 (http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050210n1.html, Erişim Tarihi: 27.09.2019).

46 KOCH, s. 282. Yazara göre, bu durum ancak tahkim anlaşması esas sözleşmenin bir parçası olduğu durumda mümkün olabilecektir. Eğer tahkim anlaşması taraflar arasındaki esas sözleşmeden sonra veya taraflar arasında bir uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra yapılırsa, bu durumda CISG'nin doğrudan uygulama alanı bulması mümkün olmayacaktır. Yazara göre bu ihtimalde CISG'nin tahkim anlaşması bakımından da uygulanabilmesinin tek yolu ise tarafların bu yönde bir anlaşmaya varmasıdır (KOCH, s. 282).

47 MISTELIS, s. 394. CISG'nin tahkim anlaşmaları bakımından uygulanması konusunda kesin bir fikir beyan etmeyen *Waincymer* da yorum faaliyeti bakımından iki kurumun hareket noktalarının farklı olduğunu ve bu nedenle CISG'nin tahkim anlaşmasının yorumlanmasında kullanılamayacağını savunmaktadır (WAINCYMER, s. 586).

48 PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 69; SCHMIDT-AHRENDTS, s. 218.

mesi dahi mümkün olabilmelidir[49]. Ancak, yazar CISG'nin tahkim anlaşmasının kurulması ve yorumlanması bakımından uygulanabilmesi için ek bir şartın daha sağlanması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, salt tahkim şartının yer aldığı satım sözleşmesinin CISG'ye tâbi olması yeterli değildir ve buna ek olarak CISG'nin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun da bir parçası olması gerekmektedir[50].

Doktrindeki ikinci görüş ise ilk görüşe karşı çıkmakta ve CISG'nin tahkim anlaşmaları bakımından uygulanmasını mümkün görmemektedir[51]. Bu görüşteki yazarların dayanak olarak ileri sürdükleri gerekçeler ise genel olarak tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği (bağımsızlığı) ilkesi ve tahkim anlaşmalarının CISG'nin uygulama alanına girmemesi olmaktadır. Biz de çalışmamızın bu kısmında ikinci görüş tarafından ileri sürülen bu iki gerekçe ışığında CISG'nin tahkim anlaşmalarının esastan geçerliliğine uygulanmasının mümkün olup olmadığı meselesini ele almaya çalışacağız.

---

49 SCHMIDT-AHRENDTS, s. 219.

50 SCHMIDT-AHRENDTS, s. 218. Yazara göre bu durum dört farklı şekilde gerçekleşebilir. İlk ihtimal, taraflarca CISG'nin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak seçilmesidir. İkinci ihtimal, yetkili mahkeme veya hakem heyetinin esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanmasına karar vermesidir. Üçüncü ihtimal, yetkili mahkeme veya hakem heyetinin tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunu uygulamasıdır. Bu durumda CISG'nin uygulanabilmesi için CISG'nin tahkim yeri hukukunun bir parçası olması gerekmektedir. Dördüncü ihtimal ise İsviçre ve İspanya hukuklarında olduğu gibi yetkili mahkeme veya hakem heyetinin tahkim anlaşmasının geçerliliğini *favor validitatis* yaklaşımına göre tespit etmesi ve taraflar arasındaki esas sözleşmeye uygulanan CISG'nin de tahkim anlaşmasını geçerli kılmasıdır (SCHMIDT-AHRENDTS, s. 218).

51 KRÖLL, Stefan, "Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application", **Journal of Law and Commerce**, C. 25, 2005-2006, s. 39-57 ("**Problems**"), s. 42; SCHLECHTRIEM, Peter / SCHMIDT-KESSEL, Martin, "Madde 11", **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi**, Ingeborg Schwenzer / Pınar Çağlayan Aksoy (Ed.), N. Nilay Dayanç (Çev.), İstanbul 2015, s. 344-355 ("**Madde 11**"), s. 347. Bu yönde bir Alman mahkeme kararı için bkz. *Textiles case*, District Court Duisburg, 17.04.1996, 45 (19) O 80/94 (http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960417g1.html, Erişim Tarihi: 27.09.2019). CISG'nin yetki anlaşmaları bakımından uygulanamayacağı yönünde bkz. *Gutta-Werke AG v. Dörken-Gutta Pol. and Ewald Dörken AG*, Tribunal fédéral suisse, 11.07.2000, 4C.100/2000/rnd (http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000711s1.html, Erişim Tarihi: 27.09.2019).

2. Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği (Bağımsızlığı) İlkesi Bakımından

CISG'nin tahkim anlaşmalarının esastan geçerliliğine uygulanıp uygulanamayacağı sorununa cevap ararken ele alacağımız ilk nokta, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği veya bağımsızlığı ilkesidir. Sözleşmeler hukuku pratiğinde taraflar aralarındaki esas sözleşme içerisine bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların ne şekilde çözüleceğine ilişkin de hükümler eklemektedirler. Bu hükümler, yetkili mahkemenin tespitine yönelik olabileceği gibi, tahkime başvurulmasına yönelik de olabilmektedir. Uygulamada milletlerarası yetki ve tahkim anlaşmalarının bağımsız bir anlaşma yoluyla yapılmasının nadir olduğu ve çoğunlukla esas sözleşmenin bir hükmü olarak düzenlendiği ifade edilmektedir[52]. Bu durumda esas sözleşmenin tâbi olduğu hukukun, aynı sözleşmenin bir parçası olan tahkim anlaşması bakımından da uygulanması gerektiği düşünülebilir. Ancak bu düşünce, tahkim hukukunun temel kavramlarından bir tanesi olan ayrılabilirlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Zira ayrılabilirlik ilkesine göre, taraflar arasındaki esas sözleşme ile bu sözleşmenin bir hükmü olarak, yani tahkim şartı şeklinde karşımıza çıkan tahkim anlaşması, birbirinden bağımsız sözleşmeler olarak kabul edilmektedir[53]. Bu sözleşmelerden bir tanesinin geçersizliği, doğrudan diğer sözleşmenin de geçersiz olduğu anlamına gelmeyecektir[54]. Bu kabulün bir sonucu olarak, taraflar arasındaki esas sözleşmeye uygulanacak hukuk ile tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk da birbirinden farklı olabilecektir[55].

CISG'nin tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanmasının mümkün olmadığını savunan görüşün iddiasını dayandırdığı gerekçelerin başında, ayrılabilirlik ilkesinin esas sözleşmeye uygulanacak hukukun doğrudan tahkim anlaşması bakımından da uygulanmasına engel oluşturması

---

52 KRÖLL, **Problems**, s. 43; AKINCI, **Tahkim**, s. 97.

53 BORN, s. 349-350; LEW / MISTELIS / KRÖLL, s. 102; ERKAN, s. 82; BLACKABY / PARTASIDES, s. 104; KRÖLL, **Problems**, s. 39; JANSSEN / SPILKER, s. 155; PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 73.

54 Bu husus MTK m. 4/4 hükmünde şu şekilde ifade edilmiştir: "*Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz*".

55 LEW / MISTELIS / KRÖLL, s. 107; BORN, s. 351; KRÖLL, **Problems**, s. 39; PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 75-76.

gelmektedir[56]. Gerçekten de salt satım sözleşmesinin CISG'ye tâbi olmasından hareketle, tahkim anlaşmasının da kendiliğinden CISG'ye tâbi olması gerektiği sonucuna ulaşılması, bu iki sözleşmenin birbirlerinden bağımsız bir hukuki varlığa sahip olduğu yönündeki kabulle bir çelişki içerisinde görünmektedir. Doktrinde konuyu ele alan yazarlar, bu meseleyi farklı şekillerde ele almışlardır.

Perales Viscasillas / *Ramos Muñoz*'a göre, ayrılabilirlik ilkesi CISG'nin tahkim anlaşmaları için de uygulanabilmesi önünde herhangi bir engel oluşturmamaktadır[57]. Yazarlara göre, ayrılabilirlik ilkesinin *ratio legis*'i, salt esas sözleşmenin geçersiz olduğu iddiası nedeniyle tahkim anlaşmasının da kendiliğinden geçersiz olduğu sonucuna varılmasını engellemek ve hakem heyetinin yetkisini mümkün olduğunca ayakta tutmaktır; dolayısıyla bu ilkenin, tahkim anlaşmasının kurulmasına uygulanacak kurallar bakımından herhangi bir etkisinin olmaması gerekir[58].

Vorobey de ayrılabilirlik ilkesinin çok geniş yorumlanmaması gerektiğini savunmakta ve bunun kullanılan terminolojiye de yansıdığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, burada söz konusu olan tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden "ayrı" olması değil "ayrılabilir" olmasıdır; bir başka deyişle, tahkim anlaşmasını da içeren esas sözleşmenin kurulması aşamasında bu ikisi henüz birbirinden ayrılmamıştır ve bu nedenle sözleşmenin kurulması bakımından aynı kurallara tâbidir[59].

CISG'nin tahkim anlaşmaları bakımından uygulanmasını mümkün görmeyen *Kröll* ise ayrılabilirlik ilkesinin temel amacının, tarafların tahkime gitme iradesini ve hakemlerin uyuşmazlığı çözme yetkisini ayakta tutmak olduğunu belirtmektedir[60]. Yazar, aksi görüştekilere benzer şekilde, esas sözleşmenin ortadan kalkması veya geçersiz olmasının özellikle de sözleşmelerin kurulması bakımından tahkim anlaşmasını da etkileme ihtimali olduğunu da kabul etmektedir[61]. Ancak yazar bunlara karşın, bir tahkim anlaşmasının

---

56 KRÖLL, **Problems**, s. 44-45.

57 PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 75.

58 PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 75.

59 VOROBEY, s. 141. Yazar, bu görüşün çıkış noktasının Prof. Dr. Davor Babic'in Pittsburgh Üniversitesi'nde verdiği bir derste kullandığı ifadeye dayandığını belirtmektedir.

60 KRÖLL, **Arbitration**, s. 77.

61 KRÖLL, **Arbitration**, s. 76.

tahkim şartı şeklinde düzenlenmesi ve satım sözleşmesinin içerisinde yer almasına karşın, esas sözleşmeden hukuken ve kavramsal olarak bağımsız olduğunu[62], salt esas sözleşmenin sakatlığının kendiliğinden tahkim anlaşmasının da ortadan kalktığı veya geçersiz olduğu anlamına gelmeyeceğini ve bu nedenle de salt esas sözleşmenin CISG'ye tâbi olmasının tahkim anlaşmasının da buna tâbi olmasını haklı çıkarmayacağını savunmaktadır[63].

Esasen ilk görüşü kabul eden yazarlardan *Mistelis* ise kural olarak ayrılabilirlik ilkesinin CISG'nin tahkim anlaşmasına uygulanmasına engel olduğunu, ancak taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun seçilmediği hallerde tahkim anlaşmasının kurulmasına ilişkin olarak CISG'nin uygulama alanı bulmasının mümkün olabileceğini savunmaktadır[64]. Yazarın ayrılabilirlik ilkesini temelde taraflara tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirleyebilme özgürlüğü vermesiyle sınırladığı anlaşılmaktadır.

Bu iki görüş incelendiğinde, görüş taraftarlarının ayrılabilirlik ilkesinden anladıklarının birbirinden bir ölçüde farklı olduğu anlaşılmaktadır. CISG'nin tahkim anlaşmalarına uygulanmasını mümkün gören görüş, ayrılabilirlik ilkesinin iki anlaşmanın kurulması sonrasında gündeme geleceğini ve sözleşmelerin kurulması anında iki sözleşmeye yönelik iradelerin ortak olmasından hareket etmekte; aksi görüş ise bu iki sözleşmeyi bir bütün olarak birbirinden bağımsız görmekte ve sözleşmelerin kurulması bakımından da bu bağımsızlığın süreceğini kabul etmektedir[65].

Kanımızca tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ilkesinin CISG'nin tahkim anlaşmaları bakımından uygulanıp uygulanamayacağı sorunu üzerindeki etkisi, iki nokta ışığında ele alınmalıdır. İlk olarak, çalışmamızda daha önce de ele alındığı üzere, geleneksel olarak Anglosakson hukuk sisteminde destek bulan bir görüş, tahkim anlaşmasının tahkim şartı olarak yapıldığı ve taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk yönünde bir seçim yapılmadığı durumda, tahkim anlaşmasıyla en bağlantılı hukukun esas sözleşmeye uygulanacak hukuk olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşün temel hareket noktası, tarafların hukuk seçimi yoluyla esas sözleşmeye uygulanmasını kararlaştırdıkları hukuka yönelik iradelerinin, farazi olarak tahkim

---

62 KRÖLL, **Arbitration**, s. 82.

63 KRÖLL, **Problems**, s. 45.

64 MISTELIS, s. 394.

65 FLECKE-GIAMMARCO / GRIMM, s. 50.

anlaşması bakımından da bulunacağı düşüncesidir[66]. Zira özellikle de tahkim yerinin taraflarca belirlenmediği bir ihtimalde, tarafların aralarındaki ilişkiyi bir hukuk sistemine bağlama yönünde gösterdikleri tek irade, esas sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin olan iradedir. Bu yaklaşıma göre, tahkim anlaşmasının geçerliliğini tayin edecek bir hukuk sistemine bağlanması ihtiyacı karşısında, tarafların esas sözleşme için yaptıkları hukuk seçiminin, bu sözleşmenin fiziken içerisinde yer alan ve onunla yakın bir amaçsal ilişki içerisindeki tahkim anlaşması bakımından da uygulama alanı bulacak şekilde genişletilmesi tarafların beklentileri bakımından en uygun çözümdür. Bu anlayış, tahkim anlaşmasının bağımsız bir anlaşma olduğu gerçeğini reddetmemekte, yalnızca tahkim anlaşması ile içerisinde bulunduğu esas sözleşme arasındaki sıkı irtibatı dikkate almaktadır. O halde, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk kurallarının tahkim anlaşması bakımından uygulanması doktrinde ve yargı kararlarında destek bulan bir görüş olduğuna göre, aynı yorumu CISG'nin tahkim anlaşmasına uygulanabilmesi bakımından yapma önünde de ayrılabilirlik ilkesi çerçevesinde bir engel bulunmamalıdır.

İkinci olarak ise esas sözleşme için yapılmış hukuk seçiminin tahkim anlaşması bakımından da uygulanabilmesi sadece Anglosakson hukuk sisteminde karşımıza çıkan veya doktrinde savunulan bir görüş olmaktan ibaret değildir. Öyle ki, Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş bazı hukuk sistemlerinde de bu hukuk seçiminin tahkim anlaşmaları bakımından göz önünde bulundurulabileceği öngörülmüştür. Gerçekten de, tahkim anlaşmalarının esastan geçerliliği bakımından geçerlilik yaklaşımının (*validation principle*) örneklerinden olduğundan bahsettiğimiz İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 178/2 ve İspanyol Tahkim Kanunu m. 9/6 hükümleri, tahkim anlaşmasının geçerliliğini tek bir hukuk sistemine bağlamak yerine, üç farklı bağlama noktası sayarak, tahkim anlaşmasının bu üç alternatiften herhangi birine göre geçerli olmasını, anlaşmayı geçerli kabul etmek için yeterli saymıştır. Buna göre, bir tahkim anlaşması; taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçilen hukuk, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk veya İsviçre/İspanya hukuku üçlüsünden herhangi birine göre geçerli olması halinde geçerli kabul edilecektir. Görülebileceği üzere, tahkim anlaşmalarını

66 BLACKABY / PARTASIDES, s. 158; Sonatrach Petroleum Corp. (BVI) v. Ferrell Int'l Ltd [2002] 1 All ER 627 (Comm) (English High Ct.); Svenska Petroleum Exploration AB v. Lithuania [2005] EWHC 2437 (Comm) (English High Ct.); Arsanovia Ltd v. Cruz City 1 Mauritius Holdings [2012] EWHC 3702 (Comm) (English High Ct.).

mümkün olduğu ölçüde ayakta tutma amacına (*favor validitatis*) hizmet eden bu kanunlar ihtilafı kuralı[67], esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşması bakımından da uygulanmasına olanak tanımakta ve bu faaliyeti, tahkim anlaşmasını ayakta tutma amacı kapsamında gerçekleştirmektedir. Kanımızca bu ihtimalde de ayrılabilirlik ilkesiyle çelişen bir durum söz konusu değildir. Aksine, bu iki hukuk sisteminde öngörülen geçerlilik anlayışı, tıpkı ayrılabilirlik ilkesi gibi, tahkim anlaşmasını ayakta tutma amacına hizmet etmektedir.

Sonuç olarak kanaatimizce ele aldığımız bu iki nokta karşısında tahkim anlaşmalarının ayrılabilirliği ilkesi tek başına CISG'nin tahkim anlaşmaları bakımından uygulanması önünde bir engel teşkil etmemektedir. Öte yandan, ayrılabilirlik ilkesinin CISG'nin uygulama alanı ile beraber ele alınması ise farklı bir tartışma konusudur.

3. CISG'nin Uygulama Alanı Bakımından

CISG'nin tahkim anlaşmalarına uygulanması bakımından ele alacağımız ikinci nokta, CISG'nin uygulama alanıdır. CISG'nin uygulama alanı, Sözleşme'nin m. 1-6 hükümleriyle düzenlenmiştir. Sözleşme'nin temel olarak düzenlediği alan ise doğrudan m. 1/1'de ortaya konmuştur. Buna göre, Sözleşme "*işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerine (…) uygulanır*". O halde bir ilişkinin CISG'ye tâbi olabilmesi için mal satım sözleşmesi niteliği taşıması gerekmektedir. Peki CISG'ye tâbi bir mal satım sözleşmesi içerisinde bir tahkim anlaşması bulunuyorsa, bu tahkim anlaşması da sözleşmenin geri kalanı gibi CISG'nin uygulama alanına dahil kabul edilecek midir?

Bu soruya bir cevap aramaya başlamadan önce, doğrudan CISG'nin kendi içerisinde bu konuya ilişkin olarak getirdiği bir sınırlamaya değinmekte fayda görüyoruz. Şöyle ki, CISG m. 4 hükmü, CISG'nin "*sadece satım sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlarını*" düzenlediğini, "*sözleşmenin veya sözleşmenin hükümlerinin veya teamüllerin geçerliliği*" meselesinin ise CISG'nin uygulama alanına dahil olmadığını ifade etmektedir. Bu hükümde ortaya konan kuralın, elbette ki tahkim anlaşmaları bakımından da uygulanması gerekmektedir. Bu durumda, CISG'nin tahkim anlaşmalarının esastan geçerliliği bakımından

---

67 BORN, s. 480; FLECKE-GIAMMARCO / GRIMM, s. 43; ÖZEL, s. 82.

uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışmasının, yalnızca tahkim anlaşmasının kurulması ve tahkim anlaşmasından doğan hak ve borçları meselesiyle sınırlı şekilde anlaşılması gerekecektir. Dolayısıyla, tahkim anlaşmasının geçerliliği sorunu, her halükarda CISG'nin kapsamı dışında kalmaktadır[68].

İlk bakışta bir sözleşmenin kurulup kurulmadığı meselesi ile geçerliliği sorunu arasındaki ayrım net bir şekilde algılanamayabilir. Burada sözleşmenin kurulmasından anlaşılması gereken, sözleşmeyi kurmaya yönelik irade beyanlarının, yani öneri ve kabulün uyuşması meselesidir[69]. CISG m. 4 uyarınca CISG'nin kapsamı dışında bırakılan hususlar ise irade sakatlıkları, ehliyetsizlik, emredici hükümlere, kamu düzenine veya ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizlik halleriyle sınırlıdır[70]. *Filanto* kararında Amerikan mahkemesinin yaptığı inceleme de tarafların irade beyanlarındaki uzlaşmanın tahkim anlaşmasını da kapsayıp kapsamadığıyla ilişkili olduğundan, CISG m. 4'te ortaya konan sınırlamaya uygun hareket edildiği anlaşılmaktadır.

CISG'nin getirmiş olduğu bu sınırlamaya değindikten sonra, doktrinde konuya ilişkin olarak ileri sürülmüş olan farklı görüşlere temas etmek isteriz. Tahkim anlaşmalarının CISG'nin uygulama alanına girip girmediği konusunda da temel olarak iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bir görüş, tahkim anlaşmalarının CISG'nin uygulama alanına girip girmediği sorusuna m. 1-6 hükümleri ışığında olumsuz yanıt vermekte ve bu hükümlerde CISG'nin yalnızca mal satım sözleşmelerine uygulanacağının öngörülmesi nedeniyle, bu kapsamda yer almayan tahkim anlaşmalarının CISG'ye tâbi olamayacağını kabul etmektedir[71]. Aksi görüş ise CISG'nin uygulama alanını mal satım sözleşmeleriyle sınırlamasının, CISG'nin bu sözleşmelerin içinde bulunan tahkim şartı bakımından da uygulanması önünde bir engel olmadığını ileri sürmekte ve tahkim anlaşmalarının CISG'nin uygulama alanı dışında olduğu düşüncesini reddetmektedir[72].

---

68 PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 73.

69 KOCH, s. 282; PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 72; SCHMIDT-AHRENDTS, s. 218.

70 PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 72.

71 KRÖLL, **Problems**, s. 45. Bu tespit yapılarak yetki anlaşmalarının CISG'ye tâbi olmadığı sonucuna varılan bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. *Gutta-Werke AG v. Dörken-Gutta Pol. and Ewald Dörken AG*, Tribunal fédéral suisse, 11.07.2000, 4C.100/2000/rnd (http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000711s1.html, Erişim Tarihi: 27.09.2019).

72 Bu görüşteki yazarlar için bkz. PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 73; KOCH, s. 282; SCHROETER, s. 371.

CISG'nin tahkim anlaşmaları bakımından uygulanabileceğini savunan yazarlara göre tahkim anlaşmasının satım sözleşmesinin bir parçası olması şartıyla CISG tarafından uygulama alanı dışında bırakılmış sayılması mümkün değildir, zira doğrudan CISG'nin içerisinde uyuşmazlık çözüm klozlarına yapılmış atıflar bulunmaktadır. Bu görüşteki yazarlarca ağırlıklı olarak değinilen iki hüküm bulunmaktadır. Bunlardan ilki, icaba verilen cevabın içeriğinin hangi hallerde kabul değil de karşı icap olarak görüleceğini ortaya koyan m. 19/3 hükmüdür[73]. Söz konusu hükme göre; "*Özellikle, semene, ödemeye, malların kalitesi ve miktarına, teslim yeri ve zamanına, taraflardan birinin diğerine karşı sorumluluğunun kapsamına veya uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tamamlayıcı veya farklı hükümler icabın şartlarını esaslı şekilde değiştirmiş sayılır*". Söz konusu yazarlarca değinilen diğer hüküm ise sözleşmenin ortadan kaldırılmasının sonuçlarını ortaya koyan m. 81/1 hükmüdür[74]. Söz konusu hükme göre; "*Sözleşmenin ortadan kaldırılması, tazminat yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla her iki tarafı da sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerden kurtarır. Sözleşmenin ortadan kaldırılması, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin sözleşme hükümlerini veya sözleşmenin ortadan kaldırılması sonrasında tarafların haklarını ve borçlarını düzenleyen diğer sözleşme hükümlerini etkilemez*"[75].

---

73 Madde 19/3'ün CISG'nin tahkim anlaşmaları bakımından uygulanabileceğine dayanak oluşturduğu yönünde bkz. KOCH, s. 282; PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 73; SCHROETER, s. 371; TARMAN, s. 97. Ayrıca, bu görüşteki yazarlardan *Schoeter*'e göre, m. 19/3 hükmünün *a contrario* yorumundan hareket edildiğinde de CISG'nin tahkim anlaşmalarına uygulanabileceği sonucuna varılabilir. Yazara göre, kabul beyanı uyuşmazlık çözümüne ilişkin farklı bir irade içeriyorsa bu sözleşmenin kurulamaması şeklindeki kural, zıt anlamıyla ele alınırsa, kabul beyanında uyuşmazlık çözümüne ilişkin farklı bir hüküm bulunmaması durumunda taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu anlamına gelecektir. İki tarafın öneri ve kabulü arasında bir uyum olduğunda sözleşmenin kurulması ise öneride yer alan uyuşmazlık çözüm klozunun (ve dolayısıyla tahkim anlaşmasının) da taraflar arasındaki sözleşmenin bir parçası haline geldiği anlamına gelecektir. Yazara göre bu durum, tahkim anlaşmasının kurulup kurulmadığının CISG bakımından çözümlenmesinden başka bir şey değildir (SCHROETER, s. 371).

74 Madde 81/1'in CISG'nin tahkim anlaşmaları bakımından uygulanabileceğine dayanak oluşturduğu yönünde bkz. SCHROETER, s. 371; PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 73.

75 Söz konusu hükümde esas sözleşme ortadan kalksa dahi bu sözleşmenin bir parçası olan uyuşmazlık çözüm klozlarının da kendiliğinden geçersiz olmayacağının ifade edilmesi, doktrinde CISG'nin de bu klozların ve dolayısıyla tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden ayrılabilirliği ilkesini kabul ettiğinin bir göstergesi şeklinde yorumlanmaktadır (KOCH, s. 271).

Söz konusu hükümler, gerçekten de ilk bakışta gerçekten de CISG'nin tahkim anlaşmaları bakımından da uygulanabilmesi için dayanak oluşturabilecek bir intiba uyandırmaktadır. Ancak bu iki hükme dayanarak satım sözleşmesinin bir parçası olarak kurulmuş tahkim anlaşmalarının CISG'nin kapsamına girdiği sonucuna varılması aksi görüşteki yazarlarca eleştirilmiştir. Bu görüşteki yazarlara göre salt söz konusu iki hükümde uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerin anılmış olması, bu konuların CISG'nin kapsamı dahilinde görüleceğini göstermek için yeterli değildir[76]. Zira anılan ilk hüküm olan m. 19/3 hükmü tahkim anlaşması yapma yönündeki yeni irade beyanının satım sözleşmesinin kurulması üzerindeki etkisini göstermektedir ve CISG'nin kapsamına giren konu da tahkim anlaşmalarını ilgilendiren ilk mesele değil, satım sözleşmesini ilgilendiren ikincisidir[77]. Aynı şekilde, m. 81/1 hükmü de yalnızca tahkim hukukunun temel bir ilkesi olan tahkim anlaşmalarının ayrılabilirliği ilkesini tekrarlamaktan ibarettir[78]. Bu iki hüküm de, tahkim anlaşması CISG yerine bir devletin hukukuna tâbi olsa dahi uygulanabilecek niteliktedir ve dolayısıyla tahkim anlaşmasının da bir parçası olduğu satım sözleşmesi gibi CISG'ye tâbi olması yönünde bir zorunluluk barındırmamaktadır[79].

Doktrinde CISG'nin tahkim anlaşmaları bakımından uygulanabileceğine dayanak oluşturan hükümlerin m. 19/3 ile m. 81/1 ile sınırlı olmadığı da ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, sözleşmenin bir tarafınca ihlal edilmesi durumunda diğer tarafın başvurabileceği hukuki imkanları ortaya koyan m. 45/3 ile m. 61/3 hükümlerinin hakemlerden bahsetmesi[80], CISG'nin hazır-

---

76 FLECKE-GIAMMARCO / GRIMM, s. 49; KRÖLL, **Arbitration**, s. 85.

77 FLECKE-GIAMMARCO / GRIMM, s. 49; KRÖLL, **Arbitration**, s. 85.

78 FLECKE-GIAMMARCO / GRIMM, s. 49; KRÖLL, **Arbitration**, s. 85.

79 FLECKE-GIAMMARCO / GRIMM, s. 49.

80 CISG m. 45/3 hükmü şu şekildedir: "*Alıcı, sözleşmenin ihlâl edilmesi halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan birine başvurduğu takdirde, satıcıya, bir mahkeme veya hakem tarafından ek süre tanınamaz*". CISG m. 61/3 hükmü de bu hükümle birebir paraleldir: "*Satıcı, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde sahip olduğu hukuki imkânlardan birine başvurduğu takdirde, alıcıya, bir mahkeme veya bir hakem tarafından ek süre tanınamaz*". Öte yandan, bu iki hükümde CISG'ye tâbi sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkimde de çözülebileceği göz önünde bulundurulmuş olmasına karşın, CISG'nin Kısım III hükümleri arasında bulunan m. 28 hükmünde yalnızca mahkemelerin adı anılmış ve "tahkim" veya "hakem" ifadesine yer verilmemiştir. Madde 28 şu şekildedir: "*Antlaşma hükümleri uyarınca taraflardan biri diğer tarafın belirli bir yükümlülüğü ifa etmesini talep hakkına sahip ise, mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak, bu Antlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım*

lık aşamasında tahkimin de göz önünde bulundurulduğuna dayanak oluşturmaktadır[81].

Bununla beraber, CISG'nin tahkim anlaşmalarına uygulanamayacağı görüşündeki *Kröll*'e göre ise, tahkim anlaşmaları tahkim şartı olarak düzenlenseler bile ayrılabilirlik ilkesi nedeniyle parçası oldukları esas sözleşmeden kavramsal ve hukuki olarak bağımsızdır ve bu nedenle tahkim anlaşmalarının CISG'nin uygulama alanına dahil olup olmadığı meselesi ele alınırken ayrılabilirlik ilkesi de muhakkak göz önünde bulundurulmalıdır[82]. Yazarın katıldığımız görüşüne göre, tahkim anlaşmalarının salt maddi hukuk sözleşmesi olmayıp usulî nitelik taşımaları ve ayrılabilirlik ilkesi ışığında bağımsız bir sözleşme olduklarının kabul edilmesi, tahkim anlaşmaları ile CISG arasındaki ilişkinin karma sözleşmelerin ağırlıklı olarak satım sözleşmesi niteliği taşıması halinde CISG'ye tâbi olabileceği yönündeki CISG m. 3 hükmündeki esasla bir tutulamayacağını göstermektedir[83]. Bu durumda, bağımsız bir anlaşma olan tahkim anlaşmasının CISG'ye tâbi olabilmesi için, CISG'nin bu anlaşmaları da uygulama alanına dahil etmesi gerekir. Konu bu açıdan ele alındığında, CISG m. 1-3 hükümlerinin yalnızca satım sözleşmelerinden (ve satım sözleşmelerinin baskın niteliğini koruduğu karma sözleşmelerden) bahsetmesi karşısında, tahkim anlaşmalarının CISG'nin uygulama alanına girmediği açıkça görülebilecektir[84].

Kanımızca da CISG'nin m. 1-6 hükümlerinin lafzı ve ayrılabilirlik ilkesi bir arada değerlendirildiğinde, CISG'nin tahkim anlaşmalarının esastan geçerliliği bakımından uygulanması mümkün değildir. CISG, yalnızca milletlerarası mal satım sözleşmeleri bakımından uygulanmak amacıyla hazırlanmış

---

sözleşmelerinde kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması halinde mümkündür". Bu hükümde yalnızca mahkemelerden bahsedilmesi ve hakemlere herhangi bir şekilde atıf yapılmamasının bilinçli bir tercih mi olduğu yoksa bir dikkatsizlikten mi kaynaklandığı açık değildir. CISG m. 28 hükmünün ne şekilde yorumlanması gerektiği konusunda bir değerlendirme için bkz. PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 64-66.

81 PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 73.

82 KRÖLL, **Arbitration**, s. 82.

83 CISG m. 3 hükmü şu şekildedir: "*(1) İmal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeler satım sözleşmesi sayılır; meğerki, bunları sipariş eden taraf imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmiş olsun. (2) Bu Antlaşma, mal temin eden tarafın ediminin, ağırlıklı olarak, işgücü' veya diğer bir hizmetin sağlanmasından oluştuğu sözleşmelere uygulanmaz*".

84 KRÖLL, **Problems**, s. 45.

ve bu durum sözleşmenin giriş bölümünde açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu denli bir açık lafız karşısında, CISG'nin uygulama alanını uyuşmazlık çözümüne ilişkin bir anlaşma olan tahkim anlaşmalarını dahil edecek şekilde genişletmenin isabetli bir yaklaşım olmayacağı kanaatindeyiz.

Belirtmek gerekir ki CISG'nin uygulama alanı bahsi geçen hükümlerde satım sözleşmeleriyle sınırlanmamış olsaydı, varacağımız sonuç aksi yönde olurdu. Zira tahkim anlaşmalarına ilişkin düzenlemeler barındıran uluslararası sözleşmeler ile ulusal tahkim mevzuatları incelendiğinde, bunların çoğunlukla ayrılabilirlik ilkesini ortaya koymaktan ve tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine ilişkin kurallar içermekten ibaret olduğu ve tahkim anlaşmalarının kurulması ile maddi geçerliliğine ilişkin olarak somut kurallar getirmediği görülmektedir[85]. Bu durumda tahkim anlaşmalarının bu yönlerine ilişkin olarak bakılması gereken düzenlemeler, ister istemez maddi hukukta sözleşmelerin kurulması ve maddi geçerliliğine ilişkin olarak getirilmiş genel borçlar hukuku kuralları olmak durumundadır[86]. Dolayısıyla sözleşmenin kurulması konusunu kapsamlı bir şekilde düzenleyen CISG'nin de bu nokta bakımından ulusal borçlar hukuku düzenlemeleri yerine uygulanması söz konusu olabilirdi. Ancak CISG'nin kapsamını satım sözleşmeleriyle sınırlaması karşısında, ulusal borçlar hukuku kuralları bakımından yapılan bu yorumun CISG için de yapılabilmesi mümkün değildir.

Öte yandan, kanımızca aksi görüşün de olması gereken hukuk bakımından dikkate alınmasında fayda bulunduğu savunulabilir. Gerçekten de, tahkim anlaşmalarının kurulmasının ulusal bir hukuktansa CISG gibi *lex mercatoria*'nın önemli bir parçası olan bir uluslararası sözleşmeye göre tespiti, uluslararası ticaretin ihtiyaçları bakımından daha faydalı bir yaklaşım teşkil edebilir. Nitekim, *Perales Viscasillas* / *Ramos Muñoz* da esasen tahkim

---

85 FLECKE-GIAMMARCO / GRIMM, s. 45; PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 76; KRÖLL, **Arbitration**, s. 84.

86 BORN, s. 740; YAVUZ, s. 148; MISTELIS, s. 394; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 685; VOROBEY, s. 138; KRÖLL, **Arbitration**, s. 84; ÖZEL, s. 86. Sözleşmeler için borçlar hukukunda aranan genel şartların tahkim sözleşmesinde de aranması gerektiği bazı Yargıtay kararlarında da açık bir şekilde ifade edilmiştir. Söz konusu kararlar için bkz. Yargıtay 22. HD. E. 2016/6529, K. 2016/11095, T. 18.04.2016; Yargıtay 9. HD. E. 2014/14507, K. 2014/18315, T. 05.06.2014; Yargıtay 9. HD. E. 2008/44630, K. 2009/537, T. 20.01.2009; Yargıtay 9. HD. E. 2007/35895, K. 2008/11994, T. 12.05.2008; Yargıtay 9. HD. E. 2007/20796, K. 2007/37365, T. 10.12.2007; Yargıtay 9. HD. E. 2007/28539, K. 2007/26478, T. 17.09.2007 (www.kazanci.com).

anlaşmalarının CISG'nin uygulama alanında olduğunu savunmakla beraber, aksi görüş kabul edilse dahi tahkim anlaşmalarının CISG'ye tâbi olmasına yine de bir engel bulunmadığını savunmaktadır. Yazarlara göre, CISG'nin genel hükümlerinin ticari sözleşmelerin genel olarak tâbi olduğu değerleri yansıtan kurallar içermesi ve başka hukuki düzenlemelere örnek teşkil eden yapısı karşısında, CISG'nin kendi uygulama alanı dışındaki uyuşmazlıkların çözümüne de katkı sunması mümkündür[87]. *Filanto* kararı incelendiğinde de, değindiğimiz bu düşüncenin kararı veren New York mahkemesinin hareket noktalarından bir tanesi olduğu izlenimi doğmaktadır.

IV. CISG'NİN TAHKİM ANLAŞMASININ ŞEKLİ GEÇERLİLİĞİNE UYGULANACAK HUKUK OLARAK UYGULANMASI MÜMKÜN MÜDÜR?

CISG'nin tahkim anlaşmaları bakımından uygulanıp uygulanamayacağı meselesinin ikinci boyutu ise CISG'nin tahkim anlaşmasının şekli bakımından uygulanması olasılığıdır. Daha önce de değinmiş olduğumuz üzere, günümüzde yürürlükte olan çoğu ulusal mevzuat ve uluslararası düzenlemede tahkim anlaşmalarının belli şekil şartlarına tâbi kılındığı görülmektedir. Aralarında UNCITRAL Model Kanun, MTK ve New York Sözleşmesi'nin de yer aldığı pek çok düzenlemede, tahkim anlaşmalarının yazılı olması gerektiği kabul edilmiştir. CISG ise karşılaştırmalı borçlar hukukunda ağırlıkla tercih edilen yaklaşıma uygun olarak tam ters bir yaklaşımla kaleme alınmış ve şekil serbestisini temel almıştır. Gerçekten de, CISG m. 11'e göre, "*Satım sözleşmesinin kurulması veya ispatı yazılı şekilde yapılmak zorunda olmadığı gibi başka herhangi bir şekil hükmüne de bağlı değildir*"[88]. Peki bu çe-

---

87 PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 69.

88 Öte yandan, kural şekil serbestisi olmakla beraber, bu kuralın iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki, tarafların sözleşmeye ilişkin iradi şekil şartı kararlaştırmaları ihtimalidir. CISG m. 6 taraflara sözleşmenin hükümlerini değiştirme yetkisini tanıdığından, tarafların aralarında iradi şekil şartı kararlaştırmalarına da herhangi bir engel bulunmamaktadır (SCHLECHTRIEM / SCHMIDT-KESSEL, **Madde 11**, s. 353; TARMAN, s. 90). Şekil serbestisinin ikinci istisnası ise CISG m. 12 ile m. 96 hükümlerinde ortaya konan çekince koyabilme yetkisidir. Söz konusu hüküm şu şekildedir: "*Taraflardan birinin işyeri, 96. madde uyarınca beyanda bulunmuş âkit bir devlette bulunduğu takdirde, satım sözleşmesinin kurulmasını, değiştirilmesini veya mutabakatla ortadan kaldırılmasını veya bir icabın, kabulün yahut diğer herhangi bir irade beyanının, yazılı şekilden başka şekilde yapılmasını mümkün kılan bu Antlaşmanın 11. ve 29. maddesinin veya II. Kısmının hükümleri uygulanmaz. Taraflar bu maddeye istisna getiremeyecekleri gibi maddenin etkilerini de değiştiremezler*".

lişki, CISG'nin tahkim anlaşmasına uygulanıp uygulanamayacağı tartışması bakımından ne şekilde yorumlanmalıdır? Bir başka deyişle, CISG'deki şekil serbestisinin CISG'ye tâbi bir satım sözleşmesi içerisindeki tahkim şartı bakımından da uygulanabilmesi mümkün müdür?

Bu konuya ilişkin olarak da doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir grup yazar, CISG m. 11'in tahkim anlaşmasının şekli bakımından uygulanabileceğini ileri sürmektedir[89]. Bir Hollanda mahkeme kararında da bu görüş paylaşılmıştır[90]. Bu görüşü savunan yazarlara göre, tahkim anlaşmaları neredeyse her zaman CISG'ye tâbi esas sözleşmenin bir hükmü olarak yapılmaktadır ve bu durumda aynı metin içinde yer alan bu iki sözleşmenin de aynı şekle tâbi kılınması işin doğasına uygun olacaktır; zira fiziki olarak iç içe olan bu iki sözleşmenin farklı şekil şartlarına tâbi olması, sözleşmenin tarafı olan iş insanları bakımından anlaşılabilir bir durum olarak görülemeyecektir[91].

Ayrıca, bu yazarlara göre günümüzde tahkim anlaşmalarının tâbi olduğu şekil şartlarını hafifletme yönünde bir eğilim bulunmaktadır ve CISG'deki şekil serbestisinin tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine uygulanması, bu

---

Görülebileceği üzere söz konusu hüküm, m. 96 hükmü uyarınca çekince koyulması yoluyla arzu eden âkit devletlere "*satım sözleşmesinin kurulmasını, değiştirilmesini veya mutabakatla ortadan kaldırılmasını veya bir icabın, kabulün yahut diğer herhangi bir irade beyanının*" yalnızca yazılı şekilde yapılmasını kararlaştırma yetkisini tanımaktadır. Taraflardan bir tanesinin işyeri bu çekinceyi koyan devletlerden birinde olduğu hallerde, şekli geçerliliğin forum devletinin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca şekle uygulanacak hukuk tespit edilmesi gerekecektir (TARMAN, s. 90-91; HUBER, Peter / MULLIS, Alistair, **The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners**, 2007, s. 38; SCHLECHTRIEM, Peter/ SCHMIDT-KESSEL, Martin, "Madde 12", **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi**, Ingeborg Schwenzer / Pınar Çağlayan Aksoy (Ed.), N. Nilay Dayanç (Çev.), İstanbul 2015, s. 355-361, s. 355).

89 PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 73; WALKER, s. 162.

90 *Hibro Compensatoren B.V. v. Trelleborg Industri Aktiebolag,* District Court of Arnhem, 17.01.2007, 146453 / HA ZA 06-1789 (http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070117n1.html, Erişim Tarihi: 27.09.2019). Ayrıca, geçerli bir yetki anlaşması bulunup bulunmadığının CISG uyarınca değerlendirildiği bir kararda, CISG'deki şekil serbestinin de yetki anlaşmaları bakımından uygulanabileceği sonucuna varıldığı anlaşılmaktadır. Bu karar için bkz. *Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabaté USA, Sabaté S.A.*, United States Federal Appellate Court (9th Circuit), 05.05.2003, 02-15727 (http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030505u1.html, Erişim Tarihi: 27.09.2019).

91 WALKER, s. 155; PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 74.

eğilime uygun bir yaklaşımdır[92]. UNCITRAL Model Kanun'un 2006'da güncellenen metninde tahkim anlaşması kavramını tanımlayan ve bu anlaşmaların tâbi olduğu şekil şartlarını ortaya koyan m. 7 hükmünün iki seçenekli şekilde hazırlanması ve ikinci seçenekte tahkim anlaşmalarının hiçbir şekil şartına tâbi kılınmaması; ayrıca bu değişiklik metnine eklenen tavsiye metninde New York Sözleşmesi m. 2'deki şartların *numerus clausus* olarak uygulanmaması ve daha elverişli iç hukuk düzenlemelerinin uygulanmasına olanak tanınması şeklinde tavsiyelere yer verilmesi[93], bu yazarlarca bahsi geçen güncel yaklaşımı yansıtan unsurlar olarak gösterilmektedir[94]. Bu görüş taraftarlarına göre, değindiğimiz bu unsurlar ışığında, New York Sözleşmesi m. 2'de yazılılık şartı aranmış olmasına ve CISG m. 90'da[95] diğer uluslararası sözleşmelerin CISG'ye rağmen uygulanabileceği saklı tutulmasına karşın, CISG'deki şekil serbestini öngören daha liberal yaklaşımın uygulanması önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır[96]. Kaldı ki, bu görüşteki yazarlara göre New York Sözleşmesi m. 2'de öngörülen yazılı şekil şartı, sözleşmenin akdedildiği dönemin şartlarının bir sonucudur. Yazarlara göre, o dönemin teknolojik şartları[97] ve tahkime gitmenin temel bir hak olan mahkemeye başvuru hakkını kısıtlamak gibi o dönem için henüz çok alışılmamış bir sonuç doğurması nedeniyle, tahkime gidilebilmesini ağırlaştırılmış koşullara bağlayarak Sözleşme'nin olabildiğince çok sayıda devlet tarafından kabul görmesi[98] amacıyla konmuş olan bu şekil şartını günümüzde aynı ağırlıkta aramaya gerek yoktur ve zaten çoğu ulusal tahkim mevzuatında tahkim anlaşmaları için daha hafif şekil koşulları öngörülmüş olması da bu değişimi açıkça göstermektedir[99].

---

92 WALKER, s. 156-162; PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 74.

93 UNCITRAL'in bahsi geçen tavsiyeleri için bkz. https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/explanatorytexts/recommendations/foreign_arbitral_awards (Erişim Tarihi: 27.09.2019).

94 PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 78-79; VOROBEY, s. 153.

95 CISG m. 90 şu şekildedir: "*Bu Antlaşma, akdedilmiş veya akdedilebilecek olan ve işbu Antlaşmanın düzenlediği konulara ilişkin hükümler içeren uluslararası Antlaşmaların, tarafların işyerlerinin o Antlaşmaya taraf olan Devletlerde bulunması kaydıyla uygulanmasını etkilemez*".

96 PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 78-79; WALKER, s. 163.

97 PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 77-79.

98 PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 77-79; VOROBEY, s. 150.

99 Günümüzde yaygın şekilde kabul gören bu anlayışa göre, New York Sözleşmesi'ndeki hükümler minimum değil maksimum standardı belirlemektedir ve New York Sözleşmesi'ne taraf devletlerin iç hukuklarında tahkim anlaşmaları bakımından bu maksimum standarttan

Bu görüşteki yazarların ileri sürdüğü bir diğer iddia, New York Sözleşmesi m. 7/1'nin[100] kendisine nazaran daha elverişli hüküm getiren ulusal ve uluslararası düzenlemelerin uygulanmasına izin vermesidir[101]. Bu görüşe göre, özel olarak milletlerarası mal satım sözleşmelerini düzenlemekle sınırlı bir kapsamı olması karşısında, CISG hem New York Sözleşmesi'ne hem de iç hukuklara nazaran özel hüküm (*lex specialis*) niteliği taşımakta ve bu nedenle bunlara göre öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir[102]. Bu düşünce ışığında, CISG m. 90 hükmü uyarınca New York Sözleşmesi'ndeki şekil şartlarının CISG'ye nazaran öncelikli olarak uygulanması gerektiği de ileri sürülememelidir[103]. Görülebileceği üzere, CISG'de öngörülen şekil serbestisinin tahkim anlaşmaları bakımından da uygulanabileceğini savunan yazarlar, bu görüşlerini temelde tahkim anlaşmalarında özellikle de New York Sözleşmesi'nin aradığı ve ağır olarak nitelenebilecek şekil şartına tâbi kılmanın isabetsiz olduğu yönündeki kanaatleriyle açıklamaya çalışmaktadırlar.

Doktrindeki diğer görüş ise tahkim anlaşmasının tâbi olduğu şekil şartları bakımından CISG'nin uygulanmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir[104]. Bu görüşün temel dayanağını ise New York Sözleşmesi, UNCITRAL Model Kanun ve pek çok ulusal mevzuatta yazılılık şartının aranmış olması oluşturmaktadır. Bu görüşe göre, tahkim hukukuna ilişkin pek çok düzenlemede tahkim anlaşmalarının şekli bakımından yer alan kuralların, doğrudan tahkim konusunu dahi düzenlemeyen bir uluslararası sözleşme nedeniyle uygulanmaması doğru bir yaklaşım olmayacaktır[105].

---

daha ağır şekil koşulları belirlemeleri mümkün değildir. Dolayısıyla, devletler arzu ederlerse daha hafif şekil koşulları öngörebilirler ve bu durum da New York Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu görüş için bkz. BORN, s. 617-618; LEW / MISTELIS / KRÖLL, s. 113-114; PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 77-78.

100 New York Sözleşmesi m. 7/1 şu şekildedir: "*İşbu sözleşme hükümleri, âkit devletler arasında akdedilmiş hakem kararlarının tanınması veya icrasına dair, iki yahut çok taraflı sözleşmelerin muteberliğine halel getirmez ye ilgili taraflardan hiçbirini, bir hakem kararından, bunun dermeyan edildiği memleketin kanun ve sözleşmeleri hükümleri dairesinde faydalanmak imkânından mahrum kılmaz*".

101 WALKER, s. 163; PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 78.

102 PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 76.

103 WALKER, s. 163; PERALES VISCASILLAS / RAMOS MUÑOZ, s. 78.

104 MISTELIS, s. 394; SCHROETER, s. 372; SCHWENZER / HACHEM, s. 215; KRÖLL, **Problems**, s. 46; SCHMIDT-AHRENDTS, s. 215; KOCH, s. 285; JANSSEN / SPILKER, s. 156; TARMAN, s. 99.

105 KRÖLL, **Arbitration**, s. 83; JANSSEN / SPILKER, s. 156; WAINCYMER, s. 588.

Bu ikinci görüşü savunan yazarların ileri sürdükleri gerekçelerin başında, tahkim mevzuatlarında öngörülen yazılılık şartının bağlayıcı niteliği gelmektedir. Bu görüşe göre, iptal ya da tanıma veya tenfiz talepleri üzerine devlet yargısı önüne taşınan bir olayda yazılı bir tahkim anlaşmasının mevcut olmamasının sorun yaratma ihtimali bulunmaktadır ve bu nedenle CISG m. 11 hükmünün tahkim anlaşmaları bakımından uygulanması, pratik olarak çok zor görünmektedir[106].

Bu görüşteki yazarlar, tıpkı New York Sözleşmesi m. 7 gibi CISG m. 90 hükmünün de diğer uluslararası sözleşmeler ve ulusal hukuk kurallarının uygulanmasına olanak tanımasını da görüşlerine esas almaktadır. Bu düşünceye göre, söz konusu iki hükmün de farklı kuralların uygulanmasına olanak tanıması karşısında, bu hükümlerin içinde bulunduğu düzenlemelerin niteliği ile hükümlerce korunması hedeflenen menfaatler göz önünde bulundurulmalı ve bu çerçevede, doğrudan tahkim anlaşmalarının taşıması gereken şekil şartlarını düzenleyen New York Sözleşmesi'ne bu konuda üstünlük tanınmalıdır; zira bu şekilde bir yaklaşım, CISG'nin ruhuna da daha uygun bir çözüm olacaktır[107].

CISG'nin tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine uygulanamayacağını savunan yazarlara göre, New York Sözleşmesi m. 7 uyarınca CISG'deki şekil serbestinin uygulanması da zaten mümkün değildir. Bu görüşe göre, bu hükümde öngörülen imkân, ancak New York Sözleşmesi mevcut olmasaydı uygulama alanı bulacak nitelikte bir kuralın uygulanmasına olanak tanıyacak şekilde yorumlanabilir; dolayısıyla, bu hüküm uyarınca ancak yine tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliğini düzenleyen bir ulusal düzenlemenin veya başka bir uluslararası sözleşmenin uygulanması mümkün olabilir[108]. O halde nitelik itibariyle herhangi bir şekilde New York Sözleşmesi'nin alternatifi olmayan ve milletlerarası satım hukukuna ilişkin bir sözleşme olan CISG'nin bir hükmünün New York Sözleşmesi'ndeki şekil şartı yerine uygulanması, bahsi geçen m. 7 hükmünün *ratio legis*'ine uygun bir çözüm yolu değildir[109]. Benzer şekilde, günümüzde çeşitli hukuk sistemlerinde New York Sözleşmesi'ne nazaran daha elverişli hükümler kabul edilmeye başlanmış olmasının, bu sözleşmenin alternatifi olmayan CISG'deki şekil kuralını tahkim anlaşmalarına uygulamak için tek başına yeterli bir gerekçe olmadığı

---

106 JANSSEN / SPILKER, s. 156.

107 JANSSEN / SPILKER, s. 156; WAINCYMER, s. 588.

108 KRÖLL, **Arbitration**, s. 83.

109 KRÖLL, **Arbitration**, s. 83.

da bu görüşteki yazarlarca savunulmuştur[110].

Kanımızca da CISG m. 11'de öngörülen şekil serbestisinin tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliği bakımından uygulanması mümkün değildir. Gerek tahkim yargılaması sırasında gerekse de hakem kararlarının iptali yahut tanınması veya tenfizi sırasında tahkim anlaşmasının mevcudiyeti veya kapsamına dair ortaya çıkabilecek sorunları en aza indirmek için mevcut düzenlemelerde yer alan yazılılık şartına riayet etmekte fayda bulunduğu kanaatindeyiz. Benzer şekilde, "*muteberliğine halel getirmez*" ve "*faydalanmak imkanından mahrum kılmaz*" şeklindeki ifadelerden de anlaşılabileceği üzere, New York Sözleşmesi m. 7 hükmünün ancak New York Sözleşmesi'nin alternatifi bir düzenlemenin uygulanmasını saklı tutar şekilde yorumlanabileceği ve dolayısıyla herhangi bir şekilde tahkime ilişkin bir düzenleme olarak nitelenme ihtimali bulunmayan CISG'nin bahsi geçen hüküm uyarınca daha elverişli düzenleme olarak uygulanmasının mümkün olmadığı düşüncesindeyiz.

Kaldı ki, aksi yönde bir yorum yapma imkanı bulunsaydı, daha elverişli düzenleme olarak CISG'ye başvurulabildiği kadar kural olarak şekil serbestisini esas alan Türk Borçlar Kanunu gibi ulusal borçlar kanunlarına da başvurabilmek mümkün olmalıydı. Ancak CISG'nin tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine uygulanabileceğini savunan yazarlarca bu ihtimale hiç değinilmediği görülmektedir. Bu durum, bu görüş taraftarlarınca CISG'ye hazırlanma amacını aşan bir kurtarıcılık işlevi atfedildiği izlenimini yaratmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki *Filanto* kararında sözleşmenin kurulması bakımından yapılan değerlendirme, şekli geçerlilik bakımından yapılmamıştır. Bununla beraber mahkeme, esastan geçerliliğe ilişkin yaptığı inceleme esnasında New York Sözleşmesi m. 2'deki yazılılık şartına da değinmiştir. Öyle ki, mahkeme, yaptığı incelemeyi New York Sözleşmesi m. 2 anlamında yazılı bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi olarak nitelemiştir. Doktrinde bu durum, New York mahkemesinin tahkim anlaşmasına New York Sözleşmesi'ndeki şekil şartlarını uygulama iradesi olduğu şeklinde yorumlanmıştır[111]. Bir başka deyişle, New York mahkemesi tahkim anlaşmasının kurulması bakımından CISG'yi uygulamak yoluna başvurmuşsa da, şekli geçerlilik bakımından aynı yorumu yapmaktan kaçınmıştır.

---

110 KRÖLL, **Arbitration**, s. 83.

111 KRÖLL, **Arbitration**, s. 74.

SONUÇ

Milletlerarası ticarette sıklıkla uygulama alanı bulan ve ulaşmayı arzuladığı hedefler ile koruduğu menfaatler bakımından benzerlikler taşıyan CISG ve tahkim ikilisi arasındaki sıkı ilişki her geçen gün daha fazla ilgi çeken bir konu olmaktadır. Bu sıkı ilişkinin karşılaştırmalı hukukta özel olarak dikkat çeken bir boyutu ise satım sözleşmesinin CISG'ye tâbi olduğu hallerde, CISG'nin aynı sözleşmenin bir hükmü olarak düzenlenen tahkim anlaşması bakımından da uygulanıp uygulanamayacağıdır. Çalışmamızda bu konu, tahkim anlaşmalarının esastan geçerliliği ve şekli geçerliliği ikilisi bakımından ayrı ayrı ele alınmıştır.

Kanımızca CISG'nin tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukuk olarak uygulanabilmesi mümkün değildir. Bu sonuç, temelde CISG'nin uygulama alanına girmemesinden kaynaklanmaktadır. CISG m. 1-6 hükümleri, yalnızca milletlerarası mal satım sözleşmelerinin CISG'ye tâbi olduğunu ifade ettiğinden, bu niteliği taşımayan ve her halükarda esas ilişkiden bağımsız bir sözleşme olan tahkim anlaşmasının CISG'ye tâbi olması mümkün olamayacaktır. Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ilkesi ise tek başına vardığımız sonuç üzerinde bir etkiye sahip olmayıp, ancak tahkim anlaşmalarının CISG'nin uygulama alanına girmemesiyle birlikte ele alındığında vardığımız sonuç bakımından önem taşımaktadır. Bir başka deyişle, CISG'nin uygulama alanı bu şekilde sınırlanmış olmasaydı, varacağımız sonuç aksi yönde olurdu ve tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği ilkesi de bu sonucu değiştiremeyecekti. Zira tahkim anlaşmasının kurulması ve maddi geçerliliği gibi meseleler tahkim mevzuatında konuya ilişkin bir kural yer almadığından borçlar hukuku kurallarına tâbi olmaktadır. Bu durumda şayet kurallarına başvurulan borçlar hukuku düzenlemesi tahkim anlaşmalarını kapsam dışında bırakmıyorsa (örneğin Türk Borçlar Kanunu), söz konusu düzenleme tahkim anlaşmaları bakımından da uygulanabilecektir. Ancak CISG, m. 1-6 hükümlerinde satım sözleşmesi niteliği taşımayan sözleşmeleri kapsamı dışında bıraktığından, tahkim anlaşmasının kurulması ve maddi geçerliliği gibi meseleler bakımından CISG'nin uygulanabilmesi mümkün olamayacaktır.

Bununla beraber, varmış olduğumuz bu sonucun pratik olarak etkisinin çok da büyük olmayacağı kanaatindeyiz. Zira CISG'nin özellikle de genel hükümleri arasında yer alan hükümler, zaten ticari hayatın teamülleri

ile günümüz sözleşmeler hukukunun kabullerini yansıtan hükümlerdir. Bu nedenle, CISG'nin tahkim anlaşmaları bakımından uygulanacağı sonucuna varılırsa dahi, yargı mercilerinin uygulayacağı kurallar ve izleyeceği yorum yöntemleri kuvvetle ihtimal CISG'nin uygulanmaması halinde gündeme gelecek olan kural ve yöntemlerden pek de farklı olmayacaktır.

Öte yandan, olması gereken hukuk bakımından tahkim anlaşmalarının esastan geçerliliğinin ulusal bir hukuktansa CISG gibi *lex mercatoria*'nın önemli bir parçası olan ve geniş katılımlı bir uluslararası metne göre tespitinde fayda bulunduğu kanaatindeyiz. *Filanto* kararında da New York mahkemesinin temel hareket noktasının bu düşünce olduğu ve mahkemenin tahkim anlaşmasını ayakta tutabilmek adına bu yönde bir tavır izlediği düşüncesindeyiz. Belki de CISG'nin uygulama alanına ilişkin m. 1-3 hükümlerini dar yorumlayarak, tahkim anlaşmalarının geçerliliği bakımından dünya genelinde yeknesaklık sağlayabilecek bir enstrüman olan CISG'nin uygulanabilmesinin önünü açmak uzun vadede daha sık karşımıza çıkacak bir çözüm yolu olarak karşımıza çıkabilir.

Çalışmamızda cevap aradığımız ikinci sorun olan CISG'nin tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği bakımından uygulanıp uygulanamayacağı konusu bakımından da vardığımız sonuç olumsuzdur. Zira tahkim anlaşmalarına ilişkin olarak başta New York Sözleşmesi'nde öngörülmüş olan kurallar, maddi milletlerarası özel hukuk kuralı niteliği taşımaktadır ve uygulama alanı bulduğu alanlarda doğrudan uygulanmalıdır. New York Sözleşmesi m. 7'nin daha elverişli düzenlemelerin uygulanmasına izin vermesi de bu sorunun çözümü bakımından bir önem taşımamaktadır; zira bu hüküm uyarınca ancak doğrudan tahkim anlaşmalarının şekli konusunu düzenleyen bir düzenlemenin uygulanması söz konusu olabilir. Ayrıca, liberal yaklaşımların üstün tutulması düşüncesinden hareketle CISG'nin öngördüğü şekil serbestisini tahkim anlaşmalarına uygulamanın, konuyu daha muhafazakâr şekilde ele alan bir hukuk sisteminde ciddi riskler yaratabileceği de açıktır. Hele de hakem kararlarının tenfizi taleplerinin hangi ülkede ileri sürüleceğinin her zaman önceden bilinemediği düşünüldüğünde, bu konuda temkinli hareket etmekte fayda olduğu görülebilecektir.

KAYNAKÇA

AKINCI, Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, 4. Bası, İstanbul 2016 ("**Tahkim**").

AKINCI, Ziya, "Viyana Konvansiyonu'nun Tahkimde Uygulanması", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2013/1, s. 73-86.

ATAMER, Yeşim, **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul 2005.

BERGER, Klaus Peter, "Re-Examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?", **International Arbitration 2006: Back to Basics?**, ICCA Congress Series, C. 13, 2007, s. 301-334.

BLACKABY, Nigel / PARTASIDES, Constantine, **Redfern and Hunter on International Arbitration**, 6. Bası, 2015.

BLESSING, Marc, "The Law Applicable to the Arbitration Clause", **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, Albert Jan van den Berg (Ed.), ICCA Congress Series, C. 9, 1999, s. 168-188.

BORN, Gary, **International Commercial Arbitration**, 2. Bası, 2014.

ÇALIŞKAN, Yusuf, **Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul 2014.

ERKAN, Mustafa, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Ankara 2013.

FERRARI, Franco (Ed.), **The CISG and its Impact on National Legal Systems**, Münih 2008.

FLECKE-GIAMMARCO, Gustav / GRIMM, Alexander, "CISG and Arbitration Agreements: A Janus-Faced Practice and How to Cope with it", **Journal of Arbitration Studies**, C. 25, S. 3, 2015, s. 33-58.

HUBER, Peter / MULLIS, Alistair, **The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners**, 2007.

JANSSEN, André / SPILKER, Matthias, "The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration", **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, S. 77, 2013, s. 131-157.

KARACA, Hüseyin Akif, "CISG'in Milletlerarası Uygulama Alanı, İrade Serbestisi ve Bazı Yorum Meseleleri", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, S. 39, C. 1, 2019, s. 189-215.

KOCH, Robert, "The CISG as the Law Applicable to Arbitration Agreements?", **Sharing International Commercial Law Across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday**, Camilla B. Andersen / Ulrich G. Schroeter (Ed.), Londra 2008, s. 267-286.

KRÖLL, Stefan, "Arbitration and the CISG", **Current Issues in the CISG and Arbitration**, Ingeborg Schwenzer / Yeşim Atamer / Petra Butler (Ed.), Lahey 2014, s. 59-86 ("**Arbitration**").

KRÖLL, Stefan, "Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application", **Journal of Law and Commerce**, C. 25, 2005-2006, s. 39-57 ("**Problems**").

LEW, Julian D. M. / MISTELIS, Loukas A. / KRÖLL, Stefan, **Comparative International Commercial Arbitration**, 2003.

MISTELIS, Loukas A., "CISG and Arbitration", **CISG Methodology**, André Janssen / Olaf Meyer (Ed.), Münih 2009, s. 375-395.

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, "Viyana Konvansiyonu'nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2013/1, s. 19-52.

ÖZEL, Sibel, **Milletlerarası Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul 2008.

PERALES VISCASILLAS, Pilar / RAMOS MUÑOZ, David, "CISG & Arbitration", **Revista del Club Español del Arbitraje**, Y. 2011, S. 10, s. 63-84.

SAĞLAM, İpek, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması (CISG m. 14-24)**, İstanbul 2013.

SCHLECHTRIEM, Peter / SCHMIDT-KESSEL, Martin, "Madde 11", **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi**, Ingeborg Schwenzer / Pınar Çağlayan Aksoy (Ed.), N. Nilay Dayanç (Çev.), İstanbul 2015, s. 344-354 ("**Madde 11**").

SCHLECHTRIEM, Peter / SCHMIDT-KESSEL, Martin, "Madde 12", **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi**, Ingeborg Schwenzer / Pınar Çağlayan Aksoy (Ed.), N. Nilay Dayanç (Çev.), İstanbul 2015, s. 355-361.

SCHMIDT-AHRENDTS, Nils, "CISG and Arbitration", **Belgrade Law Review**, Y. 59, S. 3, 2011, s. 211-223.

SCHROETER, Ulrich G., "Madde 14-24'e İlişkin Giriş", **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi**, Ingeborg Schwenzer / Pınar Çağlayan Aksoy (Ed.), S. Derya Yakupoğlu (Çev.), İstanbul 2015, s. 362-548.

SCHWENZER, Ingeborg / HACHEM, Pascal, "1-6. Maddelere Giriş", **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi**, Ingeborg Schwenzer / Pınar Çağlayan Aksoy (Ed.), Yasemin Kabaklıoğlu (Çev.), İstanbul 2015, s. 155-258.

ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGANMEŞE, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 7. Bası, İstanbul 2019.

TARMAN, Zeynep Derya, **Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak: CISG'ın Uygulama Alanı**, İstanbul 2015.

VOROBEY, Dmytro V., "CISG and Arbitration Clauses: Issues of Intent and Validity", **Journal of Law and Commerce**, C. 31, 2012-2013, s. 135-161.

WAINCYMER, Jeffrey, "The CISG and International Commercial Arbitration: Promoting a Complimentary Relationship Between Substance and Procedure", **Sharing International Commercial Law Across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday**, Camilla B. Andersen / Ulrich G. Schroeter (Ed.), Londra 2008, s. 582-599.

WALKER, Janet, "Agreeing to Disagree: Can We Just Have Words?: CISG Article 11 and the Model Law Writing Requirement", **Journal of Law and Commerce**, C. 25, 2005-2006, s. 153-165.

WINSHIP, Peter, "The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts", **International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Nina M. Galston / Hans Smith (Ed.), New York 1984, s. 1-53.

YAVUZ, Cevdet, "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler", **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim"**, Erol Ulusoy / Aslı Yıldırım (Ed.), İstanbul 2009, s. 133-177.

ZORLU, Süleyman Yasir, "Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuka 'Geçerlilik' Yaklaşımı", **Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler**, Sibel Özel / Mustafa Erkan (Ed.), İstanbul 2018, s. 239-259.

DİJİTAL TEK PAZARDA TELİF HAKKI VE BAĞLANTILI HAKLAR YÖNERGESİ İLE BERABERİNDE GETİRDİĞİ TARTIŞMALAR

Av. Ece GÖNÜLAL[*]

Öz: 2019/790 sayılı Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Yönergesi, geniş tepki ve tartışmalara rağmen 17 Mayıs 2019 tarihinde AB Resmi Gazetesi'nde yayınlanmış ve 7 Haziran 2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir. AB üye ülkelerinin 7 Haziran 2021 tarihine kadar ulusal mevzuatlarını Yönerge ile uyumlu hale getirmeleri gerekmektedir.

Bu itibarla, çalışmada öncelikle dijital tek pazar kavram itibariyle ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Ardından, Yönerge'nin amacı ve geniş tartışmaları beraberinde getiren basın yayımcısına tanınan komşu hak ile çevrimiçi içerik paylaşım platformlarının sorumluluğunu düzenleyen maddelerin öngörülen uygulaması ve tartışmalı noktaları detaylıca incelenecektir. Son olarak, üye ülkelerin Yönerge'ye karşı görüşleri ve Polonya tarafından Avrupa Adalet Divanı'na yapılan başvuru ortaya koyulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Telif Hakları, Dijital Tek Pazar, Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Yönergesi, Basın Yayımcısına Tanınan Komşu Hak, Çevrimiçi İçerik Paylaşım Platformlarının Sorumluluğu

---

[“] Makale Gönderim Tarihi: 15.10.2019. Makale Kabul Tarihi: 19.11.2019.

[*] İstanbul Barosu (ORCID kimlik no: 0000-0001-8072-6829; *egonulal@gmail.com*)

DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS IN THE DIGITAL SINGLE MARKET AND ASSOCIATED DEBATES

Abstract: Despite extensive debates, the Directive 2019/790 of the European Parliament and of the Council on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market ("**Directive**") was published in the Official Journal of the European Union on May 17, 2019 and entered into force on June 7, 2019. European Union member states are required to translate and implement the Directive into national laws by June 2, 2021.

This paper firstly focuses on the definition of the digital single market. Secondly, this paper discusses the aim of the Directive and analyzes the potential implication and problems regarding the press publishers' rights and the new form of responsibility set out for online content sharing service providers. Lastly, this paper explains the European Union member states' stances towards the Directive and Poland's application before the European Court of Justice.

Keywords: Copyrights, Digital Single Market, Directive on Copyright in Digital Single Market, Publishers' Rights, Responsibility of online content sharing service providers

GİRİŞ

Avrupa Birliği'nde ("**AB**") dijital tek pazar projesi, AB'nin bilgi toplumuna dönüştürülmesi ve bu dönüşüm için yapılan çalışmalar on seneyi aşkın süredir AB gündemini meşgul etmektedir. "Dijital Tek Pazar" önermesi ilk olarak, 3 Mart 2010 tarihinde, AB'de son yıllarda yaşanan ekonomik krizlerin etkisini değerlendiren, AB'nin ekonomik dönüşümü ile güçlenmesini amaçlayan "Avrupa 2020 Stratejisi: Akıllı, Sürdürülebilir ve Kapsayıcı Büyüme için Avrupa Stratejisi"nin Avrupa Komisyonu Başkanı José Manuel Barrosso tarafından sunulması ile ortaya çıkmıştır[1]. Dijital tek pazar çalışmalarına giden ilk somut adım ise 6 Mayıs 2015 tarihinde kabul edilen ve

1 İKV Değerlendirme Notu, AB'de Dijital Tek Pazar'ın Oluşturulmasına Doğru, Selen Akses, İKV Kıdemli Uzmanı, No:133, Temmuz 2015
https://www.ikv.org.tr/images/files/Dijital%20Tek%20Pazar%20Stratejisi%20%20Temmuz%202015.pdf (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

üç temel başlık ile on altı farklı eylem planından oluşan Dijital Tek Pazar Stratejisi olmuştur[2].

Dijital Tek Pazar Stratejisi, kişilerin, malların, hizmetlerin ve verinin AB sınırları içinde serbestçe dolaşımını geliştirmeyi ve kolaylaştırmayı amaçlamakta ve günümüzün çevrimiçi dünyası ile paralel olarak aşağıdaki üç başlık üzerinde yoğunlaşmaktadır[3]:

- Tüketiciler ile işletmelerin AB sınırları içinde çevrimiçi mal ve hizmetlere erişimin kolaylaştırılması,
- Dijital ağlar ile çevrimiçi ve yenilikçi hizmetlerin geliştirilmesi amacıyla gerekli ortamın yaratılması,
- Avrupa dijital ekonomisinin büyüme potansiyelinin desteklenmesi.

2018 yılı itibariyle, AB üye devleti vatandaşlarının %83'ünün düzenli olarak internet kullanmasına rağmen AB'nin bilgi toplumuna dönüşmesinde hukuki veya teknik pek çok engel bulunmaktadır ve AB'nin dijital tek pazar projesindeki amaçlarını yerine getirebilmesi için çevrimiçi gelişmelere uyumlu hukuki düzenlemelerin eksikliği ve gerekliliği açıktır[4].

Bu gereklilik ve dijital tek pazarda telif haklarının düzenlenmesi ve telif hakları korumasının AB üye ülkelerinde yeknesaklaştırılması amacıyla 2019/790 sayılı Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Yönergesi ("**Yönerge**", "*Directive on Copyright in the Digital Single Market*") doğmuştur. Yönerge, 26 Mart 2019 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve 15 Nisan 2019 tarihinde Avrupa Komisyonu tarafından onaylanmış, 17 Mayıs 2019 tarihinde AB Resmi Gazetesi'nde yayınlanmış ve 7 Haziran 2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

---

2 A Digital Single Market Strategy for Europe, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Commitee and the Committee of the Regions, COM (2015) 192 Final, 06.05.2015. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192 (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

3 What is the Digital Single Market About? https://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/ict/bloc-4.html (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

4 Eurostat Statics Explained - Digital Economy and Society Statistics - Households and Individuals, Haziran 2019 https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals#targetText=In%202018%2C%20more%20than%20three,least%20weekly)%20of%20the%20internet. (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

Yönerge'nin yürürlük tarihini takip eden 24 ay içinde, yani 7 Haziran 2021 tarihine kadar, AB üye ülkelerinin ulusal kanunlarını Yönerge ile uyumlu hale getirmeleri gerekmektedir[5].

I. YÖNERGEYE GENEL BAKIŞ

Yönerge'nin esas çıkış noktası, dijital tek pazar kapsamında AB üye devletlerin ulusal telif yasaları arasındaki farklılığın azaltılması, AB içerisindeki kullanıcıların telif hakkına konu içeriğe ulaşımının kolaylaştırılması, fikri ürünlerin dağıtımı ve erişiminde internetin öneminin artmasıyla hukuki düzenlemeleri teknolojik gelişmelere uyumlu olarak güncelleme ihtiyacıdır.

Bu kapsamda Yönerge üç ana amaca hizmet etmektedir:

- Vatandaşların telif haklarına konu içeriğe sınır-ötesi erişim sağlaması,
- Öngörülen eğitim, araştırma ve kültürel miras gibi istisnalarla bu amaçlar için telif haklarına konu içeriğin kullanılma fırsatlarının arttırılması,
- Telif hakları piyasasının daha doğru çalışması amacıyla adil kuralların konulması.

Eylül 2016'da Yönerge'nin ilk taslağının yayımıyla, dönemin Avrupa Komisyonu Başkanı Jean-Claude Juncker, Yönerge'nin amacını "*Gazetecilerin, yayıncıların ve yazarların, stüdyo veya salonda yapılmış olmasından, çevrimiçi veya çevrimdışı dağıtılmış olmasından veya fotokopi makinasıyla ya da hyperlinkle çoğaltılmış olmasından bağımsız olarak, eserlerine karşılık elde ettikleri gelirlerin adil olmasını istiyorum*[6]" ifadeleriyle özetlemiştir. Bir bakıma, Avrupa Komisyonu'nun Yönerge'nin ilk taslağıyla birlikte yayınladığı basın açıklaması da Yönerge'nin en tartışmalı maddeleri olan ve çalışmada incelenecek basın yayımcısına tanınan komşu hak ile çevrimiçi içerik paylaşım sitelerinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere göndermede bulunmaktadır.

Yönerge AB sınırları içerisinde telif hakkına konu içeriğe ulaşmayı kolaylaştırarak bu içerikler için yeni dağıtım yolları öngörmektedir. Yönerge'de

---

5 2019/790 sayılı Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Yönergesi m. 29.

6 European Comission Press Release, State of the Union 2016: Commission proposes modern EU copyright rules for European culture to flourish and circulate, 14 Eylül 2016. https://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3010_en.htm (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

teknolojik gelişmeler de dikkate alınarak ülkelerin telif yasalarındaki farklılıktan doğan zorluklar ve telif hakkına konu içeriğin çevrimiçi dağıtımının doğası gereği sınır ötesi oluşu da dikkate alınmıştır[7]. Yönerge'nin bir bakıma dijital çağdaki gereksinimler ve fikri ürünlerin dağıtım ve erişiminde internetin önemine uygun olarak düzenlendiği açık olsa da çalışmamızda incelenecegi gibi tartışmalı bırakılan, hukuki belirlilikten yoksun veya tek tarafın çıkarlarını gözeten düzenlemelerin olduğu görülmektedir.

Yönerge hâlihazırda geniş tartışmalara sebep olan iki maddesi sebebiyle AB gündeminde ilk sıralarda yer almaktadır. Çalışmada, tartışmalı iki madde olan basın yayımcısına tanınan komşu hakkı düzenleyen madde 15 ile çevrimiçi içerik paylaşım sitelerinin sorumluluğunu öngören madde 17 incelenecektir.

II. TARTIŞMALI MADDELERİN İNCELENMESİ

1. Basın Yayımcısına Tanınan Komşu Hak - Madde 15

A. Genel Bakış

Yönerge'nin "Çevrimiçi Kullanımlara İlişkin Basın Yayımcısının Korunması" başlıklı 15. maddesi basın yayımcısına tanınan komşu hakları düzenlemekte ve "*link tax*" (link vergisi) ve "*news tax*" (haber vergisi) adlarıyla anılmaktadır[8].

Madde uyarınca, AB üye ülkelerinde yerleşik basın yayımcısına, kendileri tarafından yayınlanan telif hakkına konu içeriğin Bilgi Hizmeti Sağlayıcıları ("**Sağlayıcı**", "***Information Society Service Providers***") tarafından çevrimiçi kullanılması halinde Sağlayıcıdan bedel talep etme, içeriğin çoğaltılmasını ve izinsiz kamuya açıklanmasını önleme hakkı tanınmaktadır. Aynı zamanda, bu hakka bazı istisnalar öngörmektedir.

Madde gerekçesi uyarınca, amaç, Sağlayıcıların basın yayımcısı tarafından yaratılan içeriği çevrimiçi aşırı kullanımını sınırlandırmak; bu sayede

---

7 European Commission, Digital Single Market, Creating a Digital Single Market European Comission Actions since 2015, Haziran 2018. http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2018-25/creatingadigitalsinglemarket-europeancommissionactionssince2015pdf_996FEA88-AD3C-940E-050B64C9A7B33CF5_53055.pdf (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

8 QUINTAIS, Joao Pedro. "Untangling the hyperlinking web: In search of the Online Right of Communication to the Public". **The Journal of World Intellectual Property.** 21. sayı, Kasım 2018, s. 400.

basın yayımcılarının daha adil ve orantılı bedel elde etmelerini sağlamaktır[9].

Yönerge'de Sağlayıcı veya basın yayımcısına ilişkin tanım bulunmamakla birlikte, Sağlayıcı'ya örnek olarak haber arama motorları ile haber toplayıcıları yani *Google News*, *Reddit, Feedly* veya *Flipboard*; basın yayımcılarına ise haber içeriği üreticileri yani medya kuruluşları verilebilir. Henüz net çizgilerle ayrışmamış da olsa madde kapsamındaki Sağlayıcılara çevrimiçi içerik paylaşım sitelerinin dâhil edilmeyeceği genel olarak kabul edilmektedir.

Madde yalnızca AB üye ülkelerinde yerleşik basın yayımcısına bedel talep etme hakkı tanımaktadır ve bu hak yalnızca çevrimiçi kullanımlara karşı ileri sürülebilir. Bedel talebi kullanıcıya değil, Sağlayıcıya yöneltilebilir.

Madde, Yönerge'nin yürürlüğe girmesinden yani 7 Haziran 2019 tarihinden önce yayınlanan içerikler için uygulama alanı bulamayacaktır. Yönerge'nin yürürlüğe girmesinden sonra yayınlanan içerikler için basın yayımcısının bedel talep etme hakkı iki sene sonunda sona erecektir ve iki senelik süre içeriğin yayınlandığı yılın 1 Ocak gününde başlayacaktır. Yönerge görüşmeleri sırasında basın yayımcılarının baskılarıyla bu sürenin yirmi yıl olarak belirlenmesi talep edilmiş; ancak, tepkiler neticesinde süre iki yıla indirilmiştir[10]. Günümüzde haberlerin 1-2 hafta içinde değer kaybettiği göz önüne alındığında iki yıllık süre dahi maddenin amacını aşarak basın yayımcısına yüksek ticari avantaj sağladığı, basın yayımcısının haklarını fazlaca gözettiği açıktır.

İşbu düzenlemenin altında basın yayımcılarının ticari kaygılar yatmaktadır. Günümüzde kullanıcılar haberleri çevrimiçi, *Google News* gibi arama motorlarının ara yüzlerinden takip etmekte ve bu sebeple basın yayımcısı olan medya kuruluşunun ana sayfasına girmeye gerek duymamaktadır. Araştırmalar kullanıcıların %47'sinin haberin yayınlandığı siteye yani basın yayımcısının sitesine girmeden Sağlayıcıların sayfalarında görüntülenen haber

---

9 Gerekçe m. 32, http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0337_EN.pdf?redirect (Erişim Tarihi 28.10.2019)

10 LUTHGE, Benedikt; ALASTRAIR Shaw. " DSM Watch: Copyright Directive Press Publishers' Rights: Final Edition of Article 11 is now Article 15". **Hogan Lovells Global Media and Communications Watch, the International Legal Blog for the Tech, Media and Telecoms Industry**. 27 Mart 2019.

alıntısını okuduğunu göstermektedir[11]. Kullanıcıların basın yayımcısının ana sayfasına girmemesi internet sitesindeki trafiği ve reklam gelirlerini azaltmakta ve bu sebeple Sağlayıcıların içerikten karşılıksız yararlanmasına sebep olmaktadır. Madde görüşmeleri sırasında, basın yayımcılarının Sağlayıcıların kendi ürettikleri içerikten yararlanmasına engel olma amacıyla yaptıkları lobicilik faaliyetleri başarılı olmuştur.

Maddenin yürürlüğe girmesi ile istisna kapsamına girmeyen her çevrimiçi kullanımdan basın yayımcısının bedel talep etme hakkı doğacaktır. Günümüzde haber kaynaklarının internet üzerinden takip edilme oranı düşünüldüğünde Yönerge ile basın yayımcısına tanınan bu komşu hakkın güç dengelerini ne şekilde değiştireceği daha net anlaşılabilir.

Konuya ilişkin, Oxford Üniversitesi Reuters Enstitüsü Gazetecilik Bölümü tarafından 2018 yılında yapılan ve 12 farklı ülkeden katılımcıyla yapılan araştırma kullanıcıların habere çevrimiçi erişme oranını gözler önüne sermektedir. Araştırma ile katılımcıların %36'sının anketin yapıldığı hafta haberleri en az bir kez Facebook'tan takip ettiği sonucuna ulaşılmıştır[12]. Ankete Türkiye'den katılan katılımcılar için bu oran %51'dir. Katılımcıların ankete katıldıkları hafta haberleri çevrimiçi takip etme oranları YouTube'dan %18, Twitter'dan %11, Instagram'dan %6, Reddit'ten %4 ve Snapchat'ten %3'tür[13].

Araştırma sonuçları göze alındığında maddenin basın yayımcısına ne denli bir ticari avantaj sağlayacağı ve Sağlayıcılara maliyetinin düzenleme öncesi durum ile karşılaştırılamaz seviyelerde olacağı açıktır.

B. Maddenin İstisnaları ve İstisnalara İlişkin Tartışmalı Noktalar

a) Bağımsız Kullanıcılar Tarafından Özel ve Ticari Etki Yaratmayacak Biçimde Kullanım

Madde uyarınca, basın yayımcısı tarafından yaratılan içeriğin bağımsız

---

11 ÖZKAN Zehra, AKGÜN, Deniz Polat. "Basın Yayıncılarına Bağlantılı Hak Tanınması Sorunsalı". **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 140, Nisan 2018, s. 52.

12 Reuters Institute Digital News Report 2018, Reuters Inst. s. 10. http://media.digitalnews-report.org/wp-content/uploads/2018/06/digital-news-report-2018.pdf (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

13 TYNER Andrew. "The EU Copyright Directive: Fit for the Digital Age or Finishing It." **Journal of Intellectual Property Law**, vol. 26, no.2, Bahar 2019, s. 282.

kullanıcılar tarafından özel ve ticari etki yaratmayacak biçimdeki kullanımı istisna kapsamına girecektir ve bu tür kullanımlar sebebiyle basın yayımcısının bedel talep etme hakkı bulunmayacaktır. Örneğin, *blog*ların (internet günlüklerinin) bu kapsama gireceği konusunda fikir birliği mevcuttur.

Ne var ki, Yönerge ne tür kullanımların özel ve ticari etki yaratmayacak kullanım teşkil edeceğine dair herhangi bir açıklamaya yer vermeyerek konuyu tartışmalı, yoruma açık ve hukuki belirlilikten uzak bırakmıştır. İnternetten erişilen ve dağıtılan haberler ile kullanıcıların çeşitliliği dikkate alındığında internetten erişilen haberlere ilişkin yasal düzenlemenin kapsamının genişliği açıktır. Bu sebeple, tüketici bir sayım yapılmasa da "bağımsız kullanıcılar tarafından özel ve ticari etki yaratmayacak" kullanımın örneklerle somutlaştırılması ileride ortaya çıkabilecek ihtilafları önlemek için yararlı olabileceği düşüncesindeyiz.

İstisna kapsamına giren kullanıma ilişkin örnek verilmemesinin yanında belirleme ölçütlerine ilişkin de herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. Uygulamada, internet sitesinin trafiğinin, internet sitesinin reklam geliri elde edip etmemesinin ve elde ettiği takdirde reklam gelirlerinin miktarının tartışmalı kullanımlara ışık tutabileceği düşünülmektedir[14]. İstisnanın çerçevesinin net bir çizgiyle çekilmemiş olmasının, istisna kapsamına giren kullanımın AB üye ülkelerinde farklı yorumlanması sebebiyle uygulamanın değişebileceği ve Yönerge ile ulaşılmak istenen yeknesaklığın sağlanamayacağı yönünde eleştiriler bulunmaktadır[15].

aa) Belirli Kelimeler ve Kısa Bir Bölümün Alıntılanması

Maddede belirli kelimeler veya kısa bir bölümün alıntılanması istisna olarak sayılmaktadır. Ne var ki, "belirli kelime" veya "kısa bir bölüm" terimlerine ilişkin herhangi bir tanım veya ölçüt bulunmamaktadır. Terimlerin içlerinin AB üye ülkelerinin kanunları ve mahkeme kararlarıyla doldurulması beklenmektedir. Buna göre, belirli kelime veya kısa bölümü geçen alıntılar için taraflar arasında lisans sözleşmesi olması gerekliliği doğacak veya basın yayımcısı bedel talep edebilecektir; ancak maddedeki belirsizliğin pek çok ihtilafı beraberinde getireceği açıkça görülmektedir[16].

---

14 TYNER, s. 283.

15 TYNER, s.283.

16 WINCKWORTH, Charlie Winckworth; LINCH, Andrew. "The EU Copyright Directive - The End of the Fight?" **Managing Intellectual Property,** 29 Nisan 2019. s.1.

Üye ülkelerin bir kısmında maddedeki terimlerin çok kısıtlı yorumlanması ve bu sebeple maddenin toplumun bilgiye erişimini kısıtlayıcı etki yaratması yönünde endişeler bulunmaktadır[17].

ba) Hyperlinking

Hyperlinking internet kullanıcısını bir internet sayfasından başka bir internet sayfasına aktaran programın kodudur[18]. Basın yayımcısının içeriğine ait internet sayfasının bağlantısını kullanmak maddenin istisnaları arasında sayılmış ve bu tür bir kullanımda basın yayımcısının bedel elde etme hakkı bulunmayacağı açıkça belirtilmiştir.

İstisna temelini Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ("**ABAD**") link vermenin umuma iletim ve ihlal kapsamında sayılmayacağına ilişkin yerleşmiş görüşünden almaktadır. ABAD sözcüsünün 2016 tarihli görüşünde bu konu, "*telif hakkına konu içeriği umuma iletim hakkı münhasıran hak sahibine aittir … telif hakkına konu içeriğin bulunduğu sayfanın bağlantısına farklı bir internet sitesinde yer verilmesi umuma iletim olarak değerlendirilemez"* [19] *şeklinde ifade edilmektedir.*

Görüşe paralel şekilde, ABAD, 13 Şubat 2014 tarihli C-466/12 sayılı Svensson Kararı'nda da, telif hukuku korumasındaki bir esere ilişkin *link* vermek suretiyle başka bir internet sitesinde ulaşabilme imkânı tanınmasını tek başına umuma iletim ve ihlal kapsamında değerlendirmemiştir[20].

Esasen, *Hyperlinking'*in açıkça madde istisnaları arasında sayılmasına pek gerek bulunmamaktadır. Nitekim bu istisna açıkça sayılmamış olsaydı da, bu tür bir kullanımın, internet bağlantısında içeriğe ilişkin birkaç kelimeye veya içeriğin başlığına yer verilmesi sebebiyle "bağımsız kelimeler ve çok kısa bölüm" istisnasına girebileceğini düşünüyoruz.

---

17 Extra Copyright for News Sites ("Link Tax"), Julia Reda, 18 Temmuz 2017. https://juliareda.eu/eu-copyright-reform/extra-copyright-for-news-sites/ (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

18 KARA, Doğan. "İnternette Linkler Yoluyla Umuma İletim Hakkına Müdahale: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13 Şubat 2014 Tarihli Svensson ve Diğerleri, Retriever Sverige AB'ye Karşı Kararının İncelenmesi". **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 17, Sayı:2, Temmuz 2018. s. 415.

19 Court of Justice of the European Union, Press Release, No. 37/16, 7 Nisan 2016, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-04/cp160037en.pdf (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

20 ERDEM, Kaan Mahmut; ERDEM, Deniz. "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın C-466/12 sayılı 'Svensson Kararı'". **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 156, Ağustos 2019. s.1.

C. Benzer Uygulamanın Yürürlükte Olduğu Ülkelerdeki Durum - Almanya ve İspanya

AB üye ülkelerinden Almanya ve İspanya'da basın yayımcısına komşu hak tanıyan yasal düzenleme hâlihazırda yürürlüktedir.

Almanya'da basın yayımcısına münhasır bağlantılı telif hakkı 1 Ağustos 2013, İspanya'da ise dijital basın yayımcısına münhasır bağlantılı telif hakkı 1 Ocak 2015 tarihinden bu yana tanınmaktadır[21]. Ne var ki, Almanya ve İspanya'daki benzer amaçlı hukuki düzenlemelerde bulunan önemli farklılık sebebiyle madde çok farklı sonuçlar doğurmuştur. Buna göre, Almanya'da basın yayımcılarına komşu hak tanıyan yasa yayımcıya bedel almama yönünde bir imkân tanırken (*opt-out*), İspanya'da bu imkân tanınmamaktadır[22].

Almanya'da pek çok basın yayımcısı, indekslenebilmek için Sağlayıcılar ile bedelsiz lisans sözleşmesi yapmış ve hukuki düzenlemenin içi boşaltılmıştır.

İspanya'da ise yayımcıya bedel almama yönünde imkân tanınmaması sebebiyle, kanunun yürürlüğe girmesiyle, *Google News* yeni düzenlemeyi protesto etme amacıyla ve bazı küçük ölçekli Sağlayıcı'lar ise basın yayımcılarına öngörülen bedelleri ödeyememeleri sebebiyle piyasadan çekilmişlerdir[23]. *Google News* ve piyasadan çekilen Sağlayıcılar sebebiyle ilgili yasal düzenlemenin yürürlüğe girmesinden sonra kullanıcıların basım yayımcısının yarattığı çevrimiçi içeriğe erişim oranı %10-15 düşüş göstermiştir[24]. Dijital ortamdan haber takip etme oranında ve haber sitelerinin internet tra-

---

21 Alman Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar Kanunu, m. 87; İspanyol Fikri Mülkiyet Kanunu m. 32

22 BLAIR, Sarah. "Europe's Copyright Reform: Why Is So Controversial?". **Landslide**, vol. 11, no.4, s. 12-15, Mart/Nisan 2019. s. 13; New Study Shows Spain's "Google Tax" has been Disaster for Publishers, Joe Mullin, ARS Technica, 31 Temmuz 2015, https://arstechnica.com/tech-policy/2015/07/new-study-shows-spains-google-tax-has-been-a-disaster-for-publishers/ (Erişim Tarihi 28.10.2019)

23 Joe Mullin, New Study Shows Spain's "Google Tax" has been Disaster for Publishers; ARS Technica, 31 Temmuz 2015, https://arstechnica.com/tech-policy/2015/07/new-study-shows-spains-google-tax-has-been-a-disaster-for-publishers/ (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

24 External Traffic to Spanish News Sites Plummets After Google Move, Mathew Ingram, GIGAOM, 16 Aralık 2014, https://gigaom.com/2014/12/16/traffic-to-spanish-news-publishers-plummets-after-google-move/ (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

fiğinde yaşanan büyük düşüş ise basın yayımcısının gelirlerini azaltmış, düzenlemeyle hedeflenen amaca ulaşılamamıştır.

Yönerge'de basın yayımcısına tanınan bedel talep etme hakkından vazgeçilmesinin mümkün olup olmadığı veya bedelsiz lisans sözleşmesi yapılma olanağına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda herhangi bir açıklamaya yer verilmemesi, AB üye devletlerin ulusal kanunlarını Yönerge ile uyumlu hale getirirken bu konuda bir serbestiye sahip oldukları yönünde yorumlanmakta ve bazı AB üye devletleri basın yayımcına bedel almama yönünde imkân tanırken bazı üye devletleri tarafından bu imkânın tanınmaması beklenmektedir. Bu durumda Yönerge'nin amaçladığı bölgeselliğin pratikte ne derece sağlanabileceği tartışmaya açıktır[25].

D. Maddeye İlişkin Kişisel Değerlendirme

Telif hakları piyasasının daha doğru çalışması amacıyla adil kuralların öngörülmeye çalışıldığı maddenin basın yayımcılarına gereğinden fazla avantaj sağlayıp sağlamadığı uygulama ile daha net görülecektir.

Erişilen bilgilerinin neredeyse tamamının çevrimiçi olduğu serbest ve hızlı paylaşım kültürü üzerine kurulu internet çağında basın yayımcısının yarattığı çevrimiçi içerik yönünden korunması gerektiği açıktır. Ancak, benzer hukuki düzenlemelerin yürürlükte olduğu Almanya ve İspanya örneklerine bakıldığında, basın yayımcısını korumayı amaçlayarak düzenlenen maddenin amacına ulaşamadığı hatta küçük ölçekli basın yayımcısının piyasadan çekilmesine sebep olduğu ve hatta çevrimiçi içeriğe erişimin azaldığı görülmektedir.

Maddenin barındırdığı terimlerin içlerinin doldurulmamış olması sebebiyle maddenin AB üye devletleri hukuklarında yansımasının çok farklı olma ihtimali bulunmaktadır. Yönerge ile basın yayımcısına tanınan komşu hakkın bir gereklilik mi yoksa bireyin bilgi alma özgürlüğüne bir müdahale mi olduğu tartışması devam ederken madde uygulamasının adil olabilmesi için AB üye ülkeleri tarafından açıkça tanımlanmamış terimlerin uygulaması yüksek önem arz etmektedir.[26]

---

25 Avrupa Birliği Dijital Tek Pazarda Telif Haklarını Düzenliyor (mu?) (I), Ece Gönülal, 13 Haziran 2019, https://iprgezgini.org/2019/06/13/avrupa-birligi-dijital-tek-pazarda-telif-haklarini-duzenliyor-mu-i/#_ftn4

26 TOPAL, Cansu. "Dijital Medyanın Google ile Savaşı ve Bilgi Toplumu", **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı**, 2012. S. 465.

Maddenin barındırdığı boşluklar ile tartışmalı noktalar düşünüldüğünde uygulamada ortaya çıkabilecek farklılıkların Yönerge'nin amaçlarından olan AB üye ülkelerinin telif yasalarındaki yeknesaklığın sağlanıp sağlanamayacağı noktasında tartışmaların ortaya çıkacağı açıktır.

2. Çevrimiçi İçerik Paylaşım Platformlarının Sorumluluğu - Madde 17

A. Genel Bakış

Yönerge'nin "Telif Hakkına Konu İçeriğin Çevrimiçi İçerik Paylaşım Platformu ("**Platform**") Tarafından Kullanılması" başlıklı 17. maddesi Platformun sorumluluğunu alışılmışın dışında düzenlemektedir. Maddeye göre, Platform, belirli şartların sağlanması halinde, kullanıcılar tarafından yüklenen içerikten sorumlu tutulacaktır.

Yeni düzenleme, madde öncesi Avrupa Birliği Hukuku ile Türk Hukuku'ndaki[27] hak sahibinin aktif fiilini gerektiren "Uyar-Kaldır" sisteminden büyük farklılıklar göstermekte ve hak sahiplerinin herhangi bir talebi olmaksızın Platform'u belirli şartların sağlanması halinde kullanıcılar tarafından yüklenen ve hakkı ihlal eden içerikten sorumlu tutmaktadır.

Bir başka deyişle, kullanıcılar tarafından yüklenen içeriğin telif hakkı ihlali yaratıp yaratmadığının kontrol yükümlülüğü hak sahibinden Platformlara geçmiştir.

Madde "*meme ban*" veya "*upload filter*" (yükleme filtresi) adlarıyla anılarak basında geniş yer bulmuş ve çeşitli kesimlerden tepki toplamıştır.

Madde ile tanınan sorumluluk, kar amacı güden, ana amacı kullanıcılar tarafından "yüksek miktarda" çevrimiçi içerik yaratılması ve yaratılan bu içeriği saklamak olan Platformlara getirilmiştir. Bu Platformlara en büyük örnekler *YouTube, Facebook, Soundcloud, Twitter, Vimeo* veya *Dailymotion'dır*.

Sayılanlar dâhil ancak sayılanlarla sınırlı olmamak üzere, kar amacı gütmeyen ansiklopediler, bilimsel veya eğitim amaçlı bilgi havuzları, kişisel kullanım amaçlı bulut servisleri, fiziksel ürün satan e-ticaret siteleri, kişisel *blog*lar (internet günlükleri) veya fikir alışverişi ve tartışma siteleri madde

---

27 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Ek m.4

17 ile öngörülen sorumluluğa tabi değildir. Bunlara örnek olarak Vikipedi, *DropBox*, *Amazon* verilebilir.

Madde kısaca, Platformların eser sahipleriyle eserlerin Platformda kullanımına ilişkin lisans sözleşmesi yapmasını ve lisans sözleşmesinin yapılamaması halinde bu eserlerin Platformda kullanılamamasına ilişkin makul çabayı göstermesini talep etmektedir. Aksi takdirde, kullanıcılar tarafından yüklenen içerik sebebiyle Platformun sorumluluğu doğacaktır.

Maddenin asıl amacı, Platformlar üzerinde eser sahipleriyle lisans sözleşmesi yapma yönünde baskı kurarak, eser sahipleri ile Platformlar arasında yapılan lisans sözleşmeleri sonucunda eser sahiplerinin elde ettiği gelir ile Platformların elde ettiği gelir arasındaki uçurumu (*value gap*) engellemek ve eser sahiplerinin eserlerinin internetteki kullanımı sebebiyle hak ettikleri bedele erişimlerini sağlamaktır[28]. Madde bu sayede yaratıcılığı desteklemekte ve ödüllendirmektedir.

Madde çalışmaları sırasında, 100'den fazla ülkeden yönetmen ve senaristleri içeren 18,700 kişilik bir grup madde lehine bildiri yayınlayarak "*maddenin eser sahipleri ile Platformlar arasındaki gelir adaletsizliğini bitireceğini, eser sahiplerinin konumunda çok büyük bir fark yaratacağını ve en nihayetinde eser sahiplerinin internet üzerindeki kullanımlardan hak ettikleri gelire kavuşacaklarını*" belirtmişlerdir[29].

B. Madde ile Öngörülen Sistem ve Platformların Sorumluluğu

Yönerge, Platform'ların kullanıcılar tarafından yüklenen telif hakkına konu içeriği umuma veya kamuya arz ettiğini varsaymaktadır. Telif hakkına konu içeriğin umuma veya kamuya arz hakkı ise münhasıran eser sahibine aittir. Bu sebeple, Yönerge, Platformlar'ın eser sahiplerinden telif hakkına konu içeriğin kullanıcılar tarafından yüklenen içerikte kullanımına ilişkin lisans hakkı almasını öngörmekte ve bir nevi Platform'u bu lisans hakkını almaya zorunlu tutmaktadır. Platformlar tarafından alınacak bu lisans hakkı

---

28 Global Music Report 2017: Annual State of the Industry, Rewarding Creativity: Fixing the Value Gap, IFPR, s. 25, https://www.ifpi.org/downloads/GMR2017.pdf (Erişim Tarihi 28.10.2019)

29 Venice Declaration, 3 Eylül 2018, https://www.saa-authors.eu/en/news/539-venice-declaration#.XaWJuEYzaUk (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

ticari faaliyet göstermeyen ve kar amaçlı olmayan kullanıcıların kullanımlarını içerecektir.

Eser sahipleri tarafından Platform'a telif hakkına konu içeriğe ilişkin lisans hakkı tanınmadığı takdirde Platform, kullanıcı tarafından yüklenen ve hakkı ihlal eden içeriğin sebep olduğu zarardan kural olarak sorumlu olacaktır.

Platformun kullanıcılar tarafından yüklenen hakkı ihlal eden içeriği nasıl tespit edeceğine dair ise soru işaretleri bulunmaktadır. Yönerge'nin Temmuz 2018'de Avrupa Parlamentosu tarafından reddedilen ilk taslağında Platformların içeriği "*content recognition technology*" (içerik tanıma sistemi) ile tespit etmesi gerekliliği öngörülmüştür[30]. Ancak daha sonra bu terim "eserin kullanılmasını önlemek için makul çaba" ve "lisans hakkının elde edilememesi halinde eserin Platform'da mevcut olmaması" şeklinde değiştirilmiştir. Açıkça Yönerge'de zorunlu tutulmasa ve kullanılma zorunluluğunun bulunmadığı belirtilse de Platformların makul çabayı göstermesi için eserin kullanılmasını önlemek amacıyla bir "*upload filter*" (yükleme filtresi) getirmesi gerekeceği öngörülmektedir. Çalışmada detaylıca inceleneceği üzere, madde bu filtrenin ifade özgürlüğünü ihlal edeceği ve kullanıcılar üzerinde bir sansür etkisi yaratacağı sebepleriyle de eleştirilmektedir.

Platformların eserin kullanılmasını önlenmesi için makul çabayı gösterdiğini ortaya koyma amacıyla özel bir algoritmayla "*upload filter*" (yükleme filtresi) kurması beklenmektedir. Bu filtre kullanıcı tarafından yüklenmek istenen içeriği denetleyecektir. Filtre öncelikle kullanıcılar tarafından yüklenen içeriğin lisanslı bir içerik ile eşleşip eşleşmediğini kontrol edecektir. Yüklenmek istenen içerik lisanslı bir içerikle eşleşiyorsa ve kullanım lisans içeriğine uygunsa, içerik yayınlanacaktır.

Yüklenmek istenen içerik lisanslı bir içerikle eşleşiyorsa ancak lisans hakkının kapsamı içeriğin yayınlanmasına izin vermiyorsa, içerik Platform tarafından yayınlanmayacaktır. Yayınlandığı takdirde haklı bir telif hakkı şikâyeti gelirse içerik engellenecek ve Platform eser sahibinin zararından sorumlu olacaktır.

---

30 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market, 14 Eylül 2016, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0593&from=EN (Erişim Tarihi 29.10.2019)

Yukarıdaki örneklerin tamamında Platform, eser sahibine karşı sorumludur.

Ek olarak, kullanıcı tarafından yüklenmek istenen içerik lisans kapsamındaysa ancak Platform tarafından yayınlanmazsa kullanıcının Platformun işlemine karşı itiraz imkânı mevcuttur. Bu itiraz sonucunda Platform tarafından bu kullanımın lisans kapsamında olup olmadığı ve değilse herhangi bir istisnaya girip girmediği incelenir. Eğer Platform tarafından haksız bir engelleme yapıldıysa ve bu sebeple kullanıcı zarara uğrarsa Platform kullanıcı zararından sorumlu olacaktır.

C. Sorumluluğun İstisnası

Platform'a öngörülen bu sorumluluk mutlak bir sorumluluk değildir. Yönerge m. 17/4 uyarınca, Platform lisans almak için makul çabayı gösterdiyse, lisans hakkına tabi olmayan eserin kullanımın engellenmesi için makul çaba gösterildiyse ve ihlali öğrenmesinin akabinde derhal harekete geçtiyse sorumluluktan kurtulabilir. Platform, sayılan bu yükümlülükleri yerine getirdiği takdirde ihlale uğrayan eserin sahibinin uğrayacağı zarardan sorumlu tutulmayacaktır.

Görüldüğü gibi, Platformlar için öngörülen sorumluluğun istisnaları oldukça sübjektif ve hukuki belirlilikten uzaktır. "Makul çaba" veya "derhal" gibi terimler Yönerge'de tanımlanmamakla birlikte bu kavramların içi doldurulurken ölçülülük prensibine uygun şekilde platformun türü, kullanıcıları, büyüklüğü, yüklenen içerik, içeriği tespitte kullanılan aracın uygun ve etkili olup olmadığı ile bu aracın maliyetinin dikkate alınacağı belirtilmektedir[31].

Küçük ölçekli çevrimiçi içerik paylaşım platformlarına ise Yönerge m. 17/5 uyarınca farklı bir istisna öngörülmektedir. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde açıklanacağı gibi, Yönerge'nin ihlali saptamak için kullanılmasını öngördüğü "*upload filter*" (yükleme filtresi) ciddi bir yatırım gerektirmektedir. Gereken bu yatırım, küçük ölçekli platformların bu yatırımı yapamaması sebebiyle birkaç büyük oyuncunun bulunduğu sektör iyice tekelleştirecek ve yeni oyuncuların sektöre girişini engelleyecektir.

Bu sebeple, Yönerge, AB üye devletlerinde üç yıldan az süredir aktif, yıllık cirosu 10 milyon Euro'dan az ve aylık kullanıcısı 5 milyondan az olan

---

31 Yönerge m. 17/4.

platformlar için istisna getirmektedir. Buna göre, bu şartları birlikte taşıyan platformlar hak sahiplerinden izin almak için makul çabayı gösterdikleri ve ihlali öğrendikten sonra içeriğin kaldırılması için derhal harekete geçtiğini ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulacaktır. Bunların ispat edilememesi halinde ise küçük ölçekli çevrimiçi içerik paylaşım platformları da eser sahibinin zararlarından sorumlu tutulacaktır.

Yönerge, m. 17/7 ile ise atıf, eleştiri, karikatür, parodi ve öykünme istisnalarına yer verilmektedir. Bu madde sayesinde, *Instagram* gibi platformlardaki parodi hesaplarının "*meme*" kullanımları istisna kapsamına alınmıştır.

D. Tartışmalı Noktalar

a) Kullanılacak Programın Maliyeti

Madde reddedilen ilk taslağından farklı olarak Platformu kullanıcılar tarafından yüklenen içeriği kontrol edecek programın kullanılmasını zorunlu tutmasa da Platformların maddede öngörülen "makul çabayı" göstermek amacıyla bir filtre kullanması gerekliliği ve bu filtrenin maliyetinin istisnadan yararlanamayan orta ölçekli Platformlara getireceği yük açıktır.

Madde küçük ölçekli çevrimiçi içerik paylaşım platformlarına bir istisna tanımış olsa da bu istisna yeterli değildir. Nitekim dev platformlar ve küçük ölçekliler arasında da büyümeye çalışan pek çok Platform bulunmaktadır ve kullanılması öngörülen programın maliyetinin istisnadan yararlanamayan platformların büyümesini önleyeceği ve devlerin elindeki pazarın iki-üç büyük oyuncu tarafından domine edileceği açıktır.

Google, *Facebook*, *Twitter* ve *Instagram* gibi dev platformlar dahi bu sistemin kendileri için çok yüksek bir maliyete sahip olacağını belirtmişledir. *Google*'ın sahip olduğu *YouTube* hâlihazırda telif hakkına konu içeriğin izinsiz kullanımına ilişkin bir tür içerik denetim sistemi kullanmaktadır ve bu sistemin geliştirilmesine ayrılan bütçenin 100 milyon dolardan fazla olduğu Google tarafından açıklanmıştır[32].

Google, Avrupa Parlamentosu üyeleri ile AB üye devletlerini maddenin değiştirilmesi için çeşitli faaliyetler ve organizasyonlar yaparak "etkilemeye" çalışırken 36 milyon dolardan fazla harcamıştır[33]. *Google*'ın çabaları

---

32 How Google Fights Piracy, Google, Kasım 2018, s.13. https://www.blog.google/documents/27/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

33 Google Spent More Than $36 Million to Scuttle Article 13 & the Copyright Directive, Di-

basit lobicilik faaliyetleriyle de sınırlı kalmamış ve 2018 yılında *Google*'ın Yönerge m. 17'nin değiştirilmesine ilişkin Avrupa Parlamentosu üyelerini kısa mesaj, telefon ve tweet yağmuruna tutan bir internet sitesine para sağladığına ilişkin haberler çıkmıştır[34].

Yani, *Google* gibi bir teknoloji devini dahi korkutan maliyetin daha küçük Platformları yok edeceği ve dev şirketlere rekabet üstünlüğü sağlayacağı açıkça görülmektedir.

aa) İfade Özgürlüğü İhlali ve Sansür

Henüz sistemin isleyişine ilişkin detaylar tam olarak bilinmese de, kullanıcıların yüklemek istedikleri içerik henüz yayınlanmadan Platformlar tarafından yayınlanması engellenebilecektir ve karara itiraz mekanizmaları öngörülse de içeriği engelleme Platformların inisiyatifine bırakılmaktadır. Bu durumun ise Platformlar tarafından kötüye kullanılabilecek bir oto sansüre yol açıp açmayacağı yönünde tartışmalar bulunmaktadır. Aynı zamanda, Platformların sorumluluktan kaçmak için kullanıcı içeriklerini gereğinden fazla engellemesi endişesi bulunmaktadır.

Belirtildiği gibi, Yönerge'nin ilk taslağında Platformların içeriği "*content recognition technology*" (içerik tanıma sistemi) ile tespit etmesi gerekliliği öngörülmüştür. Taslağın yayınlanmasını takiben World Wide Web'in mucidi Tim Berners-Lee ve Vikipedi Ansiklopedisi'nin sahibi Jimmy Wales gibi internet dünyasının önde gelen isimleri Avrupa Parlamentosuna mektup göndererek bu sistemin "*iyi niyetli bir girişim olduğunu ancak interneti fikirlerin özgürce paylaşıldığı platformdan çıkarıp kullanıcıları gözetim, sansür ve kontrol altında tutacağını*" belirterek madde değişikliği talep etmişlerdir[35].

---

gital Music News, 3 Temmuz 2018. https://www.digitalmusicnews.com/2018/07/03/google-article-13-copyright-directive/ (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

34 As Copyright Directive Campaigning Starts up Again, Article Thirteen Opponents Plan to take to the Streets, Chris Cooke, CMU, 17 Ağustos 2018. https://completemusicupdate.com/article/as-copyright-directive-campaigning-starts-up-again-article-thirteen-opponents-plan-to-take-to-the-streets/ (Erişim Tarihi: 29.10.2019) ; Google Funds Website that Spams For Its Causes, David Lowery, 6 Ağustos 2018. https://www.thetimes.co.uk/article/google-funds-activist-site-that-pushes-its-views-rg2g5cr6t (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

35 Letter from Tim Berners-Lee, Inventor of the World Wide Web, et. al. to Antonio Tajani, President, European Parliament, 12 Haziran 2018. https://www.eff.org/files/2018/06/13/article13letter.pdf (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

Madde Temmuz 2018'de reddedilmiş ve "*content recognition technology*" terimi maddeden çıkarılmıştır.

Kabul edilen versiyonda ise, Platformların lisans hakkına tabi olmayan eserin kullanımının engellenmesi için makul çabayı göstermesi aranmaktadır; bunun için ise Platformlar tarafından bir yükleme filtresi kurulması beklenmektedir. Aynı zamanda, Platformlar için artık bir zorunluluk teşkil etmese de "*content recognition technology*" (içerik tanıma sistemi) kurmamaları için önlerinde bir engel bulunmamaktadır. Bir diğer deyişle, tepkiler üzerine kullanılan terim kaldırılmış olsa da ifade özgürlüğü ihlali ile sansür tehlikesinin geçtiğini belirtmek zordur.

ba) Kullanılacak Programın Yetersizliği ve Oluşabilecek Hatalar

Programda oluşacak hatalar sebebiyle lisans veya istisna kapsamına giren içeriklerin Platformda yayının engellenmesi sonucu doğabilir[36]. Örneğin, bazı içeriklerin parodi istisnasına girip girmediği hukukçular tarafından bile tartışmalıyken, bu kararı bir yapay zekâdan beklemek çok da akılcı değildir. İçeriğin yayınlanıp sonra bu durumun herhangi bir iddia olması halinde mahkemelerde tartışılması yerine bu sistem ile muhtemelen henüz yayınından önce engellenecektir. Bir diğer deyişle, kullanılacak programın yetersizliği sansüre yol açacaktır.

Nitekim Yönerge çalışmaları sırasındaki muhalif tutumuyla dikkat çeken Avrupa Parlamentosu vekili Julia Reda da, kullanılması gereken filtredeki hataların ifade özgürlüğü ihlallerine yol açacağını ve "*son kullanıcılar üzerindeki etkisinin çok yüksek olacağını, algoritmanın hukuken izin verilen kullanım veya istisna ile gerçek telif hakkı ihlallerini ayırt etmesinin mümkün olmadığını, bu nedenle risk almak istemeyen Platformların lisanslı olmayan tüm içeriği engelleyebileceğini bunun ise sansüre sebep olabileceğini"* belirtmektedir[37].

Aynı zamanda, kullanılacak programın çok daha basit hatalar yapması ve içerikte kullanılan lisanslı içerik de olsa içeriklerden bazılarını engellemesi beklenmektedir.

---

36 Blair, 14.

37 Julia Reda Discusses the Current Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market, Kluwer Copyright Blogger, 18 Haziran 2018. http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/06/18/julia-reda-discusses-current-proposal-directive-copyright-digital-single-market/ (Erişim Tarihi: 19.10.2019)

YouTube tarafından hâlihazırda kullanılan ve Platforma 100 milyon dolara mal olan sistemin bile sıkça hata yaptığı bilinmekte ve görülmektedir[38]. YouTube gibi dev bir platform tarafından yaratılan sistemde dahi kullanıcıların karşısına sıkça hatalar çıkarken daha küçük ölçekli platformların yaratacakları sistemlerde hatalar kaçınılmazdır.

Madde, Platformların kullanıcı tarafından yüklenen içeriği yayınlamaması halinde kullanıcıya karara itiraz imkânı tanımaktadır; ancak, içeriği engellenen kullanıcılar arasında hangi oranda kullanıcının uzun ve zahmetli karara itiraz yoluna başvuracağı tartışma konusudur. Zira *Google*'ın 2018 tarihli raporuna göre, YouTube tarafından kullanılan sistem tarafından yapılan içerik engellemelerinin yalnızca %1'inde karara itiraz mekanizmasına başvurulmuştur[39].

ca) Tazminatın Belirlenmesi Sorunu

Çalışmamızda incelendiği üzere, lisans kapsamında olmayan telif hakkına konu içerik yayınlandığı takdirde, Platformun eser sahibine karşı sorumluluğu ve Platformun haksız yere engelleme yapması halinde ise kullanıcının zarara uğraması durumunda kullanıcıya karşı sorumluluğu doğacaktır. Ne var ki, maddede düzenlenen bu zarar ile tazminatın ne şekilde belirleneceğine ilişkin herhangi bir açıklık bulunmaması da maddenin tartışmalı noktalarından birini teşkil etmektedir. Tazminatın belirlenmesinde kullanılacak ölçütlerin AB üye ülkelerinin ulusal mevzuatlarını Yönerge ile uyumlu hale getirirken somutlaştırması beklenmektedir. Ancak, AB üye ülkelerinin birbirlerinden farklı ölçütler belirlemesi halinde Yönerge'nin amaçladığı yeknesaklığın sağlanıp sağlanamayacağı yönünde soru işaretleri bulunmaktadır.

E. Maddeye İlişkin Kişisel Değerlendirme

Platformlar tarafından maddenin nasıl uygulanacağına ve sorumluluğun nasıl belirleneceğine ilişkin tartışmalar sürerken *Google* ve *Facebook* başta olmak üzere teknoloji devlerinin eser sahipleriyle eserlerinin Platformlarda-

---

38 YouTube is addressing major issues with vague ContentID claims, Ashley King, March 21, 2019. https://www.digitalmusicnews.com/2019/03/21/youtube-contentid-changes/ (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

39 How Google Fights Piracy, Google, Kasım 2018, s.28. https://www.blog.google/documents/27/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

ki kullanımına ilişkin lisans sözleşmesi yapmak ve kullanıcıların yükledikleri içerikleri denetleyici filtreler kurmak için zamanı her geçen gün daralmakta ve Platformlar meslek birliklerinin kapılarını çalmaya başlamaktadır.

Madde uygulamasına ilişkin belirsizlik ve karışıklıklar sebebiyle, Avrupa Komisyonu tarafından yol gösterici ancak bağlayıcı olmayan bir uygulama rehberi çıkarılacak ve bu rehberde en iyi uygulama ölçütleri belirlenecektir.

Maddenin uygulama ile birlikte anlamlanacağı ve onaylandığı şekliyle son derece belirsiz, kısıtlayıcı ve kötüye kullanmaya müsait olduğu açıktır. Nitekim çalışmanın bir sonraki bölümünde değinileceği gibi Polonya'da Yönerge'nin Platform sorumluluğunun istisnalarının şartları olan Platformun "makul çabayı göstermesi" ve "derhal harekete geçmesi"ni öngörülen madde 17/4(b) ve (c)'nin iptali talebiyle ABAD'a başvurmuştur.

III. ÜYE ÜLKELERİN YÖNERGE'YE BAKIŞI

A. Giriş

26 Mart 2019 tarihinde Avrupa Parlamentosu tarafından yapılan oylamada Yönerge, 348 lehe, 274 aleyhe ve 36 çekimser oy alarak kabul edilmiştir[40]. Bir diğer deyişle, AB Telif Hukuku'nda köklü değişiklikler yapan Yönerge "ezici bir çoğunlukla" değil, "ucu ucuna" kabul edilmiştir. Yönerge'ye en büyük destek sırasıyla Fransa, İtalya, Almanya, İspanya'dan gelirken aleyhe en fazla oy kullanan ülkeler sırasıyla Almanya, Polonya, İngiltere, İtalya ve Hollanda olmuştur[41].

5 Nisan 2019 tarihinde, Polonya, Hollanda, Lüksemburg, İtalya ve Finlandiya tarafından ortak bildiri yayınlayıp "*son haliyle Yönerge'nin Dijital Tek Pazar Projesi'ne hizmet etmediği aksine AB'yi Dijital Tek Pazar'dan uzaklaştırdığını, Yönerge'nin hak sahipleri ve AB'de yerleşik gerçek ve tüzel kişiler arasındaki güç dengesini adil bir şekilde kurmadığını, bu sebeple ge-*

---

40 Copyright in the Digital Single Market, Vote Details. https://term8.votewatch.eu/en/term8-copyright-in-the-digital-single-market-draft-legislative-resolution-provisional-agreement-amendment-.html#/##vote-tabs-list-1 (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

41 Copyright in the Digital Single Market, Vote Details. https://term8.votewatch.eu/en/term8-copyright-in-the-digital-single-market-draft-legislative-resolution-provisional-agreement-amendment-.html#/##vote-tabs-list-1 (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

lişimi teşvik etmediğini ve Yönerge'nin hukuki belirlilikten uzak olduğunu" belirterek Yönerge'yi desteklemediklerini açıklamışlardır[42].

Yönerge, 15 Nisan 2019 tarihinde, Avrupa Komisyonu'nda AB nüfusunun %71'ini temsil eden 19 AB üye ülkesinin oyuyla onaylanarak yürürlüğe girmiştir. 6 AB üye ülkesi (Finlandiya, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Polonya, İsveç) Avrupa Komisyonu'nda ret oyu kullanırken, 3 ülke (Belçika, Estonya, Slovenya) çekimser kalmıştır[43].

Yönerge Avrupa Komisyonu tarafından onaylanmış ve yürürlüğe girmiş olsa da belirttiğimiz gibi AB üye ülkelerinin tamamının Yönerge'ye bakışı olumlu değildir. Aleyhe oy kullanan diğer ülkelerden farklı olarak Polonya madde 17/4(b) ve (c)'nin iptali talebiyle ABAD'a başvurmuştur.

B. Polonya'nın ABAD Başvurusu

24 Mayıs 2019 tarihinde, Polonya Yönerge'nin madde 17/4(b) ve (c)'nin iptali ve bu fıkraların tek başına iptalinin mümkün olmadığına karar verilmesi halinde madde 17'nin tamamının iptali talebiyle ABAD'a başvurmuştur[44]. Başvuru halihazırda C-401/19 esas numarasıyla ABAD tarafından incelenmektedir. Polonya'nın öncelikli olarak iptalini talep ettiği Yönerge'nin 17/4(b) ve (c) maddeleri platform sorumluluğunun istisnalarının şartları olan ve ölçütlerinin öngörülebilir olmaması sebebiyle eleştiri toplayan, Platformun "makul çabayı göstermesi" ve "derhal harekete geçmesi"ni düzenlemektedir.

Polonya, Platformların sorumluluğunu düzenleyen maddenin Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi ile öngörülen ifade özgürlüğüne aykırı olduğunu ve maddenin, "*Platformların öngörülen sorumluluktan kurtulma amacıyla lisans hakkının elde edilememesi halinde eserin Platform'da mevcut olmaması için makul çabayı göstermek için bir yükleme filtresinin kurulması*

---

42 Joint Statement by the Netherlands, Luxembourg, Poland, Italy and Finland, 5 Nisan 2019. https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986-2019-ADD-1/en/pdf (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

43 EU Member States Give Green Light for Copyright Censorship, Diego Naranjo, 15 Nisan 2019. https://edri.org/eu-member-states-give-green-light-for-copyright-censorship/ (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

44 C-401/19 - Poland v Parliament and Council, InfoCuria, Case-law of the Court of Justice. http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-401/19 (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

gerektiği ve yükleme filtresinin bir kontrol mekanizması anlamına geldiğini ve hukuki belirlilikten yoksun olduğunu" iddia etmektedir[45]

Henüz Polonya'nın başvurusuna ilişkin ABAD tarafından karar verilmemiştir.

Başvuru, Platformların sorumluluğunu yürürlükteki hukukun tam tersine değiştiren madde 17'nin politik kaygılar ve lobicilik faaliyetlerinin etkisine uğramadan bağımsız bir mahkeme tarafından değerlendirilmesi olanağı tanıması sebebiyle sevindirici bir gelişmedir. Çalışmamızda da detaylıca değinildiği gibi, madde 17'ye ilişkin tartışmalar Yönerge tasarısının yayınlandığı tarihten bu yana süre gelmektedir. Bir diğer deyişle, Polonya tartışmaların sahnesini değiştirip ABAD'a taşımıştır.

SONUÇ

AB'nin dünyada yaşanan ekonomik krizlerden en az seviyede etkilenmesini ve ekonomik dönüşümle güçlenmesini amaçlayan Dijital Tek Pazar Projesi'nin bir sonucunu teşkil eden ve geniş tartışmaları beraberinde getiren Dijital Tek Pazarda Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar Yönergesi'nin AB üye ülke mevzuatlarına yansımalarının 7 Haziran 2021 tarihine dek kendilerini göstermeleri gerekmektedir. Ne var ki, tartışma ve ihtilafların çok daha uzun süreceği ve Yönerge'nin tartışmalı noktaları ile belirsizliklerinin yargı kararlarıyla doldurulmaya çalışılacağı aşikârdır.

Telif hakları piyasasının adil çalışması için kurallar getiren Yönerge'nin özellikle 15. ve 17. maddelerindeki sorunlar görülmektedir; hâlihazırdaki soru AB üye ülkelerinin ulusal mevzuatlarını Yönerge'ye uygun duruma getirirken sorunlu noktaların, özellikle çalışmamızda detaylıca açıklanan hukuki belirsizliklerin, üzerinde çalışıp çalışmayacağıdır. Nitekim, bu belirsizliklerin doldurulamaması halinde Yönerge'nin amacına ulaşıp ulaşamayacağı yönünde soru işaretleri bulunmaktadır.

Tarafımızca, AB müktesebatına uyum kapsamında, Yönerge'nin 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı üzerinde etkilerinin görülüp görülmeyeceği heyecanla beklenmektedir.

---

45 Action brought on 24 May 2019 - Republic of Poland v European Parliament and Council of the European Union. http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216823&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8371710 (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

KAYNAKÇA

BLAIR, Sarah. "Europe's Copyright Reform: Why Is So Controversial?". **Landslide**, vol. 11, no.4, s. 12-15, Mart/Nisan 2019.

ERDEM, Kaan Mahmut; ERDEM, Deniz. "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın C-466/12 sayılı 'Svensson Kararı'". **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 156, Ağustos 2019.

KARA, Doğan. "İnternette Linkler Yoluyla Umuma İletim Hakkına Müdahale: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13 Şubat 2014 Tarihli Svensson ve Diğerleri, Retriever Sverige AB'ye Karşı Kararının İncelenmesi". **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 17, Sayı:2, Temmuz 2018.

LUTHGE, Benedikt; ALASTRAIR Shaw. " DSM Watch: Copyright Directive Press Publishers' Rights: Final Edition of Article 11 is now Article 15". **Hogan Lovells Global Media and Communications Watch, the International Legal Blog for the Tech, Media and Telecoms Industry**. 27 Mart 2019.

MEMİŞ, Tekin. **Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu**. 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

ÖZKAN Zehra, AKGÜN, Deniz Polat. "Basın Yayıncılarına Bağlantılı Hak Tanınması Sorunsalı". **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 140, Nisan 2018, s. 49-63.

QUINTAIS, Joao Pedro. "Untangling the hyperlinking web: In search of the Online Right of Communication to the Public". **The Journal of World Intellectual Property.** 21. sayı, Kasım 2018, s. 385-420.

TOPAL, Cansu. "Dijital Medyanın Google ile Savaşı ve Bilgi Toplumu", **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı**, 2012, s. 465-492.

TYNER Andrew. "The EU Copyright Directive: Fit for the Digital Age or Finishing It." **Journal of Intellectual Property Law**, vol. 26, no.2, Bahar 2019, s.275-288.

WINCKWORTH, Charlie Winckworth; LINCH, Andrew. "The EU Copyright Directive - The End of the Fight?" **Managing Intellectual Property,** 29 Nisan 2019.

DİĞER KAYNAKLAR

A Digital Single Market Strategy for Europe, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic

and Social Commitee and the Committee of the Regions, COM (2015) 192 Final, 06 Mayıs 2015. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192 (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

Action brought on 24 May 2019 - Republic of Poland v European Parliament and Council of the European Union. http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216823&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8371710 (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

As Copyright Directive Campaigning Starts up Again, Article Thirteen Opponents Plan to take to the Streets, Chris Cooke, CMU, 17 Ağustos 2018. https://completemusicupdate.com/article/as-copyright-directive-campaigning-starts-up-again-article-thirteen-opponents-plan-to-take-to-the-streets/ (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

Avrupa Birliği Dijital Tek Pazarda Telif Haklarını Düzenliyor (mu?) (I), Ece Gönülal, 13 Haziran 2019, https://iprgezgini.org/2019/06/13/avrupa-birligi-dijital-tek-pazarda-telif-haklarini-duzenliyor-mu-i/#_ftn4 (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

C-401/19 - Poland v Parliament and Council, InfoCuria, Case-law of the Court of Justice. http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-401/19 (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

Copyright in the Digital Single Market, Vote Details. https://term8.votewatch.eu/en/term8-copyright-in-the-digital-single-market-draft-legislative-resolution-provisional-agreement-amendment-.html#/##vote-tabs-list-1 (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

Court of Justice of the European Union, Press Release, No. 37/16, 7 Nisan 2016, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-04/cp160037en.pdf (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

EU Member States Give Green Light for Copyright Censorship, Diego Naranjo, 15 Nisan 2019. https://edri.org/eu-member-states-give-green-light-for-copyright-censorship/ (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

European Commission, Digital Single Market, Creating a Digital Single Market European Comission Actions since 2015, Haziran 2018. http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2018-25/creatingadigitalsinglemarket-europeancommissionactionssince2015pdf_996FEA88-AD3C-940E-050B64C9A7B33CF5_53055.pdf (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

European Comission Press Release, State of the Union 2016: Commission proposes modern EU copyright rules for European culture to flourish and circulate, 14 Eylül 2016. https://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3010_en.htm (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

Eurostat Statics Explained - Digital Economy and Society Statistics - Households and Individuals, Haziran 2019. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals#targetText=In%202018%2C%20more%20than%20three,least%20weekly)%20of%20the%20internet. (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

External Traffic to Spanish News Sites Plummets After Google Move, Mathew Ingram, GIGAOM, 16 Aralık 2014, https://gigaom.com/2014/12/16/traffic-to-spanish-news-publishers-plummets-after-google-move/ (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

Extra Copyright for News Sites ("Link Tax"), Julia Reda, 18 Temmuz 2017. https://juliareda.eu/eu-copyright-reform/extra-copyright-for-news-sites/ (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

Global Music Report 2017: Annual State of the Industry, Rewarding Creativity: Fixing the Value Gap, IFPR, s. 25, https://www.ifpi.org/downloads/GMR2017.pdf (Erişim Tarihi 28.10.2019)

Google Funds Website that Spams For Its Causes, David Lowery, 6 Ağustos 2018. https://www.thetimes.co.uk/article/google-funds-activist-site-that-pushes-its-views-rg2g5cr6t (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

Google Spent More Than $36 Million to Scuttle Article 13 & the Copyright Directive, Digital Music News, 3 Temmuz 2018, https://www.digitalmusicnews.com/2018/07/03/google-article-13-copyright-directive/ (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

How Google Fights Piracy, Google, Kasım 2018. https://www.blog.google/documents/27/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

İKV Değerlendirme Notu, AB'de Dijital Tek Pazar'ın Oluşturulmasına Doğru, Selen Akses, İKV Kıdemli Uzmanı, No:133, Temmuz 2015 https://www.ikv.org.tr/images/files/Dijital%20Tek%20Pazar%20Stratejisi%20%20Temmuz%202015.pdf (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

Joint Statement by the Netherlands, Luxembourg, Poland, Italy and Finland, 5 Nisan 2019. https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986-2019-ADD-1/en/pdf (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

Julia Reda Discusses the Current Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market, Kluwer Copyright Blogger, 18 Haziran 2018. http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/06/18/julia-reda-discusses-current-proposal-directive-copyright-digital-single-market/ (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

Letter from Tim Berners-Lee, Inventor of the World Wide Web, et. al. to Antonio Tajani, President, European Parliament, 12 Haziran 2018. https://www.eff.org/files/2018/06/13/article13letter.pdf (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

New Study Shows Spain's "Google Tax" has been Disaster for Publishers, Joe Mullin, ARS Technica, 31 Temmuz 2015, https://arstechnica.com/tech-policy/2015/07/new-study-shows-spains-google-tax-has-been-a-disaster-for-publishers/ (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market, 14 Eylül 2016, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0593&from=EN (Erişim Tarihi 29.10.2019)

Reuters Institute Digital News Report 2018, Reuters Inst. s. 10. http://media.digitalnewsreport.org/wp-content/uploads/2018/06/digital-news-report-2018.pdf (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

Venice Declaration, 3 Eylül 2018, https://www.saa-authors.eu/en/news/539-venice-declaration#.XaWJuEYzaUk (Erişim Tarihi: 28.10.2019) (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

What is the Digital Single Market About? https://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/ict/bloc-4.html (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

YouTube is addressing major issues with vague ContentID claims, Ashley King, March 21, 2019. https://www.digitalmusicnews.com/2019/03/21/youtube-contentid-changes/ (Erişim Tarihi: 29.10.2019)