Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

2022/1

TÜBİTAK ULAKBİM Hakemli Dergi

EBSCOhost

Galatasaray Üniversitesi Yayın No : 100
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 79

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 (Editör)

Prof. Dr. Mehmet ERDEM

Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ (Editör Yardımcısı)

Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN

Arş. Gör. Ali Ekber ÇINAR

Arş. Gör. Dilşad KUĞUOĞLU (Raportör)

Arş. Gör. Sıla ÖZTÜRKLER

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Olivier DÉCIMA (Université de Bordeaux, France)

Prof. Dr. Mariavaleria DEL TUFO (Universita Suor Benincasa, Italy)

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üni.)

Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL (İstanbul Bilgi Üni.)

Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU (Okan Üni.)

Prof. Dr. Tarsis Barreto OLIVEIRA (Université Fédérale de Tocantins et à l'Université d'État de Tocantins, Brésil)

Prof. Dr. M. Turgut ÖZ (Kültür Üni.)

Prof. Dr. Oktay UYGUN (Yeditepe Üni.)

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU

Prof. Dr. Ebru CEYLAN

Prof. Dr. Mehmet ERDEM

Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK

Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU

Prof. Dr. Zeynel Temel KANGAL

Prof. Dr. Havva KARAGÖZ

Prof. Dr. Hasan Selçuk KÖNİ

Prof. Dr. Aslı MAKARACI

Prof. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

Prof. Dr. Hamide Özden ÖZKAYA FERENDECİ

Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK

Prof. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ

Prof. Dr. Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN

Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK

Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doç. Dr. Emine Eylem AKSOY RETORNAZ

Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK

Doç. Dr. Pınar ALTINOK ORMAN

Doç. Dr. Barış BAHÇECİ

Doç. Dr. Taylan BARIN

Doç. Dr. Nur BOLAYIR
Doç. Dr. Oya BOYAR
Doç. Dr. Tolga CANDAN
Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK
Doç. Dr. Berk DEMİRKOL
Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN
Doç. Dr. Burak HUYSAL
Doç. Dr. Tuba KARAMAN
Doç. Dr. Rifat Murat ÖNOK
Doç. Dr. Barış ÖZBİLEN
Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM KIZILCA
Doç. Dr. Öz SEÇER
Doç. Dr. Cemil SİMİL
Doç. Dr. Cüneyt SÜZEL
Doç. Dr. Ayşe ŞAHİN
Doç. Dr. Mehmet Rıfat TINÇ
Doç. Dr. Kübra YETİŞ ŞAMLI
Doç. Dr. Çiğdem YAZICI
Dr. Öğr. Üyesi Engin ARIKAN
Dr. Öğr. Üyesi Rifat CANKAT
Dr. Öğr. Üyesi Balca ÇELENER
Dr. Öğr. Üyesi Osman Gazi GÜÇLÜTÜRK
Dr. Öğr. Üyesi Serhat Cengiz KONURALP
Dr. Öğr. Üyesi Serkan KÖYBAŞI
Dr. Öğr. Üyesi Bleda Rıza KURTDARCAN
Dr. Öğr. Üyesi Berke ÖZENÇ
Dr. Öğr. Üyesi Öznur SEVDİREN
Arş. Gör. Emin ÇAMURCU

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2022 yılının Haziran ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556
Yayın : SEÇKİN YAYINCILIK A.Ş. - Emre Kızmaz
Sertifika No: 45644
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30 - Faks: 0312 435 24 72

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

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) harfer 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 yazarına 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 Harfer Büyük
A. Kalın ve Sadece İlk Harfer Büyük
a. Beyaz ve Sadece İlk Harfer Büyük
aa. Beyaz ve Sadece İlk Harfer 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 harf 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 harf 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 Offce of Science and Technology of the UK Parliament Note no: 470, 2014, http://researchbriefngs.fles.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 takip 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 **1 Nisan**; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise **1 Ekim**'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.

14. Bu Dergide yer alan yazılara yapılacak atıfların aşağıdaki şekilde olması önerilir:

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.

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

İçindekiler

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. **Vesile Sonay EVİK** 3

SİLAHLI ÖRGÜTE SİLAH SAĞLAMA SUÇU

CRIME OF SUPPLYING WEAPONS TO AN ARMED ORGANIZATION

Prof. Dr. **Muharrem KILIÇ**.....21

META GÖZETİMSEL İKTİDAR AYGITI OLARAK METAVERSE
-İNSAN HAKLARI VE TEKİLLİK İDEALİ BAĞLAMINDA BİR ÇÖZÜMLEME-

METAVERSE AS A META-SURVEILLANCE DEVICE OF POWER
-AN ANALYSIS IN THE CONTEXT OF HUMAN RIGHTS AND THE IDEAL OF SINGULARITY-

Prof. Dr. **Şule ÖZSOY BOYUNSUZ**.....55

TÜRKİYE İÇİN YENİ BİR HÜKÜMET SİSTEMİ TASARIMI:
GÜÇLENDİRİLMİŞ PARLAMENTERİZM

DESIGNING A NEW GOVERNMENT FORM FOR TURKEY:
STRENGTENED PARLIAMENTARIANISM

Doç. Dr. **Güçlü AKYÜREK**.....97

FRANCE TELECOM DAVASI IŞIĞINDA PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG) SUÇU

CRIME OF MOBBING IN THE LIGHT OF FRANCE TELECOM CASE

Doç. Dr. **Servet ALYANAK** 123

WHAT DO THE NINE-YEAR STATISTICS OF THE CONSTITUTIONAL COMPLAINT (INDIVIDUAL APPLICATION) MECHANISM ON ADMISSIBILITY AND ITS IMPLEMENTATION IN TURKEY TELL US? SOME QUESTIONS ON THE IMPLEMENTATION OF THE ADMISSIBILITY

TÜRKİYE'DE ANAYASAL ŞİKÂYET (BİREYSEL BAŞVURU) MEKANİZMASINA İLİŞKİN DOKUZ YILLIK İSTATİSTİKLER BAĞLAMINDA KABUL EDİLEBİLİRLİK UYGULAMASI BİZE NE ANLATIYOR? KABUL EDİLİRLİK UYGULAMASI İLE İLGİLİ BAZI SORULAR

Doç. Dr. **Hakkı Hakan ERKİNER**.....159
Dr. **Emerant Yves Omgba AKOUDOU**

LES CONCEPTS DE RESPONSABILITE DE PROTEGER ET DE SECURITE HUMAINE AU SEIN DES NATIONS UNIES: RETOUR SUR LES SIGNIFICATIONS

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER'DE KORUMA SORUMLULUĞU VE İNSAN GÜVENLİĞİ KAVRAMLARI: ANLAMLARA DÖNÜŞ

THE CONCEPTS OF THE RESPONSIBILITY TO PROTECT AND HUMAN SECURITY WITHIN THE UNITED NATIONS: RETURN ON THE MEANINGS

Doç. Dr. **Hakkı Hakan ERKİNER**.....231
Abdulkadir NACAR

STRENGTHENING ENVIRONMENTAL SOFT LAW COMMITMENTS WITH THE PRINCIPLE OF PACTA SUNT SERVANDA

ÇEVRESEL ESNEK HUKUK TAAHHÜTLERİNİN PACTA SUNT SERVANDA İLKESİYLE GÜÇLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. **Ali Hakan EVİK** 265

YABANCI DEVLET BAŞKANINA KARŞI SUÇ
(Türk Ceza Kanunu Madde 340)

OFFENCES AGAINST THE HEAD OF A FOREIGN STATE.....266
(Turkish Penal Code Article 340)

Doç. Dr. **Ali Emrah BOZBAYINDIR**.....295
Doç. Dr. **R. Murat ÖNOK**

ALMAN VE İTALYAN CEZA HUKUKUNDA ISRARLI TAKİP SUÇU

THE OFFENCE OF STALKING IN GERMAN AND ITALIAN CRIMINAL LAW

Dr. Öğr. Üyesi **Rahime ERBAŞ**.....377
Büşra Hazel ATEŞ SARIDAĞ

CEZA MUHAKEMESİNDE DURUŞMANIN ALENİYETİ İLKESİNE
YENİ BİR İSTİSNA OLARAK KİŞİSEL VERİLER

PERSONAL DATA AS A NEW GROUND FOR AN EXEMPTION FROM THE OPEN COURT PRINCIPLE IN THE TURKISH CRIMINAL PROCEDURE

Dr. Öğr. Üyesi **Serkan KÖYBAŞI** 411

PROTEGER LA DEMOCRATIE CONTRE LES GOUVERNEMENTS POPULISTES PAR L'INTERMEDIAIRE DES ARTICLES INTANGIBLES DES CONSTITUTIONS

POPÜLİST İKTİDARLARA KARŞI DEMOKRASİYİ ANAYASALARDAKİ DEĞİŞMEZ MADDELER ARACILIĞIYLA KORUMAK

PROTECTING DEMOCRACY AGAINST POPULIST GOVERNMENTS THROUGH UNAMENDABLE ARTICLES OF CONSTITUTIONS

Dr. Av. **Rezan EPÖZDEMİR**.....447

HAPİS CEZASININ ERTELENMESİ
(TCK md. 51)

DEFERMENT OF IMPRISONMENT

Dr. **Muhammet KOÇAKGÖL** 511

JOHN RAWLS'UN SOSYAL ADALET ANLAYIŞI VE YAŞLI İSTİSMARI

JOHN RAWLS'S CONCEPTION OF SOCIAL JUSTICE AND ELDER ABUSE

Dr. **Fatih TORUN** 563

213 SAYILI VERGİ USUL KANUNU'NUN ÖNGÖRDÜĞÜ YAPTIRIM SİSTEMİNİN
"NE BIS IN IDEM" İLKESİNE UYGUNLUĞU

"NE BIS IN IDEM" PRINCIPLE IN TURKISH TAX CRIMINAL LAW

Arş. Gör. **Hasan Basri ÇİFCİ** **625**

DEVLETİN SOSYAL VE EKONOMİK ÖDEVLERİNİN MALÎ KAYNAKLARIYLA SINIRLI OLMASI: VERGİ ÖDEVİNİN HAKLILIĞI AÇISINDAN BİR TARTIŞMA

THE LIMITATION OF THE STATE'S SOCIAL AND ECONOMIC DUTIES WITH ITS FINANCIAL RESOURCES: A DISCUSSION FROM THE PERSPECTIVE OF LEGITIMACY OF OBLIGATION TO PAY TAXES

Arş. Gör. **Gönenç HACALOĞLU** **649**

ULUSLARARASI HUKUKA AYKIRI AMBARGO VE ABLUKA UYGULAMALARI: ABD - KÜBA İLİŞKİLERİ ÜZERİNDEN BİR DEĞERLENDİRME

UNLAWFUL EMBARGO AND BLOCKADE PRACTICES IN INTERNATIONAL LAW: AN EVALUATION OF US - CUBA RELATIONS

Arş. Gör. **Nihal ÖZKARDEŞ** **673**

HÜKÜMET SİSTEMİ, PATRONAJ VE BUNLARIN MUHALEFETİN GELİŞİMİNE ETKİLERİ: AZERBAYCAN ÖRNEĞİ

GOVERNMENT SYSTEMS, PATRONAGE AND EFFECTS OF THESE TO THE DEVELOPMENT OF OPPOSITION: THE EXAMPLE OF AZERBAIJAN

Av. **Hilal KALYONCU KOÇ** **713**

PRINTED PRESS FREEDOM IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW: AN EXAMINATION ON TURKEY

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA YAZILI BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ: TÜRKİYE ÜZERİNE BİR İNCELEME

Oğuzhan ÖZTÜRK **743**

INTRODUCTORY NOTE TO IMMUNITIES AND CRIMINAL PROCEEDINGS (EQUATORIAL GUINEA V. FRANCE) (MERITS) (ICJ)

ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN DOKUNULMAZLIKLAR VE CEZAİ İŞLEMLER (EKVATOR GİNESİ V. FRANSA) KARARI İNCELEMESİ

Ertuğrul Kaan YILDIRIM **753**

ÇOKKÜLTÜRLÜ TOPLUMLARDA YURTTAŞLIK TEORİLERİ: LİBERAL ULUSÇULUK, TANINMA POLİTİKASI VE ANAYASAL YURTSEVERLİK

CITIZENSHIP THEORIES IN MULTICULTURAL SOCIETIES: LIBERAL NATIONALISM, POLITICS OF RECOGNITION AND CONSTITUTIONAL PATRIOTISM

ÖZEL HUKUK

Prof. Dr. **Hakan PEKCANITEZ** **819**

BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ
(İİK md. 111/a)

GRANTING OF SALE AUTHORIZATION TO THE DEBTOR
(Enforcement and Bankruptcy Code art. 111/a)

Prof. Dr. **Etem Saba ÖZMEN** **849**
Doç. Dr. **Melek BİLGİN YÜCE**

İNŞAAT PROJELERİ ÇERÇEVESİNDE TAŞINMAZDA (ARAZİDE) MEVCUT İPOTEKLERİN KAT İRTİFAKINA / KAT MÜLKİYETİNE GEÇİŞ SONRASI HÜKÜM VE SONUÇLARININ TÜKETİCİ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE TERMS AND CONSEQUENCES OF THE EXISTING MORTGAGES IN THE FRAMEWORK OF CONSTRUCTION PROJECTS IN TERMS OF CONSUMER LAW AFTER THE TRANSITION TO CONDOMINUM SERVITUDE / CONDOMINUM OWNERSHIP

Doç. Dr. **K. Berk KAPANCI** **877**
Doç. Dr. **Başak BAŞOĞLU**

DE L'EXECUTION EN NATURE EN DROIT PRIVE TURC

TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA AYNEN İFA TALEBİ

SPECIFIC PERFORMANCE UNDER TURKISH PRIVATE LAW

Dr. Öğr. Üyesi **Ahmet Hakan DAĞDELEN** **897**

ANA HATLARI İLE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SATIM HUKUKU

FUNDAMENTALS OF THE UN SALES LAW

Dr. Öğr. Üyesi **Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL** **933**

AİLE KONUTU ÜZERİNDEKİ HUKUKÎ İŞLEMLERE YÖNELİK SINIRLAMANIN İCRA HUKUKUNDAKİ ETKİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

THE EFFECTS OF THE RESTRICTION ON LEGAL TRANSACTIONS ON MATRIMONIAL HOME IN TERMS OF ENFORCEMENT LAW

Dr. **İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU** **1013**

SİGORTA POLİÇESİ ÖZEL ŞARTLARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

AN EVALUTION OF THE SPECIAL CONDITIONS OF THE INSURANCE POLICY

Arş. Gör. **Mehmet Emin ALPASLAN** **1077**
Stj. Av. **Robin STEINER**

DIE ENTWICKLUNG DES TÜRKISCHEN ZIVILPROZESSRECHTS IN DEN LETZTEN 10 JAHREN - EIN ÜBERBLICK ÜBER DIE WICHTIGSTEN REFORMEN MIT KOMMENTIERUNG AUS DEUTSCHER SICHT

TÜRK MEDENÎ USÛL HUKUKUNUN SON ON YILDAKİ GELİŞİMİ - ALMAN HUKUKU NAZARINDAN DEĞERLENDİRMELERLE ÖNEMLİ REFORMLARA İLİŞKİN GENEL BİR BAKIŞ

THE DEVELOPMENT OF TURKISH CIVIL PROCEDURE LAW OVER THE LAST 10 YEARS - AN OVERVIEW OF THE MAIN REFORMS WITH COMMENTS FROM THE GERMAN PERSPECTIVE

Av. **Mehmet Ünsal CANDEMİR** **1103**

İCRA - İFLÂS HUKUKUNDA KÖTÜNİYETLİ ŞİKÂYET

COMPLAINT WITH BAD FAITH IN ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY LAW

Ryan CALO **1141**
Çeviren: **Selin ÇETİN**

YAPAY ZEKÂ POLİTİKASI: BİR EL KİTABI VE YOL HARİTASI

Ayça Büşra BALCIOĞLU **1179**

ABUSE OF DOMINANCE THROUGH EXCLUSIVE DEALING CONTRACTS AND REBATES

TEK SATICILIK SÖZLEŞMELERİ VE İNDİRİMLER YOLUYLA HAKİMİYETİN KÖTÜYE KULLANILMASI

KAMU HUKUKU

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 3-19

SİLAHLI ÖRGÜTE SİLAH SAĞLAMA SUÇU(*)

Prof. Dr. **Vesile Sonay EVİK**(**)

Öz: Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 314. maddesinde, devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı işlenen suçları işlemek amacıyla silahlı örgüt kurulması suçu yer almaktadır. TCK madde 315'te de bu amaçla kurulan silahlı örgüte silah sağlama, suça yardımın özel bir şekli olarak, bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Silah sağlama suçu, silahlı örgüte mensup olmayan herkes tarafından işlenebilir. TCK madde 315'te yukarıdaki amaçla kurulan silahlı bir örgüte, örgüt faaliyetlerinde kullanılmak amacıyla silah üretmek, satın almak, ülkeye sokmak, nakletmek, depolamak suretiyle silah sağlama cezalandırılmaktadır. Madde metnindeki "örgüt faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla" ibaresi, suçun özel kastla işlenebileceğini ifade etmektedir. Suçun gerçekleşmesi için failin silahlı örgütün niteliğini, amaçlarını bilmesi, böyle bir örgütün faaliyetlerinde kullanılması amacıyla silahı temin etmesi şarttır.

Anahtar Kelimeler: Türk Ceza Kanunu, Örgüt, Örgüt Suçu, Silahlı Örgüt Suçu, Silah Sağlama Suçu.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2022 - Makale Kabul Tarihi: 19.04.2022.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi
(ORCID no: 0000-0003-4687-5286; *vsevik@gsu.edu.tr*).

CRIME OF SUPPLYING WEAPONS TO AN ARMED ORGANIZATION

Abstract: Article 314 of the Turkish Penal Code (hereinafter TCK), titled armed organization, includes the crime of establishing an armed organization in order to commit crimes against the security of the state, the constitutional order and the functioning of this order. In Article 315 of the TCK, which is the subject of this study, supplying weapons to an armed organization established for this purpose is regulated as an independent type of crime, as a special form of aid to crime. The crime of supplying weapons can be committed by anyone who is not a member of an armed organization. In the article, supplying weapons to an armed organization established for the above-mentioned purpose by producing, purchasing, importing, transporting and storing weapons for use in the activities of the organization is penalized. The phrase "to be used in organizational activities" in the text of the article states that the crime can be committed with a private intent. In order for the crime to take place, the perpetrator must know the nature and aims of the armed organization and must procure the weapon to be used in the activities of such an organization.

Keywords: Turkish Penal Code, Organization, Establishing Organisations for the Purpose of Committing Crimes, The Crime of Armed Organization, Crime of Supplying Weapons to an Armed Organization.

I. GENEL OLARAK

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*" başlıklı dördüncü kısmının beşinci bölümünde; "*Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar*" yer almaktadır. İnceleme konumuzu teşkil eden suç tipi, bu bölümün 315. maddesinde "*Silah sağlama*" başlığı altında düzenlenmektedir. Madde şu şekildedir:

> **Silâh sağlama**
>
> **Madde 315- (1) Yukarıdaki maddede tanımlanan örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla bunların amaçlarını bilerek, bu örgütlere üretmek, satın almak veya ülkeye sokmak suretiyle silah temin eden, nakleden veya depolayan kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.**

Madde gerekçesinde: "silahlı örgüt kapsamına giren örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak üzere silah, cephane veya benzeri maddelerin sağlanması, imal veya icat veya bunların naklini veya bu maddelerin hazırlanması veya bu maksatla yabancı memleketlerden Türkiye'ye söz konusu maddelerin sokulması veya saklanması ve taşınması fiillerinin cezalandırıldığı; söz

konusu maddelerin kullanılması suretiyle ve örgütün faaliyeti çerçevesinde çeşitli suçların işlenmesi halinde, bu silah ve cephaneyi temin eden kişilerin aslında bu suçların işlenişine yardım eden olarak sorumlu tutulmaları söz konusu olacakken, söz konusu fiillerin bu madde kapsamında bağımsız bir suç olarak tanımlandığı için sadece bu suçtan dolayı cezaya hükmedileceği" belirtilmektedir. Kanun koyucu, aslında bir tür yardım olan silah sağlamayı, bu tür örgütlerin tehlikeliliğini artıran bir unsur olduğu için yardım etmeden bağımsız özel bir suç tipi olarak ve fiilin karşılığında da daha ağır cezalandırma yoluna gitmiştir. Silahlı suç örgütüne silah sağlama haricinde yapılan yardımlar, örneğin barınma, nakletme, istihbari bilgi sağlama, örgüt üyelerinin araştırılması, yakalanmasını engellemeye yönelik imkan sağlama halleri TCK m. 314, 220/7 kapsamında cezalandırılacaktır[1].

1. YTCK ile ETCK Karşılaştırması

Silah sağlama suçunun karşılığı olarak, 765 Sayılı TCK'nın 169. maddesinde silahlı çeteye (örgüte) yardım şeklinde bir suç tipi düzenlenmişti. Bu hükme göre, silahlı bir cemiyete veya çeteye hal ve sıfatlarını bilerek barınacak yer göstermek veya yardım etmek veya erzak veya esliha ve cephane veya elbise tedarik etmek şeklinde seçimlik hareketlerle silahlı örgüte yardım suçu işlenebilmekteydi. Yürürlükteki düzenlemeden farkı, silah sağlama dışında barınacak yer göstermek, erzak sağlama veya herhangi bir yardım sağlanması silahlı örgütlenme suçundan bağımsız olarak silahlı çeteye yardım suçu olarak yaptırım altına alınmıştı. YTCK'da ise silahlı örgüte yar-

---

[1] "Örgüt üyesinin kendisine teslim ettiği şifreli örgütsel dokümanları çantasında muhafaza ederek kuryelik yapmak", "toplantılar düzenleyerek silahlı örgütün propagandasını yapmak", "hükümlüler ile irtibata geçerek mont ve ayakkabılardan oluşan malzemelerin silahlı terör örgütüne ulaştırılmasını sağlamak", "örgüte eleman temin etmeye yardım etmek" eylemlerinin silahlı terör örgütüne yardım niteliğinde oldukları kabul edilmektedir. Silahlı terör örgütü üyesi olmayıp, örgütün faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla ve örgütün amaçlarını bilerek, bu örgütlere üretmek, satın almak veya ülkeye sokmak suretiyle silâh temin eden, nakleden veya depolayanların eylemleri TCK'nın 315. maddesi, terör örgütlerine veya mensuplarına para veya değeri para ile temsil edilebilen taşınır veya taşınmaz, maddi veya gayri maddi her türlü mal, hak, alacak ile bunları temsil eden her türlü belgeyi sağlayan veya toplayan kişilerin eylemleri 6415 Sayılı Kanun'un 4. maddesi, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmamakla birlikte, örgüte veya örgüt üyelerine bilerek ve isteyerek yukarda sayılanlar dışında barındırma, nakletme, istihbari bilgi sağlama, örgüt mensuplarının araştırılmasını, yakalanmasını engellemeye yönelik imkan sağlama gibi her türlü yardım ise TCK'nın 314/3, 220/7. maddeleri yollamasıyla 314/2. maddesi kapsamında kalır. Y. 16. CD. E. 2018/588, K. 2018/718, T. 2.3.2018. Ayrıca bkz. Y: 9. CD. 06.07.2009 gün ve 2009/779 E. - 2009/7936 K; 16.07.2009 gün ve 2008/21670 E. Karar No: 2009/8561 K; 01.07.2009 gün ve 2008/21593 E. 2009/7935 K; 05.04.2011 gün ve 2009/7986 E. 2011/2088 K; 19.12.2011 gün ve 2009/20949 E. 2011/30216 K. sayılı kararları.

dım, TCK m. 314'ün 220. maddeye yaptığı atıf nedeniyle 220/7'de düzenlenmiştir. Silahlı örgüte yardımın özel bir şekli olan silah sağlama ise örgüte sağlanan yardımın (silah olması nedeniyle) önemi dikkate alınarak, YTCK'nın 315. maddesinde bağımsız bir suç tipi olarak daha ağır bir ceza ile yaptırım altına alınmıştır.

2. Korunan Hukuki Yarar

TCK'nın 315. maddesinde Devletin güvenliğine karşı suçlar ve anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı işlenen suçları işlemek amacıyla kurulmuş bir silahlı örgüte yardımın özel bir şekli olarak silah sağlanması cezalandırılmıştır. Doktrinde devletin güvenliğine, anayasal düzenine ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek için kurulan silahlı örgütlerin faaliyetlerine engel olmaya ilişkin toplumsal yararın korunduğu dile getirilmektedir[2]. Benzer yönde bir başka görüşe göre ise devletin güvenliği, anayasal düzenin ve organların korunması, toplumun güven ve barış içinde yaşamasının sağlanması amaçlanmaktadır[3]. Kanaatimize göre silahlı örgütlenme suçuyla korunan hukuki yararlar olarak, devletin birliği ve ülke bütünlüğü, temel milli yararlar, devletin askeri gücü, anayasal düzeni, anayasal düzenin işleyişi gibi değerlerin silahlı örgüte silah sağlama suçu açısından da geçerlidir.

II. SUÇUN UNSURLARI

1. Maddi Unsur

A. Fail

Silah sağlama suçu, herkes tarafından işlenebilir, özgü suç değildir. Fail açısından bir özellik taşımamaktadır[4]. Ancak failin silahlı örgüte mensup bir kişi olmaması gerekir[5]. Örgüt üyesi ile örgüt üyesi olmayan kişi arasındaki

---

2 HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar,** US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, 410.

3 YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. VI, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2014, 8627.

4 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 410.

5 ÖZGENÇ İzzet, **Suç Örgütleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, 93; BODUR Nurullah/ÖZKUL Ezhat, **Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, 160. Y. 9. C.D. 05.11.2009 tarih ve E. 2009/10374, K.2009/11111. "Silahlı örgüte üye olmadığı anlaşılan sanığın, örgütün amacını ve faaliyetlerinde kullanılacağını bilerek ve

ayırım, failin silahlı örgütün hiyerarşik yapısı içerisinde yer alıp almadığına göre belirlenmelidir[6]. Silahlı örgütün kurucusu, yöneticisi veya üyesi tarafından örgüte silah sağlanırsa, silah sağlama suçundan dolayı ayrıca cezalandırılmaz. Silahlı örgüt mensuplarının silah sağlama suçunun faili olamayacağı şeklindeki kural, sadece mensubu bulundukları silahlı örgütler açısından geçerlidir. Silahlı bir örgüt üyesi, başka bir silahlı örgüte silah sağlarsa elbette silah sağlama suçundan sorumlu olacaktır[7].

Örgüt üyesi olan failin kanun metninde yer alan seçimlik hareketleri gerçekleştirmesi halinde suça konu silahın niteliği dikkate alınarak TCK'nın 314/2. maddesi ile birlikte TCK'nın 174. maddesi ya da 6136 sayılı yasa hükümleri uygulama alanı bulabilir[8]. Yargıtay'a göre "sanığın örgüt üyesi olduğunun belirlenmesi halinde TCK'nın 314/2. ve 174/1. maddelerine uyan suçlardan; örgüt üyesi olmadığının belirlenmesi halinde TCK'nın 315. maddesindeki silah sağlama suçundan cezalandırılması gerekir"[9].

---

bu amaçla patlayıcı madde bulundurma eylemi, silahlı örgüte yardım suçunun özel bir şeklini düzenleyen TCK'nın 315. maddesinde tanımlanan suçu oluşturur". "Sanığın bomba nakletmek ve bulundurmak eyleminin, ayrı bağımsız suç oluşturduğu gözetilerek ayrıca ceza tayini gerekir. Silahlı örgütün üyesi olduğu belirlenemeyen sanığın eyleminin silah sağlama olduğu gözetilmeden örgüt üyeliğinden hüküm kurulması kanuna aykırıdır". Y. 9. CD. E. 2005/8116, K. 2006/1330, T. 6.3.2006.

6 EVİK Vesile Sonay, **Özel Ceza Hukuku**, C. VI, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, 411 vd.

7 KURTARAN Mustafa, "Silahlı Örgüte Silah Sağlama Suçu", **İKÜFD,** C.XIX, S.2, 2020, 344.

8 Benzer yönde bkz.TÜRKOĞLU Türker, "Örgüte Yardımın Özel Şekli Olarak Terör Örgütüne Silah Sağlama Suçu (TCK 315) Yargıtay Kararları Işığında", **TAAD**, S. 42, Nisan 2020, 612.

9 YCGK, E. 2017/16-757, K. 2000/95, T. 13.02.2020; Y. 16. CD. E. 2017/2305, K. 2018/125, T. 25.1.2018. "TCK 315. maddesinde düzenlenen suçun örgüte yardımın özel bir şekli olup Devletin güvenliğine, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla kurulan silahlı terör örgütlerinin faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla, bunların amaçlarını bilerek; üretmek, satın almak ve ülkeye sokmak suretiyle silah, cephane veya nitelik ve nicelik yönünden önem arz eden benzeri maddelerin temini, nakledilmesi ve depolanması ile oluşacak bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş olmasına ve örgüt üyesinin bu suçun faili olamayacağının öngörülmesine nazaran; sanık hakkında silahlı terör örgütüne üye olma suçundan soruşturmaların açılmış olduğunun UYAP sorgulamasında anlaşılması karşısında; anılan soruşturma dosyaları ve dava açılmışsa ilgili dava dosyaları getirtilerek incelenmesi veya gerektiği takdirde birleştirilmesi suretiyle tüm deliller bir bütün halinde değerlendirildikten sonra, örgüt üyesi olduğunun belirlenmesi halinde TCK'nın 314/2. ve 174/1. maddelerine uyan suçlardan; örgüt üyesi olmadığının belirlenmesi halinde TCK'nın 315. maddesindeki silah sağlama suçundan cezalandırılması yerine eksik araştırma sonucunda hüküm kurulması hukuka aykırıdır". "Silahlı terör örgütüne yardımın özel bir şekli olan Devletin güvenliğine, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla kurulan silahlı terör örgütlerinin faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla, bunların amaçlarını bilerek; üretmek, satın almak ve ülkeye sokmak suretiyle silah, cephane veya nitelik ve nicelik yönünden önem arz eden benzeri maddelerin temini, nakledilmesi ve depolanması ile oluşacak bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş olup örgüt üyesinin bu suçun faili olamayacağı, bu minvalde Uyap üze-

Doktrinde aksi yönde bir görüşe göre örgüt üyesi tarafından örgüte silah sağlanması durumunda fail, TCK m. 220/4 kapsamında örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlemesi söz konusu olduğundan, hem örgüt üyesi olması nedeniyle hem de silah sağlaması nedeniyle iki ayrı suçtan cezalandırılmak gerekir. TCK m. 315'te buna engel teşkil eden bir ibare bulunmamaktadır. Örgüt üyesi TCK m. 220/7 hükmünü ihlal edemez. Ancak örgüt üyesi suça konu olabilecek silah sağlamışsa işlediği fiilin niteliğine göre 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 12. ve 13. maddeleri ile TCK m. 174 veya 315 kapsamında sorumlu tutulacaktır. TCK m. 315'te örgüt üyesi olmaksızın silah sağlanmasından bahsedilmediği için (TCK m. 220/6'da olduğu gibi) her iki suçtan ayrı ayrı sorumluluğuna gidilebilecektir. Ancak bu görüşü ileri sürenler tarafından bu düzenlemeler arasında fikri içtima hükmü de gündeme gelebileceği ve bu durumda failin en ağır ceza ile cezalandırılacağı da belirtilmiştir[10].

B. Mağdur

Bu suçla devletin birliği ve ülke bütünlüğü, temel milli yararlar, devletin askeri gücü, anayasal düzeni, anayasal düzenin işleyişi korunduğundan, bu değerlerin gerçek sahibi olan toplumu oluşturan tüm bireyler suçun mağdurudur[11].

C. Suç Konusu

Maddi konu bilindiği üzere hareketin üzerinde gerçekleştiği insan veya cismani şeydir[12]. İncelediğimiz suçun konusu silahtır. Buradaki silahtan neyin anla-

---

rinden yapılan incelemede sanık hakkında silahlı terör örgütüne üye olma suçundan açılmış iki tane derdest dava dosyası olduğu görülmüş olup sanık hakkında silahlı terör örgütüne üye olma suçundan açılan dosyası ile iş bu dava dosyası birleştirilip silahlı terör örgütüne üye olma suçunun temadi eden suçlardan olduğu da dikkate alınarak temadinin kesilip kesilmediği de araştırılıp tüm deliller bir bütün halinde değerlendirildikten sonra sanığın örgüt üyesi olduğunun belirlenmesi halinde eylemine uyan suçlardan; örgüt üyesi olmadığının belirlenmesi halinde silah sağlama suçundan cezalandırılması gerekir". Y. 16. CD. E. 2017/4272, K 2018/1044, T. 2.4.2018; Y.16. CD. E. 2016/3879, K. 2016/4520, T. 27.06.2016; Y. 16. CD. E. 2016/6667, K. 2017/799, T. 13.02.2017.

10 ŞEN Ersan/ERYILDIZ Sefa H., **Suç Örgütü,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, 416-417. Yazarlara göre sadece örgüt adına işleyeceği suç için gereken miktarda silahı yanında bulunduran örgüt üyesi olmayan fail, TCK m. 315 uyarınca değil, TCK m. 314/3, 220/6 atfıyla TCK m. 314/2 ve ayrıca elde edilen silahın niteliğine göre TCK m. 174 ya da 6136 Sayılı Kanun kapsamında cezalandırılır. Benzer görüş için bkz. BODUR/ÖZKUL, 160.

11 Benzer yönde bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 411; KURTARAN, 345.

12 Şeyden anlaşılması gereken, cismi olan ve duyu organlarıyla idrak edilebilen doğal varlıklardır. TOROSLU Nevzat, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara, 1970, 186-188.

şılması gerektiğine gelince, TCK'nın 314. ve 315. maddeleri özel olarak silahı tanımlamamıştır. TCK'nın 315. maddesinin gerekçesindeki "silahlı örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak üzere silah, cephane ve benzeri maddelerin sağlanması" şeklinde bir açıklama vardır. Silahı, TCK'nın 6. maddesinin f bendi tanımlamıştır. Buna göre, silah deyiminden ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici ve bereleyici alet, saldırı savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler anlaşılır.

Bazı yazarlar Ceza Kanunlarındaki silah tanımlarının silahlı örgütlenme suçu açısından da kabul edilebileceğini belirtmişlerdir[13]. Çoğunluk görüşüne göre ise Ceza Kanunlarında silahı tanımlayan hüküm ancak, silahın ağırlatıcı neden olarak kabul edildiği hallerde uygulanabilir. Bu hüküm, sopa, baston gibi gerçekte silah olmayan bazı araçları da silah olarak kabul ettiği için, silahın unsur olduğu hallerde uygulanmaması gerekir[14].

Kanaatimize göre de 6. maddedeki tanımı, 314. madde açısından aynen kabul etmemek gerekir. Hâkim, her somut olayda faillerin temin ettiği silahların örgütün amaç suçlarını işlemesine uygun olup olmadığını değerlendirmelidir. Bu bağlamda örgütün silahlı olarak kabul edilmesi için araçların niteliği ve niceliği birlikte değerlendirilecekse de temin edilen silahın miktarı önemli değildir, önemli olan silahın örgütün amaçladığı suçları işlemeye elverişli olmasıdır. 6136 sayılı Kanunun 12, 13 ve ek 5. maddelerinde sayılan silahlar ile mermilerin ve TCK'nın 174. maddesinde belirtilen patlayıcılar ve bombaların madde kapsamında bulunduğu söylenebilir[15].

D. Hareket

Silah sağlama suçu ile cezalandırılan hareket, silahlı örgüte silah sağlanmasıdır. Bu nedenle madde metninin başlığa uygun şekilde yeniden düzenlenmesi

---

[13] MANZİNİ Vincenzo, **Trattato di diritto penale italiano**, C. IV, Utet, Torino, 1987, 653.

[14] ÖZEK Çetin, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler**, İÜ. Yayını, İstanbul, 1967, 366; KURT Şahin, **Uygulamada Terör Suçları ve Mevzuat,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1998, 199.

[15] YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. VI, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2014, 8629; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 411; BODUR/ÖZKUL, 160. Sanıkların bilerek silahlı terör örgütünün faaliyetlerinde kullanılmak üzere değişik sayı ve miktarda el bombası, plastik patlayıcı, elektrikli kapsül ve bomba düzeneğini bulundurmaları şeklinde gerçekleşen eylemleri örgüte silah sağlama suçunu oluştur. Y. 9. CD., E. 2007/4669, K. 2007/5385, T. 18.6.2007.

gerektiğini düşünmekteyiz. Maddenin ilgili kısmının "... silah üretmek, satın almak, ülkeye sokmak suretiyle silah temin eden" yerine "silah üretmek, satın almak, ülkeye sokmak, nakletmek, depolamak suretiyle silah sağlayan" şeklinde yazılması daha uygundur. Bu değişiklik yapılıncaya kadar maddenin bu şekilde yorumlanması gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim YCGK'na göre de "silah sağlama suçu, örgüte yardımın özel bir şekli olup, bu suçun oluşması için Devletin güvenliğine, toprak bütünlüğüne, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla kurulan silahlı örgüte üye olmayan failin, bu örgütün faaliyetlerinde kullanılmak üzere, bunların amaçlarını bilerek örgütün faaliyetlerinde kullanılacağını bilerek "üretmek, satın almak, ülkeye sokmak suretiyle silah temin etmek" veya "nakletmek" ya da "depolamak" şeklinde sayılan, seçimlik eylemlerden birisini gerçekleştirmesi gerekmektedir"[16].

Silah sağlama suçu seçimlik hareketli bir suçtur. Maddede sayılan seçimlik hareketlerden yalnızca birinin yapılması ile suç oluşur. Seçimlik hareketler: silah üretmek, satın almak, ülkeye sokmak, nakletmek veya depolamaktır. Silah sağlama suçu maddede belirtilen şekillerde işlenebileceğinden bağlı hareketli bir suç niteliğini taşımaktadır. Ayrıca hareketin şekli açısından icrai hareketli bir suçtur[17]. Suçun ihmal yoluyla işlenmesi mümkün değildir[18].

Temin etmek sözlük anlamı ile sağlamak, tedarik etmek demektir[19]. Silah temin etmenin, sağlamanın üretmek, satın almak, ülkeye sokmak, nakletmek veya depolamak suretiyle gerçekleşmesi gerekir. Üretmek demek, oluşturmak, meydana getirmek, yaratmak demektir[20]. Silah yapımında kul-

---

[16] "Gösterdiği vahamet dikkate alınarak örgüte silah sağlama şeklindeki yardım eylemleri, bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı Yasa'nın 315. maddesinde, Devletin güvenliğine, toprak bütünlüğüne, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla kurulan silahlı örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak üzere, bunların amaçlarını bilerek üretmek, satın almak ve ülkeye sokmak suretiyle silah, cephane veya nitelik ve nicelik yönünden vahim olan benzeri maddelerin temin edilmesi, nakledilmesi ve depolanması bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş ve daha ağır bir yaptırıma bağlanmıştır. Bu suçun oluşması için failin, örgütün faaliyetlerinde kullanılacağını bilerek "üretmek, satın almak, ülkeye sokmak suretiyle silah temin etmek" veya "nakletmek" ya da "depolamak" şeklinde sayılan, seçimlik eylemlerden birisini gerçekleştirmesi gerekmektedir. Suçun manevi unsuru ise, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, söz konusu eylemlerin, örgütün amaçlarını bilerek gerçekleştirilmesi, yani kasttır". YCGK. E. 2008/9-78, K. 2009/39, T. 24.02.2009.

[17] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 411.

[18] Aksi yönde bir görüşe ihmali hareketle işlenebileceğini ileri sürmektedir. Örnek olarak muhafazası altında olan silahların örgüt mensupları tarafından alınabileceğini bildiği halde gerekli tedbirleri almamak verilmiştir. Bkz. KURTARAN, 351.

[19] https://sozluk.gov.tr/; YILMAZ, 807.

[20] https://sozluk.gov.tr/

lanılabilen maddeleri bilimsel veya basit yöntemlerle işleyerek silah yapmaktır. Basit yöntemlere örnek olarak sönmemiş kirecin cam şişeye konularak içine su konduktan sonra ağzının sıkıca kapatılarak ve karpit denen maddenin kullanılarak iptidai yöntemlerle molotof kokteyl yapılması verilebilir. Silah üretmek demek, malzeme ve teçhizatın işlenerek, gerekli değişiklikler yapılarak silah haline getirilmesidir[21].

Satın alma, bir nesneyi belirlenen fiyatını ödeyerek kendine mal etmektir. Bir edim karşılığında mülkiyetin elde edilmesidir. Satışın tamamlanması için bedelin ödenmesi şart değilse de silahın teslim edilmiş olması gerekir. Bilindiği üzere mülkiyetin devri taşınır mallarda teslim ile gerçekleşmektedir. Silah teslim edilmediği müddetçe satış ve dolayısıyla suç tamamlanmaz. Doktrinde aksi görüş de savunulmaktadır. Buna göre satış konusunda anlaşma yapılmışsa satış tamamlanır. Malın bedelinin ödenmemiş olması veya teslim edilmemiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır[22]

Ülkeye silah sokmak, silahın ülke dışından karayolu, hava veya denizyolu ile ülke sınırları içerisine girmesini sağlamaktır. Ülke içerisine sokulmasının gümrük kapılarından veya gümrük dışından olmasının bir önemi yoktur[23].

Silah nakletmek, ise bir yerden başka bir yere geçirmek götürmek, taşımak, iletmek demektir[24]. Silahın herhangi bir ulaşım aracı ile nakli, taşınması mümkün olduğu gibi, kişiler vasıtasıyla da bir yerden başka bir yere götürülmesi mümkündür.

Depolamak ise saklamak, korumak amacıyla güvenli bir yerde, bir depoda muhafaza altına almaktır[25]. YCGK'nın kararına göre "sanıkların amacını bildikleri yasadışı silahlı örgüte ait patlayıcı maddeleri saklamak eylemleri, silahlı örgüte yardımın özel bir düzenleme olan TCK'nın 315. maddesinde düzenlenen suça uymaktadır"[26].

E. Netice

Silah sağlama suçu, amaç suçların işlenmesi açısından hazırlık hareketlerinin özel olarak cezalandırıldığı soyut tehlike suçu niteliğindedir. İlgili

---

21 EVİK Ali Hakan, **Özel Ceza Hukuku,** C. V, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, 73.

22 ÖNDER Ayhan, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, 447.

23 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, 8630.

24 https://sozluk.gov.tr/

25 https://sozluk.gov.tr/

26 YCGK. E. 2008/9-78, K. 2009/39, T. 24.02.2009.

hükümde suçun oluşması için her hangi bir zararın gerçekleşmesi aranmadığı gibi somut bir tehlikenin de gerçekleşmesi aranmamaktadır[27]. Silahlı örgüt tarafından henüz hiçbir amaç suç işlenmemiş de olsa silah sağlama suçuna ilişkin maddede belirtilen seçimlik hareketlerden (üretmek, satın almak, ülkeye sokmak, nakletmek veya depolamak) birinin yapılmasıyla suç tamamlanır[28]. Kanaatimize göre silahların örgüte teslim edilmiş olmasına, örgüt tarafından kullanılmasına gerek yoktur. Söz konusu suç, neticesi harekete bitişik bir suç niteliği taşımaktadır. Silahı depolamak dışındaki seçimlik hareketler açısından suç, ani olarak işlenebilir. Silah depolamak ise, kesintisiz suç özelliğinde olup, belirli bir süre geçmekle birlikte bunun uzun veya kısa olmasının önemi yoktur[29]. Silahın depolanmasıyla tamamlanan suç, kesintinin gerçekleştiği anda biter.

F. Teşebbüs

Silah sağlama suçu neticesi harekete bitişik suç olduğundan hareketin gerçekleştirilmesiyle birlikte zarar tehlikesi de gerçekleşeceğinden, ancak hareket kısımlara bölünebiliyorsa teşebbüse müsaittir. Elverişli hareketlerle doğrudan doğruya suçun icrasına başlanması ancak icra hareketlerinin failinin elinde olmayan nedenlerle yarıda kalması halinde suça teşebbüs mümkündür. Silahı üretmek, satın almak veya ülkeye sokmak şeklindeki hareketler failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaz, yarıda kalırsa suça teşebbüs olur. Örneğin bombayı hazırlarken, ülkeye sokmaya çalışırken failin yakalanması halinde suç teşebbüs aşamasında kalır[30].

2. Manevi Unsur

Silah sağlama suçunun oluşması için hareketin bilinmesi ve istenmesi şeklindeki genel kast yeterli değildir[31]. Devletin güvenliğine ve anayasal düzenine

---

[27] Aynı yönde görüş için bkz. BODUR/ÖZKUL, 160.

[28] Benzer görüş için bkz. TOZMAN Önder, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2017, 339.

[29] EVİK, 85.

[30] Benzer görüşler için bkz. ŞEN/ERYILDIZ 417; BODUR/ÖZKUL160; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 411; KURTARAN, 354.

[31] Aksi görüşte olan Hafızoğlulları-Özen'e göre suç genel kastla işlenebilir. Failin saiki önem taşımaz. Failin örgütün amaçlarını bilerek ve isteyerek üretmek, satın almak, ülkeye sokmak, nakletmek veya depolamak suretiyle silah sağlaması gerekir. Failin örgütün amaçlarını bilmemesi durumunda bu suç değil, şartlarına göre TCK m. 174 veya 6136 sayılı Kanunun ihlali olur. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 412.

ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla kurulmuş bir silahlı örgüte örgüt faaliyetlerinde kullanılmak amacıyla silahın sağlanmış olması gerekir. Madde metnindeki "örgüt faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla" ibaresi, suçun özel kastla işlenebileceğini ifade etmektedir. Failin silahlı örgütün niteliğini, amaçlarını bilmesi, böyle bir örgütün faaliyetlerinde kullanılması amacıyla silahı temin etmesi şarttır[32]. Doktrinde bir diğer görüş ise madde metnindeki "maksadıyla" ibaresi yerine, yine madde metninde yer verilen "bilerek" ibaresini dikkate alarak suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceğini ileri sürmektedir[33]. Suçun olası kastla veya taksirle işlenmesi mümkün değildir[34].

Yargıtay'a göre "silahlı terör örgütüne yardımın özel bir şekli olan Devletin güvenliğine, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla kurulan silahlı terör örgütlerinin faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla, bunların amaçlarını bilerek; üretmek, satın almak ve ülkeye sokmak suretiyle silah, cephane veya nitelik ve nicelik yönünden önem arz eden benzeri maddelerin temini, nakledilmesi ve depolanması ile oluşacak bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir"[35].

---

[32] Silahlı örgüte üye olmadığı anlaşılan sanığın, örgütün amacını ve faaliyetlerinde kullanılacağını bilerek ve bu amaçla patlayıcı madde bulundurma eylemi, silahlı örgüte yardım suçunun özel bir şeklini düzenleyen TCK'nın 315. maddesinde tanımlanan suçu oluşturur (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 05.11.2009 tarih ve 2009/10374 E- 2009/11111 K.). Şen-Eryıldız'a göre silah sağlama suçunun meydana gelmesi için örgüt adına suç işlemek amacıyla ve bu amaç suç için gerekli olan miktarda silahla hareket edilmesi değil, örgütün amacı doğrultunda ve faaliyetlerinde kullanılması maksadıyla üretmek, satmak veya ülkeye sokmak suretiyle silahların kasten temin edilmesi, nakledilmesi veya depolanması gerekmektedir. ŞEN/ERYILDIZ 417-418.

[33] Fail doğrudan kast ile hareket etmeli örgüt amaçları doğrultusunda örgüt faaliyetleri çerçevesinde kullanılacağını bilerek söz konusu silah, patlayıcı madde cephaneyi sağlamış olmalıdır**.** TÜRKOĞLU, 609; KURTARAN, 348. Özgenç de suç işlemek için kurulmuş örgüte yardım suçunu incelerken, madde metninde yer verilen "bilerek" ibaresinin suçun doğrudan kastla işlenebileceğini ifade ettiğini ileri sürmektedir. ÖZGENÇ İzzet, **Suç Örgütleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, 49.

[34] Aynı yönde bkz. TÜRKOĞLU, 609; KURTARAN**,** 348.

[35] Y. 16. CD. E. 2017/4272, K 2018/1044, T. 2.4.2018. "Gösterdiği vahamet dikkate alınarak örgüte silah sağlama şeklindeki yardım eylemleri, bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı Yasa'nın 315. maddesinde, Devletin güvenliğine, toprak bütünlüğüne, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla kurulan silahlı örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak üzere, bunların amaçlarını bilerek üretmek, satın almak ve ülkeye sokmak suretiyle silah, cephane veya nitelik ve nicelik yönünden vahim olan benzeri maddelerin temin edilmesi, nakledilmesi ve depolanması bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş ve daha ağır bir yaptırıma bağlanmıştır. Bu suçun oluşması için failin, örgütün faaliyetlerinde kullanılacağını bilerek "üretmek, satın almak, ülkeye sokmak suretiyle silah temin etmek" veya "nakletmek" ya da "depolamak" şeklinde sayılan, seçimlik eylemlerden birisini gerçekleştirmesi gerekmektedir. Suçun manevi unsuru ise, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, söz konusu eylemlerin, örgütün amaçlarını bilerek gerçekleştirilmesi, yani kasttır". Y.CGK. E. 2008/9-78, K. 2009/39, T. 24.2.2009.

Yargıtay'ın suçun doğrudan kastla işlenebileceğine ilişkin kararı şu şekildedir: "öğretideki görüşler ve yerleşik içtihatlarımız göz önüne alındığında; suç örgütleri veya silahlı terör örgütlerine yardım suçunun ancak doğrudan kastla işlenebileceği, yardımın örgütün amacını gerçekleştirmeye hizmet etmesi gerektiği, örgüt üyelerine yapılan yardımın da örgüte yapılmış gibi kabul edilmekle birlikte örgüt üyesinin mensup olduğu örgütün bilinmesi ve bu yardımın da insani mülahazalarla değil örgütün amaçlarını gerçekleştirme gayesiyle yapılması hususunda ortak bir kanaat mevcuttur"[36].

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suç açısından hukuka uygunluk nedeni olarak gerçekleşebilecek tek hal, CMK'nın 139. maddesine göre gizi soruşturmacı olarak görevlendirilme durumunda olabilir. Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kişi, örgüte sızmak için onun güvenini kazanmak için öncesinde örgüte silah sağlamışsa TCK'nın 24. maddesindeki kanunun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni olarak suçun hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyecektir.

4. Etkin Pişmanlık

Bu suç açısından etkin pişmanlık hali düzenlenmemiştir. Doktrinde bir görüşe göre, örgüt üyesi olmadığı halde bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin TCK. 221/4. maddesi hükmü uyarınca etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabileceği dikkate alınarak, silah sağlama suçunun özel nitelikli yardım etme suçu olması karşısında, silah sağlama suçu açısından da etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkündür. Aksi takdirde örgüt adına en ağır suçu işleyen kişiler ile diğer yardım fiillerini işleyenler etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandığı halde, silah sağlayarak yardım edenler yararlanamaz. Bu durum kanun koyucunun ulaşmak istediği amaçların gerçeklemesini de önleyecektir[37]. Kanaatimize göre TCK m. 315 her ne kadar silahlı örgüte yardımın özel nitelikte bir düzenlemesi de olsa, örgüte yardımdan bağımsız bir suç tipi olarak, TCK'nın 221. maddesine atıf yapılmadığı için silah sağlayan açısından etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilme imkanı yoktur. Nitekim Yargıtay da silah sağlama suçu açısından etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanamayacağı yönünde karar vermiştir[38]. Silahlı örgütlerle mücadeleyi etkinleştirmek için

---

[36] Y. 16. CD. E. 2018/588, K. 2018/718, T. 2.3.2018. YCGK'nın "bilerek" ibaresinin suçun doğrudan kastla işlenebileceğini ifade ettiğini belirten kararları için bkz. ÖZGENÇ, 49.

[37] YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, 8632; HAFIZOĞULLARI/KURŞUN, 45.

[38] Y. 9. CD. 24.03.2009, E. 2008/19650, K. 2009/3395.

kanunda silah sağlama suçu açısından da etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi yönünde değişiklik yapmak yerinde olacaktır[39].

5. Kusurluluğu Etkileyen Nedenler

TCK'nın 28. maddesine göre karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma veya tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır. Karşı koyamayacağı bir cebir veya tehdit altında silahlı bir örgüte silah sağlayan kişi kusurunun bulunmaması nedeniyle sorumlu olmayacak; cebir veya tehdidi uygulayan dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.

III. SUÇLARIN BİRLEŞMESİ VE İŞTİRAK

1. Suçların Birleşmesi

Silah sağlama suçunu seçimlik hareketli bir suç olarak kabul ettiğimiz için normda öngörülen silah üretmek, satın almak, ülkeye sokmak, naklet-mek veya depolamak şeklindeki hareketlerden birinin veya birden fazlasının yapılması halinde tek suç olacaktır. Örneğin, silahın satın alınarak ülkeye sokulması ve depolanması halinde tek suç gerçekleşmiş olur. Seçimlik hareketlerden birkaçının birlikte yapılması halinde suçun sayısı etkilenmez. Bu durum sadece temel cezayı belirlemede etkili olacaktır[40].

Silah sağlama suçu, silahın bir kez sağlanmasıyla tamamlanır. Suçun aynı suç işleme kararıyla değişik zamanlarda birden fazla kez işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilir[41]. Silah sağlama fiilleri değişik zamanlarda zincirleme şekilde işlenebilir. Ancak işlenen fiilin hukuki anlamda tek mi yoksa birden fazla mı olduğuna göre zincirleme suç kurallarını uygulamak gerekir. Fail tarafından aynı veya farklı türlerde birden fazla silahın aynı anda sağlanması durumunda hukuki anlamda hareket tek olduğundan zincirleme suç kuralları uygulanmaz. Bu konuda kuşku yoktur. Sorun kısa aralıklarla silah sağlanmasındadır. Kanaatimize göre aynı suç işleme kararı kapsamında, değişik zamanlarda, kısa aralıklarla yapılan fiiller zincirleme suç kapsamında kabul edilebilir. Fiilin kesintiye uğramaksızın

---

[39] Aynı yönde bkz. KURTARAN, 373.

[40] HAFIZOĞULLARI/KURŞUN, 45.

[41] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 411; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, 8631; BODUR/ÖZKUL, 162.

değişik zamanlarda aynı suç işleme kararıyla birden fazla işlenmesi halinde zincirleme suça ilişkin kuralları uygulamak gerekir[42].

Kanaatimize göre, TCK'nın 314. maddesinin atfı nedeniyle uygulanabilen TCK m. 220/7 hükmüne göre örgüte yardımın özel bir türü olan TCK m. 315 hükmü, özel norm niteliğindedir. Bu nedenle örgüte silah sağlama durumunda, genel norm niteliğindeki TCK m. 220/7 uygulanmaz[43]. Doktrinde farklı bir görüşe göre silahlı örgüte silah temin edilmesi durumunda TCK m. 44 hükümleri (kanaatimize göre fikri içtima, bu görüşteki yazara göre farklı neviden içtima hükümleri) göz önünde bulundurularak fail silahlı örgüte yardım suçuna göre cezası daha ağır olan silah sağlama suçundan dolayı cezalandırılmak gerekir[44]. Silahlı örgüte silah sağlama dışında para, yiyecek yardımı gibi bir yardım yapılması durumunda TCK m. 314/3 atfıyla TCK m. 220/7 hükmü uygulama alanı bulacaktır[45].

---

[42] Yargıtay, kişinin sürekli ve yoğun şekilde örgüte silah sağlama durumunda örgüt içerisinde aktif şekilde faaliyet gösterilmesini örgüt üyeliği olarak değerlendirmiştir: "... silahlı terör örgütlerinin üyesi olan failin bu seçimlik hareketleri gerçekleştirmesi halinde ise, örgüt üyesi olmaktan TCK'nın 314/2 ve 6136 sayılı Kanuna aykırılık suçundan cezalandırılması gerekeceğinden; somut olayda sanığın müdafii huzurunda kollukta, Cumhuriyet Savcılığında ve Sulh Ceza Hakimliğinde sorgusunda vermiş olduğu ifadelerine ve tüm dosya kapsamına göre, olay öncesinde PKK terör örgütünün dağ kadrosu mensuplarıyla irtibatı olan ve örgütün kırsal alanda faaliyet gösteren silahlı mensuplarıyla beraber hareket eden, kendisine ait traktörü ile yüklü miktarda silah ve mühimmatı birçok kez örgütün istediği yere taşıyan, olay günü de suça konu silahları ve mermileri Risor bölgesinden örgüt mensuplarından teslim alıp sevk ettiği sırada yakalanan, örgütün silah sevkiyatları ve örgüt mensupları hakkında kod adlarına varıncaya kadar bilgi sahibi olan ve PKK terör örgütü içerisinde aktif bir şekilde faaliyet gösterdiği anlaşılan sanığın, süreklilik, yoğunluk ve çeşitlilik gösteren eylemlerinin, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmak suretiyle TCK'nın 314/2. maddesinde düzenlenen örgüte üye olma ve 6136 sayılı Kanuna muhalefet etme suçlarını oluşturacağı gözetilmeden.. Y.16.CD. T. 22.05.2018, E.2018/600, K.2018/1653.

[43] Y. 16. CD. E. 2017/2305, K. 2018/125, T. 25.1.2018. "TCK 315. maddesinde düzenlenen suçun örgüte yardımın özel bir şekli olup Devletin güvenliğine, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla kurulan silahlı terör örgütlerinin faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla, bunların amaçlarını bilerek; üretmek, satın almak ve ülkeye sokmak suretiyle silah, cephane veya nitelik ve nicelik yönünden önem arz eden benzeri maddelerin temini, nakledilmesi ve depolanması ile oluşacak bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş olmasına ve örgüt üyesinin bu suçun faili olamayacağının öngörülmesine nazaran; sanık hakkında silahlı terör örgütüne üye olma suçundan soruşturmaların açılmış olduğunun UYAP sorgulamasında anlaşılması karşısında; anılan soruşturma dosyaları ve dava açılmışsa ilgili dava dosyaları getirtilerek incelenmesi veya gerektiği takdirde birleştirilmesi suretiyle tüm deliller bir bütün halinde değerlendirildikten sonra, örgüt üyesi olduğunun belirlenmesi halinde TCK'nın 314/2. ve 174/1. maddelerine uyan suçlardan; örgüt üyesi olmadığının belirlenmesi halinde TCK'nın 315. maddesindeki silah sağlama suçundan cezalandırılması yerine eksik araştırma sonucunda hüküm kurulması hukuka aykırıdır".

[44] ÖZGENÇ, 52.

[45] TOZMAN, 339.

Aynı fiil, TCK m. 315 ile TCK m. 174 hükümlerini ihlal ettiğinde fikri içtima kuralları gereği fail cezası daha ağır olan TCK m. 315 hükmüne göre cezalandırılır[46]. Yine aynı fiil, TCK m. 315 ile 6136 sayılı Kanunun 12/1 hükümlerini ihlal ettiğinde fikri içtima kuralları gereği fail cezası daha ağır olan TCK m. 315 hükmüne göre cezalandırılır[47].

Silah sağlama suçu ile beraber başka suçlar da işlenirse gerçek içtima kuralları uygulanır. Fail silah sağlama suçundan ve işlediği diğer suçlardan sorumlu tutulur. Örneğin silah sağlamak için silah kaçakçılığı gibi suçlar işlenmişse, hem silah sağlama suçu hem de işlenen silah kaçakçılığı suçundan sorumluluk olur. Gerekçede "söz konusu maddelerin kullanılması suretiyle ve örgütün faaliyetleri çerçevesinde suçların işlenmesi halinde silah temin eden kimselerin aslında bu suçların işlenmesine yardım eden olarak sorumlu tutulmaları gerekirken söz konusu fiiller bu madde kapsamında müstakil suç olarak tanımlandığından sadece bu suçtan dolayı cezaya hükmetmek gerekmektedir" şeklinde açıklama yapılmıştır.

2. İştirak

Suça iştirake ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından bu konuda TCK'nın 37 ila 40. maddelerindeki genel hükümler uygulanacaktır. Örneğin failin örgütün faaliyetleri doğrultusunda kullanılacak silahları sağlamaya azmettirenler ya da yardım edenler suça iştirak hükümleri kapsamında cezalandırılırlar[48].

IV. YAPTIRIM VE YARGILAMA

1. Yaptırım

Silah sağlama suçu on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. TMK'nın 3. maddesine göre silahlı örgütlenme suçu terör

---

[46] Y. 8. CD. 26.02.2013, 21698-6504; Y. 9. CD.T. 29.04.2009. 20784-4235; Y. 9. CD. T.04.02.2009, 11916-1340.Bkz. EVİK, 95.

[47] ".. PKK silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil oldukları yönünde haklarında delil bulunmayan sanıkların fikir ve eylem birliği içinde yakalanan silahları PKK silahlı terör örgütünün Sur ilçesinde bulunan mensuplarına ulaştırmaya çalıştığının anlaşıldığı olayda eylem hem 6136 sayılı Kanunun 12/1, hem de TCK'nın 315.maddesinde düzenlenen suçlara temas etmekte ise de; taşınması, nakledilmesi suç teşkil eden silahların silahlı terör örgütüne götürüldüğünün anlaşılmasına göre, içinde 6136 sayılı Kanunu'nun 12/1 maddesindeki suçu da barındırıp tüketmesi nedeniyle eylemin özel norm niteliğinde olan TCK'nın 315.maddesindeki suçu oluşturduğu" yönünde bkz. Y. 16. CD. T.25.01.2017, E. 2016/7002, K.2017/379.

[48] ŞEN/ERYILDIZ, 417.

suçu olarak kabul edilmektedir. Bu Kanunun 5. maddesine göre ise terör suçlarını işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek cezalar yarı oranında arttırılarak hükmolunacağından TCK'nın 315. maddesinde öngörülen hapis cezaları yarı oranında arttırılarak verilecektir. Gene TMK'nın 5. maddesine göre bu suretle tayin olunacak cezalarda gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabilecektir. TMK'nın 5/2. maddesine göre suçun örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezanın arttırılması öngörülmüşse, sadece söz konusu olan ilgili maddedeki artırım yapılır. Ancak yapılacak artırım, cezanın üçte ikisinden az olamaz. Ayrıca maddenin son fıkrasında bu madde hükümlerinin çocuklar hakkında uygulanmayacağı belirtilmiştir[49].

2. Yargılama

Bu suça ilişkin soruşturma ve kovuşturma resen yapılır. 6526 sayılı Kanunla[50] değiştirilen 5235 sayılı Kanun'un 12. hükmü gereği silah sağlama suçuna ilişkin davalar Ağır Ceza Mahkemelerinde görülür.

---

[49] 2010/6008 sayılı kanunla değiştirilen TMK'nın 5. maddesinin 3. fıkrası.

[50] Türk Ceza Kanunun İkinci Kitap Dördüncü Kısmının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332. maddeleri hariç), TMK. kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar, on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. 6526 sayılı Kanunun 2. maddesi için bkz. 06.03.2014 tarihli Resmi Gazete Sayısı: 28933 (Mükerrer).

KAYNAKÇA

BODUR Nurullah-ÖZKUL Ezhat, **Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

EVİK Ali Hakan, **Özel Ceza Hukuku,** C. V, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

EVİK Vesile Sonay, **Özel Ceza Hukuku**, C. VI, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020. HAFIZOĞULLARI Zeki-ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar,** US-A Yayıncılık, Ankara, 2016.

HAFIZOĞULLARI, Zeki-KURŞUN Hafız, "Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk", **TBBD,** S. 71, 2007.

KURT Şahin, **Uygulamada Terör Suçları ve Mevzuat,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1998. KURTARAN Mustafa, "Silahlı Örgüte Silah Sağlama Suçu", **İKÜFD,** C.XIX, S.2, 2020. MANZİNİ Vincenzo, **Trattato di diritto penale italiano**, C. IV, Utet, Torino, 1987.

ÖZEK Çetin, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler**, İÜ. Yayını, İstanbul, 1967.

ŞEN Ersan-ERYILDIZ Sefa H., **Suç Örgütü,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

ÖNDER Ayhan, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

ÖZGENÇ İzzet, **Suç Örgütleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

TOROSLU Nevzat, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara, 1970.

TOZMAN Önder, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2017.

TÜRKOĞLU Türker, "Örgüte Yardımın Özel Şekli Olarak Terör Örgütüne Silah Sağlama Suçu (TCK 315) Yargıtay Kararları Işığında", **TAAD**, S. 42, Nisan 2020.

YAŞAR Osman-GÖKCAN Hasan Tahsin-ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. VI, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2014.

YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1996.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 21-53

META GÖZETİMSEL İKTİDAR AYGITI OLARAK METAVERSE(*)

-İNSAN HAKLARI VE TEKİLLİK İDEALİ BAĞLAMINDA BİR ÇÖZÜMLEME-

Prof. Dr. **Muharrem KILIÇ**(**)

Öz: Günümüzde 'gerçekliğin' minyatürleştirilmiş hücreler, matrisler ve komut modelleri tarafından üretildiği görülmektedir. Böylelikle zaman ve mekân sınırlarını aşan gerçeklik, 'siber uzay' olarak adlandırılan alanda yeni insan etkileşimi biçimlerine yol açmaktadır. Metaverse, sanal alan ve artırılmış gerçeklik aracılığıyla üç boyutlu sanal gerçekliklerden oluşan bir ağ olarak ifade edilmektedir. Bu simülatif ağın temelinde devasa, birleşik, kalıcı ve paylaşımsal bir alan olarak sürükleyici bir internet vizyonunun yer aldığı görülmektedir. Ancak tüm bu dijitalleşme ve büyük veri 'gözetim kapitalizmine' giden yolu açmaktadır. Metaverse'e yönelik en büyük zorluğun insan yapımı sanal dünyadaki insan haklarının durumuna yönelik olduğu görülmektedir. İnsan hakları temelinde başta 'gizlilik, miras, fikri mülkiyet ve taciz' olmak üzere çok sayıda problematik alan bulunmaktadır.

Fiziksel gerçeklik evreni akıllı bilgisayarlar ve bilgi iletişim teknolojilerinin ilerlemesiyle sanal gerçeklik evrenine evrilmektedir. İnsandan post insan aşamaya geçişle ilgili bu evrenin felsefi yönü 'transhümanizm' olarak adlandırılmaktadır. Böylelikle insan zekasının giderek fiziksel ve bilişsel kısıtlarını aşarak daha güçlü hale geleceği bu post çağın 'teknolojik tekilliğe' yol açacağı öngörülmektedir. Hatta tekillik idealinin simüle edilmiş dünyaların gerçeklikten ayırt edilemez hale gelmesi durumunda bir 'simülasyon tekilliği' yaşanacağı ifade edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zeka, Siber Uzay, Sanal Gerçeklik, Metaverse, İnsan Hakları, Simülasyon Tekilliği.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2022 - Makale Kabul Tarihi: 16.06.2022.

(**) Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu
(ORCID no: 0000-0002-7937-3998; *muharrem.kilic@tihek.gov.tr*).

METAVERSE AS A META-SURVEILLANCE DEVICE OF POWER

-AN ANALYSIS IN THE CONTEXT OF HUMAN RIGHTS AND THE IDEAL OF SINGULARITY-

Abstract: 'Reality' appears to be generated by miniaturized cells, matrices and command models nowadays. Transcending the boundaries of time and space, the reality leads to new forms of human interaction within the so-called 'cyberspace'. Metaverse is defined as a network of three-dimensional virtual realities created through virtual space and augmented reality. At the heart of this simulative network is a vision of immersive internet as a huge, unified, permanent and shared space. However, all this digitalization and big data paves the way for 'surveillance capitalism'. The main challenge towards the Metaverse appears to be the state of human rights within this man-made virtual world. There are many problematic issues in regards to human rights, such as 'privacy, legacy, intellectual property and harassment' in particular.

With the advancements in the intelligent computers and information communication technologies, the universe of physical reality is evolving into a universe of virtual reality. The philosophical aspect of this universe regarding the transition from human to post-human stage is called 'transhumanism'. It is foreseen that this post-age, in which human intelligence will gradually become more powerful by overcoming the physical and cognitive limitations, will lead to a 'technological singularity'. As a matter of fact, it is stated that a 'simulation singularity' will occur if the ideal of singularity becomes indistinguishable from the reality of simulated worlds.

Keywords: Artificial Intelligence, Cyberspace, Virtual Reality, Metaverse, Human Rights, Singularity of Simulation.

I. GİRİŞ: META EVRENE DAİR META ANLATI

Dijital teknolojinin gelişim serüveninde yeni nesil gerçeklik evreni olarak tanımlayabileceğimiz metaverse, varoluşsal anlamda insana özgülüğü transhümanizma ideali doğrultusunda tehdit edici nitelikte yeni bir 'sanal bir evren' yaratmaktadır. Bu 'sanal evren', başta sahicilik düşüncesi, zamana ve mekâna kayıtlılıkla gelişen aidiyet duygusu ve düzen fikriyle içkinleşen sorumluluk bilinci olmak üzere insaniliğin birçok ontik katmanını aşındırmaktadır. Hatta tümüyle varlığı tanımlayıcı kimi kategorileri ('*cevher, nicelik, nitelik, görelik, zaman, mekân ve sahip olma*' gibi)[1] aşan meta veri evre-

[1] Bkz., ARİSTOTELES, **Kategoriler**, (çev. Y. Gurur Sev), 1. Basım, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019.

ninin, yeni bir meta düzen inşa edeceği öngörülmektedir. Yeni bir meta düzen inşa edecek olan bu sanal evrenin yakın bir gelecekte insanlığın aşkınlık duygusunu içkinleştiren yeni bir varlık düzlemi yaratacağı beklenmektedir. Sanal evrene gömülü biçimde tezahür edecek olan bu varoluşsal düzlemin, 'kusursuzluk, tamlık ve kesinlik' arzusuyla tetiklenen 'sanal bir güç gösterimi' olarak karşımıza çıkacağı anlaşılmaktadır. İçkinleştirilmek suretiyle aşkınlaştırılan söz konusu meta evren, meta gözetimin sosyo-politik, sosyo-ekonomik ve sosyolojik anlamda bir metamorfozu olarak ortaya çıkmaktadır. Prospektif biçimde insanlık tarihini yeni bir meta anlatı üzerinden okumayı olanaklı kılacak olan bu sanal evren devriminin, daha sofistike bir 'ifşa teknolojisi' ya da teknolojileriyle köklü bir tarihsel dönüşümü beraberinde getireceği öngörülmektedir.

Bugünden geleceğe yalın bir projeksiyonla öngörülebilir biçimde, sanal meta evrene ilişkin yeni meta anlatıların farklı perspektifler üzerinden üretilmeye devam edeceği anlaşılmaktadır. Söz konusu meta anlatılar, çoğunlukla konuyu saf teknolojik ya da sosyo-teknolojik bağlamla açımlama ya da çözümleme yoluna gitmektedir. Bu türden meta anlatılar üreten önemli isimlerden olan fütürist Ray Kurzweil, sanal gerçeklik ve sanal insanların 2030 yılına kadar köklü değişikliğe yol açacak bir teknoloji haline geleceği öngörüsünde bulunmaktadır. Bu öngörüyü destekler biçimde metaverse teknolojileri, hızlı bir gelişim dinamiği sergilemektedir.[2] Ancak konunun bir 'meta evren ontolojisi', 'meta evren sosyolojisi' ve 'meta evren aksiyolojisi' olarak adlandırabileceğimiz temel boyutları başta olmak üzere çoklu bir düşünsel-entelektüel düzlemde çözümlenmesi gerekmektedir. Diğer yandan konunun, insan hakları fikri başta olmak üzen ide-düzen diyalektiği çerçevesinde geliştirilecek olan yeni açılımlar üzerinden analiz edilmesi icap etmektedir.

Sözünü etmiş olduğumuz bu çoklu ve ilişkisel çözümleme düzlemlerinin en önemli boyutlarından birisini, doğrudan toplumsal yaşama temas etmesi yönüyle 'metaverse sosyolojisi' oluşturmaktadır. Öyle ki derin bir 'sosyolojik kapanmaya' yol açması öngörülen bu dijital simülatif evren, yeni 'sosyo-sanal' bağlam/ların üretilmesine neden olacaktır. Nitekim bu türden meta teknolojilerle sahici sosyalleşme bağlamlarının avatarları yaratılmaktadır. Böylelikle bu sosyo-sanal bağlam, zaman-uzam algısını köklü bir değişime uğratmaktadır. Bir 'gölge dünyası' olarak ifade edebileceğimiz bu sa-

---

[2] Foreword to Virtual Humans, 2003, https://www.kurzweilai.net/foreword-to-virtual-humans (Erişim Tarihi: 29.03.2022).

nal evrende insanların, gerçeklik algısının yitimiyle paralel evrendeki simülatif zamanda yaşamlarını idame ettirdikleri görülmektedir. Simülatif zamana gömülü olan bu meta evren, her bir tekil yaşam açısından dışarlıklı bir kayıtlayıcılığa ve hatta bir 'öz kısıtlanmaya' neden olmaktadır. Bir diğer ifadeyle bu sanallık düzlemi, insanların kendilerini gerçekleştirmelerine yönelik bir sosyal ve öz-benliksel kısıtlanmaya yol açmaktadır. Söz konusu sanallık düzlemini kuran algoritmik akıl dizgesi içerisinde her bir insan teki, bir 'veri kaynağı' ya da 'veri öznesi' olarak kabul edilmektedir. Böylelikle bu simülatif evrende kişisel verilerine indirgenmiş olan insanın, ontik özgüllüğüne dayalı biçimde tanımlanan özne tasavvurunun yıkımı ortaya çıkmaktadır.

Meta evrenin sanallık düzleminin var ettiği içkin ontoloji, klasik mekân tasavvurunu radikal bir dönüşüme uğratarak metaverse'ün yeni bir mekân fikri üzerinden inşasını olanaklı kılmaktadır. Bu noktada metaverse, meta evrenin zaman/mekân düzleminde kayıtsız biçimde geçişliliği (*tayy-i mekân*) ya da mekân değiştirme olanağı olarak tanımlanabilir. Bir anlamda bu, fizik evrenden meta evrene düzlemsel bir geçişlilik durumunun olanaklılığını göstermektedir. Öyle ki bu meta evrende varlık gösteren simülatif öznenin fiziksel mekânla bağının kopması sonucu 'ontik bir yön yitiminin' ya da 'yönsüzlük durumunun' yaşanma olasılığı ortaya çıkmaktadır.

Yeni bir meta-ontolojiye dayalı bir evren olarak nitelendirebileceğimiz metaverse, fizik evren ile simülatif evren arasında bir ölüm vadisine dönüşme kaygısını beraberinde getirmektedir. Bu kaygı verici durum, bireysel beğeni ve tercihlerin yaşamsal görünümlerinin bulanıklaşmasına yol açma potansiyeli taşımaktadır. Meta evreni kuran bu yeni dijital kozmolojinin ürünü olan metaverse'ün, başta toplumsal alan olmak üzere köklü bir kavramsal dönüşüme yol açacağı öngörülmektedir. Paradigmatik değişimi beraberinde getirecek olan bu yeni kozmolojinin, 'onto-politik' ve 'onto-jüridik' düzlemlerde ciddi bir normatif kaymaya yol açacağı görülmektedir. Yine bu meta evrenin yeni sosyolojik bağlamlar üretmek suretiyle yeni bir toplumsal alan inşa edeceği öngörülmektedir. Bundan ötürü yeni meta düzeni regüle edecek olan bir dizgesel yapıya gereksinim olduğu aşikardır. Bu kapsamda sözü edilen meta evrene ya da simülatif düzleme özgülenen yeni bir 'meta-anayasanın' ve/ya 'meta-yasal' çerçevelerin oluşturulması gereklilik arz etmektedir.

Konunun çok düzlemliliğini dikkate alarak metaverse'ün sorunsallaştırılmasının gereğini öngören bu çalışma, öncelikle siber uzayın gelişim serü-

veninden başlayarak mekân algısını dönüşüme uğratan sanal gerçekliği konu edinecektir. Bu çalışma, zaman ve mekânın sınırlarını aşan metaverse ve bu sanal evrenin yarattığı sorun alanlarını tartışacaktır. Teknolojik dinamiklere koşut biçimde meta evrenin yaratmış olduğu 'meta gözetim' olgusuna sosyo-politik bağlamı üzerinden dikkat çekilecektir. Sonrasında metaverse, hak ve özgürlük temelinde yapılandırılacak olan bir insan hakları sorunu olarak çözümlenecektir. Son olarak tekillik ideali ve metaverse arasındaki ilişkisellik ele alınacaktır. Bu kapsamda olmak üzere 'simülasyon tekilliği' kavramsallaştırmasına dair bir çerçeve sunulacaktır.

II. SİBER UZAY: SANAL GERÇEKLİK UZAMI

Günümüzde 'gerçeklik' minyatürleştirilmiş hücreler, matrisler, bellekler ve komut modelleri tarafından üretilmektedir. Böylelikle gerçeğin sonsuz sayıda yeniden üretimi olanaklı hale gelmektedir. Artık gerçeklik algısının işlemsel bir görünüme sahip olduğu ifade edilmektedir. Fransız düşünür ve sosyolog Jean Baudrillard (1929-2007) gerçek ya da hakikatle bir ilişkisi kalmayan böyle bir uzama geçildiğinde karşımıza tüm gönderen sistemlerinin tasfiye edildiği bir 'simülasyon çağına' geçiş yapılacağını öngörmektedir.[3] Modern bilim ve tekniğin zaman ve mekân sınırlarını aşma kapasiteleri 'siber uzay' olarak adlandırılan alanda yeni insani etkileşimi biçimlerinin ortaya çıkışına ivme kazandırmaktadır. Böylelikle siber uzay bireyler, hükümetler ve sosyal kurumlar arasındaki güç ilişkileri kümesinde paradigmatik bir değişikliğe yol açarak yeni yönetişim biçimleri ve ifadeleri ortaya çıkarmaktadır. Bu kapsamda siber uzay 'özgürleşme, yetkilendirme ve fiziksel boyun eğdirmenin aşkınlığı' kavramlarının keşfedildiği bir ortam olarak kabul edilmektedir. Kimilerine göre bu durum, siyasal iktidarların otoriteryen politik pratiklerinden azade özgürlükçü bir kendini gerçekleştirme olanağı olarak ifade edilmektedir. Ancak yine de siber uzayın tartışmasız bir alan olmadığı dile getirilmektedir.[4]

Tam da bu noktada postmodernizm ve bilgisayar aracılı iletişim (*Computer-Mediated Communication, CMC*) hakkındaki tartışmalarda, Baudrillard'ın siber uzayın gelişimiyle ve özellikle sanal gerçeklik teknolojilerinin

---

[3] BAUDRILLARD Jean, **Simülakrlar ve Simülasyon,** (çev. Oğuz Adanır), 8. Basım, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2014, s. 15.

[4] LOADER Brian D., "The Governance of Cyberspace: Politics, Technology and Global Restructuring", **The Governance of Cyberspace Politics, Technology and Global Restructuring**, (ed. Brian D. Loader), Routledge, United Kingdom, 1997, p. 2-3.

potansiyel yetileriyle bu çağa özgü ontolojiye işaret ettiği 'hipergerçeklik' kuramı önem arz etmektedir. Bu kapsamda Baudrillard bu türden teknolojilerin tamamen yeni bir sosyal çevre ve 'elektronik bir gerçeklik' inşa ettiğini öne sürmektedir.[5] Öyle ki ona göre; "*Sanalın temel özellikleri: içine gömülme, içkinlik ve anındalıktır. Bu evrende bakış, sahne, düşsel illüzyon, dışsallık ya da gösteriye yer yoktur. Fetişleşmiş işlemsellik her türlü dışsallığı emip, her türlü içselliği eritebilen, gerçek zaman adlı işlem aracılığıyla zamanı bile yutabilen şeydir. Bu şekilde kendisine bütünsel bir gerçeklik, işlerlik kazandırılan ve kendi kendisiyle özdeşleşebilen bir dünyadan söz edilebilir, ancak mevcut dünyanın bununla bir ilişkisi yoktur*."[6] Baudrillard'ın bu argümanı, kitle iletişim medyasında siber uzayın alternatif bir sanal gerçekliği temsil ettiğini öne süren kitlede büyük bir yankı uyandırmıştır.[7]

Siber uzay idealizmi genellikle siber uzayın 'gerçekliği' hakkında çelişkili açıklamalar üretmektedir. Bir yanda siber uzay genellikle gerçek yaşamdan daha gerçek kabul edilirken, diğer yanda bu sanal evrende vaki olan zararlar doğası gereği fiziksel değil, bedensel zararlar olduğu için "gerçekten gerçek değil" (*not really real*) olmasından ötürü reddedilmektedir. Bu gerilimin siber uzayda tutarsız sonuçlara yol açma potansiyeli bulunmaktadır. Örneğin; siber uzayda ifade özgürlüğünün "gerçekten gerçek" (*really real*) olmasından ötürü korunması gerekirken; bu sanal evrende tacizin "gerçekten gerçek" olmamasından ötürü korunmaması gerektiği yönünde bir yaklaşım ortaya çıkmaktadır.[8]

Bizatihi siber uzay; bir kurtuluş, aşkınlık ve sosyal eşitlik alanı olma konusunda olağanüstü bir potansiyele sahiptir. Kişinin kimliğine dayatılan fiziksel kısıtlamalardan kurtulma ve kişinin kendi kendini temsili üzerinde kontrol uygulama olanağı fiziksel özellikler temelinde marjinalleştirilmiş grup üyeleri açısından önem arz etmektedir.[9] Siber uzayın hiper gerçekliğinde zaman, mekân ve bireysel kimliğin modern fiziksel konumlardan ayrıldığı öne sürülmektedir. Günümüzde emekleme dönemini geçmiş olan bu sanal gerçeklik teknolojisi, bireylerin istedikleri zaman değiştirebilecekleri ikonik

---

5 LOADER, p. 9.

6 BAUDRILLARD Jean, **Şeytana Satılan Ruh ya da Kötülüğün Egemenliği**, (çev. Oğuz Adanır), 3. Basım, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2015, s.28.

7 LOADER, p. 9.

8 FRANKS Mary Anne, "Unwilling Avatars: Idealism and Discrimination in Cyberspace", **CJGL**, C. 20, 2016, p. 2.

9 FRANKS, p. 6.

kimlikler aracılığıyla etkileşime girebilecekleri bilgisayar tarafından oluşturulan simüle edilmiş ortamları olanaklı hale getirmektedir.[10] Böylelikle siber uzay, bireylerin alternatif kimlikleri teşvik etmesine olanak tanıyan yeni etkileşim imkanları sunmaktadır. Siber uzayın yeni güç ilişki formlarının çıkışını kolaylaştırma olasılığı, ulus-devletin yurttaşları üzerinde güç uygulamaya ve yurttaşlarını geleneksel polislik ve düzenleyici yönetimsellik metodolojisiyle yönetmeye devam etmesine yönelik değerlendirmeler açısından dikkat çekmektedir.[11]

Tam da bu noktada Fransız düşünür ve sosyolog Michel Foucault'un (1926-1984) yönetimsellik araştırmaları, siber uzayın yönetimi hakkındaki tartışmalarda özellikle iki açıdan önem arz etmektedir. Birincisi, öznelerin kendilerini seçilmemiş, aksine verilmiş kimliklerden özgürleştirebilecekleri elektronik alanların özgürleştirici potansiyelini oldukça açık biçimde ön plana çıkarmaktadır. İkincisi, siber etkileşimler tarafından tehdit edilen ulus devletlerin tepkisine yönelik bir analiz içermektedir.[12]

Sonuç olarak; bugün bilimsel, teknolojik ve sosyal devrim radikal biçimde sosyal yapıyı dönüşüme uğratırken yeni sosyal gruplar, sosyal kurumlar, elektronik ekosistemler ve meta evrenin yaratılmasını olanaklı hale getirmektedir. Bu durum insanın sosyal yapıdaki rolünü değişime uğratmaktadır. Öyle ki insanlık yeni bir dijitalleşme ve metaverse çağına girmektedir. Buna koşut biçimde halkla ilişkiler alanı hızla dönüşmekte, yeni özneler ve nesneler ortaya çıkmaktadır. Tüm bunların sonucunda özne ile nesne arasındaki etkileşim gerçek dünyadan sanal evrene taşınmaktadır.[13] Ayrıca global ölçekte sanal gerçekliğin yaygınlık kazanması, sosyalleşme ve çalışma yaşamımızdaki değişimleri yansıtan öğrenme ortamları ve deneyimleri açısından yeni fırsatları da beraberinde getirmektedir.[14] Tam da bu noktada siber uzay sosyolojisi de yalnızca yeni topluluk ve sosyallik biçimlerinin ortaya çıkmasıyla ilgili olarak değil; aynı zamanda bunların yetkinlikle anlaşılmasına ilişkin bazı önemli soruları gündeme getirmektedir. Bilgisayar aracılı

---

[10] LOADER, p. 10.

[11] LOADER, p. 14.

[12] LOADER, p. 13.

[13] KOSTENKO Oleksi, "Electronic Jurisdiction, Metaverse, Artificial Intelligence, Digital Personality, Digital Avatar, Neural Networks: Theory, Practice, Perspective", **WS**, C. 1, S. 73, 2022, s. 3.

[14] ROSPIGLIOSI Asher, "Metaverse or Simulacra? Roblox, Minecraft, Meta and the Turn to Virtual Reality for Education, Socialisation and Work", **ILE**, C. 30, S. 1, 2022, s. 1.

iletişimlerde özellikle internette gözlemlenebilen sosyal etkileşim biçimleri, sosyal teoriyi doğrudan ve dolaylı ilişkilerden oluşan basit ikiliğin ve aynı zamanda modern benlik ve toplum kavramlarının kapsamının ötesine itmektedir.[15]

Nitekim geleneksel toplumlarda, kişilerin fiziksel bedenlerinin diğer bireyler açısından ulaşılabilir durumda olduğu görülmektedir. Bu kapsamda başka bir kişiyle aynı yerde bulunmak 'ortak mevcudiyet' olarak tanımlanmaktadır. Tarihsel olarak bireylerin 'ortak mevcudiyeti' sosyal ilişkinin ve alışverişin olduğu alan olmuştur.[16] Bu noktada 'siber uzay sosyalliği' ile ilgili olarak, 'teknososyal özne' (*technosocial subject*) ve toplumsalın gerçekliği ele alınması gereken bir başka alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Dijital bir özne (*digital persona*) veya bir veri imajı olarak görünen 'teknososyal benlik', modern sosyal teorideki bazı önemli sorulara işaret etmektedir.[17]

III. METAVERSE: FİZİK EVRENDEN SANAL EVRENE

İnsan ve makinelerin birbirinin özelliklerini kazanması ve birbirine yakınlaşması açısından değerlendirildiğinde teknoloji endüstrisi her zaman ya 'insanın mekanizasyonuna' (*human mechanization*) ya da 'makinelerin insanlaşmasına' (*machine humanization*) uygun biçimde gelişim dinamiği göstermiştir. Sanayi devriminden yapay zekaya geçişin, makinelerin insanların sahip olduğu güç, zeka ve diğer yetileri kazanmasının 'makinelerin insanlaştırılması' olduğu ifade edilmektedir. Metaverse teknolojileri, 'insanların mekanizasyonuna' uyarlı biçimde bir gelişim dinamiği göstermektedir. Öyle ki bu meta evren insan bilincini ve deneyimini dijital dünyaya aktararak insanlığın mekanize olmasına ivme kazandırmaktadır. Bundan ötürü metaverse, 'insan mekanizasyonunun' en son jenerasyonu olarak kabul edilmektedir. Metaverse teknolojisinin yaratılmasına kadar 'insanın var olduğu gerçek alan' ile 'makinelerin işlediği dijital alan' birbirinden ayrıksı bir varlık göstermiştir. Örneğin, bir bilgisayar oyununun monitöründen görülen görüntü ile oyunun oynandığı odanın gerçek alanı birbiriyle farklılık arz etmektedir. Metaverse ise eğlence deneyimlerinin dijitalleştirilmesi yo-

---

15 LYON David "Cyberspace Sociality: Controversies Over Computer-Mediated Relationships", **The Governance of Cyberspace Politics, Technology and Global Restructuring**, (ed. Brian D. Loader), Routledge, United Kingdom, 1997, s. 30.

16 LYON David, **Günlük Hayatı Kontrol Etmek: Gözetlenen Toplum**, (çev. Gözde Soykan), 1. Basım, Kalkedon Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 34.

17 LYON, 1997, s. 32.

luyla insanların mekanizasyonunu hızlandırmak amacıyla insanlar ve makineler için ayrı olan alanları entegre etmektedir.[18]

Metaverse kavramı, sanal alan ve Artırılmış Gerçeklik (*Augmented Reality, AR*) aracılığıyla sosyal etkileşime vurgu yaparak üç boyutlu sanal gerçekliklerden oluşan bir ağ olarak ifade edilmektedir. Ayrıca 'meta' ve 'evrenin' bir portmantosu olarak kişilerin gerçek ve maddi boyutun ötesinde teknolojik açıdan kolaylaştırılmış sanal düzlem yoluyla birbirleriyle etkileşime girebilecekleri, kapsamlı ve sürükleyici bir deneyim olarak karşımıza çıkmaktadır.[19] Bir diğer ifadeyle metaverse, 'meta' ön ekinin 'evren' kelimesiyle birleşimi sonucu fiziksel dünyayla bağlantılı bir 'varsayımsal sentetik ortamı' tanımlamaktadır. Metaverse teriminin ilk olarak 1992 yılında Neal Stephenson tarafından yazılan '*Snow Crash*' adlı bilim-kurgu romanında ortaya çıktığı görülmektedir. İlgili romanda metaverse, birinin avatarının simüle edilmiş bir dünyada kişinin eylemleri için aracı olduğu üç boyutlu bir alan olarak tasvir edilmektedir.[20]

Metaverse teorisyeni Matthew Ball, meta dünyaları "*birbirine bağlı deneyimler, uygulamalar, cihazlar ve ürünler, araçlar ve altyapı ağı*" olarak tanımlamaktadır.[21] Fütürist Richard van Hooijdonk'a göre metaverse, herkesin herhangi bir mekân ve zamanda sosyalleşmesine, çalışmasına ve fiziksel evrende yapılan diğer birçok şeyin gerçekleştirilmesini olanaklı hale getirecektir. Ayrıca daha önce yalnızca hayalini kurabildiğimiz şeyleri, olayları, yaratıkları, duyuları, yetenekleri ve 'dünyaları' giderek daha fazla olanaklı hale getirecek ve insanlığı herhangi bir fiziksel sınırlamadan muaf tutacaktır. Bu meta evrende kullanıcıların diğer sanal alanların içinde sonsuz sayıda sanal alanı kapsayacak, tahayyül edilebilen her türlü ortamı içerecek ve hatta gerçek dünyanın prototipi olan bu paralel evrene girip çıkabileceği ifade edilmektedir.[22] Zaman ve mekânın fiziksel sınırlarından bağımsız olan metaverse, oyunun

---

[18] KUDAN, "The World Beyond the Metaverse: Artificial Perception Enables the Fusion of Human and Machine", **White Paper**, 2022, s. 3-4.

[19] CHOHAN Usman W., "Metaverse or Metacurse?", **Discussion Paper Series: Notes on the 21st Century**, 2022, s. 3.

[20] BOLGER Ryan K., "Finding Wholes in the Metaverse: Posthuman Mystics as Agents of Evolutionary Contextualization", **Religions**, C. 12, S. 9, 2021, s. 5.

[21] MERWE David van der, "The Metaverse as Virtual Heterotopia", **Third World Conference on Research in Social Sciences**, 22-24 October 2021, s. 1.

[22] The Metaverse: Blurring the Lines Between Our Physical and Virtual Worlds, https://blog.richardvanhooijdonk.com/en/the-metaverse-blurring-the-lines-between-our-physical-and-virtual-worlds/ (Erişim Tarihi: 29.03.2022).

ötesinde endüstriler arasında dönüşümsel yeni fırsatlar sunmaktadır.[23] Nitekim metaverse uygulamalarının, fizik evrendeki varlıkları veya duyumları sanal dünyayla eşleştirmek için tasarlandığı görülmektedir. Bu uygulamalar doğrultusunda 'paralel sanal avatarlar' oluşturulmaktadır. Metaverse projesinin fizik evrenin 'dijital bir ikizini' oluşturduğu ifade edilmektedir.[24]

'Metaverse', fiziksel yaşamımızın her alanında dijital dönüşümü daha da kolaylaştırmak için geliştirilmiştir. Meta veri evreni, gerçekliğimizde gördüğümüz şeylerin dijital bir kopyası olarak ifade edilmektedir. Aynı zamanda meta veri deposu, oyuncuların (meta veri deposunu kullanan kişiler) gerçekçi sosyal davranışlar sergileyebildiği bir 'sosyal mikro kozmos' olarak algılanmaktadır.[25] Meta veri tabanında tüm bireysel kullanıcıların, kullanıcının gerçek dünyalarının bir metaforu olan sanallıkta alternatif bir yaşam deneyimlemek için kullanıcının fiziksel benliğine benzer kendi avatarları bulunmaktadır. Meta evrenin sosyalleşme, öğrenme, alışveriş yapma, oyun oynama ve seyahat etme gibi farklı alanlarda dönüştürücü etkisi söz konusudur.[26] Ancak sanal gerçekliğin özgün olan ortamdan kopma risklerine yol açma potansiyeli de bulunmaktadır.[27]

Meta veri deposu, sanal sınırlar içerisinde kullanıcıların tam zamanlı yaşamasını olanaklı hale getiren bir mekanizmaya gereksinim duymaktadır. Bu durum birleşik bir ekonomik değişim aracı yaratması gerektiği anlamına gelmektedir. Bundan ötürü kurumsal platformların kendi paralarını oluşturma yönünde bir irade sergileyecekleri öngörülmektedir. Ayrıca, tıpkı ulusal para birimleri gibi kendi dijital para birimini basan bir meta evrenin, kullanıcı uyumluluğunu teşvik ederek kendi kurumsal doktrinini daha iyi uygulayabileceği ifade edilmektedir.[28] Meta evreninin hem yaşanılan hem de simü-

---

[23] Metaverse: 5 Questions Shaping the Next Frontier of Human Experience, 2022, https://www.ey.com/en_gl/digital/metaverse-5-questions-shaping-the-next-frontier-of-human-experience (Erişim Tarihi: 22.03.2022).

[24] ZHU Hongyin "MetaAID: A Flexible Framework for Developing Metaverse Applications via AI Technology and Human Editing", **AAAI**, 2022, s. 1.

[25] LIK-HANG Lee and et al., "All One Needs to Know about Metaverse: A Complete Survey on Technological Singularity, Virtual Ecosystem, and Research Agenda", **JLCF**, C. 14, S. 8, 2021, s. 39.

[26] LIK-HANG and et al., s. 38.

[27] ROSPIGLIOSI, s. 1.

[28] VERGNE Jean-Philippe, "The Future of Trust will be Dystopian or Decentralized: Escaping the Metaverse", **Forthcoming in special issue of Revista de Occidente on the Future of Trust**, 2021.

le edilen ve dijital ve fiziksel alemler arasında geçici bir arayüz olmasından ötürü parodoksal bir etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir. Öyle ki bu meta veri evreni, deneyim tasarımına ilişkin modern araştırmalarda fiziksel (*physical*) ve dijital (*digital*) sözcüklerinin bileşimiyle 'fijital' (*phygital*) olarak adlandırılmaktadır. Literatürde bu sanal dünyalar topluluğu "yersiz bir yer" (*placeless place*) olarak tanımlanmaktadır.[29]

Meta veri tabanının merkezinde; devasa, birleşik, kalıcı ve paylaşımsal bir alan olarak sürükleyici bir internet vizyonu yer almaktadır. Gelişen teknolojiler tarafından desteklenen metaverse fütüristik görünse de siber uzayımızın '*dijital big banginin*' çok uzakta olmadığı ifade edilmektedir. Öyle ki Karayip ada ülkesi Barbados, popüler kripto destekli dijital dünyalardan biri olan Decentraland ile 'metaverse büyükelçiliği' oluşturmak amacıyla bir sözleşme imzalamıştır. Böylelikle elektronik vize verilmesi ve dijital arazilerin oluşturulması gibi büyükelçilik işlemleri yürütülmesi planlanmaktadır.[30]

Sonuç olarak, internetin halefi (*successor to the internet*) olan metaverse, insanların kendilerinin veya avatarlarının dijital temsilleri aracılığıyla nesnelerle, çevreyle ve birbirleriyle etkileşime girdiği üç boyutlu sanal bir alanı ifade etmektedir. Onlarca yıldır bilim-kurgu romanlarının esin kaynağı olan metaverse'ün yeni bir kavram olmadığı ifade edilmelidir. Öyle ki başta oyun endüstrisinde olmak üzere erken sürümlerinin hâlihazırda mevcut olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, Covid-19 pandemisinin[31] ivme kazandırdığı fiziksel ve dijitalin yakınsaması ile tamamlayıcı ve gelişmekte olan teknolojilerin birleşmesi neticesinde metaverse, insani faaliyetlerin her alanında yaygınlaşmaktadır.[32]

---

[29] FOUCAULT Michel, "Of Other Spaces: Utopias and Heterotopias", **AMC**, 1984.

[30] The Position of Metaverses in the Field of Law, 2021, https://www.digicrimjus.com/2021/12/31/the-position-of-metaverses-in-the-field-of-law/ (Erişim Tarihi: 27.03.2022).

[31] Covid-19 pandemisiyle mücadele etmede kullanılan yapay zeka tabanlı uygulamalara yönelik çözümleme için ayrıca bkz., KILIÇ Muharrem, "Ethico-Juridical Dimension of Artificial Intelligence Application in the Fight Against Covid-19 Pandemics", **The Impact of Artificial Intelligence on Governance, Economics and Finance**, (ed. S. Bozkuş Kahyaoğlu), Springer, 2021, ss. 299-317.

[32] Metaverse: 5 Questions Shaping the Next Frontier of Human Experience, 2022, https://www.ey.com/en_gl/digital/metaverse-5-questions-shaping-the-next-frontier-of-human-experience (Erişim tarihi: 22.03.2022).

IV. META GÖZETİM: SANAL EVRENDE YÖNETİM TEKNOLOJİLERİ

Her düzeyde dijitalleşme ve büyük veri (*big data*), 'gözetim kapitalizmine' giden yolu açmakta ve emeğin üzerindeki 'Taylorcu disiplin yöntemlerini' üst boyutlara taşımaktadır.[33] Dijital teknolojideki bu değişim, devasa miktardaki verinin toplanmasını olanaklı hale getirmektedir. Siyaset bilimci Nick Srnicek'in '*Platform Kapitalizmi*' adlı yapıtında isabetle işaret ettiği üzere "*imalattaki verimlilikte uzun süreli bir gerileme sonucunda kapitalizm, ağırlaşmış üretim sektörü karşısında ekonomik büyümeyi ve canlılığı korumanın yollarından biri olarak yönünü verilere çevirmiştir*."[34] Diğer yandan İngiliz sosyolog Anthony Giddens, gözetimin yalnızca kapitalizmin (*fabrikadaki işçileri izleme*) veya ulus-devletin (*yurttaşların idari denetimlerini gerçekleştirme*) bir tür refleksi olarak değil, bir güç üreticisi olarak görülmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Karl Marx (1818-1883) ise emek ile sermaye arasındaki mücadelenin bir yönü olarak gözetime özel bir ilgi göstermiştir. Bu kapsamda Marx'ın gözetim anlayışında işçileri denetlemek ve izlemek, sermaye adına yönetimsel kontrolü sürdürmenin bir aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Öte yandan Max Weber'in (1864-1920) bütün modern organizasyonların bürokrasi içerisinde verimli biçimde işleyişi arayışının bir parçası olarak veri depolama ve alma yöntemleri geliştirme metodolojisine odaklandığı görülmektedir.[35]

Yirminci yüzyıl boyunca bürokratik gözetimin yaygınlık kazanmasının yurttaşlar ile büyük yönetsel merkezi örgütler arasında yeni bir ilişki kategorisi ürettiği öne sürülmektedir. Bilgisayarlaşmanın bu eğilimi yoğunlaştırdığı görülmektedir. Bu kapsamda Kenneth Laudon'un bireylerin 'veri-imgesi' (*data-image*) olarak adlandırdığı olgunun oluşturulduğu ve buna yönelik yargılar çıkarıldığı ifade edilmektedir.[36] 'Veri gözetimi' (*dataveillance*) kavramı, Avustralyalı bilgisayar bilimcisi Roger Clarke tarafından yeni teknolojilerin yakınsamasının gelişmiş toplumları açısından yol açtığı riskleri vurgulamak için kullanılmaktadır. Veri gözetiminin gücü yalnızca bilgisayarlarda veya telekomünikasyon sistemlerinde değil, aynı zamanda mevcut çok sayıda yeni yapılandırmada yatmaktadır.[37]

---

[33] ROBINSON William I., **Küresel Polis Devleti**, (çev. Akın Emre Pilgir), 1. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2022, s. 71.

[34] ROBINSON, s. 68-69.

[35] LYON David, **The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society**, University of Minnesota Press Minneapolis, USA, 1994, s. 7.

[36] LYON, 1994, s. 84.

[37] LYON, 1994, s. 48.

Bu kapsamda global ölçekte 'düzen' ve 'kontrol' önemli motifler olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak gözetleme, simülasyon formuna kaydıkça sanal etkileşim alanlarında 'düzen' ve 'kontrol' kavramları, modern bürokratik egemenliğin tek taraflı kavramsallaşmasına doğru evrilmektedir. 'Göçebe bedenler' ve dijital oyuncular, günümüz bilgisayar tabanlı gözetim teknolojilerinin özneleri olarak daha önceki gözetleme rejimlerinden ayrışmaktadır. Öyle ki 'göçebe bedenler', dijital oyuncular ve bunlar arasındaki ilişkiler gözetleme pratikleri tarafından oluşturulmaktadır.[38]

Gözetlenen toplum olgusunun yaygınlık kazanması zaman-mekân ilişkilerinin gelişimi olarak ifade edilmektedir. Giddens'ın ifade ettiği üzere saat ve zaman tablosu gibi araçlar, sosyal aktiviteleri koordine etmenin yolları olarak modern yaşamı domine etmeye başlamıştır.[39] Zaman ve mekân kavramının kaymasıyla birlikte, küresel iletişimin akışkanlığı ve kişinin sorgulanmasından çok bedensel veriye dayanan gözetlemeye olan bağımlılığın artması, bir bulanıklığa yol açmaktadır.[40] Akademisyen Christopher Dandeker, modern dünyada gözetimin "*kişisel ve patronaj dolaylı kontrol sistemlerinden bürokratik idari güç sistemleri aracılığıyla doğrudan kontrole*" geçtiğini gözlemlemektedir. Ona göre modern sistemler kapsamlı biçimde "*kişilikten arındırılmıştır*". Bu kişilikdışı durum da gözetimin arkasındaki kişiyi ve hatta bazen kurumu 'adlandırmayı' güçleştirmektedir.[41]

Modernitenin getirdiği temel sorunlardan birisi de küresel ölçekte iletişim ve bilgi teknolojilerinin yaygınlık kazanması sonucu ortaya çıkan '*bedenlerin kaybolmasıdır*.' Böylelikle görünen bedenleri izleyen somutlaşmış gözetlemenin doğurduğu güçlükleri dengelemek üzere kişisel izleri takip etmek için sosyal ajanslar ortaya çıkmaktadır.[42] Öyle ki dengesiz, kesin olmayan ve alanlaşmanın yok olduğu bir dünya, öznellik, bedenler ve mekânların geleneksel kavramları hakkında sorgulamaları da beraberinde getirmektedir. Beden genetik ya da biyometrik olarak konuşma olmadan sorgulanmakta ve mekânlar yalnızca geçici olarak yer almaktadır. Bundan ötürü hareketteki ve vizyondaki bedenlerle birlikte ortaya çıkan zaman-mekânla ilgili soruların gözetleme açısından merkezi bir konumda olduğu görülmek-

---

38 LYON, 2006, s. 73.

39 LYON, 2006, s. 38.

40 LYON, 2006, s. 22.

41 LYON, 1994, s. 92-93.

42 LYON, 2006, s. 34.

tedir. Yeni gözetleme yöntemleri hem makro hem de mikro zaman-mekân düzleminde insanların davranışlarının yerini belirleyip düzenlerken bu ikisi arasında etkileşimi de olanaklı hale getirmektedir.[43] Ayrıca merkezi bulunmayan evrenlerdeki en temel sorun alanı, her tekil bireyin bir başkası üzerinde otoritesi olmayan bir yabancı olarak varlık göstermesidir. 'Turist tuzağı' (*the tourist trap*) olarak nitelendirilen sözü edilen sanal ortamda tekil anlamda her bir kişi edilgen bir özne olarak konumlanmaktadır.[44]

Siberalemsel gözetleme yönetimi soyutlamalara, elektronik itişlere ve söylemsel alana dayanmaktadır.[45] Metaverse'deki herhangi bir eylemin, bir özerklik ve bedensel bütünlük yanılsaması olacağı öngörülmektedir. Öyle ki veri tabanına sahip olan şirketin, bir metaversede solunan sanal havayı hala kontrol ettiği görülmektedir.[46] Bundan ötürü tüm bunların bir çözümü olarak bireysel özerkliği teşvik edecek ve insan hakları ve medeni hakların temelini oluşturacak bir yaklaşım geliştirilmesi zorunluluk arz etmektedir.[47]

Sonuç olarak, gözetleme artık bireysel detaylara odaklanmış ve biçimlendirilmemiş ilişkilerin bir arada tutulmasının temel yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Gözetlenen toplumların çoğalması, değerler ve güç ilişkilerine dair birtakım veriler sunmaktadır.[48] Ayrıca gözetleme, kimlik belirleme ve sınıflandırma hedefi doğrultusunda 'izleme, denetleme ve test etme' amacıyla daha da derinleştirilmektedir.[49]

V. METAVERSE: İNSAN HAKLARI TEMELİNDE BİR ÇÖZÜMLEME

"*Dijital evrene gömülü olan 'sanallık, gerçek dışılık, gerçeküstülük ve yapaylık' düzlemi, 'onto-robotik temsil' olarak kavramsallaştırabileceğimiz yeni yaşam formlarını büyük bir hızla çeşitlendirerek üretmektedir*." 'Algoritmik yaratımlar, yapay zeka ve android cihazlar' çerçevesinde yaratılan bu yeni varoluşsallık durumu, etik temelde 'insan onuru' açısından ortaya çı-

---

43 LYON, 2006, s. 42.

44 VERGNE, 2021.

45 LYON, 2006, s. 99.

46 The Metaverse is a Human Rights Dilemma, 2021, https://www.zdnet.com/article/the-metaverse-is-a-human-rights-dilemma/ (Erişim Tarihi: 27.03.2022).

47 The Metaverse is a Human Rights Dilemma, 2021, https://www.zdnet.com/article/the-metaverse-is-a-human-rights-dilemma/ (Erişim Tarihi: 27.03.2022).

48 LYON, 2006, s. 36.

49 LYON, 2006, s. 142.

kardığı varoluşsal tehditlerle kaygı uyandırmaktadır.[50] Metaverse'e ilişkin en büyük zorluğun, sanal evrendeki insan haklarının durumuna yönelik olduğu görülmektedir. Öyle ki meta evren insan hakları ve etik temelli ihlallerin gerçekleşmesine elverişli sentetik bir ortam sunmaktadır. Gizlilik ihlali ve veri istilası bu sorun alanlarının yalnızca bir kısmına tekabül etmektedir.[51] Meta veri evreninde başta ikametgâh, iş yeri ve iletişim bilgileri olmak üzere çok sayıda veri metaverse işleten şirketler/kişiler tarafından toplanmaktadır. Çok sayıda verinin toplanmasını olanaklı kılan bu durum devlet ve özel sektör gözetiminin daha fazla müdahalesi anlamına gelmektedir.[52]

Günümüzde elektronik kişilikler ve elektronik avatarlar, kişinin tipolojisini veya davranış formlarını nadiren kopyalamaktadır. Ayrıca avatarın gerçek sahibinin veya kullanıcısının görünümünü çoğaltmamaktadır. Çoğu durumda elektronik bir avatar, kişiselleştirilmemiş bir kişinin veya kurgusal bir karakterin hayali genelleştirilmiş veya idealize edilmiş bir görüntüsü olarak karşımıza çıkmaktadır.[53] Sanal dünyadaki her bir kimlik, özel bir veri tabanının oluşturulmasına dayanmaktadır. Tekil anlamda insanın bu veri tabanı üzerinde hiçbir kontrolü bulunmamaktadır. Bu türden sanal yapıları oluşturan şirketlerin kararları nihai bir nitelik taşımaktadır. Tüm ontik varlık ve kimliğin bir parçası olarak nitelendirilen bir şeyin şirketler tarafından iptal edilebilme olanağının "*köleleştirilmeye*" yol açacağı öngörülmektedir.[54]

Öyle ki gördüklerimizin, yaptıklarımızın geçirimsiz biçimde kontrol edilmesi sonucu düşünce özgürlüğünü kaybeden bireyin 'sanal köle' olabileceği ifade edilmektedir.[55] Bir diğer ifadeyle bu sanal evrenin üretmiş olduğu dijital mekanizmanın 'meta köleliğe' yol açacağı ifade edilebilir. Nitekim teknolojik hegemonyanın boyunduruğunda varlık gösteren birey; sanal düz-

---

[50] KILIÇ Muharrem, "Hukuksal Aklın Transhümanistik Temsilleri ve Onto-robotik Varoluş Formları", **AD**, 2021/1, S. 66, s. 17.

[51] Metaverse Will Bulldoze Human Rights: Last Thing That World Needs Right Now, 2021, https://www.dkoding.in/business/industry/metaverse-will-bulldoze-human-rights-last-thing-that-world-needs-right-now/ (Erişim Tarihi: 26.03.2022).

[52] Metaverse Will Bulldoze Human Rights: Last Thing That World Needs Right Now, 2021, https://www.dkoding.in/business/industry/metaverse-will-bulldoze-human-rights-last-thing-that-world-needs-right-now/ (Erişim Tarihi: 26.03.2022).

[53] KOSTENKO, s. 4.

[54] The Metaverse is a Human Rights Dilemma, 2021, https://www.zdnet.com/article/the-metaverse-is-a-human-rights-dilemma/ (Erişim Tarihi: 27.03.2022).

[55] The Metaverse: Blurring the Lines Between Our Physical and Virtual Worlds, https://blog.richardvanhooijdonk.com/en/the-metaverse-blurring-the-lines-between-our-physical-and-virtual-worlds/ (Erişim Tarihi: 29.03.2022).

lemde "fraktal ve sanal monatlara" evrilmektedir. Bu sanal düzlemde "*Web 1.0 sürecinde bilgilenen insan, Web 2.0 dünyasında düşünen, konuşan, duyumsayan, kendine yapay kimlik ve mekân kazandıran bir varlık*" haline gelmektedir.[56] Baudrillard'ın isabetle ifade ettiği üzere ağlar, ekranlar ve yeni teknolojiler boyunca kendi özgürleşmesinin en son evresine ulaşmış olan modern birey, '*fraktal bir özneye*' dönüşmektedir. "*Kendisini aşan bir düzende artık yer almayan ve kendi iradesine avlanan, kendi istediğini olma ve kendi olduğunu isteme uyarısıyla karşı karşıya kalan modern birey, sonunda kendine göz koymakta ve kendi olanaklarını tüketmeye kaptırmaktadır*." Bu durumu Baudrillard, *gönüllü köleliğin* yeni biçimi olarak nitelendirmektedir.[57]

İnsanların sosyal medyada gerçekten var olmadığı, meta veri evreninde de olmayacağı ifade edilmektedir. Zira her bir tekil bireyin kimliği bir veri tabanının hayali olarak kabul edilmektedir. Böylelikle bu sanal evren kişilerde bir kimlik yanılsamasına yol açmaktadır. Bu kapsamda kontrol ve özerklik olmadan, bireylerin anlamlı bir kimlikleri olmayacağı ifade edilmektedir. Bu sanal evrende insanlar veri tabanı sahibinin piyonları olarak görülmektedir.[58] Eski Google CEO'su Eric Schmidt, metaverse planlarıyla ilgili endişelerini dile getirerek, metaverse'ün "*insan toplumu için en iyi şey olmadığını*" ifade etmektedir. Öyle ki yapay zekayı sağlıksız ve para-sosyal ilişkiler yaratabilen "*dev bir sahte tanrı*" olarak nitelendirmektedir.[59]

Tam da bu noktada 'avatar narsisizmi' olgusuna işaret edilmesi gerekmektedir. Avatar narsisizmi; sanal dünyada bireylerin gerçek yaşlarını, kilolarını ve çevrimiçi görünümlerini tam olarak yansıtmaması sonucu ortaya çıkan bir 'avatarlar normu' olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki kimi zaman bu evrende bireylerin kendilerini renk, kostüm, hayvan özellikleri ve çizgi film karakteri olarak yansıttığı görülmektedir. Böyle bir durumda bireylerin sanal ortamda kendilerini temsil biçimi fizik evrende göründüklerinden farklılık arz etmektedir. Bu farklı imgeleme insanların her zaman genç, güzel ve zayıf olduğu ya da sıradanlıklarını maskelemek için değişik

---

[56] Platon'un mağarasına geri dönüyoruz: METAVERSE, 2022, https://www.lacivertdergi.com/dosya/2022/01/26/platonun-magarasina-geri-donuyoruz-metaverse (Erişim Tarihi: 22.03.2022).

[57] BAUDRILLARD Jean, **İmkansız Takas**, (çev. Ayşegül Sönmezay), 3. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2018, s. 52-53.

[58] The Metaverse is a Human Rights Dilemma, 2021, https://www.zdnet.com/article/the-metaverse-is-a-human-rights-dilemma/ (Erişim Tarihi: 27.03.2022).

[59] FENN Louise "Metaverse or Metacurse?", 2021, https://ecs.co.uk/resources/metaverse-or-metacurse/#_ftnref8 (Erişim Tarihi: 28.03.2022).

kimliklere büründükleri paralel bir evrenin varlığına yönelik sorgulamaları beraberinde getirmektedir.[60]

Nitekim bir avatar, metaverse'de kendine ait yeni bir kimlik yaratmaktadır. Bu durum yeni bir tartışmayı gündeme getirirken insan yaşamı hakkında yeni bir düşüncenin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bu yeni düşünce meta evrendeki insanlığın dijital klonunun sonsuza kadar yaşaması olarak ortaya çıkmaktadır. Böylece gerçekte fiziksel beden yok edilse bile, dijital dünyadaki kişilik meta evrende yaşamaya devam etmektedir. Bu durum metaverse avatarlarının dijital benliğinin teknik, tasarım ve etik sorunlarını beraberinde getirmektedir. Bu kapsamda uzun ömürlü avataların insan hak ve yükümlülükleri ve miras hakkına yönelik sorgulamalar bulunmaktadır.[61]

Meta evren, 'toplumsalın bir mikro kozmosu' olarak ifade edilmektedir. Meta veri tabanı, platformu ve onun üyelerini yönetmek için düzenlemeler ve politikalar gerektirmektedir. Bu sanal evren, kullanıcıların diğer sanal varlıklar ve avatarlarla etkileşime girebilmesini olanaklı hale getirmektedir. İlişki ve sosyal etkileşimler, kullanıcıların meta veri deposundaki alışkanlıklarını, etkinliklerini ve seçimlerini anlama noktasında önem arz etmektedir. Ayrıca, diğer avatarlarla her türlü sosyal etkileşimin (örneğin, konuşmalar, tepkiler) içerdiği meta veriler, kullanıcılara gizlilik riskleri sunmaktadır.[62] Bu kapsamda metaverse ile ilgili en büyük endişelerden bir diğeri gizlilik riskine yöneliktir. Nitekim bu tür cihazlar başta kişisel bilgiler (*fiziksel, kültürel, ekonomik durum*), kullanıcıların davranışları (*alışkanlıklar, seçimler*) ve iletişimler (*meta veriler*) olmak üzere çok sayıda veri toplamaktadır.[63]

AR gözlükleri hem özel hem de kamusal alanlarda mahremiyet beklentilerini büyük ölçüde baltalama riski taşımaktadır. Gözlük takan bir kişinin çevresini gizli biçimde kolayca kaydedebilme potansiyeli bulunmaktadır. Ayrıca bu durumun yüz tanıma gibi gözetim teknolojileri de dahil edildiğinde daha tehlikeli boyutlara ulaşabileceği öngörülmektedir.[64] Bir kişinin

---

[60] 20 reasons why the Metaverse may not work out as we think it will, 2021, http://donaldclarkplanb.blogspot.com/2021/12/20-reasons-why-metaverse-may-not-work.html (Erişim Tarihi: 23.03.2022).

[61] LIK-HANG and et al., s. 46.

[62] BERMEJO Carlos/ HUI Pan, Life, the Metaverse and Everything: An Overview of Privacy, Ethics, and Governance in Metaverse, https://arxiv.org/pdf/2204.01480.pdf (Erişim Tarihi: 23.03.2022).

[63] LIK-HANG and et al., s. 38.

[64] Virtual Worlds, Real People: Human Rights in the Metaverse, 2021, https://www.eff.org/deeplinks/2021/12/virtual-worlds-real-people-human-rights-metaverse (Erişim Tarihi: 28.03.2022).

elektronik kopyasının çalınması veya fiilen elektronik olarak kaçırılması ve avatarın kişi sahibinin rızası ve bilgisi olmadan kullanılması gibi durumların yaşanma riski de bulunmaktadır. 'Elektronik insan kaçakçılığının' sahibinin mali ve maddi kaynaklarına erişim sağlamayı veya yalnızca siber ortamda değil, aynı zamanda fiziksel nesnelere, insanlara ve topluma karşı terör eylemleri gerçekleştirmek için kullanılabileceği öngörülmektedir.[65]

Meta veri evreninde mülk ve arazi edinme imkânı da bulunmaktadır. Bundan ötürü sanal evrende olmanın getirdiği anonimlik sayesinde hırsızlık gibi mala karşı suçlar açısından daha elverişli koşullar ortaya çıkabilmektedir. Özellikle dijital bir mülkün sahipliğini göstermeyi mümkün kılan blok zinciri tabanlı NFT'lerin (*Non-Fungible Token*) saldırı hedefi haline gelebilme potansiyeli bulunmaktadır.[66] Bu kapsamda metaverse'ün mevcut hukuk düzenine yansımalarından bir diğerinin miras hukukuna ilişkin olacağı öngörülmektedir. Öyle ki kullanıcının ölümü halinde avatarı ve metaverse'deki varlıklarının durumu yeni hukuki düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılmaktadır. Türk Hukuku'nda dijital tereke konusunda verilen bir mahkeme kararı uyarınca dijital varlıkların da miras olarak bırakılabilmesi olanaklı hale gelmiştir. Nitekim dijital miras/tereke meselesine yönelik ilk karar Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi tarafından 13.11.2020 tarihli kararla verilmiştir.[67]

Meta dünyadaki mülkiyet ve fikri mülkiyet sorunları da önem arz etmektedir. Bugün, meta evrenin teknik bileşeninin tüzel kişiliklere/geliştiricilere ait olduğu görülmektedir. Aynı zamanda, oyun ortamında yaratılmaları ve kullanımları için gerçek finansal kaynaklar harcayan kullanıcılar tarafından avatarların veya oyun nesnelerinin sahipliğini tanıyan emsal mahkeme kararları bulunmaktadır. Örneğin; Hollanda Yüksek Mahkemesi, elektronik oyun özelliklerinin zorunlu transferi durumunda nesnenin sanal varoluş biçiminin önemli olmadığı sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme, sanal nesnelerin veri olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme bu sanal nesnelerin temel özelliğinin nesneler üzerinde bireysel kontrol imkânı olduğunu ifade etmiştir. Bundan ötürü sözü edilen kontrolün oyuncudan iradesi dışında alınmasının bir tür hırsızlık suçu oluşturacağı

---

65 KOSTENKO, s. 4.

66 The Position of Metaverses in the Field of Law, 2021, https://www.digicrimjus.com/2021/12/31/the-position-of-metaverses-in-the-field-of-law/ (Erişim Tarihi: 27.03.2022).

67 Tavşan Deliğinden Aşağıya Bakmak: Metaverse Dünyası & Onu Bekleyen Hukuki Sorunlar, 2021, https://www.cetinkaya.com/insights/tavsan-deliginden-asagiya-bakmak,-metaverse-dunyasi---onu-bekleyen-hukuki-sorunlar (Erişim Tarihi: 24.03.2022).

düşüncesine varılmıştır. Söz konusu dava, bölgesel ölçekte Avrupa yargı düzeninde dikkat çeken ilk dava olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki bu dava hem sanal dünya geliştiricilerinin hem de kullanıcıların haklarını güvence altına alma meselesinin çözmenin bir yolu olarak meta evren içindeki farklı 'sahiplik' düzeyleri arasında ayrım yapmaktır.[68]

Araştırmacılar, metaverse'ün bir parçası olan sanal gerçeklik oyunlarında taciz, saldırı, zorbalık ve nefret söyleminin hâlihazırda yaygınlık gösterdiğini ve yanlış davranışı kolayca bildirecek çok az mekanizma olduğunu ifade etmektedir. Kar amacı gütmeyen Dijital Nefretle Mücadele Merkezi'ne (*The Center for Countering Digital Hate*) göre, popüler bir sanal gerçeklik oyunu olan VRChat'ta, her yedi dakikada insan haklarını ihlal eden bir olay meydana gelmektedir.[69] Meta veri tabanındaki taciz ve şiddet gibi kötü davranışın, günümüzün çevrimiçi taciz ve zorbalıklarından daha şiddetli olabilme potansiyeline sahip olduğu ifade edilmektedir. Zira sanal gerçeklik, insanları dijital dünyadaki istenmeyen dokunuşların gerçek gibi hissettirilebildiği ve duyusal deneyimin arttığı her şeyi kapsayan bir dijital ortama sürüklemektedir. Sanal gerçeklikteki hatalı davranışın izlenmesi noktasında güçlükler bulunmaktadır. Zira olaylar gerçek zamanlı olarak meydana gelmekte ve genellikle kaydedilmemektedir.[70]

Öyle ki 26 Kasım 2021 tarihinde bir beta testçisi, Horizon Worlds'de bir yabancı tarafından el yordamıyla taciz edildiğini Meta'ya (Facebook) bildirmiştir. Meta'nın olaya ilişkin yaptığı inceleme sonucunda beta test cihazının Horizon Worlds'de yerleşik bir dizi güvenlik özelliğinin parçası olan 'güvenli bölge' (*safe zone*) adlı bir araç kullanması gerektiğini ifade etmiştir. 'Güvenli bölge', kullanıcıların kendilerini tehdit altında hissettiklerinde etkinleştirebilecekleri koruyucu bir balon olarak ifade edilmektedir.[71] Bu bölge; hiç kimsenin dokunamayacağı, konuşamayacağı veya herhangi biçimde etkileşime giremeyeceği kişilere özgü bir alan yaratmaktadır.[72] Fizik evrene

---

68 KOSTENKO, s. 5.

69 https://www.nytimes.com/2021/12/30/technology/metaverse-harassment-assaults.html (Erişim Tarihi: 20.03.2022).

70 https://www.nytimes.com/2021/12/30/technology/metaverse-harassment-assaults.html (Erişim Tarihi: 20.03.2022).

71 Virtual Worlds, Real People: Human Rights in the Metaverse, 2021, https://www.eff.org/deeplinks/2021/12/virtual-worlds-real-people-human-rights-metaverse (Erişim Tarihi: 28.03.2022).

72 The Metaverse has a Groping Problem Already, 2021, https://www.technologyreview.com/2021/12/16/1042516/the-metaverse-has-a-groping-problem/ (Erişim Tarihi: 23.03.2022).

kıyasla öngörülemeyen eylemlere ve sonuçlara daha elverişli olan sanal dünyalar yasalarda tipolojisi belirlenmiş birçok suçun yanı sıra yeni suç türlerinin de ortaya çıkmasını olanaklı hale getirmektedir.[73] Metaverse'de sahte haberler, deepfake ve devlet destekli propagandalar da dahil olmak üzere sahte ve kötü niyetli içeriğin yayılması, hukukun üstünlüğünü ve sosyal uyumu korumak adına hassasiyetle dikkate alınması gereken bir durum yaratmaktadır.[74]

Meta veri deposunda, çok sayıda sanal dünya ve her sanal dünyanın kullanıcı davranışlarını ve etkinliklerini yönetmek için ayrı kurallar oluşturulacaktır. Bundan ötürü bu tür sanal dünyaları yönetme ve sürdürme çabaları önem arz etmektedir. Meta veri evrenini sanal bir toplum olarak kabul eden metaverse tasarımcılarının, temel değer ya da ide olarak 'algoritmik adaleti' temin etmeye yönelik çalışmalar yapması gerekmektedir.[75] Nitekim meta veri evreninde toplum için yeni fırsatlar ve zorluklar ortaya çıktıkça esnekliği koruyan yasal mevzuata ve düzenlemelere odaklanmak önem arz etmektedir. Tam da bu noktada sosyal ilişkilerin gelişiminin ana yönlerini göz önünde bulundurarak, metaverse'ün insanlığın kozmopolit gelişiminin teknolojisi olduğu ifade edilmektedir.[76]

İnsan topluluğunun bulunduğu her yerde bir yasa (*ubi societas ıbi jus*) olmak durumundadır. Meta evrenler sanal dünyalar olsa da bu alanda da insanların hukuk evreninde sonuç doğuracak olan eylemleri ve işlemleri ile birtakım hakları bulunmaktadır. Bu durum mevcut hukuk kurallarının[77] yeni dünyaya uyarlanmasına ilişkin sorgulamaları da beraberinde getirmektedir.[78] Metaverse'de hukukun gelişimi, fiziksel toplumun yasalarının elektronik sosyal ilişkilere yansımasının ilk aşaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Metaverse'ün kozmopolit niteliğinden ötürü farklı ülkelerin yasaları bu evrende geçerlilik arz etmeyecektir. Bunun yerine, metaverse'ün 'global elektronik mevzuatının' geliştirilmesi, ulusal mevzuatın modernizasyonuna ve iyileşti-

---

[73] The Position of Metaverses in the Field of Law, 2021, https://www.digicrimjus.com/2021/12/31/the-position-of-metaverses-in-the-field-of-law/ (Erişim Tarihi: 27.03.2022).

[74] Cyprus: Law in the Metaverse, 2021, https://www.mondaq.com/cyprus/fin-tech/1129978/law-in-the-metaverse (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

[75] LIK-HANG and et al., s. 38.

[76] KOSTENKO, s. 11.

[77] Ayrıca bkz., KENNEDY Rónán, "Law in Virtual Worlds", **IJL**, C. 12, S. 10, 2009.

[78] The Position of Metaverses in the Field of Law, 2021, https://www.digicrimjus.com/2021/12/31/the-position-of-metaverses-in-the-field-of-law/ (Erişim Tarihi: 27.03.2022).

rilmesine ivme kazandıracaktır.[79] Nitekim mevcut arkaik düzenlemeler veya 'analog çağ mevzuatı' elektronik ortamda yasal konuları ele almak için revize edilmektedir. Meta veri evrenindeki davranış kuralları ve normlarının hala fizik evrenin izdüşümü olmasından ötürü, doğası gereği kurumsal nitelikte olduğu görülmektedir. Bu kapsamda meta dünyada elektronik devletin açık niteliklerini ve kozmopolit elektronik sosyal ilişkileri düzenleyecek kamu ahlakı normlarının geliştirilmesi gerekmektedir.[80]

Bugün meta evrendeki sosyal ilişkiler, fiziksel dünyanın geleneksel sosyal ilişkileriyle eş zamanlı olarak var olmaktadır. Aynı zamanda bu evren, fizik evrenin içkin yasalarıyla düzenleme altına alınmaktadır. Ancak bu sanal evrende hukuk doktrinlerinin tek bir global e-yargı yetkisi çerçevesinde yeniden yapılandırılmasının gereği aşikardır. Böylelikle elektronik özneler ve elektronik nesneler yeni biçimler ve yasal statüler kazanacaktır.[81] Bundan ötürü meta evrendeki elektronik varlıkların ve nesnelerin haklarının korunmasına yönelik sorunun analiz edilmesi icap etmektedir. Bu kapsamda yasal düzenlemenin, gerçek yurttaşlık ve herhangi bir ülkede kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın tüm kullanıcılar tarafından kabul edilebilir ayrı bir küresel elektronik yargı alanında uygulanacağı veya iki aşamalı bir yargı yetkisi olacağı öngörülmektedir. Bu öngörü çerçevesinde ilk olarak meta evrenin sosyal ilişkilerinde bulunan genel yasal uyuşmazlığı çözüme kavuşturacağı ve daha sonra yasal düzenleme belirli bir ülkenin yargı yetkisinde sona ereceği ifade edilmektedir.[82]

Metaverse'de ulusal sınırlar olmayacağından ötürü bu sanal evrene özgü "meta yargı yetkisinin" (*meta jurisdiction*) gerekliliği vurgulanmaktadır.[83] Nitekim yine meta veri evreninde ulusal sınırların bulunmaması, hangi ülkenin hukuk kurallarının geçerli olacağı, gizlilik, tüketici ürün güvenliği, çalışma standartları ve sözleşme ile ilgili hangi yasaların uygulanacağı noktasında soru işaretlerini beraberinde getirmektedir.[84] Bu noktada meta evrende uygulama alanı bulabilecek yargılama yetkisinin, bir devletin suçun işlendiği

---

[79] KOSTENKO, s. 11.

[80] KOSTENKO, s. 9.

[81] KOSTENKO, s. 12.

[82] KOSTENKO, s. 10.

[83] The Position of Metaverses in the Field of Law, 2021, https://www.digicrimjus.com/2021/12/31/the-position-of-metaverses-in-the-field-of-law/ (Erişim Tarihi: 27.03.2022).

[84] Why We Need 'Meta Jurisdiction' For the Metaverse, 2021, https://thehill.com/opinion/technology/583529-why-we-need-meta-jurisdiction-for-the-metaverse/ (Erişim Tarihi: 26.03.2022).

yere bakılmaksızın failin veya mağdurun yurttaşlığından bağımsız, belirli ciddi suçlarla ilgili olarak cezai işlem yürütülmesini veya zorunlu olarak bu yükümlülüğü yerine getirmesine olanak tanıyan 'evrensel yargı yetkisi' olabileceği ifade edilmektedir. Bu yetki çerçevesinde bir devlet, dünyanın herhangi bir yerindeki herhangi bir kişi tarafından üstlenilen davranışa uygulanan ceza yasalarını bu davranışın devletler tarafından uluslararası düzene zarar verdiği kabul edildiğinde uygulayabilecektir.[85]

Bu kapsamda literatürde metaverse'e özgü bir hukuk sistemi oluşturulması önerilmektedir. Metaverse'de karşımıza çıkabilecek durumlar hayatın olağan akışında görülenden dramatik biçimde farklılık arz edeceğinden ötürü bu sanal evrenlerin kendine özgü bir hukuk sistemi olması gerektiği öngörülmektedir. Bu kapsamda meta evrende varlık gösteren avatarların insan haklarına benzer haklara sahip olabilmesi gerekecektir. Ancak bu durum birtakım soruları da beraberinde getirecektir. Örneğin; işlenen bir suç karşısında kişinin avatarının metaverse'den atılmasının/silinmesinin idam cezası ile eşdeğer tutulmasına yönelik sorgulamalar bulunmaktadır. Ayrıca böyle bir yaptırım karşısında insanın yaşam hakkına benzer biçimde "*her insanın metaverse'e giriş hakkının bulunması*" gibi bir temel hak alanı belirlemenin olanağı sorgulanmaktadır.[86] Tam da bu noktada özellikle ilerleyen yıllarda metaverse'ün yaşamımızın vazgeçilmez bir parçası olabileceği, günlük aktivitelerimizin çok büyük bir bölümünü bu sanal evrenlerde geçirme olasılığımızın ne kadar yüksek olabileceği göz önüne alındığında, metaverse'e erişimin engellenmesinin toplumsal yaşamdan aforoz edilmekle eşdeğer bir ağırlığa sahip olabileceği öngörülmektedir.[87]

Metaverse'ün yalnızca insan etkileşimini tehdit etmekle kalma değil aynı zamanda insanların giderek gerçek dünya yerine sanal dünyayı daha fazla tercih etmesine yol açabilme olasılığı bulunmaktadır. Metaverse'ün herkesin kendini mutlu ve takdir edilmiş hissedebileceği ve gerçek yaşamın can sıkıcı ya da başa çıkılamayacak kadar karmaşık ya da zorlu hale geldiği durumlar-

---

[85] Why We Need 'Meta Jurisdiction' For the Metaverse, 2021, https://thehill.com/opinion/technology/583529-why-we-need-meta-jurisdiction-for-the-metaverse/ (Erişim Tarihi: 26.03.2022).

[86] Tavşan Deliğinden Aşağıya Bakmak: Metaverse Dünyası & Onu Bekleyen Hukuki Sorunlar, https://www.cetinkaya.com/insights/tavsan-deliginden-asagiya-bakmak,-metaverse-dunyasi---onu-bekleyen-hukuki-sorunlar (Erişim Tarihi: 24.03.2022).

[87] Tavşan Deliğinden Aşağıya Bakmak: Metaverse Dünyası & Onu Bekleyen Hukuki Sorunlar, https://www.cetinkaya.com/insights/tavsan-deliginden-asagiya-bakmak,-metaverse-dunyasi---onu-bekleyen-hukuki-sorunlar (Erişim Tarihi: 24.03.2022).

da giderek daha fazla sığınabileceği güvenli bir liman haline gelebileceği öngörülmektedir.[88] Platon'un Mağara Alegorisine[89] benzer biçimde bu teknolojik evrenin içerisine doğacak gelecek nesillerin yaratılan bu sanal evreni, gerçekliğin gölgesini gerçeğin kendisi olarak algılamaya başlayabilme ve bu evren dışında varlıklarını sürdürmenin katlanılamaz bir hale gelebilme potansiyeli bulunmaktadır.[90] Platon'un Mağarası'na hapsolmak ve gerçekle yanılsama arasındaki farkı anlayamamak epistemolojideki en önemli düşünce deneylerinden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Mağara alegorisi, gerçekliğimizin öznelliğini ve onun dünya algımız ve deneyimlerimizle nasıl şekillendiğini vurgulamaktadır.[91]

VI. METAVERSE: TEKİLLİK İDEALİ AÇISINDAN BİR ÇÖZÜMLEME

Yaklaşık 70.000 yıl önceki dil devriminden bu yana insanlar, farklı bireyler arasında kapsamlı ve esnek iş birliğini sağlamak adına bizatihi insan yaratımlar olan uluslar, ülkeler, sınırlar ve gelenekler gibi 'öznelerarası bir gerçeklik' içerisinde yaşamaktadır.[92] Bu gerçeklik evreni akıllı bilgisayarlar ve bilgi iletişim teknolojilerinin ilerlemesiyle sanal gerçeklik evrenine doğru evrilmektedir. İnsandan post insan aşamasına geçişle ilgili bu evrenin felsefi yönü 'transhümanizm' olarak adlandırılmaktadır.[93] Amerikalı sosyolog William Sims Bainbridge gerçek transhümanizm idealinin her birimizin bedenini değiştirmesine, iyileştirmesine ve morfolojik olarak en üst seviyede olmasını sağlamaya hizmet edeceğini ifade etmektedir. Ayrıca sanal bedenler de dahil olmak üzere farklı bedenlerde yaşayabilme özgürlüğü sunacağını dile getirmektedir. Avatarları güçlendirmenin yalnızca bir kişinin eylemde bulunmadaki etkinliğini artırma meselesi olmadığını, aynı zamanda deneyim

---

88 The Metaverse: Blurring the Lines Between Our Physical and Virtual Worlds, https://blog.richardvanhooijdonk.com/en/the-metaverse-blurring-the-lines-between-our-physical-and-virtual-worlds/ (Erişim Tarihi: 29.03.2022).

89 PLATON, **Devlet**, (çev. Sabahattin Eyüboğlu, M. Ali Cimcoz), 10. Basım, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2019.

90 Tavşan Deliğinden Aşağıya Bakmak: Metaverse Dünyası & Onu Bekleyen Hukuki Sorunlar, https://www.cetinkaya.com/insights/tavsan-deliginden-asagiya-bakmak,-metaverse-dunyasi---onu-bekleyen-hukuki-sorunlar (Erişim Tarihi: 24.03.2022).

91 Plato's Cave 2.0: Virtual Reality to Decipher Animal Behavior, 2020, https://www.ab.mpg.de/211731/plato-s-cave-2 (Erişim Tarihi: 28.03.2022)

92 COSTANTINOS Berhutesfa "Artificial Intelligence, the Singularity, Metaverse and Critical Thinking in Unleashing African Transformation", **PLRL**, C. 22, S. 738, 2022, s. 401.

93 STEINICKE Frank, **Being Really Virtual: Immersive Natives and the Future of Virtual Reality**, 1st ed., Springer, 2016, s. 156.

fırsatlarını genişleten ve geleneksel ahlaki kısıtlamalar sisteminin dışında değiştirilmiş bir bilinç biçimi anlamına da gelebileceğine işaret etmektedir.[94]

Bu kapsamda transhümanizmin[95] amacının, insanları teknoloji aracılığıyla 'süper robotlara' dönüştürmek olduğu ifade edilmektedir. Tam da bu noktada fütürist Ray Kurzweil, 2045 yılında ruhlarımızın fiziksel ve dijital dünyalar arasında bir eşik durumunda var olacağını öngörmektedir. Metaverse'ün de Kurzweil'in öngörüsünü destekleyici vizyon üretmek amacıyla geliştirildiği öne sürülmektedir. Kurzweil *Singularity is Near* adlı yapıtında "*insan ve makine veya fiziksel ve sanal gerçeklik arasında Tekillik sonrası hiçbir ayrım olmayacağını*" öne sürmektedir. Ona göre "*deneyimlerimiz giderek sanal ortamlarda gerçekleşecektir.*" Yine Kurzweil'e göre, "*sanal gerçeklikte hem fiziksel hem de duygusal olarak farklı bir insan olabiliriz.*"[96]

Transhümanistler, teknolojik tekillik (*technological singularity*) yönünde evrilmeye yol açacak teknolojileri kullanmanın potansiyel risklerini, yararlarını, sorumluluklarını ve etiğini incelemektedir. Astrofizikte tekillik, uzay-zamanda, örneğin bir kara deliğin içinde, sıradan fizik kurallarının geçerli olmadığı bir noktayı ifade etmektedir.[97] Makine süper zekasının yönlendirdiği teknolojik ilerlemeyi hızlandırma fikri birkaç on yıl öncesine dayanmaktadır. Şimdilerde sıklıkla 'tekillik' olarak anılan bu fikir insanlık tarihinde, alışılagelen sosyal ilişkilerin devam edemediği, önemli bir tekilliğe yaklaşma görünümünü veren insani yaşam tarzı olarak ifade edilmektedir.[98]

Bir diğer ifadeyle tekillik, zekanın giderek biyolojik olmaktan çıkacağı ve bugünkünden trilyonlarca kat daha güçlü hale geleceği bir çağa tekabül etmektedir. Aynı zamanda tekillik, insanların biyolojik sınırlamaları aşmasını sağlayacak, yaratıcılıklarını güçlendirecek yeni bir uygarlığın doğuşunun

---

94 BAINBRIDGE William Sims, "Transavatars", **The Transhumanist Reader: Classical and Contemporary Essays on the Science, Technology, and Philosophy of the Human Future**, (eds. Max More and Natasha Vita-More), First Edition, 2013, s. 92.

95 Ayrıca bkz., FM-2030, **Are You a Transhuman?: Monitoring and Stimulating Your Personal Rate of Growth in a Rapidly Changing World**, Warner Books, USA, 1989.

96 KURZWEIL Ray, **The Singularity is Near: When Humans Trascend Biology**, Viking Penguin, New York 2005.

97 STEINICKE, s.156.

98 MORE Max, "The Philosophy of Transhumanism", **The Transhumanist Reader: Classical and Contemporary Essays on the Science, Technology, and Philosophy of the Human Future**, (eds. Max More and Natasha Vita-More), First Edition, 2013, s. 12.

habercisi olarak görülmektedir.[99] Teknolojik tekillik, insan beyninin tek bilinç kaynağı olduğu ve onun soyunun teknoloji olduğu varsayımına dayanan bir olasılık olarak tasarlanmaktadır.[100] Ayrıca gelecekte yapay zekanın insan zekasından ayırt edilemez hale geldiği ve kendisinin daha akıllı yinelemelerini yaratabildiği varsayımsal bir an olarak da görülmektedir.[101]

Ancak "*dünya teknolojik tekilliğe doğru evrilirken gelişmiş insanlar (enhanced human), transhumanlar, robotlar ve siborglar (cyborg) da dahil olmak üzere bir dizi post-human enkarnasyonuyla desteklenen, gezegendeki tek gelişmiş duyarlı yaşam formu olarak nitelendirilen insanlığın tekelinin sona erme riski bulunmaktadır.*"[102] Öyle ki İsrailli tarihçi yazar Yuval Harari, "*21. yüzyıl'a algoritmaların hakim olacağı*" öngörüsünde bulunmaktadır. Bu öngörü, algoritmayı dünyamızdaki tartışmasız en önemli kavram haline getirmektedir.[103] İnsanlık durumuna dair genel kabul "*bir bedenin bir kişi*" olarak görülmesidir. Ancak teknolojik dönüşüme koşut biçimde bu durumun değişime uğradığı görülmektedir. Öyle ki artık bir bireyin birçok farklı avatara sahip olabileceği bir sanal evrene tanıklık edilmektedir. Bu durum da 'multipleks' veya 'değişken kişilik' olma yolunda bir adım olarak kabul edilmektedir.[104]

Tekillik idealinin simüle edilmiş dünyaların gerçeklikten ayırt edilemez hale geldiğinde '*simülasyon tekilliğine*' yol açacağı öngörülmektedir.[105] Böylelikle metaverse'ün insanların herhangi bir cinsiyet, ırk ve türde varlık göstermesini olanaklı hale getirme potansiyeline ulaşacağı ifade edilmektedir. Giyilebilir teknoloji alanında çalışmalar yürüten Laura Beloff, insan failliğini gerçek zamanlı ve sanal uzay ile bağlantılıyken sürekli bir varoluş oluşturan sanal "Hybronaut" olarak kabul etmektedir. Ona göre; "*birey, beden ile teknolojik aygıtlar arasında ve ayrıca diğer bedenlerle ve çevreyle*

---

[99] COSTANTINOS, s. 402.

[100] KILIÇ, s. 27.

[101] Nearing the Simulation Singularity: What Would Immersive Computing Mean to the Human Mentality?, https://www.ecstadelic.net/top-stories/nearing-the-simulation-singularity-what-would-immersive-computing-mean-to-the-human-mentality (Erişim Tarihi: 30.03.2022).

[102] KILIÇ, s. 24.

[103] COSTANTINOS, s. 401.

[104] **The Transhumanist Reader: Classical and Contemporary Essays on the Science, Technology, and Philosophy of the Human Future**, s. 65.

[105] Nearing the Simulation Singularity: What Would Immersive Computing Mean to the Human Mentality?, https://www.ecstadelic.net/top-stories/nearing-the-simulation-singularity-what-would-immersive-computing-mean-to-the-human-mentality (Erişim Tarihi: 30.03.2022).

kesişen bir bağlantılar ağı olarak görülebilir." Beloff, kullanıcı ve giyilebilir teknolojiler arasındaki ilişkinin toplumu benzersiz biçimde etkilediğini ve insanı insanları açıkça tanımlanmış bedenlerle çerçevelenmiş olarak düşünmekten vazgeçen bir sistem olarak öngördüğünü ileri sürmektedir. Hybronaut, varoluşu derinden bir melez ortama ve bu ortamda oluşan çeşitli ilişkilere dayanan bir figür olarak kavramsallaştırılmaktadır. Bu durumda teknoloji artık yalnızca görevleri yerine getirmek veya mesajları iletmek için bir iletişim kanalı olarak görülmemekte, aynı zamanda çevrenin bir boyutu ve ağa bağlı olan bir insanın ayrılmaz bir öğesi haline gelmektedir.[106]

Transhümanist anlayışın egemen olduğu toplumsal yapıda hukukun sistemsel dönüşümüne ilişkin farklı gelecek öngörülerinin söz konusu olduğu görülmektedir. Richard Susskind zaman içerisinde tüm hukuksal yapıların iş uygulamalarına, beynimize ya da uzaktan erişilebilecek çiplere veya ağlara gömülü olacağını öngörmektedir. Bu anlayış çerçevesinde geliştirilen insan tasavvuru üzerinden 'insan haklarının' nasıl uygulanabileceği ve hukukun temel ilkelerinin trans-human çağına nasıl adapte edileceği önem arz etmektedir.[107]

Nitekim teknolojik tekilliğin simülasyon tekilliğine evrilmesi sonucunda hukuk sisteminde de değişim ve dönüşüm yaşanacaktır. Bu kapsamda literatürde 'hukuki tekillik' (*legal singularity*) ideali, 'hukuki belirsizliğin' ortadan kaldırılmasını ve evrensel düzeyde gerçek zamanlı erişilebilen kesintisiz bir yasal düzenin ortaya çıkmasını tasarlayan bir ideal olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuki tekillik evresinde yasanın, gerçekler ve normlar arasında sürekli bir denge durumunda var olacağı öngörülmektedir. Ancak hukuki tekillik aynı zamanda uyuşmazlıkların çözümüne temel oluşturan hukuki muhakemenin ortadan kaldırılması ve hak, sorumluluk ve yetki dağılımının bir önerisi olarak da nitelendirilmektedir.[108]

Öyle ki 'hukuki tekilliği' esas alan hukuk sisteminin 'hukuki belirsizlik' sorununu bertaraf edeceği öngörülmektedir. Hukuki tekilliğe ulaşan hukuk

---

[106] BELOFF Laura, "The Hybronaut Affair: A Ménage of Art, Technology, and Science", **The Transhumanist Reader: Classical and Contemporary Essays on the Science, Technology, and Philosophy of the Human Future,** (eds. Edited by Max More and Natasha Vita-More), First Edition, 2013, s. 87.

[107] KILIÇ, s. 27.

[108] Lex Ex Machina: From Rule of Law to Legal Singularity, https://www.trusttech.cam.ac.uk/perspectives/foundations-trustworthy-design/lex-ex-machina-rule-law-legal-singularity (Erişim Tarihi: 28.03.2022)

sistemleri, gerçek zamanlı olarak 'herkesin erişebileceği, tamamen belirli kurallara sahip, kesintisiz bir hukuk düzeni' olarak nitelendirilmektedir.[109] 'Hukuki tekillik' idealine eleştirel bir yaklaşım sergileyen akademisyen Pierre Legrand, 'yasayı' uyumlu hale getirme veya birleştirme girişimlerinin bir '*meta-hukuk'* süreciyle sonuçlanabileceğini öne sürmektedir.[110] Legrand'a göre 'hukuki tekillik' idealinin temelinde, 'uyum', 'bütünleştirme', 'tekdüzeleştirme' ve 'tektipleştirme' biçiminde tezahür eden hukuku araçsallaştırma fikri yatmaktadır.[111]

VII. SONUÇ YERİNE

Yapay zeka, algoritmik yaratımlar ve robot teknolojisi üzerinden insanı bilişsel ve fiziksel kısıtlarını aşma fikri çerçevesinde geliştirilen üst-insan yaratma ideali, insanlığın dünyaya hükmetme arzusunu ortaya koymaktadır. Öyle ki "Hukuksal Aklın Transhümanistik Temsilleri ve Onto-robotik Varoluş Formları" makalemizde kavramsallaştırdığımız üzere insanın doğa ve nesneler dünyasına hükmetme arzusuyla harekete geçen ilerlemeci 'teknobilişsel zihin', modern teknolojinin doğmasını olanaklı hale getirmiştir. Böylelikle modern teknolojik gelişim dinamiği, eğitim sektöründen sağlık sektörüne; savunma sanayisinden hizmet sektörüne; ekonomiden hukuk sektörüne[112] varıncaya kadar toplumsal alanın sanallaşmasına yol açmıştır. Modern bilim ve teknik, zaman-mekân sınırlarını aşarak siber uzayda yaşam pratiği sergilemeyi olanaklı hale getirmiştir. Söz konusu sanallaşma pratiği insan yaşamının her alanında dönüştürücü etkiler yaratmaktadır. Veri evreninin hegemonik[113] güçleri tarafından yaratılan bu sanal evren insan benliğine yönelik tehditleri de beraberinde getirmektedir.

Öyle ki veri devrimiyle birlikte ortaya çıkan 'dijital yurttaşlık' yeni bir gelişim fazıyla 'meta yurttaşlığa' evrilmektedir. Kişisel verileri dijitalize etmek suretiyle yurttaşlık hak/ları tanımlanan ve sınırlanan yeni bir 'meta

---

[109] WEBER Robert F., "Will the 'Legal Singularity' Hollow Out Law's Normative Core?", **MTLR**, C. 27, S. 97, 2021, s. 99.

[110] LEGRAND Pierre, "On the Singularity of Law", **HILJ**, C. 47, S. 2, 2006, s. 517.

[111] LEGRAND, s. 517.

[112] Yapay zeka teknolojilerinin hukuk mesleklerine etkisine yönelik çözümleme için ayrıca bkz., KILIÇ Muharrem, "Ethicial-Juridical Inquiry Regarding the Effect of Artificial Intelligence Applications on Legal Profession and Legal Practices", **JMLJ**, C. 14, S. 2, 2021, ss. 202-226.

[113] FENG Qinyu/ CAI Renjie, "Data Hegemony": Reflections for the Application and Development Direction of Metaverse Technology in Urban Design based on Digital", **JWA**, C. 5, S. 6, 2021.

hukuk evreni' yaratılmaktadır. Tekil anlamda her bir kişinin hukuk düzeni içerisinde hak öznesi olabilmesi ve normatif hak ve özgürlük alanından yararlanabilmesi, dijitalleşmiş veriler ağında tanımlanmış/tanınmış ve kayıtlanmış olmasını gerekli kılmaktadır. Kişisel verileri işleyen 'dijital evren yurttaşlığı', kişinin hak öznesi olması bakımından klasik yurttaşlık hukukunun öngörmüş olduğu gereklilikleri aşan birtakım zorunluluklar doğurmaktadır. Öyle ki tüm bireylerin yurttaşlık haklarını etkin ve erişilebilir biçimde kullanabilmesi birtakım dijital becerilerin varlığını zorunlu kılmaktadır.

Bu meta evrende '*dijital personanın*' otonomi kazanmak suretiyle '*meta-personaya*' dönüşümüne tanıklık edilmektedir. Söz konusu sanal evren her bir insan tekine özgü çoklu evrenlerde kişilerin farklı kimliksel örüntülerle varlık göstermesini olanaklı hale getirmektedir. Sosyal evrenin farklı mecralarında (*sosyal medya*) çeşitlenen kimliksel görünümler sergileyen bireylerin bu görünümler arasındaki mesafe/uçurum daha da derinleşmektedir. Öyle ki bu sanal evren, her bir tekil kişi açısından bir 'kimlik yanılsamasına' yol açmaktadır. Somut biçimde ifade edilecek olursa bireylerin bu türden mecralarda üretmiş oldukları kamusal profillerin dili ve içeriği çeşitlenmektedir. Örneğin; konsept açısından görselliğin kamusal paylaşıma açıldığı mecralarda bireylerin daha gösterişsel olumluluklarını sergiledikleri görülmekteyken (*Instagram*), daha çok sözsel paylaşımı olanaklı kılan ve ideolojik, pozisyonel ve eğilimsel karşıtlıklar ve çatışma dilini kullanan bir söylem alanında (*Twitter*) olumsuzlayıcı bir dil ve söylemin üretildiği görülmektedir. Her bir mecranın gösterim dili ve söylem düzeneği çerçevesinde bireylerin üretmiş oldukları kendilerine özgü kamusal profiller çoğunlukla birbirleriyle zıtlıkları ya da uyuşmazlıkları yansıtmaktadır.

Bir sanal gerçeklik evreni olarak metaverse 'kozmopolitan bir evren'dir. Zira bu sanal evren global bir ağ düzeneği içerisinde farklı etnisiteye ve aidiyetlere mensup olan ağ-sosyal bir kozmopolitanizm üretmektedir. Bu kozmopolitan sanal gerçeklik düzleminde tüm aidiyetlerin (*etnik kimlik, dil, din, ırk vd.*) öz ve anlam yitimine uğrayarak anonimleştiği görülmektedir. Bu modern meta gözetim teknolojileri, verilere indirgenmiş özneleri bir kişilik yitimine maruz bırakmak suretiyle bireyleri anonimize etmektedir. Metaverse yeni nesil dijital gözetim teknolojisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Sanal evrene gömülü olan bu gözetim teknolojileri, yeni bir beden siyaseti ve gözetleme motifi üretmektedir. Bu yeni gözetim teknolojileriyle üretilen modern gözetleme yönetiminde kişiliğin, bedenin ve mahremiyetin ihlal edilme riski bulunmaktadır.

'Disneyland toplum ideolojisinin' ürünü olarak nitelendirebileceğimiz meta veri evreni toplumsal alana yönelik bir prototip sunmaktadır. Öyle ki ABD'nin minyatürleştirilmiş toplumsal bir mikro kozmosu olarak ifade edilen disneyland'ın kültürleri ve değerleri idealize etmek suretiyle bir toplum prototipi oluşturduğu varsayılmaktadır. Disneyland'ın bütün simülakr düzenlerinin iç içe geçtiği kusursuz bir model olduğu ifade edilmektedir. Bu prototip, gerçek Amerika'nın minyatürleştirilmiş toplumsal bir mikro kozmosuna benzetilmektedir. Sözü edilen düzende Amerika'nın sahip olduğu tüm değerler minyatürleştirilmekte ve çizgi filmler aracılığıyla çoğaltılarak yüceltilmektedir.[114] Meta evrenin de 'toplumsalın bir mikro kozmosu' olarak görülmesinden ötürü bu sanal evreni yönetmek için anayasal/yasal düzenlemeler ve politikalar gerekmektedir. Nitekim gelecek projeksiyonu açısından bakıldığında meta veri evreninde hakların, etik ilke ve değerlerin dijitalleştirilmek suretiyle toplumsal prototipler üreteceği öngörülebilir bir gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır.

Sonuç olarak, dijital teknolojilerin yetkin biçimde yaygınlık kazanması doğrultusunda toplumsal alanda yaşanan tüm bu gelişmelerin 'teknolojik tekillik' idealini destekler biçimde gelişim dinamiği sergilediği görülmektedir. Tekillik idealinin 'simülasyon tekilliğine' evrilmesi sonucunda fiziksel olanla sanal olan arasındaki ayrım giderek ortadan kalkacaktır. Dijital çağ teknolojisinin en üst düzey yaratımı olarak sanal gerçeklik, geleceğimize dair köklü dönüşümlere yol açabilecek bir potansiyel taşımaktadır. 'İkameci yapay temsiliyet' var eden bu sanal gerçeklik düzlemi, insan otonomisine ve kimliğine yönelik tehditleri de barındırmaktadır. Bundan ötürü sanal toplumun kendine özgü yasalarının, normatif dizgesinin ve meta-anayasasının oluşturulmasına gereksinim bulunmaktadır.

---

[114] BAUDRILLARD, 2014, s. 29.

KAYNAKÇA

20 reasons why the Metaverse may not work out as we think it will, 2021, http://donaldclarkplanb.blogspot.com/2021/12/20-reasons-why-metaverse-may-not-work.html (Erişim Tarihi: 23.03.2022).

ARİSTOTELES, **Kategoriler**, (çev. Y. Gurur Sev), 1. Basım, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019.

BAINBRIDGE William Sims, "Transavatars", **The Transhumanist Reader: Classical and Contemporary Essays on the Science, Technology, and Philosophy of the Human Future**, (eds. Max More and Natasha Vita-More), First Edition, 2013.

BAUDRILLARD Jean, **İmkansız Takas**, (çev. Ayşegül Sönmezay), 3. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2018.

BAUDRILLARD Jean, **Simülakrlar ve Simülasyon**, (çev. Oğuz Adanır), 8. Basım, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2014.

BAUDRILLARD Jean, **Şeytana Satılan Ruh ya da Kötülüğün Egemenliği**, (çev. Oğuz Adanır), 3. Basım, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2015.

BELOFF Laura, "The Hybronaut Affair: A Ménage of Art, Technology, and Science", **The Transhumanist Reader: Classical and Contemporary Essays on the Science, Technology, and Philosophy of the Human Future**, (eds. Edited by Max More and Natasha Vita-More), First Edition, 2013.

BERMEJO Carlos/ HUI Pan, Life, the Metaverse and Everything: An Overview of Privacy, Ethics, and Governance in Metaverse, https://arxiv.org/pdf/2204.01480.pdf (Erişim Tarihi: 23.03.2022).

BOLGER Ryan K., "Finding Wholes in the Metaverse: Posthuman Mystics as Agents of Evolutionary Contextualization", **Religions**, C. 12, S. 9, 2021, ss. 2-15.

CHOHAN Usman W., "Metaverse or Metacurse?", **Discussion Paper Series: Notes on the 21st Century**, 2022.

COSTANTINOS Berhutesfa "Artificial Intelligence, the Singularity, Metaverse and Critical Thinking in Unleashing African Transformation", **PLRL**, C. 22, S. 738, 2022, ss. 399-418.

Cyprus: Law in the Metaverse, 2021, https://www.mondaq.com/cyprus/fintech/1129978/law-in-the-metaverse (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

FENG Qinyu/ CAI Renjie, "Data Hegemony": Reflections for the Application and Development Direction of Metaverse Technology in Urban Design based on Digital", **JWA**, C. 5, S. 6, 2021, ss. 52-62.

FENN Louise "Metaverse or Metacurse?", 2021, https://ecs.co.uk/resources/metaverse-or-metacurse/#_ftnref8 (Erişim Tarihi: 28.03.2022).

FM-2030, **Are You a Transhuman?: Monitoring and Stimulating Your Personal Rate of Growth in a Rapidly Changing World**, Warner Books, USA, 1989.

Foreword to Virtual Humans, 2003, https://www.kurzweilai.net/foreword-to-virtual-humans (Erişim Tarihi: 29.03.2022).

FOUCAULT Michel, "Of Other Spaces: Utopias and Heterotopias", **AMC**, 1984.

FRANKS Mary Anne, "Unwilling Avatars: Idealism and Discrimination in Cyberspace", **CJGL**, C. 20, 2016, ss. 1-22.

https://www.nytimes.com/2021/12/30/technology/metaverse-harassment-assaults.html (Erişim Tarihi: 20.03.2022).

KENNEDY Rónán, "Law in Virtual Worlds", **IJL**, C. 12, S. 10, 2009, ss. 1-73.

KILIÇ Muharrem, "Ethicial-Juridical Inquiry Regarding the Effect of Artificial Intelligence Applications on Legal Profession and Legal Practices", **JMLJ**, C. 14, S. 2, 2021, ss. 202-226.

KILIÇ Muharrem, "Ethico-Juridical Dimension of Artificial Intelligence Application in the Fight Against Covid-19 Pandemics", **The Impact of Artificial Intelligence on Governance, Economics and Finance**, (ed. S. Bozkuş Kahyaoğlu), Springer, 2021, ss. 299-317.

KILIÇ Muharrem, "Hukuksal Aklın Transhümanistik Temsilleri ve Onto-robotik Varoluş Formları", **AD**, 2021/1, S. 66, ss. 15-54.

KOSTENKO Oleksi, "Electronic Jurisdiction, Metaverse, Artificial Intelligence, Digital Personality, Digital Avatar, Neural Networks: Theory, Practice, Perspective", **WS**, C. 1, S. 73, 2022, ss. 1-13.

KUDAN, "The World Beyond the Metaverse: Artificial Perception Enables the Fusion of Human and Machine", **White Paper**, 2022.

KURZWEIL Ray, **The Singularity is Near: When Humans Trascend Biology**, Viking Penguin, New York 2005.

LEGRAND Pierre, "On the Singularity of Law", **HILJ**, C. 47, S. 2, 2006, ss. 510-520.

Lex Ex Machina: From Rule of Law to Legal Singularity, https://www.trusttech.cam.ac.uk/perspectives/foundations-trustworthy-design/lex-ex-machina-rule-law-legal-singularity (Erişim Tarihi: 28.03.2022).

LIK-HANG Lee and et al., "All One Needs to Know about Metaverse: A Complete Survey on Technological Singularity, Virtual Ecosystem, and Research Agenda", **JLCF**, C. 14, S. 8, 2021, ss. 1-65.

LOADER Brian D., "The Governance of Cyberspace: Politics, Technology and Global Restructuring", **The Governance of Cyberspace Politics, Technology and Global Restructuring**, (ed. Brian D. Loader), Routledge, United Kingdom, 1997.

LYON David "Cyberspace Sociality: Controversies Over Computer-Mediated Relationships", **The Governance of Cyberspace Politics, Technology and Global Restructuring**, (ed. Brian D. Loader), Routledge, United Kingdom, 1997.

LYON David, **Günlük Hayatı Kontrol Etmek: Gözetlenen Toplum**, (çev. Gözde Soykan), 1. Basım, Kalkedon Yayıncılık, İstanbul, 2006.

LYON David, **The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society**, University of Minnesota Press Minneapolis, USA, 1994.

MERWE David van der, "The Metaverse as Virtual Heterotopia", **Third World Conference on Research in Social Sciences**, 22-24 October 2021.

Metaverse Will Bulldoze Human Rights: Last Thing That World Needs Right Now, 2021, https://www.dkoding.in/business/industry/metaverse-will-bulldoze-human-rights-last-thing-that-world-needs-right-now/ (Erişim Tarihi: 26.03.2022).

Metaverse: 5 Questions Shaping the Next Frontier of Human Experience, 2022, https://www.ey.com/en_gl/digital/metaverse-5-questions-shaping-the-next-frontier-of-human-experience (Erişim Tarihi: 22.03.2022).

MORE Max, "The Philosophy of Transhumanism", **The Transhumanist Reader: Classical and Contemporary Essays on the Science, Technology, and Philosophy of the Human Future**, (eds. Max More and Natasha Vita-More), First Edition, 2013.

Nearing the Simulation Singularity: What Would Immersive Computing Mean to the Human Mentality?, https://www.ecstadelic.net/top-stories/nearing-the-simulation-singularity-what-would-immersive-computing-mean-to-the-human-mentality (Erişim Tarihi: 30.03.2022).

Plato's Cave 2.0: Virtual Reality to Decipher Animal Behavior, 2020, https://www.ab.mpg.de/211731/plato-s-cave-2 (Erişim Tarihi: 28.03.2022)

PLATON, **Devlet**, (çev. Sabahattin Eyüboğlu, M. Ali Cimcoz), 10. Basım, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2019.

Platon'un mağarasına geri dönüyoruz: METAVERSE, 2022, https://www.lacivertdergi.com/dosya/2022/01/26/platonun-magarasina-geri-donuyoruz-metaverse (Erişim Tarihi: 22.03.2022).

ROBINSON William I., **Küresel Polis Devleti**, (çev. Akın Emre Pilgir), 1. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2022.

ROSPIGLIOSI Asher, "Metaverse or Simulacra? Roblox, Minecraft, Meta and the Turn to Virtual Reality for Education, Socialisation and Work", **ILE,** C. 30, S. 1, 2022, ss. 1-3.

STEINICKE Frank, **Being Really Virtual: Immersive Natives and the Future of Virtual Reality***,* 1st ed., Springer, 2016.

Tavşan Deliğinden Aşağıya Bakmak: Metaverse Dünyası & Onu Bekleyen Hukuki Sorunlar, 2021, https://www.cetinkaya.com/insights/tavsan-deliginden-asagiya-bakmak,-metaverse-dunyasi---onu-bekleyen-hukuki-sorunlar (Erişim Tarihi: 24.03.2022).

The Metaverse has a Groping Problem Already, 2021, https://www.technologyreview.com/2021/12/16/1042516/the-metaverse-has-a-groping-problem/ (Erişim Tarihi: 23.03.2022).

The Metaverse is a Human Rights Dilemma, 2021, https://www.zdnet.com/article/the-metaverse-is-a-human-rights-dilemma/ (Erişim Tarihi: 27.03.2022).

The Metaverse: Blurring the Lines Between Our Physical and Virtual Worlds, https://blog.richardvanhooijdonk.com/en/the-metaverse-blurring-the-lines-between-our-physical-and-virtual-worlds/ (Erişim Tarihi: 29.03.2022).

The Position of Metaverses in the Field of Law, 2021, https://www.digicrimjus.com/2021/12/31/the-position-of-metaverses-in-the-field-of-law/ (Erişim Tarihi: 27.03.2022).

VERGNE Jean-Philippe, "The Future of Trust will be Dystopian or Decentralized: Escaping the Metaverse", **Forthcoming in special issue of Revista de Occidente on the Future of Trust**, 2021.

Virtual Worlds, Real People: Human Rights in the Metaverse, 2021, https://www.eff.org/deeplinks/2021/12/virtual-worlds-real-people-human-rights-metaverse (Erişim Tarihi: 28.03.2022).

WEBER Robert F., "Will the 'Legal Singularity' Hollow Out Law's Normative Core?", **MTLR**, C. 27, S. 97, 2021, ss. 97-165.

Why We Need 'Meta Jurisdiction' For the Metaverse, 2021, https://thehill.com/opinion/technology/583529-why-we-need-meta-jurisdiction-for-the-metaverse/ (Erişim Tarihi: 26.03.2022).

ZHU Hongyin "MetaAID: A Flexible Framework for Developing Metaverse Applications via AI Technology and Human Editing", **AAAI**, 2022, ss. 1-9.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 55-96

TÜRKİYE İÇİN YENİ BİR HÜKÜMET SİSTEMİ TASARIMI: GÜÇLENDİRİLMİŞ PARLAMENTERİZM(*)

Prof. Dr. **Şule ÖZSOY BOYUNSUZ**(**)

Öz: Siyasi kurumlar, politikaları üreten kararların alınıp uygulandığı süreçleri belirlediklerinden, doğru biçimlendirildiklerinde hükümetlerin becerileri üzerinde etkili olabilirler. Ancak yaratılacak sonuç tek bir kurumun değil, şekli olan ve olmayan kurumlar arası etkileşiminin bir sonucudur. Dolayısıyla kurumlar arası etkileşim doğru anlaşıldığı takdirde bir ülke için arzu edilen sonuçları yaratmak üzere anayasa mühendisliği çalışması da yapılabilecektir. Hükümet sistemleri hem şekli kurumlar olan seçim sistemleri ve parti sistemleri hem de hukuki kanallarla üretilmemiş, enformel, sosyo-ekonomik, politik kurumlarla etkileşmektedirler. Bu kurumlar rejimin niteliği, demokratik olup olmadığı üzerinde belirleyici olmaktadırlar. Makalede ülkemizde mevcut siyasal sistem, yukarıda açıklanan bakış açısıyla tahlil edilmiş, denge-denetleme araçlarından sıyrılmış güçlü yürütme çerçevesinde patronlu başkanlık sistemi ve neo-patrimonyal rejimin mevcut olduğunu savunulmuştur. Bu hükümet sistemi ve rejim, arzu edilen etkili yönetim yapısını, dengelenen ve denetlenen siyasi gücü oluşturamadığından reforma ihtiyaç duyulmaktadır. Bunun için mevcut rejimi destekleyen enformel kurumların tasfiyesi ve formel olanların yeniden düzenlenmesi gereklidir. Türkiye'de amaçlanan etkili, dengeli ve denetlenen yönetim yapısını oluşturmak için önerilen model, öncelikle parti sistemi tarafından üretilebilecek olumsuzlara dayanıklı ve buna göre belirlenmiş bir seçim sistemine, karar süreçlerindeki tıkanıkları giderebilecek ve hükümet istikrarını koruyabilecek mekanizmalara, denge-denetleme araçlarına sahip olmalıdır. Önerdiğimiz, rasyonelleştirilmiş ve sınırlandırılmış parlamenter modellerin Türkiye'ye özel bir birleşimi; güçlendirilmiş parlamenter sistemdir.

Anahtar Kelimeler: Formel/Enformel Kurumlar, Hükümet Sistemleri, Patronlu Başkanlık, Neo-Patrimonyalizm, Güçlendirilmiş Parlamentarizm.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2022 - Makale Kabul Tarihi: 26.05.2022.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0003-4347-775X; *sozsoyboyunsuz@gsu.edu.tr*).

DESIGNING A NEW GOVERNMENT FORM FOR TURKEY: STRENGTENED PARLIAMENTARIANISM

Abstract: Since political institutions regulate processes through which policy decisions and actions are taken, they can affect abilities of governments. However not a single institution is capable of achieving the desired results. A group formal and informal institutions interact and produce results. In order to design a government form that capable of producing effective, checked and balanced power structure one must understand the interaction amongst formal and informal institutions. Such interaction shapes the quality of democratic competition and might determine the level of democracy. In the light of this theoretical perspective the paper evaluates the political system in Turkey and concludes that the current system is a patronal presidentialism functioning in a neo-patrimonial regime. That form of government cannot produce an effective as well as checked and balanced power structure. The paper argues that this goal can be achieved through purging informal institutions supporting neo-patrimonialism, and design a new government form which promote government stability as well as effective decision-making procedures, checks and balances together with a carefully chosen election system equipped with tools managing negative effects produced by party system. The paper argues that such qualities exist in a combination of rationalised and constrained parliamentarianism which is called strengthened parliamentarianism.

Keywords: Formal/Informal Institutions, Government Forms, Neo-Patrimonialism, Patronal Presidentialism, Strengthen Parliamentarism.

GİRİŞ

2017 değişikliği ile getirilen cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin, bir kısmı Anayasa sebebiyle, en azından Anayasa'nın katkısıyla, bir kısmı da Anayasa'ya rağmen, sınırlanmamış bir siyasi iktidar ve kötü yönetim tablosu yarattığı iddiası, mevcut düzenlemeye muhalif kesimlerce sıklıkla dillendirilmekte; vatandaşlar arasında da yaygınlaşarak bu hükümet sistemine desteği eritmektedir.[1] Altı muhalefet partisi (CHP, İYİP, DP, Deva, Gelecek,

[1] Metropol anket firması Aralık 2020'de mevcut hükümet sistemine halk desteğini %34.5 olarak ölçmüştür: https://tr.euronews.com/2021/01/23/metropoll-anketi-cumhurbaskanl-g-sistemine-destek-yuzde-34-5-oldu (Erişim tarihi: 10703/2022); Aralık 2021'de ise mevcut hükümet sistemine desteğin aşağı yukarı aynı oranlarda (%35.2) kaldığı başka bir anket firması tarafından ölçülmektedir.

https://www.sondakika.com/politika/haber-orc-sistem-degisikligi-anketi-yapti-yuzde-57-8-14581818/ (Erişim tarihi: 10/03/2022). Ocak 2022 tarihli bir başka ankette ise ülkenin en önemli sorununu ekonomik olarak belirlenmiş ve halkın %64'ünün parlamenter sisteme geçişi desteklediği ölçülmüştür. https://www.makdanismanlik.org/wp-content/uploads/2022/01/OCAK-2022-MAKDANISMANLIK.pdf/ (Erişim tarihi: 10/03/2022).

Saadet Partileri) bu sistem karşısında ana ilkelerinde uzlaştıkları güçlendirilmiş parlamenter sistem önerisini hayata geçirmek için bir araya geldiklerini kamuoyuna duyururken; bu masa dışındaki HDP tarafından da güçlendirilmiş parlamenter sisteme dair öneriler sunulmaktadır.[2]

Mevcut siyasi sisteme gittikçe artan siyasal ve toplumsal muhalefet ışığında hükümet sistemimizdeki sorunlar ve muhtemel çözüm önerileri üzerinde düşünmek gereği doğmaktadır. Bu makale sorunları ve çözüm önerilerini kurumsalcı bir bakış açısıyla değerlendirmekte, istenmeyen sonuçları doğuran kurumların arzu edilen sonuçları yaratabileceği düşünülen kurumlarla değiştirilmesini savunmaktadır.

Hükümet sistemleri, anayasal/kurumsal güç dağılımını tarif etmek üzere kullanılan, temelde yasama ve yürütme organlarının göreve geliş, görevden gidiş, yetki ve karşılıklı konumlarına bakılarak yapılan kuvvetler ayrılığı temelli bir sınıflandırmadır.[3] Siyasi sistemin anayasal temelini açıklayan söz konusu sınıflandırmalarda bakmamız gereken üç ana özellik; anayasal erklerin/siyasi liderlerin seçim ve görevden gitme usulü, karşılıklı konumlarıyla, siyasal ve anayasal yetkileridir.[4] Bu noktada yargının özellikle siyasi iktidar karşısında denge-denetleme rolü mü oynadığı, yoksa siyasal iktidarın etkisi altında onun bir güç aracı mı olduğu da yönetimleri ayrıştırıp, nitelendirirken baktığımız temel özellikler arasında yer almaktadır.

Kısaca hükümet sistemleri siyasal gücün sahibini ve gücün nasıl kullanılacağını belirleyen kurumları saptarlar. Kurumlar ise siyasal organizasyon biçimlerini, kuralları, yerleşik gelenek ve uygulamaları ifade ederler.[5] Bahsedilen siyasal kurumlar neden önemlidir? Çünkü bu kurumlar stabil, tercih edilen ve tekrarlanan davranış dizgeleri, tahmin edilebilir etkileşim zincirleri yaratırlar.[6] Bu demektir ki; nasıl bir siyasal güç istiyorsak onu ortaya çıkabilecek, işleyişini etkileyebilecek şekli/formel siyasal kurumları anayasalar ve

---

2 https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-60562270/ (Erişim tarihi: 10/03/2022).
https://hdp.org.tr/tr/guclendirilmis-parlamenter-sistem-nedir/14540//(Erişim tarihi: 10/03/2022).

3 Hükümet sistemlerini sınıflandırmada kullanılan ölçütlerin toplu bir değerlendirmesi için bkz. ELGIE Robert, "The Classification of Democratic Regime Types, Conceptual Ambiguity Contestable Assumptions", **European Journal of Political Research**, C. 33, 1998, ss. 219-238.

4 BAYLIS Thomas A., "Presidents versus Prime Ministers: Shaping Executive Authority in Eastern Europe", **World Politics**, Cilt 48, 1996, ss.297-323, 300.

5 LOWNDES Vivien / ROBERTS Mark, **Why Institutions Matter? The New Institutionalism in Political Science**, Pargrave Macmillan, London, 2013, s. 3.

6 Ibid.

yasalar eliyle dizayn edebiliriz. Ancak unutulmamalıdır ki, şekli olanla, enformel yani anayasal/yasal olarak yaratılmamış bir takım siyasal kurumların, hatta sosyolojik ve ekonomik kurumların arasında da bir etkileşim mevcuttur. Öyle ki; sözünü ettiğimiz enformel kurumlar davranış dizgeleri yaratmada kimi zaman formel kurumların kâğıt üzerinde kalmasına neden olacak kadar etkin ve güçlü olabilirler. O halde bu etkileşimin farkına varmadan, kurumları bütünüyle hesaba katmadan, istenilen davranış dizgelerini yaratmayız ya da bu davranış dizgelerinin oluşması önündeki engelleri kaldıramayız.

"Birbirleriyle etkileşen kurumlar mantığı içinde bir reform nasıl gerçekleşebilir?" sorusundan hareketle makalenin birinci bölümünde söz konusu kurumsal ilişkinin temel teorik çerçevesi açıklanmaktadır. İfade ettiğimiz kurumlar arası etkileşimin yalnızca formel ve tekil bir düzlemde gerçekleşmemesi; anayasa ya da yasalar dışında yaratılmış kurumların yaratacağı sorunların, anayasa ya da yasaları değiştirerek kaldırıp kaldırılamayacağı meselesini önümüze koymaktadır. İkinci bölümde bu sorudan hareketle istenmeyen enformel kurumların nasıl tasfiye edilebileceği üzerinde durulmaktadır. Bu iki bölümde hangi kurumların nasıl değiştirilip, tasfiye edileceği belirlendikten sonra, yerine ne konulmasının icap ettiği, diğer bir deyişle, iyi işleyen bir hükümet sisteminin hangi özellikleri taşıması gerektiği sorusu üzerinde durulmaktadır.

Demokratik rejimlerde öncelikle istenilen, demokrasinin işleyişini sağlayacak temel kurumların oluşması ve yerleşmesidir. Hükümet sisteminizin de demokrasinin kurumlarına açık, onları teşvik eden, demokratik rejimin çöküş ve krizlerine karşı çeşitli savunma mekanizmalarıyla donatılmış olması gereklidir. Hükümet sistemleri, tek başına demokratik kriz ve teklemelerin sebebi sayılamazlarsa da enformel siyasal kurumlarla etkileşerek sorunları azaltıcı ya da teşvik edici olabilmektedirler.

Hükümet sistemleriyle belirlenen siyasal gücün nasıl kullanılacağı meselesi sadece demokratik rejimi alakadar eden bir konu değildir. Demokratik siyasal gücün, tüm diğer yönetimler gibi kamusal sorunları çözmesi de beklenir. Diğer bir deyişle siyasal kurumlar, kamusal kaynaklarını etkin biçimde toplayan, doğru teşhis edilmiş ve önceliklendirilmiş kamusal sorunları çözmek için dürüstçe harcayan bir "etkili" yönetim yaratabilir ya da bu kaynakların kötü yönetilmesine neden olarak, onları suiistimal ve heba edebilir veya sadece belli bir toplumsal kesime yöneltebilir.

O halde arzu ettiğimiz sonuçları yaratabilmek için kurumlar arası etkileşimi doğru anlamak ve burada etkili yönetim yapısında yahut demokratik

işleyişte sorunlar tespit edilirse, sorunları gidermek için hangi kurumların tasfiye edileceğine ve nasıl yeni kurumlar ortaya çıkarılacağına karar vermek gereklidir. Bu çerçevede ilk üç bölümde inşa edilen teorik temel üzerine, dördüncü bölümde Türkiye'deki mevcut kurumsal yapının ne olduğu, hangi özelliklerinin istenmeyen sonuçlar yarattığı tespit edilmektedir. Ardından beşinci ve altıncı bölümlerde bunların nasıl en doğru şekilde kaldırılabileceği ve amaçlanan etkili, dengeli ve denetlenen yönetim yapısını oluşturmak için gereken kurumsal tercihlerin neler olduğunu belirlenmektedir. Hükümet sistemi bağlamında önce beşinci bölümde istediğimiz sonuçlara başkanlık mı yoksa parlamenter sistemle mi varabileceğimize karar verilmekte ve altıncı bölümde de seçtiğimiz parlamenter sistemin nasıl bir model olduğu açıklanmaktadır.

I. HÜKÜMET SİSTEMLERİNİN DİĞER KURUMLARLA ETKİLEŞİMİNİN REFORM ÇABALARI İÇİN ÖNEMİ

Kurumlar eliyle tekrar eden, stabil davranış dizgeleri yaratacağımız ön kabulü, bizi doğru dizayn edilmiş hükümet sistemi kurumlarının, arzu edilen siyasal davranış dizgelerini teşvik edebileceği veya engelleyebileceği sonucuna götürmektedir.

Ortaya çıkan siyasal sonuç, bir takım formel veya enformel kurumların yarattığı davranış dizgesi olarak okunursa ve bu kurumlar ile aralarındaki etkileşim de doğru anlaşılırsa, kamu yararını maksimize edecek şekilde tekrar dizayn edilmesi veya düzeltilmesi söz konusu olabilir. Bu bağlamda hükümet sistemi tercihi, ülkemizin siyasal hayatında görmeyi yeğlediğimiz siyasal sonuçlara ilişkin de kurumsal bir tavıdır.

Öte yandan yukarıda ifade ettiğimiz gibi hükümet sistemleri arzu ettiğimiz siyasal sonuçları yaratmada tek başına etkili değildir. Yerleşik başka enformel veya formel kurumlarla çok boyutlu bir etkileşim halindedirler.[7] Formel kurumlar anayasal ve yasal hükümlere göre var olan kanallarda üretilip, duyurulup, müeyyidelendirilen güç elde etmeye ve kullanmaya yönelik normatif kurallar üretirlerken; enformel kurumlar, kamuya açık şekilde kabul edilmemiş, hatta belki açıkça kınanmış bile olsalar siyasi davranış ve

---

[7] Burada kurum ile kast edilen, aktörleri tarafından bilinen, uygulanan ve (onaylanmasa bile) kabul edilen düzenli bir şablon biçimini almış etkileşim biçimidir. Aktörler bu şablon tarafından desteklenen ve müeyyidelendirilen kurallara göre etkileşime girmektedirler. Tanım için bkz: O'DONNELL Gulliermo, "Illusions About Consolidation", **Journal of Democracy**, C.7/2, 1996, ss.34-51, 36.

beklentileri şekillendiren kurallar üretirler.[8] Enformel yahut formel kurumların hepsi siyasi aktörlerin davranışlarına dayanak ya da sınır oluşturan sosyal etkileşimi yapılandıran ve bağlayıcılığı (müeyyideleri) olan kural ve usullerdir.[9] Bunlardan enformel olanları, formel olanların aksine, resmi olarak kabul edilmiş ve müeyyidelendirilmiş kanallar dışında yaratılır, öğrenilir, zorlayıcılık/yaptırım kazanır, büyük çoğunlukla da yazılı olmazlar.[10]

Kimi zaman, başkanlık sisteminin bazı uygulamalarında olduğu gibi salt anayasal güç paylaşımına bakılarak yani formel kurumlar çerçevesinde rejimin niteliğinin ya da hükümet sisteminin özünün anlaşılmasının mümkün olamamaktadır. Örneğin; neo-patrimonyalizm bir enformel kurum olarak, mevcut anayasal hükümlerle bağdaşmasa bile anayasal güç paylaşımının yerini alabilmekte ve yürütmenin aşırı derecede güçlendiği ve iktidarın bir kişide sabitlendiği yönetimlere dayanak oluşturabilmektedir.[11] Bu tür başkanlık sistemlerinin nasıl işlediği normatif formel kurumlara bakıldığında doğru ve gerçekçi biçimde anlaşılamamaktadır. Bazen de Şili örneğinde gördüğümüz gibi hiper-başkanlık (organ dengesi bozuk bir modelde aşırı güçlü başkanlar yaratan) anayasaları, demokratik güç paylaşımı çerçevesinde şekillenen uzlaşmacı enformel kurumların etkisi ile demokratik ve dengeli rejimler ortaya çıkarabilmektedirler.[12]

Öte yandan hükümet sistemleri bir siyasi güç paylaşımını tarif ettiği, demokratik rejimlerde ve hatta rekabetçi otoriter rejimlerde siyasi güç mücadelesinin ana aktörleri siyasi partiler olduğu ve rekabet de seçimler çevresinde şekillendiği için seçim sistemleri ve parti sistemleri, hükümet sistemleri ile etkileşen ana formel kurumlardır. Bu etkileşim hükümet sistemlerinin işleyişini başkalaştıracak, hatta kendi içinde ana modelin alt türlerine dönüştürecek düzeyde etkili olabilmektedir.[13]

---

8 SANDBROOK Richard / OELBAUM Jay, "Reforming the Political Kingdom: Governance and Development in Ghana's Fourth Republic", Center for Democracy and Development, **Critical Perspectives Paper**, No.2, 1999, s. 2.

9 HELMKE Gretchen / LEVITSKY Steven, "Introduction", (Haz.. G. Helmke / S. Levitsky), **Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America**, the John Hopkins University Press, USA, 2006, ss.1-30, 5.

10 Ibid, s.5

11 Ibid., s. 2.

12 SIAVELIS Peter, "Accomodating Informal Institutions and Chilean Democracy", (Haz. G. Helmke / S. Levitsky, **Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America**, the John Hopkins University Press, USA, 2006, ss.33-55.

13 ÖZSOY BOYUNSUZ Şule, "Siyasi Parti Sistemlerine Göre Başkanlık Rejiminin Türleri", **Amme İdaresi Dergisi**, C.49/3, 2016, s. 1-40.

Bu söylediklerimiz normatif ve anayasal hükümlerin (formel kuralların) hükümet sisteminin işleyişi üzerinde etki sahibi olmadığı anlamına gelmemektedir. Özellikle muhtemel kriz durumları için tasarlanmış normatif kurumlarla, hükümet sistemlerini rasyonelleştirilmek ve böylece krizlere dayanıklı hale getirilmek mümkündür. Ancak bunu sağlıklı şekilde başarabilmek için hükümet sistemlerinin işleyişine etki eden tüm kurumların etkileşim şeklinin o ülke özelinde doğru biçimde tahlil edilmesi gereklidir. Bu noktada çoğunlukla unutulan husus enformel kurumların, bir anlamda, arka planda bulunan "yönetim alışkanlıklarının" varlığı olmaktadır. Oysa kanaatimizce enformel ve formel kurumlar arasındaki etkileşim, siyasi güç paylaşımını irdeleyen her türlü araştırmada dikkate alınmak mecburiyetindedir.[14]

Helmke ve Levitsky'e göre formel ve enformel kurumlar dinamik bir şekilde etkileşirler; enformel kurumlar formel kurumları tamamlayabilir, engelleyebilir, açıklarını kapatabilir yahut alt üst edebilirler.[15] Buna göre de dört tür enformel kurum mevcuttur; tamamlayıcı, uzlaşmacı, yarışmacı ve ikame edici.[16] Formel kurumların gücü veya güçsüzlüğü kadar, enformel kurumların ortaya çıkış sebepleri de aralarındaki etkileşimi belirlemektedir. Hükümet sistemlerine yaptıkları etki bakımından incelenen ülkedeki enformel kurumların kökeni, türü/yapısı, istikrar kazanıp kazanmadıkları, değişime yatkınlıkları son derece önemlidir.

Salt anayasal hükümlere göre yasama ve yürütmenin yetkileri çerçevesinde hükümet sistemi tahlil edildiğinde, devlet gücüne erişim, bu gücün paylaşımı ve kullanılmasını düzenleyen siyasal kurallar ve usuller (formel ve/veya enformel) dizgesini ifade eden rejim[17] meselesi gözden kaçmış olacaktır. Diğer bir değişle şekli/resmi kurallar incelenecek ama bu her zaman siyasi güç paylaşımına ilişkin "gerçekleri" veya uygulamaları açıklamaya yetmeyecektir.

Bir ülkede eğer resmi olarak ilan edilmiş kurallar ile uygulama arasında farklılıklar mevcutsa, bu kurallar ortaya çıkan sonucu açıklamaya yetmiyorsa ya da onlara uyulmuyorsa arka planda uzlaşmacı yahut yarışmacı enformel kurumlar olduğunu düşünmek gerekecektir.[18]

---

[14] LOWNDES/ROBERTS, 2013, s. 55.

[15] HELMKE/LEVITSKY, 2006, s. 2.

[16] Ibid., s. 4.

[17] GULIYEV Farid "Personal Rule, Neopatrimonialism, And Regime Typologies: Integrating Dahlian and Weberian Approaches to Regime Studies", **Democratization,** C.18/3, 2011, ss.575-601, 587.

[18] HELMKE/LEVITSKY, 2006, s. 15.

Özellikle de uygulama aslında var olan hukuk ile açık çelişkiler barındırıyor, formel kurumlar, bilhassa anayasa kâğıt üzerinde kalmış, siyasi uygulama bambaşka hale gelmişse yarışan enformel kurumlar mevcut demektir. O hallerde enformel kurum niteliğini kazanmış uygulamalar artık rutinleşmiştir ve ne şekilde davranılacağına dair istikrar kazanmış beklentiler yaratabilmektedirler.[19] Siyasi aktörler, diğer siyasi aktörlerin rutinleşmiş davranışlarını gözlemleme ve siyasi sonuca ulaşmak için bunları tekrar etme eğilimi göstermektedirler. Bir şeyleri yapma yöntemi böylece oluşup yayılmakta ve resmi kanallar dışında zorlayıcılık kazanmaktadır. Bu tarz "uygulamalar", uyma zorunluluğu bakımından formel kurallardan daha az etkili değillerdir ve pozitif yahut negatif kimi davranışların yerleşik hale gelerek tekrarına yol açabilmektedirler. Bunlar kimi zaman formel kurallarla açıkça çelişebilirler, arka planda paralel bir kurallar dünyası yaratabilirler, dahası değişime de son derece dirençli hale gelebilirler.[20] Her türlü değişim çabası bu arka plan uygulamalarının farkında olmalıdır.

Özellikle hükümet sistemlerinin uygulanmasında sorunlara, kötü yönetime, demokrasinin çöküşüne neden olan "uygulamalar" enformel kurumların bir neticesi ise o kurumların ortadan kaldırılması her türlü reform çabasının da eksenini oluşturmalıdır.

II. ENFORMEL KURUMLARIN ÜRETTİĞİ İSTENMEYEN UYGULAMALAR "FORMEL KURUMLAR" DEĞİŞTİRİLEREK ORTADAN KALDIRILABİLİR Mİ?

Çoğu zaman enformel kurumların siyasal yapıda ürettikleri bozulmaları ortadan kaldırmak için başvurulan ilk yöntem, anayasa, seçim kanunu, siyasi partiler kanunu gibi formel kurumları yeniden düzenlemek oluyor. Bu her zaman uygun bir çözüm olabilir mi?

Bu sorunun cevabı enformel kurumların neden ortaya çıktığıyla bağlantılı olarak değişebilmektedir. Enformel kurumların ortaya çıkışında dört temel sebep tespit edilmektedir. Formel kurumların yetersizliği tamamlayıcı enformel kurumları ortaya çıkarırken; siyasi aktörlerin çeşitli amaçlara ulaşmasını engelleyen formel kurumları değiştirme gücüne sahip olmayıp, onların lafzını ihlal etmeden özünü başkalaştırmalarıyla uzlaşmacı enformel kurumlar belirmektedir.[21] Formel kurumlar çok zayıfsa veya itibarsızsa ya

---

[19] LOWNDES /ROBERTS, 2013, s. 57.

[20] Ibid., s. 58.

[21] HELMKE/LEVITSKY, 2006, s. 19-20.

da uygulanamıyorsa yerini alan ama aynı amaçları destekleyen ikameci enformel kurumlar ortaya çıkabilmektedirler.[22] Diğer bir sebep de siyasi elitlerin, açıkça formel kurumlarla çatışan, ulusal ya da uluslararası kamuoyu tarafından kabul edilemez bulunan, yasa dışı siyasi çıkar ve amaçlarını gerçekleştirmek için ürettikleri (neo-patrimonyalizm, yandaş kapitalizmi yahut yanaşmacılık gibi) yarışmacı enformel siyasi kurumlardır.[23]

Yukarıdaki sebeplerle bağlantılı olarak da üç şekilde enformel kurumlarda değişimi tetiklemek olasıdır: formel kuralları değiştirerek, güç ve kaynakların el değiştirmesi yoluyla, paylaşılan inanç ve kolektif deneyimlerin değişmesi suretiyle.[24] Bu değişim yolları tüm enformel kurumlar için aynı derecede etkili değillerdir. Siyasi elitler tarafından üretilen enformel kurumların değişimi geniş halk kitlelerince üretilen kurumlara nazaran çok daha kolay tasfiye edilebilirken (elitlerin değişimi ile başlayarak); geniş kitlelerce benimsenen enformel kurumlar da uygun koşullar altında çok hızlı bir şekilde dönüşebilir yahut yok olabilirler.[25]

Öncelikle formel kurumları değiştirerek tamamlayıcı ve uzlaşmacı enformel kurumlara etki etmek mümkündür. Formel kurumlara cevaben ya da onların yarattığı ortamlarda ortaya çıkan enformel kurumlar, formel kurumlardaki değişimden doğrudan etkileneceklerdir. Ancak bu yolla yarışmacı ya da ikameci enformel kurumlara tesir etmek zordur. Formel kurumları değiştirerek etkileyemediğimiz yarışan ve ikameci enformel kurumlar ise siyasi güç ve kaynakların el değiştirmesine, bunlara erişim yollarının değişimine ya da formel kurallara uymamanın maliyetindeki değişime duyarlıdırlar.[26]

Bunlardan formel kurumlardaki zayıflık sebebiyle ortaya çıkan ikameci enformel kurumlar, formel kurallara uymamanın maliyetindeki artışa daha fazla duyarlıdırlar. Yaptırımlar istikrarlı şekilde uygulandıkça enformel kurumların terki de gerçekleşecektir. İkameci ve yarışmacı enformel kurumların tasfiyesinde önemli olan nokta enformel kurallara uymaktan doğan kar ve zarar dengesinin değişmesidir. Özellikle formel kurallarla yarışan enformel kurumları değiştirmek aktörlerin bu kurallara uyarak elde edecekleri çıkarları azaltıp, formel kurallara uymamanın maliyetini arttırarak olabilecektir.[27]

---

[22] Ibid., s. 20.
[23] Ibid., s. 20.
[24] Ibid., s. 22
[25] Ibid., s. 22
[26] Ibid., s. 23.
[27] Ibid., s. 23.

Hükümet sistemleri açısından yukarıdaki olasılıkların hepsi farklı ülkelerde farklı şekillerde gözlenebilmektedir. Bazen bir enformel kurum yerini bir başka enformel kuruma da terk edebilmektedir. Örneğin; Türkiye'de gözlediğimiz gibi, askeri vesayet enformel bir kurum olarak tasfiye edilirken, yerini kişi merkezli otoriter (neo-patrimonyal) bir başka enformel güç paylaşımına bırakmıştır. Askeri vesayetin enformel bir kurum olarak tasfiyesinde hem yasal değişikliklerle kurumun karar süreçlerine katılımı ve gücü eritilmiş hem de askerlerin siyasete müdahalesi ceza yaptırımlarıyla karşılanmış ve meşruluğu siyasal olarak reddedilmiştir.[28] Bu noktada esasen enformel bir kurum olarak askeri vesayetin sağlayacağı çıkarlar ile yükleyeceği maliyet dengesi değiştirilmiş olmaktadır. Neticede enformel kurumlar değişim göstermiş demektir.

Enformel kurumlardaki değişim, 2017 Anayasa değişikliklerinde olduğu gibi, beraberinde formel kimi kuralların da değişimini getirebilir. 2017 değişiklikleriyle neo-patrimonyal otoriter rejimi destekleyen bir üst yapı kurumu olarak cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi düzenlenmiş; enformel kurum beraberinde formel anayasa hükümlerini getirmiştir. Buradan demokrasiye dönüş arzusunda olan siyasi aktörler hem normatif yani formel hem de enformel kurumlarda değişim yaratmak durumundadırlar.

Değişimi yaratan adımlar atılırken, değiştirmeyi arzu ettiğimiz kurumların yerine geleceklerin nasıl olması gerektiğine karar verilmelidir.

III. İYİ İŞLEYEN BİR HÜKÜMET SİSTEMİNİN ÖZELLİKLERİ NELERDİR?

Bugün demokratik ülkelerde hangi hükümet sistemi tercih edilirse edilsin, sistemin demokrasinin devamını ve gelişimini sağlayacak kurumlara, genel kabul görmüş değerler olan hukuk devletiyle temel hak ve özgürlükleri koruyucu özelliklere sahip olması beklenir. Öte yandan her yönetim yapısı gibi kamusal sorunları, kamu kaynaklarını maksimize edip doğru harcayarak çözmesi de beklenir.

Sistemlerin demokrasiye, hukuk devletine, hukuku uygulayacak yansız ve etkili hizmet veren idari kurumlar yaratmaya olan katkıları onları başarılı veya başarısız yapmaya yardımcı olmaktadır[29]. Somuta indirgersek eğer bir sistem;

---

[28] ESEN Berk/ GÜMÜŞÇÜ Şebnem, "Rising Competitive Authoritarianism in Turkey", **Third World Quarterly**, S. 37/9, 2016, ss.1581-1606, 1584.

[29] ACKERMAN Bruce, "The New Seperation of Powers", **Harvard Law Review**, C.113/3, 2000, ss. 633-729, 634.

a. Anayasa ile verilen kamusal yetkilerin kötüye kullanılmasını engelleyici denetim mekanizmalarından yoksun ise;

b. Yönetimler uzlaşmaya ve azınlık görüşlerin katılımına kapatılmış ise;

c. Kuvvetler arasında kriz giderici mekanizmalardan yoksun ise;

d. Partiler arasındaki kamplaşmaları kesinleştiriyorsa;

e. İktidarın kişiselleşmesine yol açıyorsa; demokratik olarak yola devamda sorunlar yaşamaya açıktır[30].

Bu sakıncaların bir sistemde ortaya çıkmasını engelleyici ya da belirdiğinde giderilmesini teşvik edici, doğru tasarımlanmış siyasal kurumlar dizayn etmek mümkündür.

Demokratik bir rejimin varlığı ya da güvencesi düzenli aralıklarla ortaya konulan sandıkla sınırlı değildir. Gücün tek elde toplanarak, istismar edilmesinin engellenmesi de gerekir ki adil ve özgür siyasi rekabet ortamının sürekliliği sağlanabilsin. Aksi takdirde seçimlerin yapıldığı ama demokrasinin olmadığı melez, rekabetçi otoriter yapılar vücut bulabilmektedir[31]. Demokrasinin devamı da olası otoriterlik tehlikelerine karşı güç yoğunlaşmasının engelleyecek denge mekanizmaları ve güç istismarını önleyecek denetim mekanizmalarıyla sağlanmaktadır.

Başarılı yönetim yapılarının bir diğer özelliği de rejim tıkanıklıklarına, anayasal krizlere karşı donanımlı ve hizmetsel olarak da etkili olmalarıdır. Etkili yönetim becerisi, yasama-yürütme organlarının işlevlerini bihakkın yerine getirmelerini sağlayacak yetkilere sahip olmalarıyla başlar ancak bundan çok daha fazlasıdır. Anayasal sistem, erkler arasında oluşabilecek çatışma ve tıkanma hallerini aralarındaki dengeyi yok etmeden aşabilecek silahlara sahip olmalı, aynı şekilde karar alma mekanizma ve usulleri de tıkanmaları aşabilecek şekilde kurgulanmalıdır. Bu kurgulama devlet erklerinin kendilerinden beklenen işlevi yerine getirmesine engel olmadan yapılmalıdır.

---

[30] NINO Carlos S., "The Debate over Constitutional Reform in Latin America", **Fordham International Law Journal**, C.16, 1993, ss.635-651, 642-643.

[31] Bu yapılar demokrasinin üç ana tanımsal unsurundan en az birini sistematik olarak ihlal etmektedirler. Bunlar; serbest ve özgür seçimler, temel hak ve özgürlükler (özellikle ifade, basın ve örgütlenme gibi katılım özgürlükleri) ve eşit/adil siyasi rekabet koşullarıdır. Bkz. LEVITSKY Steven / WAY Lucan, **Competitive Authoritarianism**, Cambridge University Press, New York, 2010, s 7.

Devletten temelde beklenen, düzenli ve sürekli kamu hizmetlerinin etkin biçimde devamlılığını sağlamasıdır. Etkili yönetimler, istikrarlı yönetim yapıları oluşturabilen, öngörülebilir ve şeffaf kurumsal işleyişlere sahiptirler. Yaşadıkları toplumun ekonomik ve sosyal problemlerini çözmeye odaklanmış şekilde kamu kaynaklarını kullanan, sorun çözme becerisine yüksek düzeyde sahip, uzmanlaşmış, rasyonel devlet örgütleridir. Bu devletlerde yasama ve yürütme, sorunlara çözüm üreten politikalar ve normlar üretebilirken, idare de bu normları ve çözümleri beceriyle uygulayabilmektedir.

Sorun çözme becerisine sahip olmak, kamusal kaynakları en dürüst şekilde ve firesiz toplamayı, kamusal sorunları ve çözümlerini doğru teşhis etmeyi, kamu parasını kamusal sorunları çözmek için en etkili biçimde ve ziyan etmeden harcayabilmeyi gerektirir. Bu da liyakate dayalı seçilmiş, iyi eğitilmiş ve örgütlenmiş bir bürokratik kadro ve kurumlar yaratılmadan mümkün olamaz. Hükümet sistemleri yarattıkları devlet örgütlenmesi ve idari yapıyla bu beceriye sahip olmayı amaç edinebilir veya neo-patrimonyal çıkar dağıtımı gibi başka amaçlar taşıyabilirler.

Yukarıda bahsedilen çoğulcu, özgürlükçü demokratik rejim ve etkili yönetim yapısı yaratma amaçları aslında birbirleriyle iç içe geçmiştir. Kontrol-denge mekanizmaları olmadan erkler gücü istismar edip, yetkilerini siyasi ve kişisel çıkar elde etmek için kullanabilir. Hesap verebilirliğin sağlanmadığı böylesi rejimlerde, aşırı güç yoğunlaşması ve tek seslilik, şiddetli siyasal istikrarsızlık, kamu kaynaklarının heba edilmesi gibi sonuçlara yol açabilir. Gücün kişiselleşerek tekelleşmesinin devamı için ya kamu kaynaklarının siyasal sadakati satın aldığı ikna ve/veya ideolojik bir ikna yöntemi gereklidir. İkna başarısız kaldığında ya da yeterli olmadığında baskı, zorlama ve korkutma devreye girecektir. Kamu kaynaklarının ikna için kullanılması, her türlü kamusal kaynağı, kadroyu, işi, kamu hizmetini, ihaleyi vs. kapsamaktadır. Bu da her şeyden önce kamusal kaynakların kamusal sorunları çözmek için değil, iktidarın devamını sağlamak için kullanılması/dağıtılması ve liyakate dayalı olamayan bir bürokrasi yol açması demektir. Çıkan sonuç ise kötü yönetim olacaktır.

Siyasal değişim talebinin korkutma ve zorlama ile bastırılması ise diğer etkenlerle birleşerek değişik şiddetlerde siyasal kırılmalara, nihayetinde ciddi istikrarsızlıklara neden olacaktır. O halde adil ve özgür siyasi rekabeti güvenceye alan demokratik, anayasal mekanizmalar siyasal değişimin öngörülebilir biçimde gerçekleşmesini sağlayan araçlar olarak aslında istikrara da hizmet etmektedirler.

Öte yandan denge ve denetim araçları karar alma süreçlerini tıkamamalı, anayasal krizler yaratmamalı ya da onları beslememelidir. Dahası kamu kaynaklarının toplumsal ve ekonomik sorunları çözmek ve kamu hizmeti vermek üzere liyakate dayalı bir idareye aktarımını engellememelidir.

İlk bakışta, çoğulcu demokratik karar süreçleri her zaman etkin ya da hızlı çalışamaz gibi de gelebilir. Çok sesliliği, siyasi katılımı ve uzlaşıyı zorlayan, hatta şeffaflığı, mali, yargısal, siyasal denetimi öngören anayasal hükümler, sıklıkla popülist iktidarlar tarafından çalışmalarını engelleyen, hatta siyasi iradeyi vesayet altına alan düzenlemeler olarak algılanıp gösterilmişlerdir.[32] Popülist iktidarlar, kontrol-denge cihazları olmadığında çok daha etkili yönetim yapıları oluşturacaklarını ileri sürmektedirler. Şüphesiz doğru biçimde kurgulanmayan konrol-denge araçları, demokratik sistemin tıkanmasına ve hatta çökmesine neden olabilecektir. Bu bakımdan başkanlık sisteminin sert kuvvetler ayrılığına dayalı kurumsal yapısı, çifte demokratik meşruiyetin ve organların birbirinin görevine son verememesinin yarattığı esnemezlik özelliği nedeniyle, özellikle Latin Amerika'da demokratik çökme ve krizlerin kaynağı olarak gösterilmiştir.[33] Başkan bir tarafta, hiçbir partinin kontrolünde olmayan ya da muhalefetin kontrolünde olan yasama bir tarafta, kutuplaşmış siyasi iklimde karşılıklı olarak birbirlerini durdurmaya çabalarken, ancak birbirini görevden alıp, erken seçime gidemezken ortaya yönetilemezlik çıkmaktadır.

Yasama-yürütme arasındaki çekişmenin, sistemi kilitlemesi hali kimi parlamenter sistemler ya da yarı-başkanlık sistemlerinde de görülmektedir (İtalya, Fransız IV Cumhuriyeti, Weimar Cumhuriyeti). Yarı başkanlık sistemlerinde bir de buna yürütme içi, yani seçilmiş başkan ile başbakan ve onu destekleyen meclis çoğunluğu arasındaki çatışma eklenmektedir. Seçilmiş cumhurbaşkanları çeşitli durumlarda yasama çoğunluğunun lideri olan başbakanla çatışmaya girebilmektedir.[34]

---

[32] KYLE Jordan / MOUNK Yascha, **The Populist Harm to Democracy: An Emprical Assessment,** Tony Blair Institute for Global Change, Aralık 2018. https://institute.global/sites/default/files/articles/The-Populist-Harm-to-Democracy-An-Empirical-Assessment.pdf (Erişim Tarihi: 01/08/2021).

[33] Bu yönde literatüre yön veren Linz olmuştur. Bkz: LINZ Juan, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?", (Haz.. J. Linz/ A. Valenzuela) **The Failure of Presidential Democracy; Comparative perspectives vol 1**, The John Hopkins University Press, Baltimore/London, 1994, ss.3-87, 8-10.

[34] Yürütme içi çatışma durumları için bkz: YAN Huang-Ting, "Prime Ministerial Autonomy and Intra-Executive Conflict under Semi-Presidentialism", **European Political Science Review,** C. 13, 2021, s. 285-306.

Tüm hükümet sistemlerinin çöküş senaryolarında gördüğümüz ortak bir sebep ise parti sistemidir. Eğer parti sisteminiz kutuplaşmış/aşırı çok parti sistemiyse (iktidara gelme şansına sahip parti sayısı beş ve üzeri ise, ayrışma iki kutuptan fazla ise, aralarındaki ideolojik mesafe çok artmışsa) koalisyonların kurulması ve işletilmesi oldukça zorlaşmakta, bu da anayasal tıkanmaları, yasama-yürütme çekişmelerini beraberinde getirebilmektedir[35]. İşte bu noktada hükümet sisteminiz ve seçim sisteminiz parti sisteminizin özelliklerini dikkate alan mekanizmaları geliştirmediği takdirde muhtemel çöküş halleri ile karşı karşıya kalınmaktadır. Parti sistemi üzerinde, parti sayısını azaltmak gibi kimi etkilere sahip olabilmenin temel aracı da seçim sistemleridir.[36] Aşırı çok parti sistemine sahip ülkelerde yalnızca parti sayısının değil, kutuplaşmanın da azaltılmasını hedefleyen kurumsal tercihler üzerinde düşünülmesi bir zorunluluktur.

Aşırı çok parti sistemi kadar demokratik rejimlerin istikrarı içi tehlike yaratan bir başka parti sistemi de baskın parti sistemidir. Burada en az dört seçimi üst üste kazanan bir partinin üstünlüğü ve seçimler yoluyla iktidarın el değiştirmediği bir siyasal yapı söz konusudur.[37] Eğer demokratik denge ve denetleme araçları zayıf ise bir partinin bu denli baskın olduğu bu sistemler kısa sürede hegemonyacı hale dönüşebilmektedirler. Bu durumda kamu gücü ve kaynakları kullanılarak, adil ve özgür olmayan bir rekabet zemininde sürdürülen siyasi üstünlük oluşmaktadır.[38] Seçmen çoğunluğunun zaman zaman baskın partileri yaratabildiği ülkelerde bunun hegemonyacı parti sistemine dönüşmemesi için demokratik adil ve özgür rekabeti koruyucu mekanizmalara ihtiyaç bulunmaktadır.

Etkili yönetim yaratma becerisi açısındansa, iktidar çoğunluğunun aşırı güçlenerek özgürlükleri ve demokrasiyi ortadan kaldırmaya yönelmesini engellemek için geliştirilen anayasal araçların, yönetme becerisini tamamen engellememesi ilk kuraldır. Yani hükümetin kurulması, bir politikayı hayata geçirecek kadar uzun görevde kalabilmesi sağlanırken, yasama organının da karar alabilir/kanun yapabilir kalması sağlanmalıdır. Kilitlenme hallerinde bunu çözecek anayasal/yasal formülleriniz olmalıdır. Aynı zaman da kontrol-denge araçları demokratik izleme ve denetim görevini yerine getirebiliyor olmalıdır.

---

35 Kutuplaşmış çok parti sisteminin tanımı ve özellikleri için bkz: SARTORI Giovanni, **Parties and Party Systems**, ECPR Press, Colchester, 2005, s. 117-128.

36 SARTORI Giovanni, **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği**, (çev. E. Özbudun), Yetkin, Ankara, 1997, s.50.

37 SARTORI, 2005, s. 171.

38 Ibid., s. 204-211.

Anayasal olarak organların oluşumları, seçimleri, yetkileri ve yetki sınırları, olası çatışma ve tıkanma hallerini demokratik şekilde açabilecek esnek mekanizmaların varlığı anayasa eliyle düzenlenebilecek hallerdir. Ancak I. bölümde ifade ettiğimiz başkalaştırıcı etki gösterebilecek kurumların varlığı halinde bunlara uygun çözümler de hazırlanmalıdır.

Özet olarak iyi işleyen demokratik bir hükümet sistemi iki temel işleve hizmet etmelidir: etkili yönetim yapısı oluşturma becerisi ve demokratik kurumları koruyan denge-denetleme araçları ile sınırlı siyasi iktidar.

Siyasal sistemin demokratik ve etkili bir yönetim yaratma konusunda başarı gösterip gösteremediği ise çeşitli hususlara bakılarak değerlendirilebilir. Hükümetlerin halkın taleplerine duyarlı olup olmadıkları, seçilmiş kamu makamlarının hesap verip vermedikleri, seçilmişlerin güçlerini istismar edebilme ihtimallerinin yüksek ya da düşük oluşu, kamu hizmeti için yapılan harcamalar ve ekonomik büyüme verileri bunlardan bir kaçıdır.[39]

Öte yandan Weaver ve Rockman hükümetlerin politika tercihlerini hayata geçirme potansiyellerine odaklanarak, tüketici olarak saymamakla birlikte çeşitli yönetim becerilerini listelemişler ve söz konusu becerilere sahip yönetimlerin etkili yapılar oluşturacaklarını kabul etmişlerdir. Bu beceriler; politika öncelikleri belirlemek ve bunları sürdürmek, politikaları hayata geçirmek için kaynak bulmak, sorunlara yenilikçi çözümler üretebilmek, birbiri ile çelişik amaçları dengeleyebilmek, yaşanan (özellikle ekonomik) kayıpları toplumun güçlü kesimlerine yükleyebilmek, bütünleşik ve örgütlü olmayan toplumsal menfaatleri de organize/örgütlü olanlar gibi temsil edebilmek, hükümet politikalarının etkili bir biçimde icrasını sağlamak, politika tercihlerini istikrarlı biçimde yürütmek ki böylece bu tercihlerin sonuç verebilecek kadar zamanı olabilsin, ulusun uzun dönemde refah ve güvenliğini temin için ticaret ve savunma konularında uluslararası alanda taahhütler vermek ve sürdürmek, toplumun kendi içinde çatışmaya sürüklenmemesi için var olan ayrışma hatlarının barışçıl birlikteliğini temin edebilmek.[40]

Siyasi kurumlar, politikaları üreten kararların alınıp uygulandığı süreçleri biçimlendirirler ve bu sayede de hükümetlerin becerileri üzerinde etkili

---

[39] WEAVER Kent/ ROCKMAN Bert, "Assesing the Affects of Institutions", Do Institutions Matter?: Government Capabilities in the United States and Abroad, (Edt.Weaver/Rockman), Bookings Institution Press, Washington DC, 1993, ss. 19-20, 5.

[40] Ibid., s. 6.

olurlar. Eğer bir kurumsal yapı sistematik olarak, yukarıda tüketici olarak sayılmayan becerilerde başarısız sonuçlar üretiyorsa yahut başka kurumsal yapılara nazaran benzer sorunları çözmede başarısız oluyorsa ve tekrarlayan krizlere yol açıyorsa kurumsal reforma ihtiyaç olduğu düşünülmelidir.[41]

IV. TÜRKİYE'NİN MEVCUT HÜKÜMET YAPISI NASIL NİTELENEBİLİR?

Anayasal açıdan 2017 değişiklikleriyle gelen ve cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi olarak isimlendirilen yeni hükümet sistemi, kuvvetler ayrılığı prensibini eritip kuvvetler birliğine yol açmakta; yürütmeyi aşırı derecede güçlendiren ve yasamayı zayıflatan, yargının siyasallaşmasını engelleyemeyen, bazen de yol açan kurumlar yaratmaktadır.[42] Yeni hükümet sistemi, zaten yürütmeyi güçlendirmiş olan 1982 Anayasasının organ dengesini daha da fazla yürütme lehine bozmuş ve denetlenme imkanlarını bütünüyle eritmiştir. 1982 Anayasası'nın cumhuriyetin nitelikleri, temel hak ve hürriyetler gibi diğer birçok hükmünün ise bu yeni süreçte fiilen büyük oranda içinin boşaltıldığını gözlüyoruz. Freedom House ölçümlerinde Türkiye 2018'den bu yana özgür olmayan ülkeler kategorisinde sayılmaktadır.[43] AİHM'de aleyhine en çok ihlal kararı verilen ülke konumundadır.[44]

Mevcut tablo, tamamlayıcı, uzlaşmacı ve yarışmacı enformel kurumlarla desteklenen, kişiselleşmiş bir tür rekabetçi otoriterliğin ülkemizde hâkim olduğunu bize göstermektedir.[45] Diğer bir değişle, siyasi rekabet, adil ve özgür bir zeminden, baskıcı/otoriter bir zemine kaymıştır. Kişisel bir otoriterlik yaratan bu rejimin üst yapısını şekillendiren ve cumhurbaşkanlığı hü-

---

41 Ibid., s. 7.

42 Benzer değerlendirmeler için bkz: ÖZBUDUN Ergun, **Anayasalcılık ve Demokrasi,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 134-135; GÖZLER Kemal, "Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa", **Ankara Barosu Dergisi,** S.2016/4, 2016, ss. 25-36, 28; KABOĞLU İbrahim, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (10 Aralık 2016)", **Ankara Barosu Dergisi,** S.2016/4, 2016, ss.37-44, 42; ESEN Selin, "2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", **Ankara Barosu Dergisi,** S.2016/4, 2016, ss.45-73, 54; KANADOĞLU Osman Korkut/ DUYGUN Mert, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları,** Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 334-340.

43 https://freedomhouse.org/country/turkey/freedom-world/2021 (Erişim Tarihi: 9.03.2022).

44 https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592021_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 9.03.2022).

45 Özbudun, 2019, s. 140; ESEN / GÜMÜŞÇÜ, 2016, s.1581-1606; ÇALIŞKAN Koray, "Toward a New Political Regime in Turkey: From Competitive Toward Full Authoritarianism", **New Perspectives on Turkey,** S. 58, 2018, ss.5-33

kümet sistemi olarak isimlendiren formel kurumların sosyo-ekonomik arka planında ise sistemi besleyen neo-patrimonyalizmi buluyoruz.[46]

Neo-patrimonyalizm, kabul görmüş, düzenli uygulama alanı bulan, destekleyici enformel kurumların bileşkesinden oluşmaktadır.[47] Bu tip rejimlerde şekli kurumlar, seçimler, kamu bürokrasisi mevcuttur ve hatta önemsiz değildirler, ancak enformel kurumlar öncelik sahibidir.[48]

Neo-patrimonializm modern toplumlarda tek bir yöneticinin kamu kaynaklarının dağıtımını özel çıkarları için kontrol etmesi; siyasi sadakati kamu kaynaklı maddi ve sembolik ödüllerle satın alabilmesi durumunu ifade etmektedir.[49] Bürokratik makamlar, kamu hizmeti sunma amacından çok kişisel servet ve statü sahibi olma amacına hizmet etmekte, bunun yolu da lidere sadakat ve karşılıklı bağımlılıktan geçmektedir.[50] Liderin tepesinde yer aldığı bağımlılık ve sadakat piramidinde özel çıkarlar ile kamu yararı arasındaki mesafe kasıtlı olarak yok edilmiştir. Devlet içinde ve toplumda liderin kişisel tercihi ile dağıttığı maddi çıkar/ödüller (kamunun her derecesinde işe girmek, ihaleler, projeler, kamu hizmetine erişim vs.) karşılığında, lidere siyasi bağlılık sunulmakta ve birçok konuda karar verebilme gücü de kendisine terk edilmektedir.[51]

Bu noktada kamu gücüne (yasama, yürütme, yargıya) bütünüyle hâkim, güvenlik güçleri dahil tüm kamu gücünü ödül için olduğu kadar ceza için de mobilize edebilen bir liderin varlığı söz konusudur. Neopatrimonyal ilişkiler ağında ekonomik ve siyasi hedefler, somut ödül ve cezaların değiş-tokuşuna dayalı olarak ve kişisel ilişkilerle elde edilmekte ve lider, kendisine korku ve ikbal beklentisiyle bağımlı olan yanaşmacı (*clientelist*) elitleri bu çerçevede yönetmektedir.

İş karşılığında hediye ve patronaj kültürü, etnik/dini kimlik aidiyeti ve hemşericilik ilişkileriyle karşılıklı olarak birbirini beslemektedir[52]. Aynı

---

[46] CENGİZ Fatih Çağatay, "Proliferation of Neopatrimonial Domination in Turkey", **British Journal of Middle Eastern Studies,** S.47-4, 2020, ss. 507-525; UĞUR ÇINAR Meral, "Embedded Neopatrimonialism: Patriarchy and Democracy in Turkey", **Social Politics,** S. 24-3, 2017, ss. 324-343.

[47] GULLİYEV, 2011, s. 578.

[48] Ibid.

[49] BRATTON Michael / Van De WALLE Nicolas, "Neopatrimonial Regimes and Political Transitions in Africa", **World Politics,** S. 46-4, 1994, ss. 453-489, 458.

[50] Ibid.

[51] Ibid.

[52] VAN DE WALLE Nicholas, "Presidentialism and Clientalism in Africa's Emerging Party Systems", **Journal of Modern African Studies,** S.41-2, 2003, ss.297-321, 311.

sosyal gruptan olan "lider" kamu erkine sahip olarak, yanaşmacılık ilişkisi içindeki yandaşlarının/hemşerilerinin hizmet ihtiyaçlarını karşılamaktadır. Neopatrimonyalizm, yanaşmacı karakterdeki patronaj ilişkilerini tesis ederek, bir hakimiyet hiyerarşisi oluşturmakta; patrimonyal yanaşmacılıkta mevcut olan bir kişiye yönelik çıkar aktarımının yerini, "büyük adam" ile "küçük adamlar" arasında, aracılarla işleyen, bir gruba yönelik çıkarların kolektif aktarımı almaktadır.[53] Bu yapılarda kamu hizmeti, sosyal yardım ve hizmetler karşılığı oy satışı sıklıkla karşılaşılan bir durumdur.[54] Çıkar aktarım piramidinin tepesindeki lidere bağlılığını sunan, daha altta yer alan ve kendi patronal çıkar ağlarını kontrol eden odaklar mevcuttur. Tarif edilen neopatrimonyal ilişkiler kurumsallaşmış, bilinen ve kabul edilen hale dönüşmüştür.

Güç dengelerini ve servet dağıtımını kontrol sayesinde bu yönetime herhangi bir muhalefetin oluşumu da engellenebilmektedir.[55] Bu sistemlerde hukuk devleti, kurumsal pratikler ve fikir temelli siyaset yerine başkanın kendi belirlediği şekilde devletin kontrolündeki ekonomik kaynakları bireylere aktarması söz konudur. Başkan bunun karşılığında, ekonomik varlıkları kendisine bağlı siyasi elitin sadakatini elde etmekte; böylelikle iktidarına meydana okuyabilecek muhalefetin ortaya çıkışını durdurabilmekte ve aynı zamanda hukuken var olanın çok ötesinde bir iktidar alanına sahip olabilmektedir.

Muhalefete oy verilmesi halinde cezalandırılma korkusu, seçmenlerin programını beğendiği ya da beğenmediği parti ayırımı yapmadan oy kullanmasına neden olmaktadır. Böylece, patronaj ilişkileri iktidarın el değiştirmediği, üst üste hep aynı partinin seçim kazandığı bir sistemi beslemekte, diğer yandan da iktidarın yaptığı/yapmadığı şeylerden dolayı siyasi sorumluluğunun oluşmasını engellemektedir.

Söz konusu çıkar aktarımına meydan okumayı düşünen, başaran, lidere muhalefet eden herkes, siyasallaşmış yargı ve güvenlik mekanizması başta olmak üzere liderin kontrolündeki ceza dağıtımından nasibini alacaktır. Bu noktada ceza dağıtımı da ödül dağıtımı kadar rejimin devamında hayatidir. Hatta kontrol edilen dağıtılabilir ekonomik kaynaklar daraldıkça daha sıklıkla başvurulmaktadır.

---

53 ERDMAN / ENGEL, 2006, s. 20.

54 VAN DE WALLE, 2003, s. 312-313.

55 BRUHNS Hinnerk, "Weber's Patrimonial Domination and Its Interpretations", (Haz. D. Bach /M. Gazibo), **Neopatrimonialism in Africa and Beyond,** Routledge, Oxon, 2012, ss. 9-24.

Öte yandan söz konusu rejimler, Afrika ve Avrasya coğrafyasındaki örneklerde gözlendiği üzere, kaynak israfından ve kötü yönetimden kaynaklanan finansal krizlerle sıklıkla karşılaşmakta ve neticesinde sosyal huzursuzluklar baş göstermektedir.[56] Kaynaklardaki daralma daha evvel ödül paylaşımından pay alanların bir kısmının dışarda kalmasına veya aldıklarının anlamsızlaşmasına yol açmaktadır. Böylece oluşan sosyal öfke sokağa taşabilmektedir. Ceza ve baskı araçları bu türden sosyal huzursuzlukları sönümlemek çok daha fazla kullanılır olmakta ancak kullanıldıkları oranda da rejimin meşruiyeti erimektedir.[57] Yanı sıra, güvenlik bürokrasisini tatmin edecek oranda kendilerine kaynak/ödül aktarımı yapılmadığı takdirde ceza mekanizmasının kullanımı da zora girebilmektedir.[58] Böylece sona yaklaşılmaktadır.

Neo-patrimonial yapılarda yüksek oranda yolsuzluk ve siyasi yozlaşma görülmektedir. Söz konusu rejimlerde yalnızca bireysel özgürlükler zarar görmemekte; hukuk devleti ve temiz siyaset ilkeleri de yara almaktadır.[59] Neo-patrimonyalizm, yüksek ölçüde kirlilik (rüşvet/görevi kötüye kullanma) ve zayıflamış hukuk devleti ile kontrol ve denge araçlarından arınarak aşırılaşmış başkanlık yetkileri arasında bağlantıyı gösteren çokça veri mevcuttur.[60] Bu sebeple anayasal olarak aşırı güçlenmiş, denge-denetleme araçlarından arınmış başkanların bulunduğu hükümet sistemlerini incelerken, söz konusu durumun üst yapı kurumlarını tarif ettiği ve bunu besleyen, çoğu enformel sosyo-ekonomik alt yapı kurumlarının varlığı unutulmamalıdır.

Siyasal sistem içinde her şeye hâkim başkanların yönettiği neo-patrimonyal ilişkiler ağını ifade etmek için "patronlu başkanlık" sistemleri nitelemesi yapılmaktadır.[61] Neo-patrimonyalizm, kavram olarak bir takım siyasi ve ekonomik

---

56 BRATTON / VAN DE WALLE, 1994, s. 460.

57 Ibid.

58 Ibid.

59 BECHLE Karsten, "Neopatrimonialism in Latin America: Prospects and Promises of a Neglected Concept", GIGA Working Papers 153, German Institute of Global and Area Studies, 2010, s.11.

http://www.giga-hamburg.de/en/system/files/publications/wp153_bechle.pdf (Erişişm Tarihi: 08.09.2015).

60 Ibid.

61 Hale, neopatrimonyal terimi yerine bu çıkar ilişkilerini tarif etmek için "patronal" ifadesini tercih etmektedir. Patronalizm, bir tür sosyal ilişkiler modelini tarif etmek için kullanılmakta ve yönetim biçimi türünü tarif eden neopatrimonyalizmden daha geniş anlamları içermektedir. Bununla birlikte yazara göre bütün neopatrimonyal yönetimler patronal siyasi ilişkileri içermektedirler. Bkz. HALE Henry, **Patronal Politics Eurasian Regime Dynamics in Comparative Perspective**, Cambridge Uni. Press, USA, 2015, s. 21, 25; HALE Henry, "Regime Cyles: Democracy, Autocracy, and Revolution in Post-Soviet Eurasia", **World Politics**, Cilt 58, Sayı 1, 2005,

ilişkileri ifade etmekteyken, patronlu başkanlık (*patronal presidentialism*) kavram olarak, demokratik olmayan, enformel kurumların etkisi ile yozlaşmış/bozulmuş bir hükümet sisteminin işleyiş biçimini tarif etmektedir.[62]

Patronlu başkanlık kavramını, iki temel unsur ile tarif edilmektedir: Birincisi, doğrudan halk tarafından seçilmiş ve devletin diğer organları karşısında aşırı derecede *de jure* olarak güçlendirilmiş başkanların varlığıdır; ikincisi ise, başkanın, devletin ekonomik kaynaklara hâkimiyetini kendi şahsi hâkimiyeti haline dönüştürerek buradan büyük boyutlarda *de facto* güç devşirmesidir.[63]

Patronlu başkanlık sistemi ile tarif edilen hükümet sistemleri, anayasal/formel kriterle bakıldığında yarı-başkanlık ya da başkanlık sistemlerinin kimi kurumlarını barındırmaktadırlar ancak yürütmenin aşırı güçlü olması, yasamanın bilhassa zayıflaması ve yasama yetkisi tekelini kaybetmesi, yargının siyasallaşması, kuvvetler ayrılığının erimesi yönleriyle bozulmuş/yozlaşmış olduklarını gözlüyoruz. Nitekim, Rusya gibi, anayasal kimi özellikleri yarı-başkanlık sisteminin anayasal unsurlarını barındıran hükümet sistemleri, yukarıda bahsettiğimiz sapmaları sebebiyle, yarı-başkanlık sistemlerinden ayrılarak, süper başkanlık (*superpresidential*) olarak nitelendirilmiştir.[64] Benzer şekilde başkanlık sisteminin kimi unsurlarını içeren ancak organ dengesi kaybolmuş, denetlenemeyen aşırı güçlü başkanların belirdiği hükümet sistemleri de hiper-başkanlık (*hyper-presidential*) olarak nitelendirilmektedir. Bunlar, başkanların aşırı derecede yetkilere, yasama ve yargı üzerinde kontrole sahip olabildikleri, gücü ellerinde toplamak, kontrol ve denge araçlarını özellikle de yargıyı zayıflatarak, bilinçli olarak manevralar yaptıkları hükümet sistemleridir.[65] Ancak bu nitelemeler salt formel kurum-

ss.133-165, 137; LARUELLE Marlene, "Discussing Neopatrimonialism and Patronal Presidentialism in the Central Asian Context", **Democratizatsiya**, S. 20-4, 2012, ss.301-324, 305-306.

62 Neo-patrimonyalizmde yönetim keyfidir ve devlet aygıtı liderin kişisel "malı/alanı" gibi algılanmaktadır. Bu yönüyle Weber'in tanımladığı patrimonyalizmle oldukça benzeşmektedir ancak bundan farklı olarak iktidar geleneksel ilişkilerle şekillenmemektedir. Neo-patrimonializm kavramının gelişimine ve patrimonializmden farkına ilişkin tartışmalar için bkz: ERDMANN Gero / ENGEL Ulf, "Neopatrimonialism Revisited - Beyond a Catch-All Concept", GIGA Research Program: Legitimacy and Efficiency of Political Systems, No.16, 2006.

http://www.giga-hamburg.de/de/system/files/publications/wp16_erdmann-engel.pdf (Erişim tarihi: 10/03/2022). BRUHNS, 2012, s. 9-24.

63 Hale, 2005, s. 137-138.

64 FISH Steven, **Democracy Derailed in Russia the Failure of Open Politics,** Cambridge Uni. Press, USA, 2005, s. 205.

65 LARKIN Christopher, The Legacies of Hyper-presidentialism; Executive-judicial Relations, Constitutional Cultures, and the Future of Democratic Governance in Argentina and Peru", Ph.D Thesis, University of Southern California, 1998, s. 65.

ları dikkate almakta, rejimin temel dinamiklerini ve bunları besleyen sosyo-ekonomik ilişkilerle, enformel kurumları ıskalamaktadır.

Bu bakımdan hem neo-patrimonyal rejim özelliklerini hem de bozulmuş organ ve güç dengesini formel ve enformel kurumsal etkilerle birlikte dikkate alması sebebiyle patronlu başkanlık nitelemesinin Türkiye açıcından daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Başka bir değişle, 2017 Anayasa değişiklikleri ile gelen hükümet sisteminin, neo-patrimonyal enformel kurumlarca şekillenen bir patronlu başkanlık olduğunu söyleyebiliriz.

Cumhurbaşkanına Anayasa'da yapılan yeni düzenlemelerle, kendisi tarafından çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle ve Anayasa'da eskiden kalan tarafsız cumhurbaşkanı için yazılmış yargıya ilişkin atama yetkileriyle verilen kamu yönetimini ve yargıyı şekillendirme, yöneticilerini belirleme, mali kaynakları kontrol etme ve harcama (AY. 104/9, 104/17, 106/son, 123/3, 146/3, 159/3, 155/3, 161, 167/2 maddeleri, 1, 2 ve 3 no.lu Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, başında Cumhurbaşkanın bulunduğu Türkiye Varlık Fonunu kuran 6741 sayılı kanun vb.) yetkileri, kamu kaynaklarını siyasi amaçla kullanma ve dağıtma konusunda oldukça geniş bir manevra alanı sunmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) yetkisi ile bakanlıklar kurulup, kaldırılabilmekte, görevleri, yetkileri, teşkilat yapısı, merkez, taşra teşkilatları yeniden düzenlenebilmektedir. Bu yetkiler tüm merkez devlet teşkilatının bir gecede CBK ile düzenlenebilmesi anlamına gelmektedir. Cumhurbaşkanı üst kademe kamu yöneticilerinin göreve gelişlerine ilişkin usul ve esasları belirleyip, tümünü atayarak görevden alabilmektedir. Birçok konuda tek başına kural koyup yine tek başına bu kuralları uygulamaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bir kanuna dayanmadığından, cumhurbaşkanını işlem yaparken sınırlayan, Anayasa 104 hükümleri dışında fazlaca husus mevcut değildir ve uygulama işlemlerine yönelik idari yargı denetiminin de fiilen anlamı yoktur.[66] Devlet teşkilatına atamalar siyasi sadakat temelinde ve aslında bunun karşılığında, başkanın tam kontrol alanındadır.

Bu sistemde, Cumhurbaşkanı tek başına yürütme organını oluşturmaktadır. Bakanlar artık yürütme üyesi olmayıp; bulundukları ilgili bakanlığın üst düzey yöneticisi pozisyonundadırlar. Yürütme politikalarına tek başına karar

---

[66] Hukuka aykırı görevden alındığını ileri süren bir üst düzey kamu görevlisinin başarı şansı ancak cumhurbaşkanın kendi koyduğu kuralı bile doğru uygulamaması halinde olabilir. Bu durumda kuralı değiştirip uygulamanın önünde hiçbir engel yoktur. Oysa bu alan AY 128 uyarınca 2017 öncesi münhasıran kanun alanında kalıyordu.

veren cumhurbaşkanıdır. Cumhurbaşkanı bu kararları alırken, politika kurullarına ve istediği bakana danışabilir ancak burada bakanlar kurulu gibi topluca görüşüp karar alan bir heyet mevcut değildir. Bakanlıklar kendileri dışında belirlenen politikaların yürütücüsü pozisyonundadır. Ayrıca, bakanlar ortak bir heyetin aldığı kararları paylaşan kişiler değildir. Bakanlar, kararı alan tek kişinin iradesi çerçevesinde, o kişiye yakın olmak ya da etkilemek için rekabet eden konumundadırlar. Bakanlıkların birbirleriyle ilişkilerine de etki edebilecek olan rekabet, kişisel konum için verilen mücadeleden beslenmektedir.

Üst düzey kamu yöneticilerinin alanında uzman kişilerden olması ve daimî bürokrasiyi oluşturması arzu edilmemektedir. "Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair" 3 numaralı CBK ile üst kademe yöneticileri Cumhurbaşkanı kararıyla atananlar ve onayıyla atananlar şeklinde ayrılmıştır. Cumhurbaşkanı kararıyla atananlar sözleşmeyle işe alınıp cumhurbaşkanının görev süresi boyunca görevde kalırlar; istendiği takdirde cumhurbaşkanınca görevden alınabilirler. Bu tarz bir kamu yönetimi siyasi sadakati satın alınanları ödüllendirme ve hukuka aykırılıklara direnenleri ise cezalandırma amacına son derece uygundur. Diğer kamu görevlileri bakımından cumhurbaşkanınca onaylanmak zorunluluğuyla birlikte atama yetkisi cumhurbaşkanının hiyerarşik altlarına devredilmiş, görevden alma yetkisi yine cumhurbaşkanına verilmiştir. Cumhurbaşkanına bağlı olarak göreve gelip giden bir yönetim eliti, neo-patrimonyal yapının parçasıdır. Belirtmek gerekir ki başkanlık sistemlerinin demokratik örneklerinde atama yetkileri tek başına kullanılmamaktadır. Örneğin; ABD'de de yürütmeye ilişkin atamaların tamamına yakını ve yargıya ilişkin olanların tamamı Senato'da onaylanmak zorundadır. Senato bir komisyon kurarak atamaları incelemektedir.

Bu hükümet sistemiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarihindeki en büyük yetki erozyonunu yaşamıştır. Meclisin, yasama, müzakere, denetim, bütçe yapımı fonksiyonları gerilemiş, içinden hükümet çıkarma/düşürebilme fonksiyonu ise tamamen kaybedilmiştir. Parlamenter sistemdeki tekil demokratik meşruiyet 2007 ve 2017 değişiklikleriyle tasfiye edilmiştir. Mecliste ortaya çıkan demokratik irade artık tek değildir, karşısında doğrudan seçilen tek kişilik bir yürütme bulunmaktadır. Sözlü soru yetkisi kalkmıştır. Çalışma süre ve usulleri "arena meclis" seviyesinde değildir.[67] Öte yandan ABD örneğinde gördüğümüz yürütmeden bağımsız po-

[67] Arena meclisler tüm siyasi aktörlerin çarpışma ve fikirlerini ifade etme alanıdır. Siyasi alan ne kadar özgür ve demokratik ise bu tarz meclislerin temsil kabiliyeti, çeşitliliği ve hesap verebilirliği de o denli yüksektir. Ana işlevleri hükümeti sorgulamak, politikalarını tartışmak ve denetle-

litika belirleme gücüne sahip "dönüştürücü" tarzda bir yasama organı da değildir.[68] Araştırma komisyonlarının ciddi bir denetim yetkisi mevcut değildir. Yürütmeyi ve temsilcilerini çağırarak sorgulama, denetleme konumu yoktur. Mevcut siyasi parti yapıları ve seçim sistemi nedeniyle zaten zor işletilen, hükümeti siyasi bakımdan düşürme yetkisini ise tamamen kaybetmiştir. Cumhurbaşkanının, yardımcılarının ve bakanların cezai sorumluluğunun işletilmesi (Yüce Divana sevk usulü) ise çok güçleşmiştir.

Dahası kanun yapım süreci önceye göre zorlaşmıştır. Cumhurbaşkanı, güçleştirici veto yetkisinin yanı sıra kanuna dayanmadan düzenleyici işlem yapma yetkisine (olağan ve olağanüstü dönem CBK'ları) sahiptir. Cumhurbaşkanının, Meclisin yaptığı kanunu veto edip, kararname ile birçok konuda düzenleme yapabilmesi mümkündür. Vetoyu aşmak için TBMM'nin üye tam sayısının salt çoğunluğu gereklidir. Vetoyu aşacak oylama yapılıncaya kadar ise kararname ile yapılan düzenleme geçerli olacaktır. Ardından aynı konuyu düzenleyen kanun ve kararnameler var ise sorunu çözme işi Anayasa Mahkemesi'ne düşecektir. Olağan dönemlerde kanunda açıkça düzenlenmemiş konularda cumhurbaşkanının kullandığı kararname yetkisi sınırsız değilse de geniş bir alanda yasamadan bağımsız yasa gücünde düzenleme imkânı sunmaktadır.

Bu hükümet sistemi, devlet kaynaklarının patronaj[69] ve sistematik yanaşmacılık ilişkisi içerisinde siyasi destek için kullanılmasını ve başkanlarda kişisel güç yoğunlaşmasını kolaylaştırmaktadır. İktidarın el değiştirememesinden beslenen, hatta cesaretlenen neo-patrimonial ilişkiler, şahsi alanla kamusal alanın şekli/resmi ayrılığını yol ederek, kişiselleşmiş iktidarı besleyen enformel kurumların hakimiyetlerini kurumsallaştırmaktadırlar.[70] Neo-patrimonyalizm seviyesi arttıkça başkanlardaki kişisel güç yoğunlaşması[71] da artmakta, aynı oranda da demokratikleşme seviyesi düşmektedir.[72].

---

mektir. POLSBY Nelson, **Legislatures", Handbook of Political Science** Cilt 5, (Haz. F. Greenstein/ N. Polsby), Reading MA, Addison-Wesley Publishing Company, 1975, ss. 277-283.

68 Tanımlar için bkz: POLSBY, 1975, s. 292.

69 Patronaj, modern toplumda karşılaşılan, birey ile daha büyük grup arasında yaşanan, kamusal varlıkların/servetlerin kişilere geçirilmesi noktasında karşımıza çıkan bir ilişki türünü ifade etmektedir.

70 BECHLE, 2010, s. 7; ERDMAN/ENGEL, 2006, s.18.

71 Petrol, doğal gaz gibi kaynaklara sahip Rusya, Azerbaycan ve Orta Asya'nın kimi otoriter rejimlerinde de yaygın biçimde gözlenmektedir (LARUELLE, 2012).

72 VON SOEST Christian, "Persistence and Change of Neopatrimonialism in Six Presidential Systems in Africa, Latin America, Southeast Asia", IPSA-ECPR Conference: Whatever Happened to North-South?, 16-19 February, Sao Paulo Brezilya, 2011, s. 22.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile tahkim edilen neopatrimonyal rejim, benzer rejimlerde olduğu gibi kaynak israf ve yağması, sadakati liyakatin önüne koyan öz yapısı ile ciddi ekonomik ve toplumsal sorunlar üretmektedir.

Kamu kaynaklarını kullanarak iktidarın sabitlenmesi, hesapsızca kamu kaynaklarının tüketilmesi durumuna ilave olarak, Türkiye'nin koşullarına baktığımız zaman, bir toplumsal kesimin kendi kimlik algısını, dünya ve devlet görüşünü, kamu gücünü kullanarak diğer herkese dayatmasıyla da karşılaşıyoruz. Cumhuriyet tarihi boyunca kimi istisnalar (1921, 1995, 2001 gibi) haricinde asli ve tali kurucu iktidarların anayasa yapımı/değiştirilmesi meselesinde de bu tarz bir tekçi (entegrasyoncu) bakışı gözlemek mümkündür.[73] Mevcut yönetim yapısı da bu dizgeyi takip etmektedir.

Bu çerçevede kötü yönetim yapısı oluşturan ve demokrasi ile bağdaşık olmayan neo-patrimonyalizmin enformel kurumlarının yanı sıra patronlu başkanlık sisteminin tasfiyesi için herhangi bir negatif ideolojiyi, yaşam tarzını, dünya ve devlet görüşünü dayatmayan demokratik ve çoğulcu bir anayasa yapıcılığı gereklidir. Bahsedilen türde bir anayasa yapıcılığının amacı neopatrimonyal rejimin formel destekleyici üst yapısı olan patronlu başkanlık sistemini (cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi) tasfiye etmek olmalıdır. Getirilecek model, demokratik organ dengesine ve kurumsal denetleme mekanizmalarına sahip olmalı, kamu kaynaklarının kontrolü ve dağıtımında tekel oluşmasını engellemelidir.

Neopatrimonyal enformel kurumların (yandaş kapitalizmi, yanaşmacılık, kayırmacılık, yolsuzluk, nepotizm gibi) tasfiyesi içinse bu kurumlar ile yaratılmış olan kar ve zarar dengesi değiştirilmelidir. Söz konusu çıkar paylaşım ağları dağıtılmalı, bu ağlara dahil olanların ihlal ettiği hukuk kurallarının yaptırımları mutlaka uygulanmalı, şimdiye kadar görmezden gelinen finansal ve örgütlü suçlar ile görevi kötüye kullanma halleri cezalandırılmalıdır. Halihazırda çoğu suç ya da kanunsuz emir teşkil eden uygulamalar

---

[73] TOMBUŞ Ertuğ, "The People and Its Embodiment: Authoritarian Foundations of Constitutions in Turkey", (Haz. F. Petersen/ Z. Yanaşmayan), **The Failure of popular Constitution Making in Turkey Regressing Towards Constitutional Autocracy,** Cambridge University Press, Cambridge, 2020, s. 59-83, 67; ÖZSOY BOYUNSUZ Şule, "Regime Cycles, Constitution Making, and the Political System Question in Ottoman and Turkish Constitutional Developments", (Haz. F. Petersen / Z. Yanaşmayan), **The Failure of popular Constitution Making in Turkey Regressing Towards Constitutional Autocracy**, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, ss. 84-117, 85.

devlet kurumlarını dolduran memurlarca yerine getirilmekte, hukuk boş bir kabuktan ibaret hale gelmektedir. Görmezden gelinen ve yokmuş gibi davranılan formel hukuk kurallarının yürürlüğü sağlanmalı, yazılı olamayan enformel çıkar paylaşımları yaptırıma bağlanarak tasfiye edilmelidir.

V. TÜRKİYE'DE ETKİLİ YÖNETİM YAPISI VE DENETLENEN-DENGELENEN SİYASİ İKTİDAR İÇİN BAŞKANLIK MI PARLAMENTER SİSTEM Mİ?

Etkili yönetim yapısı ile dengelenmiş-denetlenen siyasi iktidar neopatrimonyal rejimlerde bulunmayan iki temel özelliktir. Tercih edilecek hükümet sistemi de bu özellikleri taşımalıdır.

Yukarıda açıkladığımız gibi iktidarın kişiselleşerek otoriterleşmesi ülkemizin şu an içinde bulunduğu problemlerin temelinde yer alıyor. O halde seçeceğimiz hükümet sistemi de buna mümkün olduğu kadar kapalı olmalıdır. Başkanlık sistemi tek kişilik yürütme modeliyle iktidarın kişiselleşmesine en uygun zemini yaratan hükümet modelidir.

Öte yandan Türkiye gibi siyasi ayrışma hatlarının ikiden fazla olduğu, iktidar şansı olan partilerin sayısının ve bunlar arasındaki ideolojik mesafenin çok olduğu ülkelerde başkanlık sistemi düzenli krizlerle siyasal çöküşlere uğramaktadır. Scott Mainwaring, çok parti sistemi ve başkanlık rejiminin zorlu bir ikili olduğunu, bu kombinasyonun kutuplaşmayı arttırıcı etkisi bulunduğunu, yasama-yürütme tıkanmalarına buralarda daha çok rastlandığını ve netice olarak da yönetebilmek için gereken koalisyonların kurulup, işlemesinin daha güç hale geldiğini belirtmiştir.[74] Söz konusu tıkanma halleri dar manada yasama-yürütme organlarının birlikte çalışabilmesi olarak tarif edebileceğimiz istikrarı yok etmekte ve hatta rejim bunalımlarına dönüşebilmektedir. Neticede çok parti sistemine sahip başkanlık rejimlerinde istikrarlı bir demokrasinin sürdürülmesi epey güçleşmektedir.[75]

Çok parti sistemine sahip başkanlık rejimlerinin işleyen koalisyonlar ve etkili yönetim yapısı üretebilmesinin "parlamenterleşmesine" bağlı olduğu savunulmaktadır.[76] Burada kast edilen başkanlık sisteminin negatif yapısı

---

[74] MAINWARING Scott, "Presidentialism, Multipartism, and Democracy the Difficult Combination", **Comparative Political Studies**, S.26/2, 1993, ss. 198-228, 212-213.

[75] Ibid, s. 199.

[76] COLOMER Josep/ NEGRETTO Gabriel, "Can Presidentialism Work Like Parliamentarism?", **Government and Opposition**, C. 40/1, 2005, ss.60-89, 88.

(yasama ve yürütme arasında birbirini durdurmaya yönelik yetkiler) yerine yasama ve yürütme organları arasında daha kuvvetli bir iş birliği ile denge-denetleme mekanizmaları üretmeye yönelik, sistemin işleyişini parlamenter rejimlere benzeştiren formüllerdir. Söz konusu görüş, anayasa mühendisliği için iş birliği üretmeyi sağlayıcı anayasal formüllerin yanında özenle seçilmiş seçim sistemlerini önermektedir.[77] Öte yandan başkanlık sisteminde yasama-yürütme iş birliği için yola çıkılıp, başkanlık sisteminin kurumları başkalaştırılırken, parlamenter sistemlere özgü denge-denetleme mekanizmalarından yoksun olunduğu için kuvvetler birliğine varılması tehlikesinin mevcudiyeti de unutulmamalıdır.

Ayrıca eklenmelidir ki, Dahl'ın *Demokrasi Üzerine* isimli eserinde ifade ettiği gibi, modern demokrasi belli kurumların bulunması halinde hayat bulabilmektedir.[78] Yöneticilerin özgür, adil ve düzenli seçimlerle belirlenip değiştirildiği bu rejimlerde ifade, örgütlenme özgürlüğü ve farklı kaynaklardan bilgiye erişme hakkı ile tüm vatandaşları eşit biçimde kapsayıcı vatandaşlık statüsü mevcut olmalıdır. Anayasal düzen ve hukuk devleti bulunmadan bu hak ve özgürlükler sürdürülemeyecektir. Hangi hükümet sistemi olursa olsun demokrasinin kurumlarını güçlendirmek ve korumak için denge ve denetleme mekanizmaları gereklidir.

Türkiye bakımından zaman zaman aşırı güçlenmiş tek parti iktidarlarının varlığı özellikle güç yoğunlaşmasına karşı dikkatli olmayı gerektirmektedir. Aşırı güçlendirici başkanlık yetkileri, özellikle başkana verilen kuvvetli yasama yetkileri, istikrarlı demokrasilerin sürdürülmesini engelleyen bir etken olarak tespit edilmektedir.[79] Başkanlık sistemlerinde demokrasiye yönelik asıl tehlikenin gücü başkanda yoğunlaştıran formüllerle ortaya çıktığını savunan bu görüş, Türkiye için özellikle dikkate değerdir.

Türkiye bakımından çok önemli bir başka tespiti de Siyaset Bilimci Arend Lijphart yapmaktadır. Lijphard kültürel, etnik, dini vb. sebeplerle kutuplaşarak bölünmüş toplumlarda aşırı güçlü başkanları merkeze alan başkanlık sistemlerinin yıkıcı etkileri olacağını ifade etmekte ve bunun yeri-

---

[77] Yasama organı için nispi temsil sistemi ve başkanlık seçimleri için de partiler arası iş birliği ve çoğulculuğu teşvik eden formüller önerilmektedir. Seçmen çoğunluğunun tercihlerinin eksik temsile neden olmadan aktarılmasının önemine inanılmaktadır. Bkz: Ibid., s. 83, 86.

[78] DAHL Robert, **On Democracy**, Yale University Press, New Haven-London, 2000, s. 85-86.

[79] SHUGART Matthew S./ CAREY John M., **Presidents and Assemblies. Constitutional Design and Electoral Dynamics,** Cambridge University Press, USA, 1992, s. 165.

ne çeşitli kurumsal özellikleri olan müzakereci parlamenter demokrasiyi önermektedir.[80] Tüm bu sebeplerle Türkiye'de demokrasinin inşası, korunması ve sürdürülmesi, etkili denge ve denetleme mekanizmaları ile güçlendirilmiş bir parlamenter sistem aracılığıyla daha kolay gerçekleşebilecek bir amaçtır.

Bu noktada işleyen bir demokrasi tesis etmenin birden çok kurumsal faktöre bağlı olduğu unutulmamalıdır. Özellikle askeri darbeler önemli bir faktör olarak zikredilmelidir. Her darbe yeni darbeleri doğurmakta, askeri dikta rejimlerini yaşayan ülkelerin bir fasit daireye hapsolmasına neden olmaktadır.[81] Buralarda darbeleri takip eden demokratik/yarı-demokratik dönemlerin ömrü çok uzun olmamakta, demokrasi ve otoriterlik arasında bir sarkaç gözlenmektedir.[82] Bizim tarihimizde 1960 askeri darbesini takip eden cunta denemeleri, takip eden muhtıra dönemi ve 1980 askeri darbesi bu gözlemleri doğrulamaktadır. Askeri otoriter dönemleri engellediğinizde gücü bünyesine toplayan sivil otoriter fazlara da girilebilmektedir.[83] Dolayısıyla demokrasiyi tesis etmeyi amaçlayan her anayasal düzenleme bu gerçekleri dikkate almalıdır.

1961 Anayasası hükümet partisinin hegemonyacı partiye dönüştüğü ve bunun sonucunda demokrasinin eridiği evreyi dikkate alarak çözüm üretmiş ancak çok partinin oluştuğu evrenin hükümet bunalımlarında etkili olamamıştır. 1982 Anayasası istikrar adına kimi etkili kurallar getirse de organ dengesi, özgürlük, hukuk devleti ve demokrasinin feda edildiği bir başka süreci engelleyememiştir.

Sıklıkla parlamenter sistemde ortaya çıkan koalisyonlarla ilişkilendirilen yönetilemezlik krizleri, iyi işleyen bir demokratik hükümet sisteminde etkili yönetim için gerekli olan yasama ve yürütme organları arasındaki uyumun kaybolması ile başlamakta ve kısa sürede hükümet bunalımına dönüşmektedir. Çok parti sisteminin yarattığı koşullarda (iktidar şansına sahip parti sayısının, kutuplaşmanın ve ayrışma hatlarının fazlalığıyla) hükümet sistemi başkanlık da olsa parlamenter de olsa yasama ve yürütme organları arasın-

---

80 LIJPART Arendt, "Constitutional Design for Divided Societies", **Journal of Democracy**, C.15/2, 2004, ss. 96-109, 101-103.

81 CHEIBUB Jose A., **Presidentialism, Parliamentarism and Democracy**, Cambridge University Press, USA, 2007, s.149.

82 Ibid, s. 156.

83 Özsoy Boyunsuz, 2020, s.84-117.

daki uyumu tesis etmek, hükümeti kurmak ya da seçilebilmek için aktörlerin koalisyon kurması gerekecektir. Ancak iktidara gelme (koalisyon ortağı olma) şansına sahip parti sayısının ve bunlar arasındaki ideolojik mesafenin çokluğu (kutuplaşma) etkili koalisyonlar kurulmasını zorlaştırmaktadır. Dolayısıyla, yukarıda da altı çizildiği gibi yönetilemezlik krizlerinin kaynağı yönetim sisteminin parlamenter olmasından ziyade aşırı çok parti sistemidir.

Aşırı çok parti sistemine sahip başkanlık sistemleri bu bakımdan aynı sistemine sahip parlamenter sistemlerden daha fazla sıkıntı içindedirler. Zira ayrı ayrı seçimlerle belirlenen yasama yürütme organlarının varlığı her seçim için ayrı ayrı düşünülmüş ittifakları gerektirmekte ve buna rağmen organların farklı ittifakların ya da parti çoğunluklarının elinde kalmasına (bölünmüş hükümet yapısı) yol açabilmekte, yürütmenin tekil yapısı iktidarın paylaşılmasını zorlaştırmakta, bölünmüş hükümet yapılarındaki yasama-yürütme çatışmalarını seçimsiz çözme imkânı olmamaktadır. Mevcut Anayasa seçimlerin yenilenmesi hususunda cumhurbaşkanını avantajlı konuma getirmekte; kendisi uygun gördüğünde seçimleri yenileyebilirken TBMM ancak üye tam sayısının beşte üç çoğunluğu ile bu kararı alabilmektedir. Koalisyon ortakları yürütmede açık biçimde birlikte siyasi sorumluluk taşımadıklarından seçmen karşısında sorumluluğu başkana bırakarak koalisyonu dağıtabilme gücüne sahip olmaktadır. Bütün bu haller partiler arasında kurulacak iş birliklerini daha zor ve karmaşık hale getirmektedir.

Oysa parlamenter sistemlerin yönetim yapısı daha basittir. Aşırı çok parti sisteminin olumsuz etkilerine karşı rasyonelleştirilmiş savunma mekanizmaları geliştirilmesine açıktır. Tek bir seçim için seçim sonrası güç dengeleri doğrultusunda kurulan ve ortak sorumluluk paylaşan kolektif bir yürütme yapısı (bakanlar kurulu) mevcuttur. Bakanlar seçilmiş kişilerdir, yürütme üyesidir ve yasama organına karşı siyasal sorumlulukları vardır. Bakanlar kurulu ortak akılla yönetir, düzenli toplanır, tartışarak karar verir, bu kararlarını gerektiğinde muhalefetle tartışacağı ve açıklamak zorunda kalacağı kurumsal bir yapı olan meclis içinde faaliyette bulunur. Yasama-yürütme uyumu hükümet sisteminin merkezinde yer almaktadır.

Parti sayısı ve aralarındaki ideolojik mesafenin fazlalığı hükümet sistemi ne olursa olsun koalisyon kurmayı ve işletmeyi zorlaştıracaktır. Ancak parlamenter sistemde yasamanın yürütmenin oluşumunda söz sahibi olması ve erken seçim olmadan başbakanın farklı partiler arasında değiştirilebilme imkanının varlığı, yürütme koalisyonlarının kuruluşunu ve iktidarın paylaşımında değişik korelasyonları oluşturmayı kolaylaştıracaktır. Bu durum

kurumsal olarak yasama-yürütme uyumunu bir miktar daha kolay hale getirecektir. Çok parti sisteminde ideolojik mesafe düştükçe, ülke içindeki siyasi kırılma eksenleri azaldıkça yasama-yürütme uyumu daha kolay tesis edilebilmektedir.

Devlet başkanı, parlamenter sistemlerde ideal olarak yasama organı tarafından seçilir, partiler üstü ve tarafsız olmak zorundadır. Devlet ile vatandaşı arasındaki aidiyet ilişkisinde önemli rol oynayan devlet başkanı, ulusal kimliğin aktif üretim sürecinin ana aktörlerinden birisi olarak tasarlanmıştır. Siyasi iktidar hangi kesimde olursa olsun devlet başkanı herkesindir. Bunun içinde partisiz ve tarafsızdır. Sosyal iktidar kullanan, siyasi iktidarı kabineye bırakan, gerektiğinde toplumsal ve siyasal hakem rolü oynayabilecek bir konumdadır.

Çoğulcu özgürlükçü demokrasinin hayata geçtiği tek hükümet modeli değilse de parlamentarizm, demokrasi ile eş zamanlı olarak doğmuş ve birlikte büyümüş ikiz kardeşidir. Demokratik rejimlerin kurumları adil ve özgür rekabet ortamını güvenceye alırken, parlamenter sistem bu kurumları destekleyip, kollamaktadır.

Bu noktada parlamenter sistemlerin her ülkede aynı şekilde işleyen tek tip sistemler olmadığını hatırlatmak gerekir. Bütün diğer hükümet sistemleri gibi, ülkelerin siyasal rejimleri ve kurumsal özellikleri ile bütünleşerek özgünleşirler ve parlamenter sistemin türlerini oluştururlar.[84] Bu özgün alt tipler, parlamenter sistemin temel özelliği olan hükümetin, yasamanın rızası ile görevde kalabildiği yapılar olmakla birlikte, siyasal partilerin, seçim sistemlerinin ve siyasal kurumların etkisiyle çeşitlilik göstermektedirler.

O halde biz ne tür bir parlamenter sistemi tercih etmeliyiz?

VI. HANGİ PARLAMENTER SİSTEM BİZE UYGUNDUR?

Farklı yazarlarca değişik yönlerine çekilen mevcut türlerden birisi mi seçilmelidir, yoksa kendi sorunlarımıza yönelik birtakım çözümleri içeren bir tür parlamentarizm dizayn edilebilir mi?

---

[84] Çeşitli türlere ilişkin tanımlar için bkz: SARTORI, 1997, s. 137-139; WEAVER / ROCKMAN, 1993; SIAROFF Alan "Varieties of Parliamentarism in the Advanced Industrial Democracies", **International Political Science Review**, C. 24, S.4, 2003, ss.445-464, 448, 459; STROM Kare, "Parliamentary Democracy and Delegation", **Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies**, (edts. K. Strom, W. Müler, T. Bergman) Oxford University Press, Oxford, 2003 ss.55-106, 76-77.

Bu bakımdan parlamenter sistem, temel yönetim mantığı bozulmadan, oluşabilecek muhtemel aksaklıkların, tıkanma ve kriz hallerinin özel dizayn edilmiş hukuk kuralları ile aşılmasına uygun bir çerçeve sunmaktadır.[85] Literatürde rasyonelleştirilmiş parlamenter sistem olarak nitelenen bu tür, aşırı çok parti sistemine sahip parlamenter modellerin başta hükümet krizleri olmak üzere istikrarsızlık yaratacak durumlara karşı daha dayanıklı hale getirilmesi mantığına dayalıdır.[86] İstikrarlı bir hükümet ve etkili yönetim yapısı oluşturmak için Türkiye için de rasyonelleştirilmiş parlamentarizmin çeşitli yönetim araçlarının (kurucu güvensizlik oyu, fesih yetkisinin rasyonelleştirilmesi, hükümetin kurulmasının kolaylaştırılması düşürülmesinin zorlaştırılması, parlamentonun etkin çalışması yöntemleri gibi)[87] uyarlanması doğru ve yerinde olacaktır.

Ülkemizde aşırı çok parti sisteminin yani iktidara gelme şansına sahip parti sayısının üç ve üzerinde olduğu, ikiden fazla ayrışma hattında bu partilerin konumlandığı ve değişik düzeylerde kutuplaşmış bir iklimde rekabet ettikleri dönemler (1970'ler, 90'lar gibi) mevcuttur. Aşırı çok parti sistemi koalisyon kurulmasını ve işlemesini güçleştirici olumsuz sonuçlar yaratabilmektedir. Dizayn edilecek rasyonalleştirilmiş parlamenter sistem, bu sonuçları ortadan kaldırma amacını taşımakla birlikte; parti sayısını temsil adaletini ortadan kaldırmadan azaltan, kutuplaşmayı tahrik etmeyen, uygun bir seçim sistemi tarafından desteklenmeye de ihtiyacı vardır. Bunun için demokratik düzeyde (%3-5) arası bir ülke barajının nispi temsilin büyük partileri kollayan Dhond't gibi bir türüne monte edilmesi düşünülebilir.

Öte yandan hükümet istikrarını önceleyen rasyonelleştirilmiş parlamenter sistemin yönetim araçları, Türkiye'ye özgü dengelenen ve denetlenen çoğulcu demokrasi açığını gidermeye yeterli gelmeyecektir. Kurumsal denge ve denetleme araçlarının da kuvvetli biçimde sisteme entegre edilmesi gereklidir. Bu bakımdan yaratılacak model, Bruce Ackerman'ın sınırlandırılmış parlamentarizm (constrained parliamentarianism) dediği parlamento

---

85 ANAYURT Ömer, **Anayasa Hukuku Genel Kısım**, 2.bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 382.

86 Anayurt, 2019, s. 382-388; TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku,** 16.bası, Beta, İstanbul, 2013, s. 500-503; ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 21.bası, Yetkin, Ankara, 2021, s. 64; BRADLEY Anthony/ PINELLI Cesare, "Parliamentarism", **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law** *(*Haz. M. Rosenfeld/ A. Sajó) Oxford, UK, 2012, ss.650-668, 655; TANCHEV Evgeni, "Parliamentarism Rationalized", **East European Constitutional Review**, C.2/1, Winter 1993, ss.33-35.

87 ANAYURT, 2019, s. 383-387.

çoğunluğunun gücünün anayasal olarak sınırlandığı ve kurumsal olarak denetlenip dengelendiği bir yapı oluşturabilmelidir.[88]

Özellikle ülkemizde sağ seçmenin kutuplaşmış bir iklimde tek parti çatısı altında birleştiği dönemlerde, baskın partilerin ortaya çıkarak (DP, AKP gibi), kamu kaynakları ve gücünü kullanarak demokratik, adil ve özgür rekabet ortamını zedeleyip, keyfi yönetimler yaratıp, hegemonyacı hale dönüşebildikleri hatırlanmalıdır. Bu durumu engelleyecek ve demokratik özgürlükler ile rekabet ortamını müdafaa edecek kontrol-denge araçlarına ihtiyaç vardır.

Tasarlanacak modelde siyasi iktidar hukuk ile sınırlı olmalı, kurumsal yollarla denetlenmeli ve gücü dengelenmelidir. Diğer bir değişle karar süreçlerinde iktidarın hâkim olduğu, istikrarlı ve güçlü ancak keyfi olmayan hükümetlerin oluştuğu ve muhalefetin de meclisin kurumsal yapısı içinde güçlü denetim araçlarına sahip olduğu bir hükümet modeli Türkiye için uygundur. Oluşacak hükümet sisteminde güçlü ama denetlenen, şeffaf biçimde karar alıp, uygulayan bir hükümet yaratılmalıdır. Bunun için de parlamentonun ve kamuoyunun denetim mekanizmalarının güçlendirilmesi, halkın anayasal katılım araçlarının düzenlenmesi bizim için bir zorunluluktur.[89] Diğer bir değişle sınırlandırılmış parlamentarizmin, rasyonelleştirilmiş modelin araçlarıyla tahkim edildiği, güçlendirilmiş parlamenter bir model yaratılmalıdır.[90]

Bu bağlamda meclisin yetkileri arttırılmalı, muhalefetin etkili olacağı daimî denetim komisyonları oluşturulmalı, muhalefetin isteği ile ülke sorunlarını iktidar ve muhalefetin karşılıklı konuşabileceği ilave müzakere yolları belirlenmeli, bilgi edinme araçları muhalefetçe başbakan, bakanlar ve üst düzey bürokratlara karşı kullanılabilmelidir. Sayıştay, bağımsız bir mali denetim organı olarak güçlendirilmelidir.

---

88 ACKERMAN, 2000, s. 664.

89 Bu konuda somutlaşmış öneriler için BKZ: ÖZSOY BOYUNSUZ Şule/ ESEN Berk, **Türkiye İçin Yeni Bir Hükümet Sistemi: Hükümet Sistemi Kaynaklı Sorunlar ve Çözüm Önerileri,** İstanbul Politik Araştırmalar Enstitüsü, Politika Raporu, Aralık 2020. https://d4b693e1-c592-4336-bc6a-36c134d6fb5e.filesusr.com/ugd/c80586_6a562ba050bb4af7b0acf37226c53109.pdf (Erişim Tarihi: 30/03/2022).

90 Burada tarif edilenden kısmen farklı olarak, ilk defa, güçlendirilmiş parlamentarizm nitelemesi, yürütmeyi güçlendiren modeller karşısında yasama organının güçlenmesi amacına yönelik olarak Burak Cop tarafından ortaya atılmıştır. Bkz. COP Burak, "Güçlendirilmiş Parlamenterizm", Yurt Gazetesi, 18.03.2015.

Organ dengesinin yeniden tesisinde yasama, yürütme ve yargı organlarından hiçbiri diğerlerinin bütünüyle üstünde tasarlanmamalıdır. Öte yandan özellikle yasama-yürütme dengesinde unutulmaması gereken husus, aynı siyasi çoğunluğun yasama ve yürütmeye birlikte hâkim olacağıdır. Aynı çoğunluk iki organda da yetkileri kullanacaksa denge gene bozulacak demektir. Salt yasama-yürütme ayrılığı artık pek bir anlam ifade etmemektedir. O halde, organ dengesi kurgulanırken modern demokrasilerin iktidar-muhalefet ilişkileri gözetilmek zorundadır. Meclis içinde hükümetin kurulması, yasama ve bütçe fonksiyonlarının kullanıldığı karar süreçlerinde iktidar çoğunluğu hâkim olurken, denetim ve müzakere fonksiyonlarının kullanılmasında muhalefet ve kamuoyunun etkinliği arttırılmalıdır.

Denetleme işlevi sadece meclis içinde oluşmaz. İfade, örgütlenme gibi özgürlüklerin güçlendirilmesi, özellikle yazılı-görsel-sosyal medya özgürlüğünün aktif kullanıldığı çoğulcu bir ortam sağlamaya yönelik düzenlemeler yapılmalıdır. Ayrıca halkın da anayasal katılım araçlarıyla gerektiğinde bu rolü oynaması sağlanmalıdır. Halkın gündem teklifi ve özellikle çevre hakkına yönelik olarak halkın vetosu, karar süreçlerine katılım hakkı akla gelebilecek araçlardır.

Elbette bağımsız ve tarafsız yargı da çok önemli bir denetim organıdır. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması hukuk devletinin ve adil yargılanma hakkının olmazsa olmaz koşuludur. Anayasa ve idari yargının güçlenmesi, bireysel başvuru yolunun genişletilmesi de bu kapsamda düşünülmelidir.

Bağımsız merkez bankası gibi devlet kurumlarının da güçlendirilmesi oldukça önemlidir.

Bir başka kontrol-denge aracı da parti içi demokrasidir. Bu da hükümet sistemini etkileyen önemli bir husus olarak siyasi partiler kanunu çerçevesinde ele alınmalıdır. Parti üst yönetimleri ve milletvekili adaylıkları partili delegelerin değil, üyelerin katıldığı bir ön seçim usulü ile belirlenmelidir.

Karar süreçlerinde şeffaflık güçlendirilmelidir. İktidar ve muhalefet aynı meclis çatısı altında sorunları müzakere eder hale getirilmeli, bunun için muhalefetçe işletilen müzakere usulleri TBMM içtüzüğüne eklenmelidir. Bir muhalefet grubunun isteği araştırma komisyonu kurulabilmesi için yeterli olabilmelidir.

İstediğimiz karar alan ama denetlenen güçlü bir hükümet olduğuna göre, karar süreçlerinde tıkanmalar meydana gelmesi durumunda bunları açacak mekanizmalarımız da olmalıdır. Tek parti çoğunluğu oluşturamadığımız zaman koalisyonların kurulmasını kolaylaştırıp bozulmasını zorlaştırabiliriz. Azınlık hükümetleri istenmediği için göreve başlarken güvenoyu bulunmalıdır. Ancak burada aranan çoğunluk, hükümeti düşürmek için aranan yasama çoğunluğundan az olmalıdır. Göreve gelmek düşürülmekten kolay olmalıdır. Hükümetsiz kalmama amacına yönelik en etkili araçlardan biri kurucu güvensizlik oyudur. Yasama organı yenisini oluşturulmadan mevcut hükümeti görevden alamamalıdır. Karar süreci tamamen tıkandığında seçimlerin otomatik yenilenmesi gibi araçlarla halkın hakemliğine dönülebilmelidir. Örneğin, hükümet belli sürede kurulamazsa otomatik fesih araçlarıyla seçimler yenilenmelidir.

Cumhurbaşkanı, devlet başkanı olarak yürütme içinde sayılmamalı, anayasada açıkça yürütme yetkisinin bakanlar kurulu tarafından kullanılacağı belirtilmelidir. Cumhurbaşkanının seçiminde ilke meclis tarafından üye tam sayısının salt çoğunluğu ile seçim olmalıdır. Belli bir takvim içinde örneğin, 20 gün içinde iki turda bu sağlanamazsa bu seçimlerde en çok oyu alan iki adayın katılacağı bir seçimle halk tarafından seçilme usulü kabul edilebilir. Böylece TBMM'deki partilerin uzlaşarak Cumhurbaşkanını seçmesine öncelik verilebilir; ancak bu sağlanamadığı takdirde de halk tarafından cumhurbaşkanının kim olacağı belirlenerek süreç krize dönüştürülmeden sonlandırılabilmelidir.

Yeni hükümet sistemiyle gelen formel kurumlar dizayn edilirken Türkiye'nin siyasi parti sistemi ile uyumlu, krizlere dayanıklı olabilmesi içi esnek ve kurumsal çeşitliliğe açık olmasına dikkat edilmelidir. Sonrasında bu kurumlara aktif ve sürekli biçimde sahip çıkacak, uygulayacak, farklı sınıfsal ve ideolojik kesimlerden bir koalisyon oluşturulmalıdır.

Buraya kadar organ dengesine, denge ve denetleme araçlarına yönelik temel noktaları belirledik. Etkili yönetim yapısı yaratmada hükümetin oluşum ve çalışma kadar önemli bir başka husus da idari yapının nasıl olacağıdır. Kamu kaynaklarını etkili toplayan, sorun tespit etme ve çözme, kamu hizmeti sunma becerisi yüksek idari mekanizmalar nasıl kurulabilirler?

Öncelikle bürokrasi ve idare liyakate dayalı olarak iyi yetişmiş yüksek insan kaynağı ile oluşturulmalıdır. Devlet yönetiminde kurumsallaşma, kalıcılık ve liyakat esasına uygun olarak, üst düzey bürokrasinin cumhurbaşkanlarının görev süreleri ile eşitlenmiş olarak ve devlet yönetimi dışından, ge-

rekli uzmanlık kriterleri aranmadan getirilmesi usullerine son verilmelidir. Özel yeteneklerine göre adil bir seçim usulüne göre sınavla ve zorunlu istisnalar hariç mülakatsız belirlenen insan kaynağının, yetiştirilerek kalıcı ve kurumsal bir kimlik çerçevesinde hizmete özgülenmesi, kısaca rasyonel bürokrasinin yeniden tesisi gereklidir. Bu aynı zamanda vatandaşların kamu hizmetine girme anayasal hakkının da zorunlu bir sonucudur.

Yanı sıra hizmetsel ve coğrafi yerinden yönetim organlarının idari özerkliklerine ve demokratik yapılarına yönelik iyileştirmelere de ihtiyaç bulunmaktadır. Merkezin bu yapılar üzerindeki kontrolü de idari vesayet denetimi sınırlarını aşmayacak şekilde olmalıdır.

Mevcut hükümet sisteminde yürütme içinde aşırı derece merkezileşmiş bir yapı söz konusudur. Tek kişilik yürütme yapısı, birçok şeyin doğrudan doğruya Cumhurbaşkanınca belirlemesini öngörmektedir. Tüm bürokrasi tek bir merkezden onay bekler vaziyettedir. Hukuki açıdan Cumhurbaşkanının kendi danışmanları ve politika kurulları ile konuşarak bir karar alması beklenmektedir. Ancak süreçlerin şeffaf biçimde işletilmesi öngörülmüş değildir. Bakanlık bürokrasisi ve hatta bakanlar hukuken çözüm üretmek üzere örgütlenmemiş, cumhurbaşkanından gelen emir ve talimatları uygulamak üzere yapılanmıştır. Bu sebeple de sorumluluk alarak sorun tespiti, karar ve uygulama işlemleri yapmaları kendilerinden beklenmemektedir.

Bu durum karar ve uygulama süreçlerinde ciddi yavaşlıklara yol açabildiği gibi, uygulamacıların tespit ettiği sorunlar üzerinden çözüm üretmesini de öngörmediğinden sorun çözmeye odaklı, etkili bir yönetim yapısı da oluşturmamaktadır.

Ayrıca karar alırken kurumsal olarak istişare etmesi gerekmeyen yürütme, kimi zaman çok hızlı düzenleme yapmakta ancak sonrasında görülen eksiklik, unutulan hususlar vs. sebebiyle aynı hızla da alınan kararlardan dönebilmektedir. Bu durumu görmek için cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin değişim hızına bakmak yeterlidir.[91] İstişare ve katılıma kapalı, aynı zamanda da aşırı derecede merkezileşmiş model, karar alırken gerekenden hızlı, uygularken çok yavaş kalabilmektedir.

---

[91] Örneğin 10/07/2018 tarihli 1 no.lu CBK ki merkez devlet teşkilatının kuruluşu bakımından hayati düzenlemeler içermektedir, 5 gün sonra 21 maddesi ve I, III, IV sayılı listeleri ve 16. Bölümde yer alan 1 sayılı cetveli değiştirilmiştir. Toplamda ise yürürlüğe girişinden 2022 Nisan ayına kadar 445 madde değişikliği 36 ayrı CBK ile yapılmıştır. Bu sayıya cetvellerdeki değişiklikler dahil değildir.

Dolayısıyla bu yönetim yapısı hukuki istikrar ve öngörülebilirlik sunamamaktadır. İstişare edilmeden, çoğu zaman keyfi, çıkar ve istekler doğrultusunda kararlar alınabilmesini engelleyecek hükümlerden yoksundur.

Bunun için yasal ve anayasal değişiklik yeterli değildir. Yukarıda açıkladığımız gibi hukuki değişiklikler destekleyen ve uzlaşan enformel kurumları etkileyebilir ancak yarışan enformel kurumların da ortadan kaldırılması gereklidir. Siyasi güç ve kaynakların el değiştirmesi ve bunlara erişim yollarının değişimi başlangıçtır. Bundan sonra tüm enformel kurumların tasfiyesi için paylaşılan inanç ve kolektif deneyimlerin değişmesi gerekir. Enformel kurumların kurallarını uygulamakla elde edilen kar azaltılmalı ve formel kurallara uymamakla elde edilecek zarar çoğaltılmalıdır. Neo-patrimonyalizmin birçok kurumu siyasi elit kökenlidir. Yukarıdaki bölümlerde izah ettiğimiz gibi elit kökenli enformel kurumların tasfiyesi elitlerin ve paylaşılan deneyimlerin değişimine duyarlıdır ve toplum kökenli olanlara nispeten daha kolaydır.

Kaynakların kontrolü açısından da aynı husus geçerlidir. Devletin tüm mali kaynakları bütünüyle cumhurbaşkanının kontrolündedir. Bütçe ile ilgili mevcut düzenlemelerin geniş bir hareket alanını cumhurbaşkanına sunmak suretiyle kaynakların kontrolünü de fiilen cumhurbaşkanına bıraktığını söylemek yanlış olmayacaktır. Sayıştay denetimine tabi olmayacak şekilde kamu şirket ve bankaları da varlık fonu altında birleştirilerek tamamen cumhurbaşkanının kontrolüne bırakılmış durumdadır. Ayrıca cumhurbaşkanına bırakılmış ciddi bir de örtülü ödenek mevcuttur. Gizli tutulan bu harcamaların nasıl yapılacağına da yine cumhurbaşkanı karar vermektedir.

Yukarıda açıklanan neo-patrimonyalizmin kurumlarını destekleyen cumhurbaşkanına ait düzenleme, atama, örgütlenme, kaynak kontrolü konularında tek başına yetkiler veren, idarenin kanuniliği ilkesinin içini boşaltan tüm hükümlerinin değiştirilmesi gereklidir. Bunun yerine planlı ekonomik modele geri dönülmeli, kamu harcamalarında yetki kolektif biçimde kullanılmalı, meclis (özellikle muhalefet) tarafından ciddi biçimde denetlenebilmelidir.

SONUÇ

Kurumların doğru dizayn edilmesi halinde arzu edilen sonuçları yaratabileceği düşüncesinin ışığında Türkiye için hükümet sistemi kurumu tercihinin ne şekilde yapılması gerektiği sorusunu sorduk. Böyle bir soruya yanıt

verirken kurumların şekli olanlarının yanı sıra hukuken var olan kanallar dışında üretilen biçimleri de bulunduğunu ve birbirleriyle etkileşim halinde bulunarak sonuçlar ürettiklerini belirledik. Bu etkileşimde formel bir kurum olan hükümet sistemi başta parti sistemi ve seçim sistemi olmak üzere diğer formel kurumlarla etkileşim içinde biçimlenirken, enformel kurumlarla da ilişki içindedir. Enformel kurumlar formel kurumları tamamlayabilir, engelleyebilir, açıklarını kapatabilir yahut alt üst edebilirler. Dolayısıyla hükümet sistemlerinin işleyişi formel ve enformel diğer kurumlarla olan iletişiminden etkilenmektedir. Yaratılan olumlu ya da olumsuz sonuçlar bu etkileşimin bir sonucu olduğundan, olumsuz sonuçların olumlu olanlarla değiştirilmesi çabalarında da söz konusu etkileşim dikkate alınmalıdır.

Bu çerçevede özellikle göz önüne alınması gereken bir soru da enformel kurumlarca yaratılan problemlerin formel kurumlar değiştirilerek aşılıp aşılamayacağıdır. Yakından bakıldığında tasfiye edilmek istenilen enformel kurumun ve etkileşimin türüne göre bunun mümkün olabileceği ya da olamayacağı sonucuna varılabilmektedir. Bu yolla formel kurumlara bağlı olarak ortaya çıkan tamamlayıcı ve uzlaşmacı enformel kurumlara etki etmek mümkünken, onlarla rekabet eden yarışmacı ya da ikameci enformel kurumlara tesir etmek zordur. Formel kurumları değiştirerek etkileyemediğimiz yarışan ve ikameci enformel kurumlar ancak siyasi güç ve kaynakların el değiştirmesiyle, bu kurumların ürettiği kâr zarar dengesinin değişmesine duyarlıdırlar.

Kurumsal değişimin dinamiklerine ilişkin temel ilke ve bakışı böylelikle tespit ettikten sonra hükümet sistemi reformunun neyi amaçlaması gerektiği sorusunun cevabı aranmış ve iki temel beceriye sahip olunması gerektiği sonucuna varılmıştır: etkili yönetim yapısı oluşturmak ve denge-denetleme araçları ile sınırlı siyasi iktidar üretmek. Siyasi kurumlar, politikaları üreten kararların alınıp uygulandığı süreçleri biçimlendirdiklerinden ve bu sayede de hükümetlerin becerileri üzerinde etkili olduklarından, eğer sistematik olarak, tespit edilen becerilerde başarısız sonuçlar üretiyorlarsa yahut başka kurumsal yapılara nazaran benzer sorunları çözmede başarısız oluyorlarsa ve tekrarlayan krizlere yol açıyorlarsa yeni kurumsal tercihlere ihtiyaç bulunduğu düşünülmelidir.

Yukarıda özetlenen teorik yaklaşım doğrultusunda Türkiye'deki hükümet sisteminin neo-patrimonyal bir rejimin üst yapı kurumu olan "patronlu başkanlık" olduğu, arka planında söz konusu rejimin (yandaş kapitalizmi, yanaşmacılık gibi) yarışan enformel kurumları bulunduğu, liyakati dışlayan

anlayışın ciddi bir kötü yönetime, denge-denetlemeden arınmış siyasi iktidarlara yol açtığı ve reforma ihtiyaç duyduğu tespit edilmiştir.

Ardından yeni hükümet sisteminin hangi özellikleri taşıması gerektiği sorgulanmıştır. Varılan sonuçta karar süreçlerindeki tıkanıkları giderme ve hükümet istikrarını korumaya dönük mekanizmalara sahip olunması gerektiği, bunun da "rasyonelleştirilmiş/aklileştirilmiş parlamenter sistem" ile mümkün olabileceği sonucuna varılmıştır. Ancak salt rasyonelleştirilmiş parlamenter sistemin mevcut sorunları gidermede eksik kalacağından, geliştirilecek modelin aynı zamanda çeşitli denge-denetleme araçlarına sahip "sınırlandırılmış bir parlamenter sistem" olması gerektiği sonucuna varılmıştır. Rasyonelleştirilmiş ve sınırlandırılmış parlamenter sistem özelliklerinin Türkiye özelinde birleşimi ile "güçlendirilmiş" bir parlamentarizm önerilmiştir.

Önerilen modelin özü ise güçlü hükümet -güçlü meclis- güçlü yargı olarak özetlenebilir. Güçlü hükümet ile kast edilen görevde kalabilen, karar alıp etkili bir idari yapının yardımı ile uygulayabilen bir hükümettir. Öte yandan güçlü meclis ile kast edilen yasama, bütçe, denetleme, hükümeti kurma, müzakere ve temsil fonksiyonları güçlenmiş meclistir. Özellikle muhalefet tarafından işletilecek denetim ve müzakere araçları ile güçlenmiş ancak denetlenen bir yönetim yaratılması hedeflenmiştir. Harcanılan kamu parasının nerede, ne şekilde kullanıldığının hesabının kurumsal olarak verilmesi amaçlanmıştır. Yargının güçlenmesi ise yetkilerinin çoğalması, bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması ile gerçekleşecektir.

Denge ve denetlemenin güçlenmesi için sivil toplumun, temel anayasal hakların güçlendirilmesi, vatandaşlarının demokratik karar süreçlerine çeşitli anayasal araçlarla katılımının sağlanması da önerilmektedir.

KAYNAKÇA

ACKERMAN Bruce, "The New Seperation of Powers", **Harvard Law Review**, C.113/3, 2000, ss. 633-729.

ANAYURT Ömer, **Anayasa Hukuku Genel Kısım**, 2.bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

BAYLIS Thomas A., "Presidents versus Prime Ministers: Shaping Executive Authority in Eastern Europe", **World Politics**, Cilt 48, 1996, ss.297-323.

BECHLE Karsten, "Neopatrimonialism in Latin America: Prospects and Promises of a Neglected Concept", GIGA Working Papers 153, German Institute of Global and Area Studies, 2010, s.11.

BRADLEY Anthony/ PINELLI Cesare, "Parliamentarism", **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law** (Haz. M. Rosenfeld and A. Sajó) Oxford, UK, 2012, ss.650-668.

BRATTON Michael / Van De WALLE Nicolas, "Neopatrimonial Regimes and Political Transitions in Africa", **World Politics,** S. 46-4, 1994, ss. 453-489.

BRUHNS Hinnerk, "Weber's Patrimonial Domination and Its Interpretations", (Haz. D. Bach ve M. Gazibo), **Neopatrimonialism in Africa and Beyond,** Routledge, Oxon, 2012, sy. 9-24.

BRUHNS Hinnerk, "Weber's Patrimonial Domination and Its Interpretations", (Haz. D. Bach / M. Gazibo), **Neopatrimonialism in Africa and Beyond***,* Routledge, Oxon, 2012, ss. 9-24.

CENGİZ Fatih Çağatay, "Proliferation of Neopatrimonial Domination in Turkey", **British Journal of Middle Eastern Studies,** S.47-4, 2020, ss. 507-525.

CHEIBUB Jose A., **Presidentialism, Parliamentarism and Democracy**, Cambridge University Press, USA, 2007.

COLOMER Josep/ NEGRETTO Gabriel, "Can Presidentialism Work Like Parliamentarism?", **Government and Opposition**, C. 40/1, 2005, ss.60-89.

COP Burak, "Güçlendirilmiş Parlamenterizm", Yurt Gazetesi, 18.03.2015.

ÇALIŞKAN Koray, "Toward a New Political Regime in Turkey: From Competitive Toward Full Authoritarianism", **New Perspectives on Turkey,** S. 58, 2018, ss.5-33.

DAHL Robert, **On Democracy**, Yale University Press, New Haven-London, 2000.

ELGIE Robert, "The Classification of Democratic Regime Types, Conceptual Ambiguity Contestable Assumptions", **European Journal of Political Research**, C. 33, 1998, ss.219-238.

ERDMANN Gero / ENGEL Ulf, "Neopatrimonialism Revisited - Beyond a Catch-All Concept", GIGA Research Program: Legitimacy and Efficiency of Political Systems, No.16, 2006.

ESEN Berk/ GÜMÜŞÇÜ Şebnem, "Rising Competitive Authoritarianism in Turkey", **Third World Quarterly**, S. 37-9, 2016, sy. 1581-1606.

ESEN Selin, "2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", **Ankara Barosu Dergisi,** S.2016/4, 2016, ss.45-73.

FISH Steven, **Democracy Derailed in Russia the Failure of Open Politics,** Cambridge Uni. Press, USA, 2005.

GÖZLER Kemal, "Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa", **Ankara Barosu Dergisi,** S.2016/4, 2016, ss. 25-36.

GULIYEV Farid "Personal Rule, Neopatrimonialism, And Regime Typologies: Integrating Dahlian and Weberian Approaches to Regime Studies", **Democratization,** C.18/3, 2011, ss.575-601.

HALE Henry, "Regime Cyles: Democracy, Autocracy, and Revolution in Post-Soviet Eurasia", **World Politics**, Cilt 58, Sayı 1, 2005, ss.133-165.

HALE Henry, **Patronal Politics Eurasian Regime Dynamics in Comparative Perspective**, Cambridge Uni. Press, USA, 2015.

HELMKE Gretchen / LEVITSKY Steven, "Introduction", (Haz. G. Helmke / S. Levitsky), **Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America**, The John Hopkins University Press, USA, 2006, ss. 1-30.

http://www.giga-hamburg.de/de/system/files/publications/wp16_erdmann-engel.pdf (Erişim tarihi: 10/03/2022).

KABOĞLU İbrahim, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (10 Aralık 2016)", **Ankara Barosu Dergisi,** S.2016/4, 2016, ss.37-44.

KANADOĞLU Osman Korkut/ DUYGUN Mert, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları,** Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

KYLE Jordan / MOUNK Yascha, **The Populist Harm to Democracy: An Emprical Assessment**, Tony Blair Institute for Global Change, Aralık 2018. https://institute.global/sites/default/files/articles/The-Populist-Harm-to-Democracy-An-Empirical-Assessment.pdf (01/08/ 2021).

LARKIN Christopher, The Legacies of Hyper-presidentialism; Executive-judicial Relations, Constitutional Cultures, and the Future of Democratic Governance in Argentina and Peru, Ph.D Thesis, University of Southern California, 1998.

LARUELLE Marlene, "Discussing Neopatrimonialism and Patronal Presidentialism in the Central Asian Context", **Democratizatsiya**, S. 20-4, 2012, ss.301-324.

LEVITSKY Steven / WAY Lucan, **Competitive Authoritarianism**, Cambridge University Press, New York, 2010.

LIJPART Arendt, "Constitutional Design for Divided Societies", **Journal of Democracy**, C.15/2, 2004, ss.96-109.

LINZ Juan, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?", (Haz. J. Linz/ A. Valenzuela) **The Failure of Presidential Democracy; Comparative perspectives vol 1**, The John Hopkins University Press, Baltimore/London, 1994, ss. 3-87.

LOWNDES Vivien / ROBERTS Mark, **Why Institutions Matter? The New Institutionalism in Political Science**, Pargrave Macmillan, London, 2013,

MAINWARING Scott, "Presidentialism, Multipartism, and Democracy the Difficult Combination", **Comparative Political Studies**, S.26/2, 1993, ss.198-228.

NINO Carlos S., "The Debate over Constitutional Reform in Latin America", **Fordham International Law Journal**, C.16, 1993, ss. 635-651.

O'DONNELL Gulliermo, "Illusions About Consolidation", **Journal of Democracy**, C.7/2, 1996, ss.34-51.

ÖZBUDUN Ergun, **Anayasalcılık ve Demokrasi,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 21.bası, Yetkin, Ankara, 2021.

ÖZSOY BOYUNSUZ Şule, "Regime Cycles, Constitution Making, and the Political System Question in Ottoman and Turkish Constitutional Developments", *The Failure of popular Constitution Making in Turkey Regressing Towards Constitutional Autocracy*, (Haz. Felix Petersen ve Zeynep Yanaşmayan), Cambridge University Press, Cambridge, 2020, sy. 84-117.

ÖZSOY BOYUNSUZ Şule, "Siyasi Parti Sistemlerine Göre Başkanlık Rejiminin Türleri", **Amme İdaresi Dergisi**, C.49/3, 2016, ss. 1-40.

ÖZSOY BOYUNSUZ Şule/ ESEN Berk, **Türkiye İçin Yeni Bir Hükümet Sistemi: Hükümet Sistemi Kaynaklı Sorunlar ve Çözüm Önerileri,** İstanbul Politik Araştırmalar Enstitüsü, Politika Raporu, Aralık 2020. https://d4b693e1-c592-4336-bc6a-36c134d6fb5e.filesusr.com/ugd/c80586_6a562ba050bb4af7b0acf37226c53109.pdf (Erişim Tarihi: 30/03/2022).

POLSBY Nelson, **Legislatures", Handbook of Political Science** Cilt 5, (Haz. F. Greenstein /N. Polsby), Reading MA, Addison-Wesley Publishing Company, 1975, ss.277-283.

SANDBROOK Richard / OELBAUM Jay, "Reforming the Political Kingdom: Governance and Development in Ghana's Fourth Republic", Center for Democracy and Development, **Critical Perspectives Paper**, No.2, 1999. https://www.researchgate.net/publication/299492330_Reforming_the_Political_Kingdom_Governance_and_Development_in_Ghana's_Fourth_Republic (Erişim Tarihi: 30/03/2022).

SARTORI Giovanni, **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme,** (çev. Ergun Özbudun), Yetkin, Ankara, 1997.

SARTORI Giovanni, **Parties and Party Systems**, ECPR Press, Colchester, 2005.

SHUGART Matthew S./ CAREY John M., **Presidents and Assemblies. Constitutional Design and Electoral Dynamics,** Cambridge University Press, USA, 1992.

SIAROFF Alan "Varieties of Parliamentarism in the Advanced Industrial Democracies", **International Political Science Review**, C. 24/4, 2003, ss. 445-464.

SIAVELIS Peter, "Accomodating Informal Institutions and Chilean Democracy", (Haz. G. Helmke / S. Levitsky, **Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America**, The John Hopkins University Press, USA, 2006, ss.33-55.

STROM Kare, "Parliamentary Democracy and Delegation", **Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies**, (Haz. K. Strom, W. Müler, T. Bergman) Oxford University Press, Oxford, 2003 ss.55-106.

TANCHEV Evgeni, "Parliamentarism Rationalized", **East European Constitutional Review**, C.2/1, Winter 1993, ss.33-35.

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

TOMBUŞ Ertuğ, "The People and Its Embodiment: Authoritarian Foundations of Constitutions in Turkey" The Failure of popular Constitution Making in Turkey Regressing Towards Constitutional Autocracy, (Haz. F. Petersen / Z. Yanaşmayan), Cambridge University Press, Cambridge, 2020, ss. 59-83.

UĞUR ÇINAR Meral, "Embedded Neopatrimonialism: Patriarchy and Democracy in Turkey", **Social Politics,** S. 24-3, 2017, ss. 324-343.

VAN DE WALLE Nicholas, "Presidentialism and Clientalism in Africa's Emerging Party Systems", **Journal of Modern African Studies**, S.41-2, 2003, ss.297-321.

VON SOEST Christian, "Persistence and Change of Neopatrimonialism in Six Presidential Systems in Africa, Latin America, Southeast Asia", IPSA-ECPR Conference: Whatever Happened to North-South? 16-19 February, Sao Paulo Brezilya, 2011.

WEAVER Kent/ ROCKMAN Bert, "Assesing the Affects of Institutions", Do Institutions Matter?: Government Capabilities in the United States and Abroad, (Haz K.Weaver/ B.Rockman), Bookings Institution Press, Washington DC, 1993, ss.1-41.

YAN Huang-Ting, "Prime Ministerial Autonomy and Intra-Executive Conflict under Semi-Presidentialism", **European Political Science Review,** C. 13, 2021, ss. 285-306.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 97-122

FRANCE TELECOM DAVASI IŞIĞINDA PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG) SUÇU(*)

Doç. Dr. **Güçlü AKYÜREK**(**)

Öz: Paris Asliye Ceza Mahkemesi önündeki France Telecom davası psikolojik taciz ve özellikle de kurumsal psikolojik taciz açısından çok büyük önem taşımaktadır. Bu makalede öncelikle mahkemenin önündeki yargılama süreci soruşturma ve kovuşturma boyutuyla ayrıntılı olarak açıklanmakta, daha sonra da Fransa'daki psikolojik taciz kurumu gerek iş hukuku gerekse ceza hukuku yönüyle ele alınmaktadır. Daha sonra da bu tartışmaların ışığında Türkiye'deki durum ele alınmaktadır. İş hukukunda var olan psikolojik taciz, ceza hukukunda özel bir suç oluşturmamaktadır. Bu bağlamda var olan hangi suçların bu eylemi karşılayabileceği, özel bir suç düzenlemesinin gerekliliği ve psikolojik tacizin bir suç olarak tanımlanması durumunda ceza hukuku bakımından hangi tartışmaların dikkate alınması gerektiği açıklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Psikolojik Taciz, Kurumsal Psikolojik Taciz, France Telecom Davası, Yasallık İlkesi, Eziyet Suçu.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 24.02.2022 - Makale Kabul Tarihi: 07.04.2022.

(**) MEF Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0002-5835-793X; *akyurekg@mef.edu.tr*).

CRIME OF MOBBING IN THE LIGHT OF FRANCE TELECOM CASE

Abstract: The France Telecom case before the Paris Criminal Court is of great importance in terms of mobbing and especially organizational mobbing. This article firstly deals with the trial process before the court including investigation and prosecution, and then the notion of mobbing in France in terms of both Labor Law and Criminal Law. Then, in the light of these discussions, we focus on the situation in Turkey. Mobbing, which exists in Labor Law, does not constitute a special crime in the Turkish Criminal Law. In this context, we explain which crimes can punish this action, the necessity of a special crime definition and what discussions should be considered in terms of Criminal Law if mobbing is defined as a crime.

Keywords: Mobbing, Organizational Mobbing, France Telecom Case, Principle of Legality, Crime of Torment.

GİRİŞ

Paris 31. Asliye Ceza Mahkemesinin, 20 Aralık 2019 tarihinde verdiği mahkûmiyet hükmü(***), ülkede çok büyük bir yankı buldu. Bir kamu kuruluşu olup da büyük tartışmaların ardından 2004 yılında özelleştirilen France Telecom adlı telekomünikasyon kurumunun yöneticileri ve bizzat şirket, Fransız Ceza Kanunu çerçevesinde psikolojik taciz (mobbing) suçundan dolayı mahkûm edildiler. Olayın bu boyutunun yanında özellikle yankı bulan bir başka yönü de söz konusu suçun, şirket yönetimi tarafından önceden belirlenmiş bir işletme politikası çerçevesinde kurumsal biçimde işlenmesiydi.

Bu çalışmada, söz konusu hükümden hareketle Fransa'daki psikolojik taciz suçu ve uygulanması, Türkiye'deki olası yansımaları ve tartışmaları ele alınmaktadır. Bu bağlamda Türkiye'de 'mobbing' kavramının karşılığı olarak "psikolojik taciz" kullanıldığından (BK m. 417/1) ve öğretide de genel görüş bu yönde olduğundan Fransa'daki ifadeye daha çok uyan ("*harcèlement moral*") "manevi taciz" yerine "psikolojik taciz" kavramı seçilmiştir.

(***) Karar metnini bana veren Bordeaux Üniversitesi'nden (COMPTRASEC) değerli meslektaşım Loïc Lerouge'a içten teşekkür ederim. Kendisine minnettarım. Je remercie intimement mon collègue M. Loïc Lerouge (Université de Bordeaux, COMPTRASEC) qui m'a envoyé le texte de ce jugement. Je lui suis reconnaissant.

I. FRANSA'DA PSİKOLOJİK TACİZ SUÇU VE DAVANIN GELİŞİMİ

1. Yasal Düzenlemenin Tarihi

Başlarda, psikolojik taciz kavramı, işçilerin psikolojik durumunun yalnızca bireysel yansıması olarak algılanıp "ortak çıkarların" bir parçası olarak görülmemiştir[1]. Zamanla değişen bu durumda, 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda[2] açıkça "Onurlu Çalışma Hakkı" tanınmış (m. 26) ve özellikle 2. fıkrada çalışanların, "yinelenen olumsuz eylemlere" karşı korunması gerektiği gösterilmiştir. Ayrıca 2001 tarihli bir Avrupa Parlamentosu raporunda "*psikolojik taciz ile mücadele ve bunun engellenmesi, çalışma kalitesinin arttırılması ve iş yerindeki çalışma ilişkilerinin iyileştirilmesine yönelik çabaların önemli bir unsuru olarak görülmelidir*" denmiş, Avrupa Komisyonu da bir yıl sonra "*psikolojik taciz ve işyerinde şiddet, bugün bir yasama faaliyeti gerektiren özel bir sorundur*" açıklamasını yapmıştır[3].

Ulusal düzeyde, psikolojik taciz suçu, Fransız mevzuatına 2002 yılında yoğun tartışmalar sonucunda girebilmiştir. Zira dönemin Çalışma Bakanı, hem yürürlükteki Ceza Kanunu düzenlemelerinin bu tip eylemleri yeterince cezalandırdığı hem de cezai düzenleme yerine etkili önleyici düzenlemelerin yeğlenmesi gerekçesiyle tasarıya karşı çıkmıştır[4]. Ancak 17 Ocak 2002 tarih ve 2002-73 sayılı yasa ile ilginç biçimde hem İş Kanunu'na (art. L.122-49 ve art. 152-1-1) hem de Ceza Kanunu'na (art. 222-33-2) psikolojik taciz suçu eklenmiştir. Söz konusu durum öğretide haklı tartışmalara ve görüş farklılıklarına yol açsa da Fransız Anayasa Konseyi[5] 12 Ocak 2002 tarih[6] ve 2001-455 DC sayılı kararı ile düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığını söylemiştir. Zira Konsey, öncelikle iki düzenlemenin uygulama alanlarının farklı olduğunu, İş Kanunu'ndakinin yalnızca o yasa anlamında "işçi" olan kişileri kapsadığını, Ceza Kanunu'nun daha geniş bir kapsamı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca ölçülülük ilkesi uyarınca yargı yerlerinin yaptırımlardan en ağır olanını geçemeyeceğini de eklemiş ve mevcut düzenlemelerin anaya-

---

1 ADAM Patrice, "Harcèlement moral", **Répertoire de droit du travail**, Dalloz, 2019, par.5.

2 27 Eylül 2006 tarih ve 5547 sayılı yasa ile Türkiye tarafında onaylanması uygun bulunmuş ve 9 Nisan 2007 tarihli Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

3 ADAM, **Répertoire**, par. 9.

4 ADAM, **Répertoire**, par. 480.

5 Fransa'daki Anayasa Mahkemesi ("*Conseil constitutionnel*").

6 Fransa'da yasalar, yürürlüğe girmeden önce anayasallık denetimi için Konsey'in önüne götürülmektedir (FAY m. 61).

saya aykırı olmadığına karar vermiştir. Konsey'in Fransa ceza hukuku mevzuatında yer almayan, içtihat yoluyla kabul edilen "fikri içtima" kurumunu (TCK m. 44) uyguladığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Öğretide de bu görüş savunulmuş, İş Kanunu'nun mağdurun işçi olmasını aradığı, oysa Ceza Kanunu'nun böyle bir koşul getirmediği belirtilerek, ikincisinin hem "dikey" hem de "yatay" tacizi cezalandırdığı dile getirilmiştir. İş Kanunu uyarınca işçi statüsünde olmayan bir kişiye karşı tacizin "psikolojik taciz" kapsamına giremeyeceği eklenmiştir[7]. Bunun yanında "haysiyete yönelik" daha ağır ihlallerin Ceza Kanunu kapsamında, diğerlerinin ise İş Kanunu uyarınca cezalandırılabileceğine ilişkin görüşler de ileri sürülmüştür[8]. Ayrıca Fransız ceza yargılaması hukukundaki maslahata uygunluk ilkesi çerçevesinde (FCMK art. 40 vd.) cumhuriyet savcısının sahip olduğu takdir yetkisi uyarınca, daha ağır olarak kabul edilen eylemlere ilişkin ceza davası açılabileceği belirtilmiştir[9].

Çalışmanın içeriği itibarıyla, Fransız Ceza Kanunu'nun 2002 yılında yürürlüğe giren ve 2012 yılına kadar değişmeyen 222-33-2 numaralı maddesinin Türkçe çevirisi şu şekildedir:

> "*Başkasının haklarına ve haysiyetine zarar verebilecek, bedensel ya da ruhsal sağlığını bozabilecek veya mesleki geleceğini tehlikeye atabilecek şekilde iş koşullarının kötüleşmesine yol açan veya bu amacı taşıyan, tekrar eden hareketlerle o kişiyi taciz etmek, bir yıl hapis ve 15.000 Euro para cezası ile cezalandırılır*".

6 Ağustos 2012 tarih ve 2012-954 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonucunda suçun cezası iki yıl hapis ve 30.000 Euro para cezasına yükseltilmiştir. Aslında hükümetin sunduğu, cinsel tacize ilişkin değişiklikler öngören yasa tasarısında bulunmayan söz konusu değişiklik, Meclis görüşmeleri sırasında yine hükümetin önerisiyle yapılmıştır. Gerekçe olarak da cinsel taciz suçunun cezasıyla benzer kılmak amacı gösterilmiştir (FCK art. 222-33). Ayrıca İş Kanunu'ndaki hükümler de değiştirilerek cezai anlamda yalnızca Ceza Kanunu'ndaki hüküm bırakılmıştır.

---

7 MONTEIRO Evelyne, "Le concept de harcèlement morale dans le Code pénal et le Code du travail", **RSC**, 2003, s. 277 vd.

8 LE SUEUR Flavie, "Harcèlement moral au travail: le positionnement pragmatique du parquet", **AJ Pénal**, 2010, s. 529. Yazar, şu eylemleri ağır olarak değerlendirmiştir: işçiye hakaret edilmesi, isim takılması, ölüm tehdidi, gündelik kötü muamele, sürekli azarlama ve istenen tatil günlerinin sürekli reddedilmesi.

9 FORTIS Elisabeth, "Harcèlement moral en droit pénal et en droit du travail, unité ou dualité", **Semaine sociale Lamy**, n. 1482, 7 mars 2011, s. 8-9.

Son olarak 4 Ağustos 2014 tarih ve 2014-873 sayılı yasa ile düzenlemedeki "hareketler" ("*agissements*") ifadesi kaldırılarak "söz veya davranışlar" ifadesi ("*propos ou comportements*") getirilmiştir. Bunun da gerekçesi cinsel taciz ile benzerlik sağlamaktır[10].

Fransa'da bugün yürürlükte olan madde şu şekildedir:

"*Başkasının haklarına ve haysiyetine zarar verebilecek, bedensel ya da ruhsal sağlığını bozabilecek veya mesleki geleceğini tehlikeye atabilecek şekilde iş koşullarının kötüleşmesine yol açan veya bu amacı taşıyan, tekrar eden söz veya davranışlarla o kişiyi taciz etmek, iki yıl hapis ve 30.000 Euro para cezası ile cezalandırılır*".

Son olarak uygulamada genellikle cezaların ağır olmadığı, çoğunlukla para cezasına hükmedildiği, ertelemeli hapis cezalarının nadir olduğu eklenmelidir[11].

2. Yasal Düzenlemenin İçeriği

A. Genel Olarak

Öncelikle belirtmek gerekir ki Fransa'da Yargıtay'ın gerek İş Hukuku Dairesi gerekse Ceza Dairesi, Anayasa Konseyi'nin yukarıda da değinilen 2001-455 DC sayılı kararını gerekçe göstererek psikolojik taciz düzenlemesinin yasallık ilkesine uygun olduğunu, açıklık ve belirlilik ilkelerini ihlal etmediğini birçok kararında söylemiştir[12]. Dolayısıyla çalışmanın konusu bakımından Ceza Kanunu'ndaki düzenleme, bazı küçük değişikliklerle yürürlüktedir ve uygulanmaya devam etmektedir.

Bununla birlikte öğretide psikolojik tacizin, ayrımcılık ve cinsel tacizle karıştırıldığı belirtilmektedir. Oysa psikolojik taciz, yalnızca ayrımcılıkta başvurulan araçlardan biridir. Örneğin özellikle kadınların, analık izninden[13] sonra iş başı yaptıklarında ayrımcı bir taciz tehlikesiyle karşı karşıya oldukları bilinmektedir[14]. Cinsel taciz ise psikolojik tacizin bir aracı olabilmekte, "*cinsel çağrışımlı psikolojik taciz*" olarak adlandırılabilmektedir[15].

---

[10] Anayasa Konseyi 4 Mayıs 2012 tarih ve 2012-240 QPC sayılı kararında eski cinsel taciz düzenlemesinde yer alan "başkasını taciz etmek" ifadesini "*suçun unsurlarını açıkça tanımlamadığı*" gerekçesiyle suç ve cezanın yasallığı ilkesine aykırı bularak iptal etmiş ve sonrasında yeniden düzenleme yapılması gerekmiştir.

[11] LE SUEUR, s. 531.

[12] ADAM, **Répertoire**, par. 45-46.

[13] 4857 sayılı İş Kanunu m. 74.

[14] ADAM, **Répertoire**, par. 62.

[15] ADAM, **Répertoire**, par. 70-71.

Öte yandan öğretide "dikey taciz" ve "yatay taciz" ayrımı da yapılmaktadır. Birincisinde fail ile mağdur arasında hiyerarşik bir iş ilişkisi vardır. Uygulamada da genellikle karşılaşılan biçimi, işveren veya vekili tarafından, bağlı çalışanın taciz edilmesidir. Ancak ender de olsa çalışanın, amirini taciz etmesi de söz konusu olabilmektedir. Nitekim Yargıtay, mağdurun yönetim hakkının suçun oluşumunu engellemediğine karar vermiştir[16]. "Yatay taciz" durumunda ise mağdur, hiyerarşik bakımdan aynı seviyedeki iş arkadaşı tarafından taciz edilmektedir. Ayrıca işyeri dışından üçüncü bir kişinin fail olması ve bu kişinin ailevi vb. nedenlerle mağdur üzerinde hukuki ya da fiili otoritesinin bulunması durumunda yine işverenin, en azından iş hukuku bağlamında sorumluluğunun doğduğu savunulmaktadır[17].

B. Maddi Unsur

Psikolojik taciz suçunun yürürlükteki yasal tanımı uyarınca, yargı yerleri temelde üç unsurun varlığını aramaktadır: tekrarlanan hareketler (somut olarak sözler veya davranışlar), bunların iş koşullarının kötüleşmesine yol açması veya açabilmesi, kötüleşmenin çalışana zarar verebilecek nitelikte olması[18].

Öncelikle yasada açıkça belirtilmese de suçun bir iş ilişkisi çerçevesinde işlenebileceği ve tüm özel sektör ile kamu çalışanlarını kapsadığı kabul edilmektedir[19].

İçtihat çerçevesinde hareketlerin çok uzun bir zaman dilimine yayılmasa bile tekrarlanması gerekmekte, hareketlerin mutlaka farklı olması ise aranmamaktadır[20].

Kötüleşme ise maddi ya da manevi olabilir. Çalışanın penceresi ve aydınlatması olmayan bir odada çalıştırılması veya maddi menfaatlerden yoksun bırakılması ya da şirketin sağladığı ulaşım araçlarına binmesinin yasaklanması, yargı yerleri tarafından bu kapsamda değerlendirilmiştir[21]. İş koşul-

---

16 Crim. 18 jan. 2011, n. 10-83.389, www.legifrance.gouv.fr (Erişim: 1 Şubat 2022).

17 ADAM, **Répertoire**, par. 74-77; SALOMON Renaud / MARTINEL Agnès, **Droit pénal social**, 5e éd., Economica, Paris, 2019, s. 141.

18 Crim., 8 sept. 2015, n. 13-83.299, www.legifrance.gouv.fr (Erişim: 1 Şubat 2022).

19 SALOMON / MARTINEL, s. 140-141.

20 SALOMON / MARTINEL, s. 144-145. Yazarlar, şantiye şefinin aynı gün içerisinde çalışana önce hakaret edip sonra da evine dönmesini sağlayacak araçtan yoksun biçimde şantiyede bırakması eylemini, zamana yayılmadığı gerekçesiyle suç kapsamında kabul etmeyen Douai İstinaf Mahkemesi kararını örnek olarak göstermişlerdir.

21 SALOMON / MARTINEL, s. 145.

larının kötüleşmesinin objektif bir duruma işaret ettiği, bunun somut olarak belirlenmesinin ve "kötüleştiren iş koşulları" ile karıştırılmamasının gerektiği de eklenmelidir[22]. Hatta Yargıtay Ceza Dairesi, kötüleşme olasılığının bile yeterli olduğuna hükmederek suçun uygulama alanını son derece genişletmiştir[23]. Öte yandan söz konusu kötüleşmenin kural olarak tekrarlanan söz veya davranışlarla nedensellik bağı içerisinde ortaya çıkması gerekmekle birlikte, yasal tanımdaki gibi "iş koşullarının kötüleşmesi amacı" taşınıyorsa bu bağın aranmayacağı da eklenmelidir[24].

Son olarak kötüleşmenin, mağdur bakımından yasada sayılan zararlı neticeleri doğurabilecek şekilde olması yani somut olayda sayılan neticeler doğmasa bile doğmaya elverişli olması aranmaktadır. Yargıtay içtihadı da bu yöndedir[25]. Dolayısıyla şekli suç olduğu, neticelere yönelik olasılığın yeterli olduğu belirtilmektedir[26]. Nitekim çalışanın amirine yönelik aşağılayıcı eylemlerini, yasada sayılan zararlı neticeleri gerçekleştirme araçları olmadığı gerekçesiyle suç saymayan istinaf mahkemesi kararı, Yargıtay tarafından basit bir olasılığın yeterli olduğu gerekçesiyle bozulmuştur[27].

Birinci olası netice, "haklara ve haysiyete zarar verilmesidir". Öğretide "ve" bağlacı nedeniyle her ikisinin birden olması gerektiği savunulmaktadır[28]. Yargıtay da genellikle ikisini birlikte değerlendirmektedir[29]. İnsan haysiyeti, öncelikle insanın bu sıfatıyla olan değerini korumakta, köle, serf ya da insan ticareti mağduru olmamasını ifade etmektedir[30]. İş yeri özelinde de çalışanın, amaca ulaşmak için bir araç olarak görülmemesi ve ona eşitlik anlayışı içerisinde bir insan olarak davranılması gerekliliğine işaret eder[31].

---

22 MONTEIRO, s. 277 vd.

23 Crim., 14 janv. 2014, n. 11-81.362 bkz. SALOMON / MARTINEL, s. 145. Yazarlar, bu kararı haklı olarak eleştirmektedirler.

24 SALOMON / MARTINEL, s. 146.

25 Crim., 23 janv. 2018, n. 16-87.709, www.legifrance.gouv.fr (Erişim: 1 Şubat 2022).

26 SALOMON / MARTINEL, s. 146.

27 Crim., 6 déc. 2011, n. 10-82.266, www.legifrance.gouv.fr (Erişim: 1 Şubat 2022).

28 SALOMON / MARTINEL, s. 146. Yazarlar, Hükümet tasarısında yalnızca "haysiyet" ifadesinin bulunduğunu, "haklar" ifadesinin Meclis görüşmelerinde eklendiğini belirtmektedirler.

29 SALOMON / MARTINEL, s. 148.

30 DUPRE Catherine, «Le respect de la dignité humaine: principe essentiel du droit du travail», **Revue de droit du travail**, 2016, s.671.

31 DUPRE, s. 676.

İkinci olası netice "bedensel veya ruhsal sağlığın bozulmasıdır". Yine tam bir bozulma aranmamakta, olasılık yeterli görülmektedir. Yargı yerleri psikiyatri raporunu kanıt olarak kabul etmektedir[32].

Üçüncü olası netice ise "mesleki geleceğin tehlikeye atılmasıdır". Belirlilik ilkesi bakımından eleştirilen bu ifade, ücretin düşmesini de beraberinde getiren tenzil-i rütbe[33], işten çıkarma veya genellikle karşılaşılan şekliyle, iş yerindeki "*cehenneme*" dayanamayan çalışanın istifası örneklerini içermektedir[34].

Uygulamada psikolojik taciz eylemleri olarak verilen örnekler şunlardır: yalnızlaştırma, iş vermeme veya işin yapılmasını kasten karmaşıklaştırma, aşağılayıcı veya haksız eleştiriler, saldırgan ya da amiyane sözler, sürekli ve çok detaylı izlemeler, aleni aşağılamalar, değersizleştiren işler verme, tam veya kısmi ödeme kesintileri, tehditler veya hakaretler[35].

C. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru Fransa'da tartışma konusu olmuştur. Aranan manevi unsurun kast olduğu konusunda oybirliği söz konusudur. Zaten suçların "cürüm, cünha ve kabahat" ("crime, délit, contravention") biçiminde üçe ayrıldığı Fransız ceza hukukunda ilk ikisi için kast aranmaktadır (FCK art. 121-3/1)[36]. Öngörülen yaptırım nedeniyle bir cünha olan psikolojik taciz için kast gerekmektedir[37]. Nitekim Yargıtay da bu yönde içtihat oluşturmuştur[38].

Bununla birlikte asıl tartışma genel kast mı özel kast mı sorusu üzerinde doğmuştur. Zira birincisine göre failin, mağdura zarar verebilecek bir iş koşulu kötüleşmesine yol açan hareketleri bilerek yapmasını yeterli sayarken, ikincisi mağdura zarar verme kastını aramaktadır. Başta zarar verme kastını

---

32 SALOMON / MARTINEL, s. 148.

33 Fransa'da Yargıtay, 1998 tarihli *Hôtel Le Berry* kararına kadar işverenin, iş sözleşmesinde değişikliğe yol açan tenzil-i rütbe cezası da dahil olmak üzere disiplin cezalarını tek taraflı uygulamasını kabul ediyordu. Ancak bu kararla birlikte iş sözleşmesi değişikliği durumunda çalışanın onayını aramaya başlamıştır bkz. BAYCIK Gaye, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara Üniversitesi SBE Doktora Tezi, Ankara, 2011, s. 106. İlgili karar Soc., 16 juin 1998, n. 95-45.033.

34 SALOMON / MARTINEL, s. 148.

35 LE SUEUR, s. 530.

36 "*İşleme kastı olmaksızın cürüm ve cünha oluşmaz*" («*Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre*»).

37 ADAM, **Répertoire**, par. 483; FORTIS, s. 9; MONTEIRO, s. 277 vd.

38 Crim., 21 juin 2005, n. 04-86.936, www.legifrance.gouv.fr (Erişim: 1 Şubat 2022).

arayan Yargıtay ise sonradan içtihadını değiştirmiş ve genel kastı yeterli görmeye başlamıştır[39]. Dolayısıyla Fransız ceza hukuku anlayışı çerçevesinde, failin yaptığı hareketlerin olası zarar verici sonuçlarını bilmesi gerekmekle birlikte zarar vermeyi istemesi gerekmemektedir[40]. Nitekim Yargıtay, somut bir olayda psikolojik tacizin manevi unsurunun, olaydaki bir başka suçunkiyle karıştırılmamasını, ikinci suçun zarar verme kastını aradığını söyleyerek, açıklanan ilk görüşü uygulamayı sürdürmüştür[41].

D. Hukuka Uygunluk Nedeni: Yönetim Hakkı

İşveren ile çalışan arasında iş sözleşmesi çerçevesinde kurulan iş ilişkisi bağlamında işverenin sahip olduğu temel haklardan biri de yönetim hakkıdır. Öğretide, hukuka uygun olmak kaydıyla işverenin işi düzenlemesi ve işin yürütülmesini denetlemesini sağlayan hak olarak kabul edilen bu hak çerçevesinde işveren, talimatlar verebilir, düzenlemeler yapar, bunlara uyulup uyulmadığını denetler ve gerekirse yaptırım uygulayabilir[42]. Türkiye'de Yargıtay da çalışanın iş görme borcunun yönetim hakkı kapsamındaki talimatlarla somutlaştığını, bu hak ile borcun birbirinin karşılığı olduğunu ifade etmiştir[43].

Dolayısıyla işverenin bu hakkı uyarınca otoriter bir tavır sergilemesi ve genel anlamda çalışanlar üzerinde bir iş stresi yaratmasının hukuka uygun olduğu Fransa öğretisinde ve uygulamasında kabul edilmektedir[44]. Ancak her hak gibi bu hakkın da hukuk sınırları içerisinde kalması zorunlu olup, eğer ölçülülük dışına çıkılırsa psikolojik taciz suçunun oluştuğu kabul edilmektedir[45]. Örneğin Yargıtay, failin mağdura diğer çalışanlar ve müşterilerin önünde bağırmasını, aşağılayıcı ad takmasını, sürekli iş değiştirtmesini yönetim hakkının sınırlarının aşılması olarak yorumlayıp suçun tamamlandığına karar vermiştir[46]. Aynı biçimde işverenin sürekli ve nedensiz öfkeli dav-

---

39 ADAM, **Répertoire**, par. 483; SALOMON / MARTINEL, s. 148-149.

40 ADAM Patrice, "La 'figure' juridique du harcèlement moral managérial", **Semaine sociale Lamy**, n. 1482, s. 6

41 Crim., 13 déc. 2016, n. 15-81.853.

42 DURSUN ATEŞ Sevgi, **İşverenin Yönetim Hakkı**, Selçuk Üniversitesi SBE Doktora Tezi, Konya, 2019, s. 13.

43 Y. 7.HD. E. 2014/5708 K. 2014/10806 K. 14.05.2014, www.yargitay.gov.tr (Erişim: 1 Şubat 2022).

44 SALOMON / MARTINEL, s. 143; LE SUEUR, s. 531.

45 ADAM, **Répertoire**, par. 527.

46 Crim., 30 sept. 2009, n. 09-80.971, www.legifrance.gouv.fr (Erişim: 1 Şubat 2022).

ranışları, mağdurlara eğitimini almadıkları işleri vererek onları hataya sevk etmesi, yine müşterilerin önünde aşağılaması yönetim hakkının sınırlarının aşılması olarak kabul edilerek mahkûmiyet hükmü onanmıştır[47].

E. Kurumsal Psikolojik Taciz

Bu kısımda son olarak söz edilmesi gereken kavram, aşağıda ayrıntılı biçimde tartışılan kararla da doğrudan bağlantısı nedeniyle, yeni bir kavram olan "kurumsal psikolojik taciz"dir. Bu durumda "taciz", genellikle belirli tek bir çalışanı değil tüm ya da bir kısım çalışanı hedef alır ve yönetimin yarattığı baskı ve korku, belirli bir "modelin", bir "işletme stratejisinin" sonucudur[48].

Söz konusu kavram mevzuatta yer almasa da yargı kararlarında kabul edilmiştir. İlk başta Yargıtay İş Hukuku Dairesi 2009 yılında psikolojik tacizin, yöneticiler tarafından uygulanan "*belirli işletme yöntemlerinin de*" sonucu olabileceğini açıkça kabul etmiştir[49]. Ceza Dairesi de söz konusu suçun, "bir organizasyon veya yönetim modelinden" kaynaklanabileceğini hüküm altına almıştır[50].

Öğretide bir "kurumsal psikolojik tacizin" varlığı halinde Fransız ceza hukuku çerçevesinde sorumlu organını ya da temsilcisini belirlemeye çalışmak yerine doğrudan suçun hesabına işlendiği tüzel kişinin cezalandırılması gerektiği savunulmaktadır[51].

3. Somut Bir Örnek: France Telecom Davasının Gelişimi

A. Soruşturma

Süreç 14 Aralık 2009 tarihinde SUD PTT adlı sendikanın, Paris Cumhuriyet Başsavcılığına sunduğu, şirket yöneticilerine yönelik şikâyet dilekçesi ile başlamıştır. Öncelikle Savcılığın istemi üzerine iş müfettişleri görevlendirilmiş, idari soruşturma yapılarak raporlar sunulmuştur. Raporlarda çalışanları yaşadıkları sorunlara dikkate çekilerek "basit iş sıkıntılarının" ötesine

---

47 Crim., 17 juin 2014, n. 12-84.918; İlgili başka kararlar için bkz. VIRIOT-BARRIAL Dominique, "Harcèlements au travail: récents évolutions", **AJ Pénal**, 2016, s. 352 vd.

48 ADAM Patrice, "Harcèlement moral: pleins feux sur l'obligation patronale de prévention", **Le Droit ouvrier**, n. 702, Janvier 2007, s.4; ADAM, **La figure juridique**, s. 7.

49 Soc., 10 nov. 2009, n. 07-45.321, www.legifrance.gouv.fr (Erişim: 1 Şubat 2022).

50 Crim., 27 mai 2015, n. 14-81.869, www.legifrance.gouv.fr (Erişim: 1 Şubat 2022).

51 FORTIS, s. 11.

geçildiği intihar ve depresyon vakalarının olduğu vurgulanmıştır. 8 Aralık 2010 tarihinde Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde, soruşturma yargıçlarının yürüttüğü ilk soruşturma açılmıştır[52]. Yapılan aramalar ve alınan ifadeler sonucunda ilk soruşturma 30 Aralık 2014 tarihinde bitmiş, ancak istinaf ve temyiz başvuruları nedeniyle 12 Haziran 2018 tarihinde soruşturma yargıçları kısmi kovuşturmaya yer olmadığı kararı ve son soruşturma açılması kararı ile ("*ordonnance de renvoi*") soruşturma aşamasını bitirmişlerdir.

Söz konusu kararda soruşturma yargıçları, 2007-2010 yılları arasında, daha önce özelleştirilen France Telecom şirketinin[53] ve üç eski yöneticisinin şirketteki çalışan sayısını azaltmak için psikolojik taciz suçunu kurumsal düzeyde işlediklerini, dört eski yöneticinin de suç ortağı olarak iştirak ettiklerini iddia etmişler ve cezalandırılmalarını istemişlerdir. Kararda faillere isnat edilen eylemler şunlardır:

- Sürekli ve düzensiz yeniden organizasyonlar,
- Başlangıçta tekrarlayan teşvikler,
- Zorla yer ve/veya görev değişiklikleri,
- Fazla çalıştırma, sonuç baskısı veya çalıştırmama,
- Aşırı ve müdahaleci denetim,
- Değersizleştiren işlere verme,
- İnsan kaynakları desteğinden yoksunluk,
- Yetersiz hatta olmayan eğitimler,
- Personelin yalnızlaştırılması,
- Korkutma manevraları, hatta tehditler,
- Ödemelerin düşürülmesi

---

[52] Fransa'da cürümler açısından ilk soruşturma ("*information judiciaire*") zorunludur. Cünhalar açısından ise takdiridir. Bkz. FCMK art. 79 vd.

[53] Fransa'da tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bulunmaktadır. FCK art. 121/2: "*Devlet dışında, tüzel kişilerin (...) kendi hesaplarına, organ veya temsilcileri tarafından işlenen suçlardan dolayı ceza sorumluluğu vardır*".

Diğer suç ortaklarına isnat edilen eylemler de şunlardır:

- İşten ayrılmalara yönelik baskıyı güçlendiren çok baskıcı bir yönetim modeli uygulama,
- Çalışanlara ve görevlilere iş vermemeye yönelik yeniden organizasyonlar gibi işten ayrılmalara yönelik baskı araçları oluşturma,
- Saha görevlerini tasarlama ve genelleştirme,
- Zorunlu değişiklik kararlarına katılma,
- Görevliler ve çalışanlar için istikrarsızlık yaratmaya yönelik süreçleri arttırma,
- Küçülme amacına ilişkin finansal teşvikler yaratma

B. Kovuşturma

Bu aşamada çeşitli dernek, sendika ve federasyonlardan oluşan 14 tüzel kişi ve 170 gerçek kişi davaya katılmıştır. 6 Mayıs 2019 ile 11 Temmuz 2019 tarihleri arasında toplam 46 duruşma yapılmış, 5 Temmuz 2019 tarihinde Savcılık esas hakkındaki mütalaasını sunmuş, 6-11 Temmuz 2019 tarihleri arasında da sanıklar ve müdafileri esas hakkındaki savunmalarını yapmışlardır.

Savunma tarafı, genel olarak, aşağıdaki savunmalara dayanmıştır:

- Kurumsal psikolojik taciz kavramı, yasallık ilkesine aykırıdır. Yasa, hiçbir biçimde "sistematik psikolojik tacizi" öngörmemektedir, dolayısıyla suçlamalar öngörülebilir değildir.
- Suçun maddi unsurunda süreklilik bulunmaktadır. Bireysel durumlar dikkate alınmaz, suç ancak kasti icrai hareketlerle işlenebilir, basit ihmaller yeterli değildir.
- Her hareketin nedensellik bağı içerisinde, her mağdurun çalışma koşullarını kötüleştirmesi ve bunun da tek tek kanıtlanması gerekmektedir.
- Kurumsal taciz kavramıyla, mağdurların belirsiz biçimde genişletilmesi hem dar yorum ilkesine[54] hem de suç ve cezanın yasallığı ilkesine aykırıdır.

[54] Fransa'da söz konusu ilke açıkça yasada yer almaktadır. FCK art. 111-4: "*Ceza Kanunu dar yorumlanır*".

- İlgili Yargıtay içtihadı ışığında, yönetim yetkisi, psikolojik taciz değildir. Yönetici otoriter olabilir, işe ilişkin bazı gereksinimlerin karşılanması stres yaratabilir ama bu psikolojik taciz anlamına gelmez. Failde, meşru şirket çıkarlarını korumaya çalışmanın ötesinde zarar verme bilincinin bulunduğu da kanıtlanmalıdır.

C. Mahkemenin Değerlendirmesi ve Hüküm

a. Suça İlişkin Genel Değerlendirmeler

Paris 31. Asliye Ceza Mahkemesi öncelikle suça ilişkin genel değerlendirmeler yapmıştır. İlgili Anayasa Konseyi ve Yargıtay içtihadına gönderme yaparak, suç tanımının yasallık ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varan Mahkeme, somut koşullar çerçevesinde yasanın ve yasa koyucunun amacını ortaya koyma görevi olduğundan hareketle, metni ve içtihadı dikkate alarak yorum yapabileceğini, bunun dar yorum ilkesine aykırı olmadığını söylemiştir.

Suçu inceleyen Mahkeme, bir ön şart olarak fail ile mağdur arasında iş ilişkisi bulunması gerektiğini belirtmiş, ancak İş Kanunu bakımından mağdurun mutlaka işçi olması aranırken Ceza Kanunu uygulamasında iş ilişkisinin yeterli olduğunu eklemiştir. Nitekim Yargıtay, bir kararında bağımsız çalışanın bile bu suçun mağduru olabileceğini kabul etmiştir[55]. Bu bağlamda İş Kanunu ile Ceza Kanununda yer alan düzenlemeler arasındaki farka da değinen Mahkeme, ikincisinin amacının failleri cezalandırıp tekrar topluma kazandırmak olduğunu, usulünün de ilkinden tamamen farklı olduğunu vurgulamıştır.

Ayrıca söz konusu suçun süreklilik unsuru içerdiğini belirten Mahkeme, niteliği ağır da olsa tek bir eylemin başka bir suçu oluşturabileceği ancak tek başına psikolojik taciz suçunu oluşturamayacağı sonucuna varmıştır[56]. Birbirinden bağımsız olmayan eylemler bütünü olmalıdır. Zamanaşımı da en son eylemden itibaren işler.

Maddi unsur bakımından iş koşullarını kötüleştiren ve işçiye zarar verebilecek, tekrar eden hareketler aranmaktadır. İçtihat uyarınca tekrar eden hareketlerin farklı niteliklerde olması, başta iş koşullarını kötüleştirme ya da işçiye zarar verme amaç ya da neticesine sahip olup olmaması önem taşı-

---

[55] Crim., 16 déc. 2016, n. 16-81.253, www.legifrance.gouv.fr (Erişim: 1 Şubat 2022).

[56] Yargıtay, mağdurun iş arkadaşlarına e-postalar gönderme eylemini, tekrar eden eylemler değil, hukuki anlamda tek bir eylem olarak kabul etmiştir (Crim. 9 mai 2018, n. 17-83.623, www.legifrance.gouv.fr (Erişim: 1 Şubat 2022)). Türk hukuku bakımından "aynı neviden fikri içtima" olduğu söylenebilir (TCK m. 43/2).

mamaktadır. Yargıtay, iş koşullarının kötüleşmesini somut olarak aramamakta, olasılığı yeterli görmektedir[57]. Kötüleşme maddi veya manevi olabilmektedir[58]. Kötüleşmenin "mağdurun haklarına ve haysiyetine zarar verecek" nitelikte olması gerekir[59]. Tıpkı kötüleşme gibi olasılık yeterlidir. Mahkeme, hareketlerin icrai nitelikte olması gerektiğini, basit ihmalin söz konusu olamayacağını söyledikten sonra, sanıkların bu yöndeki itirazlarına, somut olayda basit ihmal değil yöneticilerin kasıtlı olarak verdikleri kararların icrasının söz konusu olduğu şeklinde yanıt vermiştir.

Manevi unsur bakımından da Mahkeme, işçiye zarar verebilecek bir kötüleşmeye yol açan hareketlere yönelik bir genel kastın mı, yoksa mağdura zarar vermeye yönelik özel kastın mı gerekli olduğu tartışmasına girmiştir. Yasanın yeni yürürlüğe girdiği dönemde özel kast arayıp daha sonra genel kastı benimseyen Yargıtay'ın içtihadından hareketle, failde zarar verme kastının bulunmasının gerekmediğine karar vermiştir. Böyle bir sonucu bilmesi ya da bu yöndeki bir olasılık yeterlidir. Nitekim Yargıtay da "*amirin yönetim yetkisini aşan tekrarlama, kasti tacizi ortaya koymaya yeter*" demiştir[60].

Bu bölümde son olarak Mahkeme, kurumsal taciz kavramına değinmiştir. Dava konusu olayların yaşandığı tarihteki yasal tanımın, belirli çalışanları hedeflemeyen "sistematik taciz" kavramını içermediği savunmasına karşı, öncelikle Meclis tartışmalarını gösteren Mahkeme, Yargıtay'ın İş Hukuku Dairesinin kabul ettiği bu kavramı, Ceza Dairesinin de 21 Haziran 2005 tarih ve 04-87.767 sayılı kararı ile kabul ettiğini söylemiştir. Nitekim adı geçen kararda, çalışanların bireysel ya da kolektif olarak muhatap oldukları eylemlerin iş koşullarını kötüleştirdiğini kabul eden istinaf mahkemesi kararı onanmıştır. Böylesi bir taciz için aranan koşullar da şöyle sıralanmıştır:

- Çalışanların işini kısmen veya tamamen düzenleme amacı taşıyan bir şirket politikası oluşturup uygulama,
- Bu grubun iş koşullarını, sürekli tekrarlarla, kötüleştirme,
- Yönetim yetkisinin sınırlarının aşılması

---

[57] Crim., 24 mai 2011, 10-87.100; 14 janv. 2011, 11-81.362; 28 janv. 2018, 16-87.709, www.legifrance.gouv.fr (Erişim: 1 Şubat 2022). Dolayısıyla Fransız hukukunda psikolojik taciz suçunun, zarar değil tehlike suçu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

[58] Crim., 25 juin 2013, 12-84.650, www.legifrance.gouv.fr (Erişim: 1 Şubat 2022).

[59] İnsan haysiyeti kavramı, Anayasa Konseyi içtihadı uyarınca anayasal değere sahip bir ilkedir (n. 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, www.legifrance.gouv.fr (Erişim: 1 Şubat 2022)).

[60] Crim., 30 mars 2016, n. 14-86.700, www.legifrance.gouv.fr (Erişim: 1 Şubat 2022).

b. Somut Olayın Değerlendirilmesi

Mahkeme, soruşturmanın açılması kararında 1 Ocak 2007'den itibaren işlenen eylemlerin dikkate alındığını dolayısıyla, sanığın rızası olmadıkça belgede yer alanlardan başka eylemlere ilişkin karar verilemeyeceğini söylemekle beraber, önceki eylemlerin suçun maddi ve manevi unsurunun tartışmasında ele alındığını ifade etmiştir. Var olan kuralın, bunu engellemediğini de vurgulamıştır.

Mahkeme, dava konusu olayları tarihsel sıralamada dört bölüme ayırmıştır:

Birinci bölüm, 2002 yılı ile Haziran 2005 arasındaki dönemi kapsamaktadır. Bu süreçte şirketin özelleştirilmesi ve sanıkların, 2005-2006 sürecinde alacakları asıl kararlara hazırlık yapmaları, bir bakıma hazırlık hareketleri söz konusudur. Çalışan topluluklarının parçalanması, yeniden oluşturulmasına yönelik ilk adımlar atılmış, dayanışma azaltılarak psikolojik taciz kolaylaştırılmıştır.

İkinci bölüm 2005-2006 yıllarını kapsamaktadır. "Yeni Telekom Deneyimi" (*Nouvelle Expérience des Télécoms - NexT*) adlı strateji ve "Dönüşüm için Yeteneklerin Öncelenmesi" (*Anticipation des Compétences pour la transformation - ACT*) adlı program ilan edilmiştir. Soruşturma yargıçlarının iddiası 18 aylık bu süreçte, finansal kaygılarla, personelin temsil kurumlarının etkisizleştirilmesi, 22.000 kişinin işten ayrılması ve görüşmelerin kasten başarısızlığa uğratılmasının amaçlandığıdır. Savunma bunları tamamen reddetmiştir.

Üçüncü bölüm olan 2007-2008 süreci ise Mahkeme tarafından suçun işlendiği dönem olarak kabul edilmiştir. Mahkeme, tüm sanıklara ilişkin mahkûmiyet kararını bu dönemdeki eylemlere dayandırmıştır. Bu dönemde *NExT* adlı stratejik plan uygulanmaya devam etmiştir. Mahkeme, öncelikle, psikolojik tacizin yapısı gereği, tek tek ele alındığında önemsiz gözüken hareketlerin bağımsız düşünülmemesi, topluca değerlendirilmesi gerektiğini söylemiştir. İkinci olarak da zararın aranmadığını, zarar olasılığının yeterli olduğunu vurgulamıştır. Taciz edici ve tekrar eden üç temel hareket belirlenmiştir:

1. İşten çıkışların ve yer değişikliklerinin izlenmesi: Süreç içerisinde şirket bölümlerine, zorunlu işten çıkış ve yer değiştirme kotaları koyan talimatlar verilmiş ve icrası sürekli kontrol edilmiştir. Sonuçta çalışan sayısını azaltmaya yönelik yapay ama stratejik hedefle birlikte, tüm bölümlerde gönüllü değil zorla işten çıkışlar olmuştur.

2. Performans ücreti ve grubun dönüşümünün izlenmesi: Süreç içerisinde yöneticilerin performans ücreti, küçülmeye bağlanmıştır. Böylece çalışanları şirketten ayrılmaya zorlamak için ara hiyerarşiye başvurulmuştur. Bu bağlamda İnsan Kaynakları Bölümü önemli rol almıştır.

3. Yöneticilerin eğitimi: Yöneticiler, şirket tarafından kurulan "Fransa İşletme Okulu" ("*Ecole du Management France*") tarafından söz konusu stratejinin uygulanabilmesi için eğitime tabi tutulmuşlardır.

Aynı süreçte; fazla çalıştırma, sonuç baskısı veya tersine çalıştırmama, aşırı ve müdahaleci denetim, değersizleştiren işlere verme, personelin yalnızlaştırılması, korkutma manevraları, hatta tehditler şeklinde diğer hareketlerde de bulunulmuş fakat mahkeme, bunlarla şirket politikası arasında açık bir bağ tespit edememiş ve tüm çalışanlar için uygulandığını görmemiştir. Ancak yine de açıklanan politikanın baskısı altındaki kimi yöneticilerin başvurduğu yöntemler olabileceği belirtilmiştir. Zira makul olarak öngörülebilir olanın çok üstünde işten çıkış hedefi için yönetim, çok farklı yöntemleri devreye sokmuştur. Çalışanların yerleri "zorla" değiştirilmiş, yöneticilere, farklı iş yapıyor olsalar bile, çalışanların performanslarını kıyasladıkları belgeler hazırlatılmış ("*performance individuelle comparée*") ve bunlar ilan edilmiş, çalışanlar üzerinde baskı yaratılmıştır. "*Pushing mail*" yoluyla çalışanlara haftada birkaç kez başka yerlerde çalışmalarını öneren e-postalar gönderilmiştir. Mahkeme, tek başına cezalandırılabilir olmayan bu hareketin, somut koşullarda, sürekliliği de dikkate alındığında, genel endişe ikliminin bir parçası olabileceğini söylemiştir. Kasım 2009 itibarıyla çalışanların yalnızca %30'unun son 5 yılda yer değiştirmediği görülmüştür. Soruşturma yargıçları tarafından "organize olmayan" şeklinde nitelendirilen, şirket içindeki sürekli yeniden organizasyonlar ile ortadan kaldırılan görevler ve 22.000 işten çıkış ile bağlantı görülmüştür. Bununla birlikte mahkeme, söz konusu yeniden organizasyonların tek başına taciz edici olmadığını çünkü şirketin dönüşümü için gerekli projelerle ilgisiz olduğunu gösterecek yeterli unsurların dosyada bulunmadığını kabul etmiştir. Ancak "organize olmayan" karakteri nedeniyle, şirket yönetiminin süreci makul biçimde yürütebilecek araçlara da sahip olmadığını eklemiştir. İş yeri hekimleri ve iş müfettişleri, raporlarında iş koşullarının kötüleştiğini tespit etmişlerdir. Şirket yönetimi ise uyarıları dikkate almamış ve küçülme stratejisini uygulamaya devam etmiştir.

Son dönem ise 2009-2010 yıllarıdır. Mahkeme, soruşturma yargıçlarının tersine bu dönemde suç işlenmediğine karar vermiştir. Zaten bu dönemde *NExT* planına ilişkin az belge bulunmaktadır. Zira 2008 yılı sonunda bitmiştir. 14 Temmuz 2009 tarihinde şirket çalışanı Michel DEPARIS'in intiharı ve bıraktığı

mektubun medyanın gündemine oturması, dikkatleri şirketin üzerine çekmiş ve krizi son derece medyatikleştirmiştir. Bay DEPARIS yazdığı mektupta iş koşullarından şikâyet etmiştir: "*sürekli acil durum, fazla çalışma, eğitim eksikliği, şirkette tam bir organizasyonsuzluk*". Son günlerde "*acınası*" bir duruma düştüğünü, "*işinin buna yol açtığını ve intiharından France Telecom'un sorumlu olduğunu"* yazmıştır. Daha önce de 7 kişi intihar etmiş, bu intihardan sonra da 8 kişi daha intihar etmiştir. Bunun üzerine ülke gündemine oturan krizi yönetmek isteyen şirket yönetimi, Çalışma Bakanlığı ile psiko-sosyal risklerin yönetimi politikası oluşturmak için bir sözleşme imzalamış, ayrıca sendikalarla da bir araya gelerek çeşitli sözleşmeler imzalamıştır. Şirket yönetiminde de değişiklikler olmuştur. Sorunun medyatik hale gelmesi, 2009 yılı yaz mevsiminden itibaren şirketi, çalışanlarına yeniden güven kazandırmaya itmiştir.

Mahkemeye göre bu iki yıllık süreçte yani *NExT* planı bittikten sonra, resmi olarak işten çıkmaya zorlamayı hedefleyen bir küçülme politikasının varlığını ortaya koyan yeterli unsur bulunmamaktadır. Zira 22.000 işten çıkış hedefine fazlasıyla ulaşılmıştır. Dolayısıyla 2007-2008 sürecinin basit etkilerinin, yeni psikolojik taciz hareketleri olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle 2009-2010 sürecinde suçun gerçekleşmediği sonucuna ulaşılmıştır.

c. Hüküm

Yasal değişiklikleri dikkate alan Mahkeme, suç işlendiği tarihteki cezaya göre değerlendirme yapmıştır (1 yıla kadar hapis, 15.000 € adli para cezası). Zaten bu cezalar en lehe olan cezalardır. Üç gerçek kişi yönetici fail için, suçun işlenişini ve konumlarını dikkate alarak en üst sınırdan cezaları belirlemiş ama 8 aylık kısmını ertelemiştir. Suç ortaklarına, tamamı ertelenen dört ay hapis ile 5.000 € adli para cezasına hükmetmiştir. Tüzel kişi olarak France Telecom ise 75.000 € adli para cezasına çarptırılmıştır. Ayrıca Mahkeme, katılanların da çeşitli miktarlarda tazmin edilmesine karar vermiştir. Fransız hukukunun bir özelliği olarak mahkemenin 2009-2010 dönemi için sanıklara ayrı ayrı beraat kararı verdiği de eklenmelidir.

II. TÜRKİYE'DE PSİKOLOJİK TACİZ

1. Genel Olarak

Öncelikle, "*modern bir savaş*" ve "*kısır döngü*" olarak adlandırılan[61] psikolojik tacizin (mobbingin) Türkiye'de tam karşılığı olan bir suçun bu-

[61] CİN Onursal / GÜNBEY Tuba, "Mobbing Davranışlarının Eziyet Suçu Bakımından Değerlendirilmesi", **NEÜHFD**, C: 4, S: 1, 2021, s. 153.

lunmadığını hatırlatmak gerekiyor. Buna karşılık başta iş hukuku olmak üzere özel hukuk alanında psikolojik tacizin gerek mevzuatta gerekse içtihatta yer aldığı ve uygulandığı söylenmelidir.

Bu bağlamda 4857 sayılı İş Kanunu doğrudan bir hüküm içermese de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "İşçinin Kişiliğinin Korunması" başlığının altındaki 417. maddesinin 1. fıkrası, işverene işçisini psikolojik tacizden koruma yükümlülüğü vermektedir[62]. Dolayısıyla psikolojik taciz, işverenin işçiyi gözetme borcu çerçevesinde değerlendirilmektedir. İşveren, işçisinin hem kişiliğini korumak hem de kişilik haklarına saygı göstermekle yükümlüdür[63]. Yargıtay da bu borcun içeriğini "*İş sözleşmesinin işverene yüklediği gözetme borcu, işçinin iyiliği ve çıkarları doğrultusunda davranma, işçiye zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak, tehlikeleri önlemek borçlarını yükler (...) İşverenin işyerinde çalışanları gözetme ve koruma borcunun kapsamında, işçilerin maddi ve manevi vücut bütünlüğünün, şeref, haysiyet ve özel yaşam gibi kişisel değerlerinin korunması da bulunmaktadır*"[64] biçiminde tanımlayarak psikolojik tacizi de kapsamasını sağlamıştır.

Öğretide; mobbing, işçiye karşı işveren, vekili veya bir başka işçi tarafından yapılan, sürekli, küçültücü, aşağılayıcı davranışlar olarak tanımlanmakta ve genellikle amacın da istifa ettirmek olduğu eklenmektedir[65]. Yargıda ise kavram ilk 2006 yılında bir yerel mahkeme tarafından kullanılmış ve "*mobbing kavramı, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışan veya astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb. davranışları içermektedir*" tanımı yapılmıştır[66].

Daha sonra Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da benzer bir tanımlama yapmış ve davalı bankanın, uzun yıllardır kendi bünyesinde çalışan davacıyı 9 ay boyunca 30 kez yer değiştirtmesini psikolojik taciz olarak yorumlamıştır[67].

---

62 "*İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür*".

63 SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, 16. Baskı, İstanbul, 2018, s. 400 vd.; LOKMANOĞLU Salim Yunus, **İşyerinde Psikolojik Taciz - Mobbing-**, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 99-100.

64 Y. 9.HD. E. 2010/15688 K. 2010/38732 T. 20.12.2010, www.lexpera.com (Erişim: 10 Ocak 2022).

65 SÜZEK, s. 402.

66 Ankara 8. İş Mah., E. 2006/19 K. 2006/625 T. 20.12.2006 bkz. LOKMANOĞLU, s. 23. Yazar, Anayasal Mahkemesi bireysel başvuru kararından da örnek vermektedir. s. 24.

67 YHGK E. 2012/9-1925 K. 2013/1407 T. 25.9.2013 bkz. SÜZEK, s. 403.

Psikolojik taciz mağduru olan çalışan, sözleşmeye aykırılık ya da haksız fiil kuralları çerçevesinde maddi/manevi tazminat isteyebileceği gibi iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi de gündeme gelebilecektir (İş K. m. 24/II, b, d)[68]. Ayrıca işverenin 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu çerçevesinde idari para cezalarıyla karşı karşıya kalabilmesi de söz konusudur.

2. Ceza Hukukunda Psikolojik Taciz

Daha önce de belirtildiği üzere Türk ceza hukukunda açıkça psikolojik taciz adında bir suç tanımlanmamıştır. Bu nedenle başka suçların uygun düştüğü ölçüde, psikolojik taciz oluşturan eylemlerin cezalandırılmasını sağlaması hukuken olanaklıdır.

Bir görüşe göre; intihara yönlendirme (TCK m. 84), kasten yaralama (TCK m. 86-87), eziyet (TCK m. 96), cinsel saldırı ve cinsel taciz (TCK m. 102-105), cebir (TCK m. 108), kişinin huzur ve sükununu bozma (TCK m. 123), hakaret (TCK m. 125) suçları gündeme gelebilecektir[69].

Bir başka görüşe göre ise "kasten yaralama", "hakaret", "kişinin huzur ve sükununu bozma", "eziyet" ve "cinsel taciz" suçlarının yanında iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (TCK m. 117), nefret ve ayrımcılık (TCK m. 122) ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçları (TCK m. 134) da uygulanabilecektir[70].

Söz konusu suçlar, doğrudan psikolojik tacizin ihlal ettiği hukuksal değeri koruyup bu eylemi cezalandırmak gibi bir amaç taşımasa da, psikolojik tacizin gerçekleştirilmesine hizmet eden çoğu eylemin ayrı ayrı cezalandırılmasına yol açmaktadır. Ancak her suç için, kendi özel unsurları çerçevesinde ek koşullar aranacak olması ve hiçbirinin, psikolojik tacizle ihlal edilen hukuksal yararı doğrudan ve tam olarak korumadığı unutulmamalıdır. Dolayısıyla tam amaca ulaşılamamaktadır. Aynı suçların olduğu Fransa'da da İş Kanunu yanında Ceza Kanunu'nda da özel bir psikolojik taciz düzenlemesinin yapılmış olması, bu görüşü desteklemektedir.

Bununla birlikte yasal tanımları ve Yargıtay içtihadı ışığında iki suça özel olarak yer vermek ve bunları tartışmak gerekmektedir. Birincisi eziyet, ikincisi ise iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçlarıdır. Son olarak psikolojik

---

68 SÜZEK, s. 404; LOKMANOĞLU, s. 106 vd.

69 ERDEM Mustafa Ruhan / PARLAK Benay, "Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S: 88, 2010, s. 272-280.

70 LOKMANOĞLU, s. 90 vd.

taciz açısından tartışma yaratabilecek bazı genel ceza hukuku kurumlarına da değinmek yararlı olacaktır.

A. Eziyet Suçu (TCK m. 96)

Türk Ceza Kanunu'nun 96. maddesinde düzenlenen ve 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nda tam karşılığı bulunmayan "eziyet" suçunun, yasallık ve belirlilik ilkesi açısından sorunlu olduğu öğretide savunulmaktadır[71].

Söz konusu eleştiri haklı olmakla birlikte var olan koşullar çerçevesinde çözüm olarak, madde gerekçesinden de hareketle, TCK m. 94'te tanımlanan "işkence" suçuna başvurulması önerilmiştir[72]. Dolayısıyla mağdurun, sistematik olarak, insan onuruyla bağdaşmayan biçimde, bedensel ya da ruhsal yönden acı çekmesine ya da aşağılanmasına kasten yol açılması eziyet suçunu oluşturur[73]. Sistematik olmak ise hareketlerin ani nitelikli tekil olmaması, belli bir süre devam etmesi hatta "*düzenli bir bütünlük arz eder*" şekilde yapılmasıdır[74]. Yargıtay'ın da aynı görüşte olduğu savunulmaktadır[75].

Bu tanımın kabulü durumunda, insanların, insanlık onuruyla bağdaşmaz biçimde ve sistematik olarak bir bütünlük içerisinde acı çekmesine ya da aşağılanmasına yol açmanın, psikolojik taciz oluşturan eylemleri de kapsadığı açıktır[76]. Nitekim Yargıtay da somut bir psikolojik tacizi, eziyet suçu kapsamında değerlendirerek, beraat hükmünü bozmuştur. Olayda, özel kalem müdürlüğünde memur olan katılanın sözleşmesi feshedilmiş, İdare Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine kendisi geri dönmüş, bir hafta sonra geçici yetkiyle 6 aylığına başka bir yere gönderilmiş, bu kez verilen yürütmeyi durdurma kararı üzerine katılan il merkezine geri dönmüştür. Bu kez kendisine oda verilmeyen katılan, bodrum katında şoförlerle birlikte mesaiye zorlanmış, yine geçici olarak görevlendirilmiş ve yine yürütmeyi durdurma kararı verilmiştir.

---

[71] TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 19. Baskı, Ankara, 2021, s. 326-327. Yazarlar, düzenlemenin İspanya'dan alındığını, orada da Yargıtay'ın maddeyi "*belirsiz*" bulduğunu belirtmektedirler. SEVÜK Handan, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu", **İÜHFM**, C: LXXI, S: 1, 2013, s. 1273-1274. Yazar, bu eleştirinin yanında düzenlemenin Türkiye'nin AİHS m. 3 bağlamındaki pozitif yükümlülüğünün ve bir gereği olduğunu vurgulamıştır.

[72] CİN / GÜNBEY, s.157; ALTUNÇ Sinan, "Eziyet", **Özel Ceza Hukuku**, C: II, İstanbul, 2017, s. 374-375.

[73] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 328; SEVÜK, s. 1276.

[74] SEVÜK, s. 1277.

[75] CİN / GÜNBEY, s. 159.

[76] Aynı yönde bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 331; ERDEM / PARLAK, s. 275.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2017 yılındaki bir kararına[77] gönderme yapmış ve psikolojik tacizin sistematik yönünü vurgulayarak, sürekli yer değiştirme, anlamsız işler verme, yok sayma gibi eylem örneklerini sıralamıştır. Bundan hareketle somut olaydaki "*sırf sıkıntı vermek, onu (katılanı) rencide ve pasifize etmek kastını*" vurgulayan Cezai Dairesi, eylemlerin eziyet boyutuna vardığına, haklı olarak, karar vermiştir[78].

Bununla birlikte işkence suçunun diğer benzer suçlardan ayırt edilmesine yeterince hizmet etmediği için eleştirilen "insan onuruyla bağdaşmama" ölçütünün[79], aynı sorunu eziyet suçu açısından da doğurduğu, önerilen "ağırlık düzeyi" ölçütünün[80] de çok farklı uygulamalara yol açabilecek niteliği nedeniyle maddedeki belirsizliği gidermeyeceği söylenmek zorundadır.

B. İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (TCK m. 117/2)

Türk Ceza Kanunu'nun İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali başlıklı 117. maddesinde birbirinden farklı birden fazla suç düzenlenmiştir. Gerek tanımı gerekse yukarıda eziyet suçuna ilişkin değinilen Yargıtay kararındaki karşı oy gereğince ikinci fıkrada düzenlenen suç, psikolojik taciz ile ilgili görülmüştür[81].

İkinci fıkradaki düzenleme ise öğretide daha çok "sömürü" üzerinden tanımlanmaktadır[82]. Dolayısıyla maddede asıl korunan değer, failin (genellikle işveren), mağdurun (genellikle çalışan) işteki emeğini sömürmesidir. Zaten seçimlik hareketli suçun oluşabilmesi için ya ücretsiz çalıştırmak ya açıkça orantısız düşük bir ücretle çalıştırmak ya da insan onuruyla bağdaşmayacak koşullarda çalıştırmak ve konaklatmak gerekmektedir. Psikolojik taciz bakımından özellikle karşılaşılabilecek olan üçüncü harekettir. Ancak öğretide genellikle kabul gören ve suçun işlenmesini son derece zorlaştıran "çalıştırma

---

[77] YHGK E. 2015/9-461 K. 2017/127 T. 25.01.2017, www.yargitay.gov.tr (Erişim: 18 Ocak 2022).

[78] Y. 8. CD. E. 2018/203 K. 2018/2245 T. 1.3.2018, www.yargitay.gov.tr (Erişim: 18 Ocak 2022). Karara muhalif kalan bir üye ise olayda sistematiklik koşulu yerine gelmediği için eziyet suçunun oluşamayacağını, TCK m. 117/2'den hüküm kurulması gerektiğini savunmuştur.

[79] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 312-313.

[80] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 313.

[81] İkinci fıkradaki suç resen soruşturulabilirken, cebir veya tehdit unsurunun arandığı birinci fıkradaki suçun şikâyete bağlı olması gerçekten ilginç bir farklılıktır.

[82] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 626; BAYRAKTAR Köksal, "Çalışma Özgürlüğünü Engelleme", **Özel Ceza Hukuku**, C: III, İstanbul, 2018, s. 263. Yazar, maddede düzenlenen diğer suçlardan ayırmak için "Sömürü Suçu" başlığını kullanmaktadır.

ve konaklatmanın birlikte gerçekleşmesi" görüşü[83] benimsenirse psikolojik taciz eylemlerinin çok büyük bir çoğunluğu bu suçu oluşturmayacaktır.

Bunun yanında söz konusu hareketlerin de mağdurun çaresizliği, kimsesizliği ya da bağlılığı sömürülerek yapılması aranmaktadır. Sayılan üç kavramın da içeriği yasallık açısından sorunlu olmakla birlikte[84] her psikolojik taciz eyleminde bu koşullardan birinin olduğunu söylemek olanaklı değildir[85].

Dolayısıyla düzenlemenin psikolojik tacizi bütünüyle karşıladığı söylenemez.

C. Yeni Bir Düzenleme Gereksinimi: İcra-İhmal, Nedensellik Bağı, Yasallık-Belirlilik

Türkiye'de ve tüm dünyada gerek insani gerekse ekonomik açıdan çok büyük bir kayba yol açan psikolojik taciz eyleminin, iş hukukuna özel önlem ve uygulamalarla engellenemediği görülmektedir. Örnek olarak mağdurun, ciddi fiziksel ve zihinsel rahatsızlıklarla karşı karşıya kalmasına yol açarken, işyerindeki çalışma barışı bozulmakta, Almanya'da 13 milyar Euro, Birleşik Krallıkta ise 4 milyar pound zarar yaratmaktadır[86]. Ülkemizde de resmi istatistiklere göre Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi ALO 170 hattına 2011-2017 yılları arasında 55.046 adet psikolojik taciz başvurusu yapılmış ve başvurular her yıl artmıştır[87]. Bunun, buzdağının görünen kısmı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim işyeri intiharı artık bilinen ve araştırmalara konu olan, nedenleri arasında psikolojik tacizin de bulunduğu, giderek daha vahim hale gelen güncel bir sorundur[88]. Böylesi bir sorunla mücadelede ceza hukuku araçlarına başvurmak, suç ve ceza politikasına da uygundur. Ayrıca ceza yasalarının açıklayıcı bir görevi olduğu da unutulmamalıdır.

---

83 BAYRAKTAR, s. 268.

84 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 627.

85 Düzenlemeye ilişkin bir fikir vermesi açısından, Yargıtay'ın somut olayda, olası ceza ve tazminat ödemelerine güvence oluşturması amacıyla, işçilere, işten atma tehdidi ile boş senet imzalatılmasını, ilk fıkradaki suç çerçevesinde değerlendirdiği söylenebilir bkz. Y. 8.CD. E. 2018/6498 K. 2020/1716 T. 24.1.2020, www.yargitay.gov.tr (Erişim: 10 Ocak 2022).

86 **İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi**, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, 4. Baskı, Ankara, 2017, s. 21-23.

87 **Bilgilendirme Rehberi**, s. 46. Sonraki sayfalarda cinsiyete, sektöre ilişkin ayrıntılı bilgiler verilmektedir.

88 TEKİN İPEK Meryem, "Psikososyal Bir Risk Olarak İşyeri İntiharı", **Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi**, C: 12, N: 2, 2020, s. 185. Yazar, Türkiye'den ve birçok ülkeden konuya ilişkin örnekler paylaşmaktadır.

Yeni bir suç tanımlama yoluna gidilmesi durumunda da üç olası soruna çözüm üretmek gerekecektir: a) Yasallık ilkesi, b) Nedensellik bağı, c) İcrai-ihmali suç tartışması

a. Yasallık İlkesi

Ceza hukukunda suç ve ceza içeren bir düzenlemenin yasa ile yapılması temel bir ilkedir (AY m. 38, TCK m. 2). Bu durum hem kuralın meşruiyetinin bir gereği hem de kusur ilkesinin bir sonucudur[89]. Dolayısıyla tanımın ve yaptırımın yasada olabildiğince açık bir biçimde yer alması yani "belirlilik" gerekmektedir[90].

Oysa yukarıda değinilen tartışmaların ışığında görülmektedir ki Fransa örneği, bunu tam olarak sağlayamamaktadır. Yapılacak olası tanımın "eziyet" suçundakine benzer tartışmalara yol açmayacak ölçüde belirli olması, aynı eleştiri ve sorunların tekrar gündeme gelmesini engelleyecektir.

b. Nedensellik Bağı

Failin, suç oluşturan neticeden sorumlu olabilmesi için yaptığı hareket ile netice arasında bir neden-sonuç ilişkisi bulunmalıdır ki buna da "nedensellik bağı" denir. Psikolojik tacizin, mağdur üzerinde bedensel ve/veya psikolojik zararlar oluşturduğu kabul edildiğinde, fail olan kişinin iş ilişkisi bağlamında yaptığı hareketlerle bu sonuçlara yol açtığının kanıtlanması gerekmektedir ki bunun da oldukça zor olduğu açıktır[91].

Suçun, somut bir zarar yerine tehlike suçu biçimde düzenlenmesi durumunda da failin hareketlerinin, tanımdaki tehlikeyi yaratması aranacak, bu da belirsizliği arttırabilecektir.

c. İcrai-İhmali Suç Tartışması

Psikolojik taciz, icrai bir hareketle yani yaparak işlenebileceği gibi ihmali bir hareketle yani yapmayarak da işlenebilir. Bu durumda da ceza hukukundaki icrai-ihmali hareket tartışmasına da değinmek gerekmektedir. Türkiye'de suçların çok büyük bir çoğunluğu icrai hareketle işlenebilir ve bu suçların aynı zamanda ihmali hareketle de işlenip işlenemeyeceği tartışmalı bir konudur.

---

89 Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. AKYÜREK Güçlü, "AİHM İmret-Türkiye (2) Kararı Işığında Yasallık İlkesi", **Suç ve Ceza**, 2018/3, s. 9 vd.

90 GROPP Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4.Auflage, Heidelberg, 2015, s. 110; DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara, 2021, s. 129-130.

91 ERDEM/PARLAK, s. 283-284.

Öğretide ağırlıklı görüşe göre icrai suçların ihmali biçimde de işlenmesi anlamına gelen ihmal suretiyle icra suçlarının, Türk Ceza Kanunu'nda Almanya'dakinin ve Avusturya'dakinin tersine[92] genel bir hüküm olmaması nedeniyle yalnızca özel düzenleme olan suçlarda söz konusu olabileceği savunulmaktadır (TCK m. 83, 88, 94)[93].

Bu durumda yapılacak düzenlemenin hem icrai hem de ihmali hareketleri kapsayacak biçimde olması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda, Fransa'da verilen çok ünlü bir kararın ışığında açıklandığı üzere psikolojik taciz en güncel sorunlardan biri olup giderek daha kötü bir hal almakta ve 'kurumsal düzeyde' işlenmektedir. Bu nedenle değinilen tüm olası sorunlar dikkate alınarak, yasallığı tartışmalı Ceza Kanunu hükümlerine güvenmek yerine, yeni bir suç tanımlanmalı ve yaptırımı da buna göre belirlenmelidir. Suçun işleniş biçimi düşünüldüğünde, "araçsız" kalan mağdurlar açısından yeni ve etkin bir çözüm yolu olacağı açıktır[94]. Zaten ceza yasalarının, suçlar nedeniyle yaptırım öngörmeyi amaçlayan "bastırıcı görevinin" yanında, toplumdaki temel değerleri ve ilkeleri ortaya koymaya yönelik "açıklayıcı görevi" de bulunmaktadır[95]. Dolayısıyla güncel ve ağırlaşan bir soruna karşı temel hakları korumak adına psikolojik taciz eylemini özel bir suç olarak düzenlemek gereklidir.

Ayrıca tüzel kişilere güvenlik tedbiri uygulanması da, suçun niteliği ve caydırıcılığı bakımından düşünülmelidir. Yine aynı nedenlerle 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 43/A hükmüne yeni tanımlanacak olan suç da eklenerek caydırıcılığa katkı sağlanmalıdır.

Ceza yasalarının amacı caydırıcılık olsa da (TCK m. 1), diğer alanların katkısı olmadan bunu tek başına başaramayacağı bilinen bir gerçektir. Ancak yine de zararlı bir eylemin suç olarak düzenlenip etkin biçimde cezalandırılmasının, bu mücadelede çok önemli bir araç olduğu unutulmamalıdır.

---

92 Açıklama için bkz. DEMİRBAŞ, s. 248.

93 Konuya ilişkin kapsamlı tartışma için bkz. TÜRAY Aras, "İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı", **YÜHFD**, C.XVII, 2020/Özel Sayı, s. 134 vd.

94 LECLERC Henri, **Le Code pénal**, Paris, 2005, s. 170.

95 DESPORTES Frédéric / LE GUNEHEC Francis, **Droit pénal général**, 11e éd., Paris, 2004, s. 23 vd.

KAYNAKÇA

ADAM Patrice, "Harcèlement moral: pleins feux sur l'obligation patronale de prévention", **Le Droit ouvrier**, n.702, Janvier 2007, s.1-5.

ADAM Patrice, "Harcèlement moral", **Répertoire de droit du travail**, Dalloz, 2019, www.dalloz.fr.

ADAM Patrice, "La 'figure' juridique du harcèlement moral managérial", **Semaine sociale Lamy**, n.1482, s.4-7.

AKYÜREK Güçlü, "AİHM İmret-Türkiye (2) Kararı Işığında Yasallık İlkesi", **Suç ve Ceza**, 2018/3, s.1-16.

ALTUNÇ Sinan, "Eziyet", **Özel Ceza Hukuku**, C: II, İstanbul, 2017, s. 371-390.

BAYCIK Gaye, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara Üniversitesi SBE Doktora Tezi, Ankara, 2011, www.yok.gov.tr.

BAYRAKTAR Köksal, "Çalışma Özgürlüğünü Engelleme", **Özel Ceza Hukuku**, C: III, İstanbul, 2018, s. 245-283.

CİN Onursal / GÜNBEY Tuba, "Mobbing Davranışlarının Eziyet Suçu Bakımından Değerlendirilmesi", **NEÜHFD**, C: 4, S: 1, 2021, s.147-169.

DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16.Baskı, Ankara, 2021.

DESPORTES Frédéric / LE GUNEHEC Francis, **Droit pénal général**, 11e éd., Paris, 2004.

DUPRE Catherine, «Le respect de la dignité humaine: principe essentiel du droit du travail», **Revue de droit du travail**, 2016, s.670-677.

DURSUN ATEŞ Sevgi, İşverenin Yönetim Hakkı, Selçuk Üniversitesi SBE Doktora Tezi, Konya, 2019.

ERDEM Mustafa Ruhan / PARLAK Benay, "Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S: 88, 2010, s.261-286.

FORTIS Elisabeth, "Harcèlement moral en droit pénal et en droit du travail, unité ou dualité", **Semaine sociale Lamy**, n.1482, 7 mars 2011, s.8-11.

GROPP Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4.Auflage, Heidelberg, 2015.

İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, 4.Baskı, Ankara, 2017, www.csgb.gov.tr.

LECLERC Henri, **Le Code pénal**, Paris, 2005.

LE SUEUR Flavie, "Harcèlement moral au travail: le positionnement pragmatique du parquet", **AJ Pénal**, 2010, s.529-531.

LOKMANOĞLU Salim Yunus, **İşyerinde Psikolojik Taciz - Mobbing**, 2.Baskı, Ankara, 2019.

MONTEIRO Evelyne, "Le concept de harcèlement morale dans le Code pénal et le Code du travail", **RSC**, 2003, s. 277-288.

SALOMON Renaud / MARTINEL Agnès, **Droit pénal social**, 5e éd., Economica, Paris, 2019.

SEVÜK Handan, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu", **İÜHFM**, C: LXXI, S: 1, 2013, s.1273-1290.

SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, 16.Baskı, İstanbul, 2018.

TEKİN İPEK Meryem, "Psikososyal Bir Risk Olarak İşyeri İntiharı", **Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi**, C: 12, N: 2, 2020, s. 175-197.

TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 19.Baskı, Ankara, 2021.

TÜRAY Aras, "İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı", **YÜHFD**, C.XVII, 2020/Özel Sayı, s.115-154.

VIRIOT-BARRIAL Dominique, "Harcèlements au travail: récents évolutions", **AJ Pénal**, 2016, s. 351-355.

www.csgb.gov.tr

www.dalloz.fr

www.dergipark.org.tr

www.legifrance.gouv.fr

www.lexpera.com.tr

www.yargitay.gov.tr

www.yok.gov.tr

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 123-157

WHAT DO THE NINE-YEAR STATISTICS OF THE CONSTITUTIONAL COMPLAINT (INDIVIDUAL APPLICATION) MECHANISM ON ADMISSIBILITY AND ITS IMPLEMENTATION IN TURKEY TELL US? SOME QUESTIONS ON THE IMPLEMENTATION OF THE ADMISSIBILITY(*)

Doç. Dr. **Servet ALYANAK**(**)

Abstract: The Turkish Constitutional Court (CC) celebrates its 60th anniversary in 2022 and it is on the way of the first decade of its activity with constitutional complaint. Tons to raising the standards of fundamental rights and freedoms. However, in order to be a national filter on the way to the ECtHR in the sense of Article 35(1) of the ECHR, a national remedy under Article 13 of the ECHR must be *"effective"* and *"accessible"*. This article discusses the nine-year statistics of the constitutional complaint mechanism on admissibility and its implementations in Turkey, as of 23 September 2012, the date on which the mechanism was implemented, subsequently raising some questions on *"admissibility criterias"* with regard to *"accessibility"* of the mechanism in particular and *"principle of effectiveness"* of the mechanism in general with regard to admissibility, and puts forward some critics and new suggestions with regard to the implementation of the admissibility criterias. The CC must extend its approach in favour of the applicants as it is the last domestic institution to remedy and redress the contested human rights violation. Accordingly, the CC should have the opportunity and resources to effectively cope with the additional caseload.

Keywords: Constitutional Complaint, Individual Application, Constitutional Court, Admisibility Criterias, Accessibility.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 20.02.2022 - Makale Kabul Tarihi: 23.03.2022.

(**) Associate Professor on European Union Law, Judge-full time lecturer at the Justice Academy of Turkey, part-time lecturer at the University of Başkent Faculty of Law and Middle East Technical University, Center of European Studies.
(ORCID no: 0000-0003-4092-9984; *seralyanak06@gmail.com*).

TÜRKİYE'DE ANAYASAL ŞİKÂYET (BİREYSEL BAŞVURU) MEKANİZMASINA İLİŞKİN DOKUZ YILLIK İSTATİSTİKLER BAĞLAMINDA KABUL EDİLEBİLİRLİK UYGULAMASI BİZE NE ANLATIYOR? KABUL EDİLİRLİK UYGULAMASI İLE İLGİLİ BAZI SORULAR

Öz: Türk Anayasa Mahkemesi (AYM) 2022'de, kuruluşunun 60. yılını kutlayacak ve anayasal şikâyet mekanizmasının hayata geçirilmesi bakımından da ilk onuncu yılını tamamlayacaktır. AYM, önemli kararlar vermiş ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin standartların yükseltilmesine önemli katkılarda bulunmuştur. Ancak, AİHS) 35 (1) maddesi anlamında AİHM'e yapılacak başvurular öncesinde ulusal bir filtre işlevini görmek bakımından AİHS'in 13. maddesi kapsamındaki ulusal bir çözümün etkili ve erişilebilir olması gerekmektedir. Bu makale, Türkiye'deki anayasal şikâyet mekanizmasının uygulanmaya başladığı tarih olan 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren geçen dokuz yıllık süredeki istatistikleri altında *"kabul edilebilirlik"* kriterlerini, *"erişilebilirlik"* bakımından özel olarak ve *"etkililik prensibi"* yönünden de genel olarak tartışmakta olup bilahare bu mekanizmanın uygulanmasıyla alakalı bazı eleştiriler yöneltmekte ve yeni öneriler ortaya koymaktadır. AYM itiraz edilen insan hakları ihlâlini giderecek son ulusal merci olduğu için bu konudaki yaklaşımını başvuranlar lehine esnetmelidir. Buna göre, AYM ek dava yüküyle etkili bir şekilde başa çıkmak için imkan ve kaynaklara sahip olmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Anayasal Şikâyet, Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi, Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Erişilebilirlik.

I. INTRODUCTION

At the beginning of the essay, the main purpose and rationale behind the constitutional complaint mechanism in Turkey will be presented. Then, the admissibility criteria of constitutional complaint will be succinctly outlined in terms of the personal *(ratione personae)* and material scope *(ratione materiae)*, time-limit *(ratione temporis),* place *(ratione loci)* and other procedural requirements. Then, data on inadmissible constitutional complaints will be statistically analysed in depth under the last nine years of implementation of the Turkish Constitutional Court. The methodology of the Court in handling individual complaints will be explained and some clarity will be brought to the strict approach of the Court with regard to admissibility criteria. Besides the accessibility of the constitutional

complaint mechanism, the effectiveness of the system with regard to admissibility will be addressed.

II. THE RATIONALE BEHIND THE CONSTITUTIONAL COMPLAINTS IN TURKEY

The constitutional complaint mechanism was introduced into the Turkish legal system by the 2010 constitutional amendments and has been concretised by the Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court Law (Law No: 6216 "CCL") and Internal Regulations of Constitutional Court ("RCC"). CCL and CCR provide many specific details on constitutional complaints. Constitutional complaints could be launched as of 22 September 2012. Seven articles of the CCL (Articles 45-51) provide for the constitutional complaint procedure.

The term *"constitutional complaint"*, which is accepted as an *"individual application"* in the Turkish judicial terminology by definition, derives from the German word *"Verfassungsbeschwerden"* and is also called *"recurso de amparo"* in Spanish as a remedy for the protection of certain constitutional rights.[1] The function of a constitutional complaint is in principle the effective protection of fundamental rights by giving remedy to individuals in case of violation of their rights by administrative or judicial decisions. This is at the same time the main justification for the introduction of a constitutional complaint mechanism in Turkey. As formulated in the reasoning accompanying the CCL, *"The introduction of the constitutional complaint will result in a considerable decrease in the number of files against Turkey brought before the European Court of Human Rights (ECtHR)"*.

---

[1] GUERRA Luis Lopez, "Spain and the European Court of Human Rights: Individual Applications and the Recurso De Amparo", **Anayasa Hukuku Dergisi,** Volume 4, Issue 7, 2015, pp. 49-83, p. 54, 71, http://anayasader.org/wp-content/uploads/2020/05/Lopez-Guerra-AYHD-7.pdf (11/10/2021); TARRIAS Susana Ruiz, "El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional", **Teoria y Realidad Constitucional**, Issue 25, p686-694, 1st Semestre 2010, p.686; YOUNGS Raymond, **English, French & German Comparative Law,** 2nd Edition, Routledge-Cavendish, London-New York, 2007, p. 48-49; YOUNGS Raymond, **Sourcebook on German Law**, 2nd Edition, Cavendish Publishing Ltd., London-Sydney-Portland, 2002, p. 91. See, also KILINÇ Bahadır, "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", **Anayasa Yargısı,** Vol.25, pp.19-59, p. 21-22. AUNG Nge Nge, "Composıtıon of the German Federal Constıtutıonal Court", **Lex ET Scientia International Journal,** LESIJ NO. XXVII, Vol. 2, 2020, pp. 101-112; KAHRAMAN, Mehmet, "Almanya'daki Anayasa Şikâyeti ile Karşılaştırmalı Olarak Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu", **HUMANITAS,** Sayı 1, 2013**,** pp. 129-146.

The constitutional amendment starting the constitutional complaint mechanism turned the Constitutional Court into a 'filter' between the Turkish courts and the ECtHR, whilst creating considerable attention when issuing 'popular' judgments in favor of protecting human rights.[2]

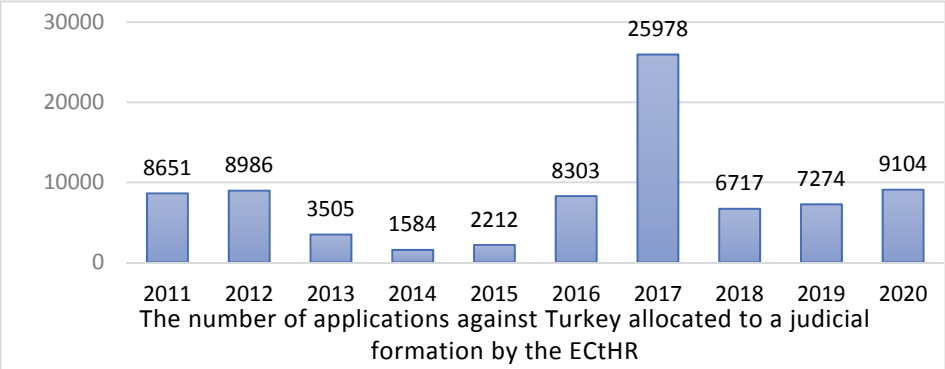


Figure 1[3]

The main purpose of introducing the constitutional complaint mechanism was expressed primarily as reducing the number of cases going to the ECtHR against Turkey. At first glance, this may make sense in terms of Turkey's negative image at the international level. As a matter of fact, and as can be seen in Figure 1, it has been shown in practice that this purpose has been met to a certain extent.[4] However, when we look at the number of applications made to the ECtHR against Turkey in recent years, we can say that there is again a partial increase.

The Turkish Constitutional Court has gained an important position as a result of its decisions on individual applications.[5] Additionally, *Dunja*

---

2 ERDİNÇ Tahsin, "Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikâyeti)", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Volume (Year 6), Issue 20, 2015, pp. 87-138, p. 94, 105.

3 ECtHR Analysis of statistics 2020, p.12, January 2021, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2020_ENG.pdf (10.12.2021); ECtHR Analysis of statistics 2016, p.11, January 2017, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2016_ENG.pdf (10.12.2021).

4 ŞİRİN Tolga, **Bireysel başvuru Usul Hukuku,** Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi, MRK Baskı, (Joint Project on Supporting the Individual Application to the Constitutional Court in Turkey), 2018, p. 4.

5 See on this approach; ÇELİK Abdullah, "Bireysel Başvurunun Kazandırdıkları", **Anayasa Yargısı Dergisi,** Cilt. 32, 2015, pp. 443-447; BIÇAK Vahit, ""Ceza Hukuku Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Yargı Sistemine Etkileri" **Anayasa Yargısı Dergisi,** Cilt. 35, 2018, pp. 65-72; EREN Abdurrahman, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Baş-

Mijatović, the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, observed that the Turkish Constitutional Court delivered important and crucial judgments in the context of constitutional complaint mechanism, closely following the case-law of the ECtHR in many cases, for example regarding detentions on remand. However, the Commissioner also observed that serious questions had surfaced regarding the effectiveness of the Constitutional Court for certain, highly sensitive cases. In her opinion, there are currently some interconnected issues casting doubt on the effectiveness of the constitutional complaint (individual application) procedure to the Constitutional Court as a remedy for human rights violations in Turkey. These concern the tardiness of the Constitutional Court in remedying serious human rights violations, the lower courts' highly problematic attitude vis-à-vis the case-law of the Constitutional Court, the extraordinary burden that this state of affairs put on the Constitutional Court, and finally, recent judgments of the Constitutional Court in which it appears to be departing from its previous, Convention-compliant approach towards a more security-oriented approach, to the detriment of human rights.[6]

III. THE PERSONAL AND MATERIAL SCOPE OF THE CONSTITUTIONAL COMPLAINTS

1. Personal Scope *(Ratione Personae)*

Both real and private-law legal persons may lodge a constitutional complaint in front of the Constitutional Court. However, public-law legal persons and entities cannot lodge a constitutional complaint and non-Turkish citizens (aliens) may not lodge a case concerning the rights peculiar and confined solely to Turkish citizens. As stated in CCL Article 46(3), aliens may not lodge a constitutional complaint based on rights that are only available to Turkish citizens.[7] It has been claimed that this provision refers

vuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", **Anayasa Yargısı Dergisi,** Cilt. 33, 2016, pp. 231-301; PEKCANITEZ Hakan, "Bireysel Başvuru Sonunda Verilen Kararların Medenî Yargıya Etkisi", **Anayasa Yargısı Dergisi,** Cilt. 35, 2018, pp. 73-104.

[6] Commissioner for Human Rights of the Council of Europe Dunja Mijatović, **CommDH(2020)1, Country Report,** Report Following Her Visit to Turkey from 1 to 5 July 2019, Strasbourg, 19 February 2020, pp. 24-27.

[7] EKİNCİ Hüseyin / SAĞLAM Musa, **66 Soruda Bireysel Başvuru,** Anayasa Mahkemesi Yayınları (Bireysel Başvuru El Kitapları -1), 2015, Ankara, p. 8.

to rights such as the right to vote and to be elected,[8] the right to form political parties[9] or the right to be employed in the public sector.[10]

The complainants should be affected individually, currently and directly related to the right that is the subject of the applicants' application.[11] While the individuals who are able to operate the individual application remedy are essentially those who "*directly have the victim status"*, the individuals who have a personal or special relationship directly with the victim and, accordingly, have been affected by the alleged violation of the Constitution and the Convention or have a legitimate and personal interest in the elimination of the said violation, may also lodge a constitutional complaint in their capacity as *"indirect victims"*, by the particular circumstances of every concrete case and the nature of the violated right.[12] It is not possible for the statutory public bodies to make an individual applications according to the second paragraph of the 46th article of the CCL.[13]

2. Material Scope *(Ratione Materiae)*

Article 148 of the Constitution stipulates that anyone who thinks that his/her constitutional rights set forth in the European Convention on Human Rights (ECHR) have been infringed by a public authority will have the right to apply to the Constitutional Court after exhausting all administrative and judicial remedies. The concept laid down in CCL Article 45(1) allows for constitutional complaints, as long as the violated fundamental right or freedom under the Constitution *"falls into the scope of the ECHR"*.[14]

---

8 Article 67 of the Turkish Constitution.

9 Article 68 of the Turkish Constitution.

10 Article 70 of the Turkish Constitution.

11 Article 46 (1) of the CCL stipulates that; *"The individual application may only be lodged by those, whose current and personal right is directly affected due to the act, action or negligence that is claimed to result in the violation"*. The Constitutional Court judgements on this provision of the CCL; *Onur Doğanay*, B. No: 2013/1977, 9/1/2014, paragraphs [41]-[47]; *Abdullah Yavuz,* B. No: 2016/59096, 7/11/2019, paragraphs [27]-[32]; *Ayşe Hülya Potur,* B. No: 2013/8479, 6/2/2014, paragraph [24].

12 The Constitutional Court judgements on this subject see; *Engin Gök and Others*, B. No. 2013/3955, 14/4/2016, [47]; *Semra Omak*, B. No: 2015/19167, 17/7/2019, paragraph [35]; *Veli Özdemir*, B. No: 2013/276, 9/1/2014, paragraph [26]; *Fatma Çaylan and others*, B. No: 2018/34323, 19/10/2021, paragraph [32].

13 See on thsi matter, BEYOĞLU Cem Ümit / ÇOKKAŞ Yakup, "Türk Hukukunda Kamu Tüzel Kişilerinin Bireysel Başvuru Hakkı Sorunu", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AkdHFD) Aralık 2020 - C. 10 - S. 2 - pp. 409-437.

14 **ŞİRİN**, p. 76.

The jurisdiction of the Court *ratione materia* comprises fundamental rights which are regulated by both the Constitution and the ECHR. But some acts of public power are exempted from the scope of individual application. Essentially, according to CCL Article 45(3) direct constitutional complaints against legislative and regulatory administrative acts and the Constitutional Court judgments are excluded from the material scope of the CCL. This excludes complaints directed against statutes (laws passed by the Parliament of Turkey and regulatory administrative acts adopted by public bodies), which become effective against the complainant only by an intermediary act of administration or judicial decision. Therefore, the constitutional complaint may not be directed against legislative act which has not yet been executed to the applicant. However, the constitutionality of legislative and regulatory administrative acts can be reviewed in all cases where the complaint is directed against an act of a public authority based on the legislative and regulatory administrative acts, such as acts of administration or court decisions.

The first paragraph of Article 46 of the CCL excludes the filing of an abstract petition or actio popularis. Besides of that the Turkish Constitutional Court's approach on legal standing of the potential victims to lodge an individual application is somewhat different from the European Court of Human Rights. Article 45(3) of the CCL regulates that constitutional complaints against legislative, regulatory, administrative acts and the Constitutional Court judgments are excluded from the material scope of the CCL.[15] According to article 45(3) of the CCL, the violations directly stemming from statutes cannot be annulled under the individual application procedure is one of the important deficiencies of the constitutional complaint mechanism. Because, unless the law that violates

---

[15] As an example to the Constitutional Court judgements on this matter, the claims of the Grand Unity Party (Büyük Birlik Partisi), Felicity Party (Saadet Partisi) and Democratic Left Party (Demokratik Sol Parti) on a provision in the Parliamentary Election Law No. 2830 (art. 33) would infringe *"their right to elect, be elected and be a part of political activities"* in the parliamentary general elections to be held in 2015. As the said law provision envisages that the political parties receiving votes at the rate of 3% treshold may be granted financial state aid probably applied in the elections to be held in 2015 and thereby their rights enshrined in the Constitution would have been breached. Despite the fact that there were dissenting opinions at the Constitutional Court judgement this constitutional complaint was found inadmissible on the bases of the article 45(3) of CCL.; Appl. No: 2014/8842, 6/1/2015, paragraph [27]. See, on this judgement, ÇELİKYAY, Hakan Sabri, "Anayasa Mahkemesi'nin Ülke Seçim Çevresi Barajına İlişkin Bireysel Başvuru Kararının Değerlendirilmesi", **Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi E-Dergi,** Volume 6, Issue 1, June 2017, pp. 19-54.

fundamental right is repealed, the violation will continue and it will not be possible to protect the right in concern effectively.[16] In Germany, there are no restrictions as to the type of act that can be complained against. This means that a constitutional complaint, *Verfassungsbeschwerde,* can be lodged against any act or omission of the executive, the judiciary or the legislature, including complaints directed against Acts of Parliament and even against changes in the constitution.[17] The main difference between the German and the Turkish approaches is, therefore, not the scope of review but the stage at which it takes place. As an example hypothetical Act of Parliament criminalizing homosexuality. In Germany a constitutional complaint could be raised directly against such an Act.[18] In Turkey, the complainant would first have to commit the crime in question, be prosecuted and convicted by a criminal court, and eventually exhaust all legal remedies before being able to file a constitutional complaint against Acts of Parliament (laws adopted by Parliament). Although there is no such restriction in Article 148 of the Constitution, it would not be appropriate to introduce such a restriction to the CCL.

As only the rights and freedoms regulated by both the Constitution and the European Convention on Human Rights may be relied upon in the constitutional complaint procedure, this amounts to a limited scope of human rights protection when compared to the fundamental rights and freedoms enumerated in the Constitution of Turkey and in other human rights treaties to which Turkey is a party. The material scope, *ratione materiae*, of the jurisdiction of the constitutional Court comprises fundamental rights which are regulated by both the Constitution and the European Convention on Human Rights.

Thus the main aim of the regulation provides a domestic remedy for the violation of a limited scope of fundamental rights. This purpose may also explain why the constitutional complaint procedure only relates to the ECHR and its additional Protocols, and not to other human rights treaties to which Turkey is a party. The wording of the Constitution and the CCLin this

---

[16] GÜLGEÇ Yahya Berkol, "Özgürsüzlük, Kanun ve Bireysel Başvuru: Türk Bireysel Başvuru Sistemine Bir Eleştiri", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (İnÜHFD),** Volume 12(2), 2021, pp. 585-601.

[17] https://www.bundesverfassungsgericht.de [Proceedings/Types of proceedings/Constitutional complaints] (10.12.2021).

[18] **AUNG**, p. 103.

regard are interpreted narrowly by the Constitutional Court, as the provisional application is that only those fundamental rights and freedoms secured under the Constitution may be invoked in an application to the Constitutional Court, which are also guaranteed in the European Convention on Human Rights and its Protocols, and to the extent that their scope in the ECHR and its Protocols is identical to their scope in the Constitution.[19]

For example, Article 79 of the Constitution of the Republic of Poland stipulates that the grounds for a constitutional complaint are violations of the constitutional rights and freedoms.[20] Most of these rights are set forth in Chapter II *"The Freedoms, Rights and Obligations of Persons and Citizens"* of the Constitution of the Republic of Poland, but a constitutional complaint may concern the rights, freedoms or duties contained in other chapters of the Fundamental Law. Another example is the German Constitution, where the scope of the rights and freedoms subject to the constitutional complaint mechanism includes all the fundamental rights and freedoms guaranteed in the German Constitution.[21] The Federal German Constitutional Court understands itself as a "citizens' court."[22]

3. Time-Limit (Ratione Temporis)

Constitutional complaints must be filed within thirty days after the notification of the final proceeding which exhausts all legal remedies. The complaint has to be made within 30 days after the date of last domestic remedy exhaustion; otherwise, the application will be time-barred.[23] The

---

[19] The Constitutional Court judgements on this matter; *Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, paragraph [18]; *Atila Sertel*, B. No: 2015/6723, 14/7/2015, paragraphs [37]-[40]; *Nurullah Efe ve Halkın Kurtuluş Partisi*, B. No: 2017/20127, 7/6/2017, paragraphs [11]-[18].

[20] Article 79 of the Constitution of the Republic of Poland stipulates that; *"In accordance with principles specified by statute, everyone* ***whose constitutional freedoms or rights*** *have been infringed, shall have the right to appeal to the Constitutional Tribunal for its judgment on the conformity to the Constitution of a statute or another normative act upon which basis a court or organ of public administration has made a final decision on his freedoms or rights or on his obligations specified in the Constitution".*

[21] GERÇEKER Hasan, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Konulu Uluslararası Sempozyum Açılış Konuşması", in **Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti",** editor Musa Sağlam, Hukuk Adamları Birliği (HUKAB) Yayınları, Ankara 2011, p. 33.

[22] ROGOWSKI Ralf / GAWRON Thomas, Constitutional Litigation as Dispute Processing, "Comparing the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court", **Constitutional Courts in Comparison the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court**, edited by Ralf Rogowski and Thomas Gawron, Berghahn Books, August 2016, pp. 1-22, p. 5.

[23] **EKİNCİ / SAĞLAM**, s. 23.

complainant must submit a reasoned application, including all the necessary documents. The Constitutional complaint mechanism was put into force on 23 September 2012. The Constitutional Court started to examine acts and decisions finalized after 23 September 2012 as a time-limit for application.[24]

4. Place (Ratione Loci)

Hereby *ratione loci* means the jurisdiction on territorial competence of the Constitutional Court which is presumed to be exercised normally throughout the State's territory. Officials may be held responsible for acts of their authorities performed, or the effects produced, outside the territory of the country. However, this will occur only exceptionally, namely where the State is in effective control over an area or has at the very least a decisive influence over it.[25]

5. Other Procedural Requirements

The reasons substantiating a constitutional complaint are subject to strict requirements. They must be submitted in writing. Individual applications can be made in person to the Constitutional Court using the application form found in the annex of the Internal Regulation and published on the website of the Constitutional Court as per the conditions stipulated in the Code and the Internal Regulation; they can also be made via other courts or representations abroad. Application via mail, telegraph or electronic communication means are not allowed. Complainants do not have to be represented by a lawyer, they can either represent themselves or be represented by a lawyer.[26]

On the other hand, applicants are obliged to follow up their constitutional complaint applications upon submitting their applications made to the Constitutional Court. As a requirement of this obligation, the application form should be filled in diligently, all the facts on which the claim of violation is based should be explained, and all documents supporting the arguments that will illuminate the application and affect the substance of the provision should be attached to the application petition. If a document could not be obtained, the reasons for this should be explained.[27]

---

[24] The Constitutional Court judgements on this matter; B. No: 2012/13, 2/7/2013, paragraph [51]; *Zeycan Yedigöl* [GK], B. No: 2013/1566, 10/12/2015, paragraph [31]; *Neziha Arıcı*, B. No: 2019/10570, 23/11/2021, paragraph [35].

[25] **EKİNCİ / SAĞLAM**, s. 9.

[26] **EKİNCİ / SAĞLAM**, s. 13.

[27] The Constitutional Court judgements on this matter; *Veli Özdemir*, B. No: 2013/276, 9/1/2014, paragraph [26]; *Fatma Çaylan ve diğerleri*, B. No: 2018/34323, 19/10/2021, paragraph [32].

Generally, the constitutional complaint is only admissible if all legal remedies before the courts (first instance/appeal/cassational remedial process) have been exhausted, respectively. Therefore, all other available means must have been used to remedy or prevent the contested violation of the fundamental rights in concern before a constitutional complaint can be brought (subsidiarity principle).[28] The constitutional complaints are not free of charge. According to Article 47(2) of the CCL, constitutional complaints are subject to the payment of a fee. The amount of the fee is determined by Article 47(2) of the CCL, and for 2021 this is 487,60 Turkish Liras (approximately 40 US Dollars). Among the member states of the Venice Commission, such a fee is rather exceptional. In its study on individual access to constitutional justice, the Venice Commission concluded *"The Venice Commission recommends that in view of increasingly more comprehensive human rights protection, court fees for individuals ought to be relatively low and that it should be possible to reduce them in accordance with the financial situation of the applicant. Their primary aim should be to deter obvious abuse."*[29]

Legal aid can only be granted if complainants are unable to cover the cost of the trial and if there is a request for legal aid; it is obligatory for the applicant to attach the documents related to his financial situation to the application form.[30] Having considered the principles set forth in the *Mehmet Şerif Ay* judgement of the Constitutional Court,[31] legal aid requests of applicants who are unable to cover the costs of the lawsuit without making their livelihoods difficult are accepted by the Court.

6. Statutory Provisions

According to Article 149 of the Constitution and Article 20 of Law no. 6216, the Constitutional Court functions in the form of the Plenary, Sections and Commissions. The requirements for the admissibility of constitutional

---

[28] ÇELİKYAY, Hakan Sabri, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının "Başvuru Yollarının Tüketilmesi" Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM),** Cilt LXXIII, S. 1, 2015, pp. 21-62, p. 23, 24, 25.

[29] CDL-AD(2010)039rev. paragraph [117]; https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)039rev-e (15.12.2021).

[30] **ŞİRİN**, p. 236-237.

[31] The judgement of the Constitutional Court on the requirements for legal aid requests, *Mehmet Şerif Ay,* B. No: 2012/1181, 17/9/2013.

complaints are laid down in Articles 45 to 47 of the CCL. Examination of admissible individual applications on the merits is conducted by the Sections. The President takes necessary measures to balance the distribution of workload evenly among Sections.

There shall be two Sections of the Court in order to examine individual applications and these Sections shall be composed of the members except for the President of the Court. Each Section shall consist of six members and a vice-president. These sections are named *"the First Section"* and *"the Second Section"*. The members of the Section, except for the Vice-Presidents, are designated by the President taking into account their origin of appointment to the Court and a balanced distribution among the Sections.

Article 22 CCL deals with the two Sections of the Court as defined in its Article 2(1)(ç), which are entitled to rule constitutional complaints. Whereas the Sections consist of seven members each, it convenes with only four of them under the chair of a deputy president. The latter number is arguably to be seen as a minimum requirement, *i. e. a quorum*. Otherwise, clarification is required with regard to the selection of those four members. In this respect, an objective system is favourable to rule out all possibilities of subjective influence on a Section's composition.[32]

Commissions refer to any of the boards set up in order to conduct the examination of the admissibility of constitutional complaints. Members (Judges) work sequentially in the Commissions to be set up from among the members (Judges) of the Section.

According to Article 48 of the CCL, examination for admissibility of the constitutional complaints is conducted by the Commissions. In case the Commission decides by unanimous vote that an application does not fulfill requirements for admissibility, the application is declared non-admissible. Application files for which a unanimous vote cannot be reached are referred to the Sections. Non-admission decisions are final and are notified to the parties concerned. Other matters relating to the procedures and principles of admissibility conditions and examination are regulated by the Internal Regulation of the Constitutional Court.

---

[32] CDL(2011)065-e, paragraph [27]; Comments on the law on the establishment and rules of procedure of the constitutional court of Turkey; https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2011)065-e (12.11.2021).

The President may assign Rapporteurs to the Commissions. The Rapporteurs play a significant role in the concept of the Turkish Constitutional Court. Their competences set out in Article 26 CCL comprise *inter alia* the preparation of reports of preliminary examination and examination on the merits, to attend meetings and - depending on an assignment of the Court's President - hearing of witnesses and experts or similar duties.[33]

The Venice Commission has underlined the importance of staff in its study on the individual access to constitutional justice: *"The Venice Commission recommends that judges are supported by qualified assistants; their number should be determined in relation to the court's case-load. (...) In fact, permanent or long serving staff allow for the construction of an institutional memory conducive to greater consistency and continuity of the court's case-law; an issue more pertinent to civilian systems than common law systems."*[34] Nevertheless, the competences of the staff are subject to certain limitations. Bearing this in mind, the Venice Commission emphasized; *"Depending on the number and qualification of the staff, the secretariat of the court may perform a first preliminary examination in order to weed out manifestly inadmissible complaints as far as possible. However, as the judicial power cannot be delegated to the secretariat, its opinion can only be advisory".*[35]

Article 26 CCL does not sufficiently address these requirements. For instance, taking evidence, such as the hearing of witnesses, should be carried out by the judges themselves since it requires immediateness to develop an own opinion on matters like credibility. Hence, taking evidence cannot be delegated. With respect to rapporteurs attending meetings, it should be underlined, that the Court's deliberations should be open exclusively to the respective judges. Altogether, the competences of the rapporteurs should be refined, bearing in mind that judicial functions may only be exercised by the judges themselves.

---

[33] Ibid, paragraph [28].

[34] Ibid, paragraph [29].

[35] Ibid, paragraph [30].

IV. INADMISSIBLE COMPLAINTS

Most constitutional complaints to the Constitutional Court turn out to be wholly and obviously devoid of merit. This is unsurprisingly the result of the extension of the right to file a constitutional complaint unimpeded by formal requirements to aggrieved persons.

The aim of the admissibility examination is to control whether the complaint is within the jurisdiction of the Court in terms of time *(ratione temporis)*, personel scope *(locus standi- ratione personae)*, material scope *(ratione materiae)* and place *(ratione loci)* of the CCL. Besides that, the CCL empowers the Court to eliminate some unimportant applications.

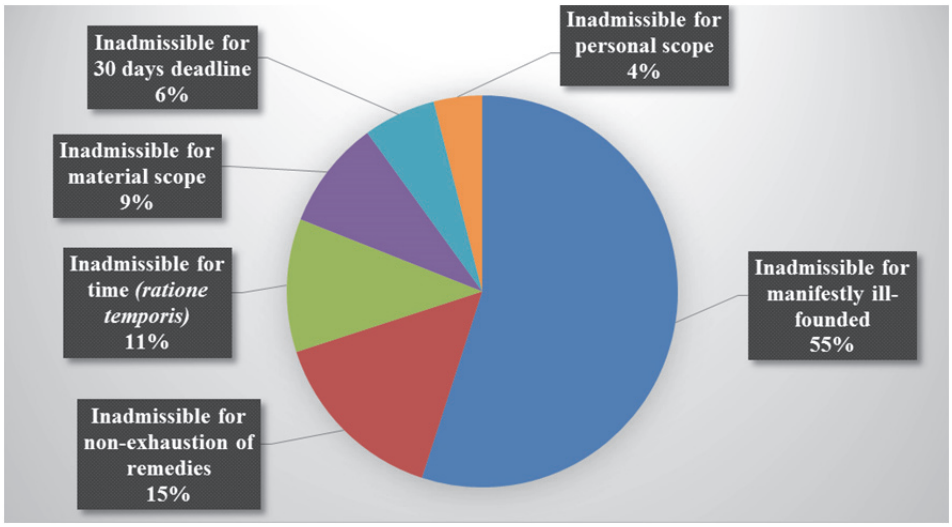


Figure 2: *Rates of Inadmissibility Decisions*[36]

Article 48(1) of the CCL states that in order to give a decision on the merits of a constitutional complaint, the application must first be examined in terms of admissibility as prescribed in articles 45 to 47. Article 48(2) of the CCL stipulates that the Constituional Court may decide on the inadmissibility of applications that are not important for the implementation and interpretation of the Constitution or for determination of the scope and limits of fundamental rights, and also applications where the applicant has not incurred significant damages in addition to applications that are manifestly ill-founded.

[36] Individual Application Procedure and Admissibility Criteria, Modul 3, p. 23; https://www.anayasa.gov.tr/bireyselbasvuru/pdf/EgitimModulu/bireysel_basvuru_usulu.pdf (12.11.2021).

So, not only inadmissible complaints but also "*trivial"* complaints need to be weeded out. According to Article 48(2) of the CCL, the Court may decide that an application inadmissible if it is manifestly ill-founded or if it does not bear any significance for the interpretation or application of the Constitution, or for the determination of the scope and limits of fundamental rights or applications which lack explicit basis, or where the applicant did not suffer any significant damage.[37] A complaint is to be rejected as trivial whenever a decision would neither be likely to clarify an open constitutional question nor relieve an applicant of otherwise-inevitable, severe consequences. One may declare that these (*"non-triviality"* and *"manifestly not ill-founded"*) requirements have been explained with judgements of the Constitutional Court on a case by case basis.

In the case of clear absences of violation, the Constitutional Court decides that an application is inadmissible by the criterion of *"manifestly ill-founded"*. As an example; according to the Constitutional Court, an applicant claiming to have been discriminated against has to prove negatively that the treatment subjected to him is different from the treatment of other people; otherwise, the application is manifestly ill-founded.[38] The rationale behind the recognition of these inadmissibility reasons is to protect the Court from excessive workload and to provide more time to deal with serious fundamental rights allegation.[39] However, these complex

---

[37] According to the *"significant damage"* admissibility criteria, the Turkish Constitutinal Court have a wide margin of appreciation when deciding whether an individual application is significant or not. Actually, this criteria, which has been applied for a long time for the individual application procedure to the European Court of Human Rights in European human rights law and the constitutional complaint procedure in Germany and Spain in individual application procedure. See, on this matter, DOĞAN Zelal Pelin, Bireysel Başvuru Usulünde Önemli Zarar Ölçütü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı, 2021; DUVAN, Ayse Özkan, "Possible Effects of the Constitutional Complaint Mechanism on Human Rights Practices", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, Cilt 45, Sayı 62, 2013, pp. 29 - 42, p. 35-36.

[38] For example, the Constitutional Court judgement, *İbrahim Sılibi*, B. No: 2019/131, 24/11/2021, paragraphs [45]-[48]; in *İbrahim Sılibi* case; the applicant did not make a statement that he was subjected to a different treatment from those who were in the same situation as him, and did not provide any concrete information about the reason for discrimination, basing his claims on probabilities. Therefore, the allegations made by the applicant could not be justified and it was concluded by the Constitutional Court that the application *"manifestly not ill-founded"*. Another example, *M.Y.*, B. No: 2019/4865, 23/11/2021, paragraph [16]; in this case the applicant has failed to fulfill its obligation to present evidence regarding the alleged violations, and to make statements regarding the violation of his fundamental rights and freedoms, therefore the Court concluded that the application is inadmissible as it is *"manifestly ill-founded"*, without examining it in terms of other admissibility requirements.

[39] ÜLVAN Nazlı Can, "Constitutional Complaints and Individual Complaints", **Ankara Bar Review**, Vol.2, 2013, pp. 180-186, p. 184.

requirements need explanation by words of the statutory provisions instead of decisions of the Constitutional Court for the sake of legal clarity. So *"non-triviality"* and *"manifestly not ill-founded"* should be defined clearly.

The practical conclusion is that many decisions on the admissibility of complaints exist only in the form of a letter stating the reasons for the refusal to the applicant by the Commission consisting of two judges of the Constitutional Court. These letters are not published. Therefore, the opportunity for scholars to analyse this material for clarifications on the court's approach to the question of admissibility is denied.

Indmissibility is the Court's predominantly used weapon against meritless complaints, and it is broadly wielded. The Court has received 335.324 constititutional complaints between 23 September 2012 and 30 September 2021. 276.307 of them (82,4% of the total applications) have been concluded and 246.752 of applications were found inadmissible, which consists of 89,3% of the total number of judgements. The overwhelming majority of constititutional complaints were rejected and over 89% of all complaints were disposed of by this means. Considering the total number of all applications (335.324) and the total number of cases examined on the merits (15.721) over the past nine years, it can be understood that only 5,6% of the total applications were examined on the merits. *"Accessibility"* is a very important criterion for an individual application mechanism to be qualified as an effective mechanism. This is so in the individual cases accepted for a full hearing (in merits) and judgment, more or less 6 per 100 of the cases registered in the constitutional court.

Should the consitutional complaint procedure function as an open door through which "anybody" can pass in order to question the acts of the public institutions? Sending a complaint (even without the help of a lawyer) is easy, as is pointing to some basic constitutional rights when people feel seriously violated. Indeed, the text of the Constitution is more general than any statute or regulation.[40] In this regard, the Constitutional Court must mitigate its strict approach on admissibility and, thereby, open the gates of access for individual complainants.

---

[40] Article 148 paragraph 3 stipulates that; *"Everyone may apply to the Constitutional Court on the grounds that one of the fundamental rights and freedoms... has been violated by public authorities".*

In Turkey, as opposed to Spain, individuals complaints may be presented without a lawyer signing the application form. The requisite of representation by a lawyer should be a serious filter, not only of procedural aspects but of substantive dimension as well. The lawyers should not submit a complaint without serious reasons to fear that a fundamental right has been breached; in other words, without a serious probability of success.

The very short time-limit to start a constitutional complaint proceeding, only thirty days after the last judicial ruling, is insufficient to demand expert advice and prepare well researched and written opinion briefs and must be addressed and extended if the overflow of insignificant (non-trivial) and manifestly ill-founded constitutional complaint litigation is to be reduced.

1. Preliminary Examination of the Application form and Its Annexes and Deficiencies

According to Article 66 of the CCR, upon receipt of a constitutional complaint, the Constitutional Complaint Bureau examines the incoming applications in order to determine whether or not they contain formal deficiencies. In the event that a deficiency is determined in the application form or its annexes, a period not exceeding fifteen days shall be provided to the complainant, to his/her attorney or legal representative, if any, in order for these to be remedied. Why is this provision limited to missing documents?

The reason for granting an extension of the time-limit (up to 15 days) is to provide the applicant with the opportunity to rectify and complete the deficencies in the application and not to build up artificial formal barriers. However, it is debatable why this provision is limited to missing documents; it should be expanded to other minor deficencies that can easily be rectified.

In the paper pertaining to the completion of the deficiencies, the applicant shall be notified that a decision to reject his/her application will be made in the event that s/he does not remedy the deficiencies within the provided period without a valid excuse. In cases where the application has not been completed in due time, for not being in compliance with the requirements in Articles 59 and 60 of the CCR[41] and the deficiencies specified have not been completed within the provided period time-limits, the Commission's Chief Rapporteur decides to reject it and this decision

[41] These articles are the formal requirements that should be included within the application form or added to the application form of the cconstitutional complaints.

shall be notified to the applicant. This decision can be appealed to the Commission within seven days from the date of notification. Decisions of the Commissions in this regard are final.[42]

However, the constitutional complaint is separate from the appeals process before the ordinary courts; it is an extraordinary legal remedy that only examines whether specific fundamental rights have been violated. The constitutional complaint mechanism is exceptional, extraordinary and secondary in its characteristics as the mechanism is not another way to have legal remedy. The Constitutional Court is not a trial court, devoted to hearing evidence and declaring the facts of the case under the rules of proof. Besides, the Constitutional Court is not a court of cassation or appeal court as it does not examine the accuracy of the implementation of the substantive or procedural domestic rules.

The Constitutional Court hears complaints on the violation of fundamental rights from trial courts, appeal courts and other cassation courts alike. It conducts its examination on the fundamental rights enshrined both at the ECHR and Constitution. The Constitutional Court's examination is limited to the determination as to whether a fundamental right safeguarded by the Constitution has been violated or not, and if violated, how it would be redressed. It decides whether the concerned human rights were respected or infringed on, and its distinctive feature is that of finality. It is the court of last resort in domestic law, because it offers the last national forum for the protection of fundamental rights of individulas. It only subjects to the declaratory jurisdiction of the ECtHR.

V. STATISTICS

1. ECtHR Statistics on Turkey

Before examining the effectiveness of the individual application mechanism of the Constitutional Court in the following sections of the article, it would be useful to present an overview of the statistical situation regarding the individual applications made to the ECtHR against Turkey between 1959 and 2020.

---

[42] ÇINAR İbrahim / ÇINAR Sinan, "Bireysel Başvurunun Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi ile Bu Aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Issue 4, 2014, pp. 263-310, p. 283.

Constitutional complaint mechanisms have gained an increasing importance in Turkey, where the case-law of the ECtHR shows, approximately 62.000 applications were pending before a judicial formation of the ECtHR at 31 December 2020 and nearly 20% of these applications had been lodged against Turkey.[43]

The total number of individual applications (allocated to a judicial formation within the ECtHR) made to the ECtHR against Turkey between the years 1959 and 2020 was 119.492. According to the ECtHR statistics, until December 2020 the total number of applications from all party states to the ECtHR was 975.214, while the second country with the most applications was Turkey with 119.492 applications, after Russia with 182.533 applications.[44] Since it was established in 1959 the Court has delivered 23.406 judgments in merits. Around 40% of these concerned three member States of the Council of Europe: Turkey (3.742 - 15,99%), the Russian Federation (2.884 - 12,32%) and Italy (2.427 - 10,37%).[45]

Nature of Violation / Convention Article	**Total Number of Judgements**
Right to a Fair Trial / Article 6	953
Right to Liberty and Security / Article 5	787
The Protection of Property / Article 1	688
Freedom of Expression / Article 10	387
Right to an Effective Remedy / Article 13	281
Lack of effective investigation	223
Right to Life / Article 2	141
Respect for Family and Private life / Article 8	126
Freedom of Assembly and Association / Article 11	108

[43] According to statistics of the ECtHR in 2020; since the ECtHR was established in 1959, the Court has delivered 23,406 judgments. More than a third of them have concerned 3 member States: Turkey (3,742), the Russian Federation (2,884) and Italy (2,427). https://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2020_ENG.pdf p. 3, 5 (...)

[44] https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592020_ENG.pdf p.5, (15.12.2021).

[45] https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592020_ENG.pdf p.3, (15.12.2021).

Nature of Violation / Convention Article	**Total Number of Judgements**
Non-enforcement	67
The Prohibition on Torture / Article 3	31
The Prohibition of Discrimination / Article 14	19
Freedom of Thought, Conscience and Religion / Article 9	12
Right to Free Elections / Article 3	12
Right to education	7
No Punishment without the Law / Article 7	5
Other articles of the Convention	36
Total Number	**3309**

Figure 3[46]

According to the ECtHR statistics in Figure 3, between 1959 and 2020, there were 3742 judgements on Turkey as a respondent, of which 3309 found at least one violation. The fact that 88,42 per cent of judgements against Turkey were finalized as Turkey's violation of at least one article of the ECHR shows that the resolution mechanism of human rights problems was not effective. It is understood that most of the cases brought against Turkey have resulted in at least one violation of the rights enshrined in the ECHR, and mostly due to the violation of the right to a fair trial. Developments and improvements in the field of human rights were ineffective and weak with a considerable number of violation judgements of the ECtHR against Turkey. Considering the reforms and developments in the field of human rights, *inter alia* constitutional amendments, new laws and harmonization packages in Turkey between 2004-2012, it can be said that Turkey still has serious human rights problems when the number of violations is taken into account. Although some significant legislative improvements has been realized in the field of human rights over the last two decades, Turkey still needs further development and improvement with regard to the implementation of the provisions of the ECHR and Constitution.

[46] https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf (15.12.2021).

2. Constitutional Court statistics

	Received Applications	**Adjucated Applications**	**Ratio of Adjucation**
2012	1342 0.5% out of the total	4 0% out of the total	0%
2013	9.897 3.9% out of the total	4.924 2.3% out of the total	50%
2014	20.578 8.1% out of the total	10.926 5.2% out of the total	53%
2015	20.376 8% out of the total	15.368 7.3% out of the total	75%
2016	80.756 31.7% out of the total	16.089 7.6% out of the total	20%
2017	40.530 15.9% out of the total	89.651 42.3% out of the total	221%
2018	38.186 15% out of the total	35.356 16.7% out of the total	93%
2019	42.971 16.9% out of the total	39.376 18.6% out of the total	92%
2020	40.402 13.6% out of the total	45.414 17.6% out of the total	112%
Total	**Received applications 295.038**	**Adjucated applications 257.108**	**In ratio 87,14%**

Figure 4[47]

[47] https://www.anayasa.gov.tr/media/7444/2020_yillik_rapor.pdf (15.12.2021).

According to the statistics provided by the Constitutional Court, the Court has received 335.324 constititutional complaints between 23 September 2012 and 30 September 2021, 276.307 (82,4% of the total applications) of which have been concluded and 59.017 of which are still pending (17,6% of the total applications). 246.752 applications were found inadmissible, which constitutes 89,3% of the total number of judgements, whilst 12.459 judgements (making up 4,5% of the total number of judgements) were overruled with the decision of Commission's Chief Rapporteur on administrative gronds.[48]

Looking at Figure 4, an overriding trend of a steady rise in constitutional complaints can be seen. The peak in 2016 can largely be explained due to administrative and procedural acts following a coup attempt on 15 July 2016 that lead to a flood of complaints. When the state of emergency measures came to an end, the number of complaints returned to normal levels.

It is a fact that the over the past four years, the Constitutional Court has received about 40.000-45.000 complaints. Nowadays, the Court has to adjudge between 40.000 and 45.000 complaints per year on avarage.

There is another sub-category of judgements concluded with the decision of dismissal on the ground of the death of the applicant or withdrawal of the application or the alleged violation and its consequences having been resolved, or the Court reaching the opinion that it is unnecessary to continue with the examination of the complaint.[49] The number of these judgements is 1375 and in ratio term it constitutes 0,5% of the total number of judgements. The number of the decisions of non-violation is 810, which makes up 4,5% of the total number of judgements. The remaining 14.911 judgements, comprising 5,4% of the total number of judgements, were concluded with the decision of violation of at least one right.

---

[48] Article 47(6) of the CCL and Article 66(3).of the CCR. These provisions are the legal basis for rejection of the constitutional compliants on the ground that the application does not meet the necessary formal requirements.

[49] Article Article 80 of the CCR.

Type of the decisions	**Number of the judgements**	**In ratio**
Non-violation	810	0,3%
Other	1375	0,5%
Violation of at least one right	14.911	5,4%
Rejection on administrative grounds	12.459	4,5%
Inadmissible	246.752	89,3%
Total	276.307	

Figure 5[50]

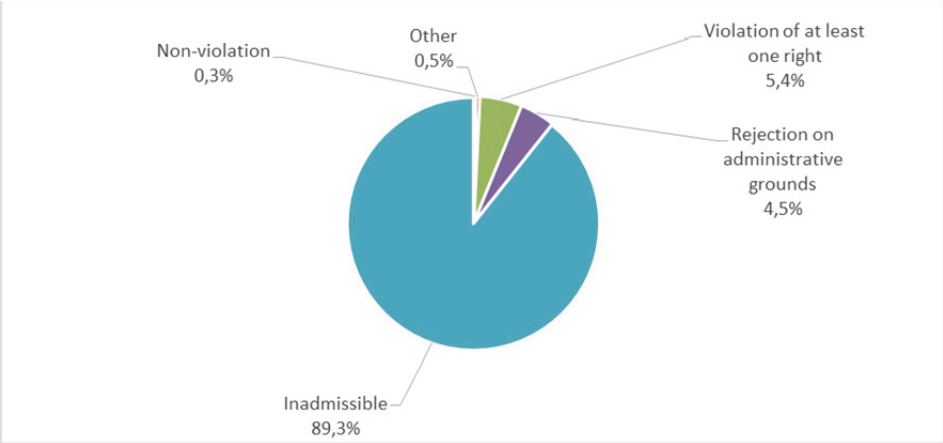


Figure 6[51]

The total number of cases examined on the merits is 15.721 and violations of rights were detected in 14.911 of them (94,84%). The effectiveness of the Constitutional Court's constitutional complaint mechanism depends on whether or not the mechanism is accessible, effective and sufficient. The Constitutional Court must focus on the

[50] https://www.anayasa.gov.tr/media/7602/bb_istatistik_2021-3.pdf (15.12.2021).

[51] https://www.anayasa.gov.tr/media/7602/bb_istatistik_2021-3.pdf (15.12.2021).

violations against fundamental rights. Considering the total number of all applications (335,324) and the total number of cases examined on the merits (15,721) over the past nine years, it can be understood that only 4.6% of the total applications were examined on the merits. This figure is quite low and it brings with it some doubts that the mechanism of individual application to the Constitutional Court provides an effective legal remedy at the desired level in terms of protection of fundamental rights.

3. Subject-Matter of the Court's Violation Judgments (23.09.2012-30.09.2021)

Over the past nine years, the Court has ruled for violation of rights in 15,721 judgments. Approximately 62,5% of these judgments concern the right to a fair trial, 19,1% the right to property, 4,2% freedom of expression, 3,3% the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment, 3,1% the right to respect for private and family life, 1,9% the right to an effective remedy, 1,7% the right to liberty and security of person, 1,1% the right to life, 0,9% the right to hold meetings and demonstration marches and 2% other rights and freedoms.

Most of the violations found by the Constitutional Court have concerned article 6 of the ECHR and article 36, article 141 of the Constitution,[52] whether on account of the fairness or the length of the proceedings. According to the delivered speech of the President of the Constitutional Court in 2016, it is remarkable that 75% of the violations of the right to fair trial are related to the right to trial within a reasonable time. Of these violations, 55% are related to trial proceedings lasting 5 to 10 years, 19% 10 to 15 years, and 16% are related to proceedings of which the length is over 20 years.[53] Figure 7 shows the number of constititutional complaints in which there are violations of the right to a fair trial by Inherent safeguards between 23 September 2012 and 31 December 2019.

---

[52] An important element inherent in the right to a fair trial, safeguarded by Article 36 of the Constitution, is *inter alia* the right to be trialed within a reasonable time. In the last paragraph of Article 141 of the Constitution, which provides for *"It is the duty of the judiciary to conclude trials as quickly as possible and at minimum cost"*, it is explicitly indicated that proceedings are to be concluded within a reasonable period. The State has, by virtue of this right, the positive obligation to conclude the cases within a reasonable time.

[53] Annual report 2016, p. 63. https://www.anayasa.gov.tr/media/2742/annualreport2016.pdf (13.12.2021).

	TOTAL	**RATIO**
Right to a trial within a reasonable time	3.006	56,6%
Principle of equality of arms / principle of adversarial proceedings	833	15,7%
Right to a reasoned decision	608	11,5%
Right to a fair hearing	542	10,2%
Right of access to a court	276	5,2%
Right to call and examine witnesses	16	0,3%
Right to legal assistance	12	0,2%
Other (Right to defence, right of effective participation in trial, manifest error of assessment, right not to be tried or punished twice for the same offence and right to obtain enforcement of decision and etc.)	16	0,3%
TOTAL	**5.309**	

Figure 7[54]

As can be seen from the data, complaints regarding fair trial occupy an important place among the applications in which the Constitutional Court has found violations. As a matter of fact, the lengthy trial proceedings are a general and structural problem of the Turkish judiciary system. The principles of the right to a trial within a reasonable period of time have been established in details by the ECtHR and the Turkish Constitutional Court. The applications within this scope are decided in line with the said principles and, when a violation of right is identified, the Constitutional Court awards a just satisfaction as a natural consequence of decision.

4. Statistics by Years

Following the constitutional complaint application that started on September 23, 2012, 1.342 applications were received until the end of the same year, while the number of applications rose rapidly to 9.897 in 2013

[54] Annual report 2019, p.193. https://www.anayasa.gov.tr/media/6789/2019_annual_report.pdf (12.12.2021).

(with an increase of %637). In 2014, the total number of individual applications reached 20.578 (with an increase of %108).

The period from 2012 to 2013 is regarded as the first period of the individual application mechanism, in which the Constitutional Court mostly concentrated on the issue of admissibility criteria. In this period, the Constitutional Court worked on the determination of the conditions under which an application can be regarded as admissible. After clarifying the admissibility criteria, in 2014, the Constitutional Court started to give decisions in all material aspects.

In 2015, the total number of applications reached 20.376 and caused an excessive workload for the Constitutional Court. Having clarified the admissibility criteria in 2012 and 2013, the Constitutional Court had the opportunity to focus more on the merits of the applications in 2014 and 2015. In addition to the increase in the number of applications in 2014 and 2015, the subject-matter and content of the rights and freedoms that have invoked a constitutional complaint have varied. In 2016, the number of applications to the Constitutional Court increased from 20,376 in 2015 to 80,756 (296%), due to administrative and procedural acts following a coup attempt on 15 July 2016.

In 2017, the Constitutional Court received 40.530 new applications and 89.651 judgements were delivered, of which approximately 72.134 were deemed inadmissible applications related to the decisions of "dismissal or discharge from public office, profession or other organizations" by the Commission of State Emergency for non-exhaustion of available remedies due to the establishment of the Commission for the Examination of the Proceedings under the State of Emergency. In 2017, the Court decided on 89.637 (out of a total of 126.101) individual applications, 40.530 of which were received within 2017 and 85.563 of which were taken over from earlier years. 86.537 applications were found inadmissible (83,35% of which related to the decisions of discharge), which makes up 96,54% of total number of judgements, while 859 applications were examined on the merits by the Plenary and the Sections. The Court rendered decisions on violation of at least one right in 880 applications, and no violation of any right in 69 applications in 2017.

In 2018, the number of pending applications substantially decreased and the Constitutional Court received 38.186 new applications. In total 35.395 judgements were delivered, of which approximately 33.134 were considered inadmissible applications (93,6% of the total number of judgements), whilst 2.261

applications (6,3%) were examined by the Plenary and the Sections. The Court rendered decisions on violation of at least one right in 2.162 applications in 2018.

In 2019, the Constitutional Court received 42.971 new applications. In total, 39.469 judgements were delivered, of which approximately 38.019 were considered inadmissible applications (96,3% of the total number of judgements), whilst 1450 applications were examined by the Plenary and the Sections. The Court rendered decisions on violation of at least one right in 1225 applications and no violation of any right in 225 applications in 2019.

In 2020, the Constitutional Court received 40.402 new applications. In total, 45.414 judgements were delivered, of which approximately 39.614 were considered inadmissible applications (87,2% of the total number of judgements), whilst 5800 applications were examined by the Plenary and the Sections. The Court rendered decisions on violation of at least one right in 5.658 applications and no violation of any right in 142 applications in 2020.

Many of the constitutional (individual) complaints made to the Constitutional Court turn out to be inadmissible. This is unsurprisingly the result of the extension of *"the right to file a constitutional complaint unhindered by official requirements"* to a contested public. However, the court was not slow to find a way to summarily dispose of unsubstantiated cases in the form of Article 48(2) of the CCL. This provision stipulates that the Constitutional Court may decide inadmissibility of applications which do not bear significance for the enforcement and interpretation of the Constitution or for the determination of the scope and limits of fundamental rights, applications which do not involve significant damage sustained by the applicant and applications which lack of explicit basis. This provision allows a summary dismissal of inadmissible or clearly unsubstantiated claims by the Court and it was widely used against groundless complaints. Unsubstantiated complaint is one of a merits-based ground of inadmissiblity criteria and lies at the later stages of admissibility examination, after tests targeting the formal and procedural aspects of admissiblity.[55] Many constitutional complaints were disposed of in this way as it has been explained above via the statistics of the Court.

---

[55] For analyses of the unsubstantiated individual complaints see, VURAL, Hasan Sayim, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda Bir Kabul Edilemezlik Sebebi Olarak Temellendirilmemiş Şikâyet ve Cemal Günsel Kararı Üzerine Bir İnceleme", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi - Yıl 9, Sayı 18, Aralık 2021 - pp.. 457-487.

VI. WORKING METHODS OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Since 23 September 2012, the Court has received over 335.000 individual applications, approximately 276.000 of which have been concluded. In the aftermath of the coup attempt of 15 July 2016, the Court has received additional applications as well and during the state of emergency, the Court has dealt with a heavy workload, which is still the most significant problem of the individual application mechanism. Currently there are nearly 60.000 pending applications on the Court's agenda.

The Constitutional Court has so far been taking the necessary measures in order to overcome the increasing workload of the individual application mechanism. The Constitutional Courts have assigned rapporteuron the basis of expertise on certain freedoms and rights, and the applications have been classified accordingly to tackle with such heavy workload. The rapporteur-judges have examined the applications that contain an allegation of violation related to the rights and freedoms in their field of expertise. As another tool to overcome the heavy workload, a Filtering Department has been established within the Constitutional Court in order to ensure a more efficient filtering of applications. Established on 14 December 2015, this department aims to ensure that *prima facie* inadmissible applications are examined and decided on by the rapporteur-judges at once, and thereby, inadmissible applications are decided on in a short period of time. By eliminating such applications from the registry, this method aims to ensure that the Sections conduct a more efficient review on the rest of the applications.[56]

However, the functioning of this mechanism as an effective solution depends on the elimination of structural problems and the improvement of the Turkish legal system in a way that causes less violations. The Constitutional Court is not in a position to individually examine and decide on all violations of rights claimed through constitutional applications throughout the country.

Over the last nine years, the number of constitutional complaints to the Constitutional Court have increased steadily, exceeding the Court's capacity to a considerable extent. In September 2021, more than 59.000 applications

[56] 2015 Annual Report, p.30. https://www.anayasa.gov.tr/media/2743/annualreport2015.pdf (15.12.2021).

were pending before the Constitutional Court.[57] Having considered the pending constitutional complaints and the Court's limited personnel and other capacities too conclude these cases, in the year 2022 it will be hard to cope with this caseload of the constitutional complaint system.[58]

Complaints against human rights violations arising from similar human rights problems within the country are referred to as repetitive or similar applications in which the Court applies its established case-law repeatedly to them. These applications compel the Constitutional Court to repeat the same finding of violations in a large number of well-founded cases concerning the same or similar problems in Turkey. Apart from that if the Constitutional Court determines that the violation of fundamental rights guaranteed under the Constitution and the European Convention on Human Rights is stemmed from a structural problem and it determines that this problem will lead to similar individula applications, it can initiate a pilot judgement process according to the CCR.[59]

The large number of repetitive applications pose a serious threat to the constitutional complaint system. A major part of the violation judgments rendered by the Constitutional Court relates to the right to a fair trial. Over the past nine years 62,5 % of all constitutional complaint judgments of the

---

[57] Nine years statistics p. 2-3. https://www.anayasa.gov.tr/media/7602/bb_istatistik_2021-3.pdf (17.12.2021).

[58] For similar observations and findings see, TEKBAŞ Abdullah, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru İstatistiklerinin Değerlendirilmesi", **Anayasa Yargısı Dergisi,** Cilt. 35, 2018, pp. 195-223, p. 222; EKİNCİ Hüseyin, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İş Yükü, Çözüme Yönelik Mahkeme Pratiği ve Öneriler", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Issue 5, 2015, pp. 391-432.,

[59] See, Constitutional Court pilot judgement procedure in Y.T., B. No: 2016/22418, 30/5/2019; Süleyman Başmeydan, B. No: 2015/6164, 20/6/2019; and the very recent Constitutional Court judgement in *Keskin Kalem Yayıncılık and Ticaret A.Ş. and others* [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021. In this case the Constitutional Court applied the pilot judgement procedure in line with article 75 of the RCC for individual application files numbered 2019/3462, 2019/12282, 2019/14680, 2019/24541, 2019/39731, 2020/24330, 2020/24333, 2020/27928 and combined these applications with the individual application file numbered 2018/14884 due to legal liaison regarding the subject matter of theses cases, It was decided that the examination would continue on the individual application file numbered 2018/14884. See also, GÖZTEPE, Ece; "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme", **Anayasa Yargısı Dergisi,** Cilt. 38, Sayı.1, 2021, pp. 43-83; **DUVAN,** p. 39; ŞİRİN, Tolga, **Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013, pp. 631-648; ÖZBEK, Nimet/ KUŞCU, Döndü, ("Anayasa Mahkemesinin 30.05.2019 Tarihli Pilot Kararı (Y.T. Kararı) İncelemesi ve Sınır Dışı Kararına Karşı Etkili Başvuru Üzerine Bir Değerlendirme", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIV, S. 3, 2020, s. 3-39.

Court have been concerned with fair trial cases.[60] When it is noted that the majority of violations of right to a fair trial are related to right to trial within a reasonable time, the role of the structural problems in the violation of fundamental rights and freedoms become clear.

As a result, the Court lacks capacities for conducting its important task (besides upholding individual human rights protection) at a standard setting in the field of human rights. The problem of an overwhelming number of repetitive applications on fair trial originates from the reluctance of several judicial courts to fully adapt their implementation in line with the standards highlighted and emphasized in the case-law of the Constitutional Court and ECtHR on fair trial.

Therefore, the success of the consitutional complaint system depends on a more delicate and sensitive conduct of administrative and judicial authorities, which precludes the occurence of the violation of rights primarily before the judicial courts. Despite all the difficulties and problems, consitutional complaint mechanisms play a very important role in improving the standards of rights and freedoms in Turkey and in the transformation of the judicial system.

VII. CONCLUSION

Since 2012, the Constitutional Court rulings on constitutional complaints play a crucial role in transforming the Turkish legal system and promoting the human rights in Turkey, by simply implementing the principles and standards of the ECHR. The constitutional complaints mechanism has indeed supported the Turkish democratic and institutional consolidation and rule-of-law system. For example, at an early stage the Constitutional Court used a variety of (rejected) constitutional complaints to define the nature and function of the right to constitutional complaint, and to clarify the requirements and procedures of this mechanism.

The Constitutional Court received 335.324 constitutional complaint applications between September 2012 and September 2021, 276.307 of which (82,4% of the total applications) have been concluded, whilst only 15.721 applications have been examined on merits, rendering 14.911 judgments that find a violation of at least one right in the same period.

[60] Nine years statistics p. 9. https://www.anayasa.gov.tr/media/7602/bb_istatistik_2021-3.pdf (17.12.2021).

Considering the very large number of inadmissible applications (in number 246.752 and in ratio of percentage 89,3%) and the much lower number of applications examined on merits (15.721 in number) and violation judgments (14.911 in number) issued by the Constitutional Court, among others, this raises serious questions about core requirements concerning the admissibility criteria and accessibility of the complaint review mechanism. *"Accessibility"* is very important for the individual application mechanism to be qualified as an effective mechanism. This is so in the individual cases accepted for a full hearing and judgment (examination on merits), more or less 5 per 100 of the cases registered in the Constitutional Court.

In order to give a decision on the merits of a constitutional complaint, the application must first be examined in terms of admissibility. This review does not mean that it is actually at the Constitutional Court's discretion in full terms. The Constitutional Court should accept the constitutional complaint in its merits if it is important for the implementation and interpretation of the Constitution or for determination of the scope and limits of fundamental rights in concern under the Constitution. Therefore, a comprehensive legal analysis must be carried out at the admissibility phase of the constitutional complaints.

The Constitutional Court continues to work to alleviate the heavy workload of individual applications. However, the system should not be rendered dysfunctional in order to reduce the number of applications by using the admissibility criteria, in particular through the requirements on groundless and manifestly ill-founded applications and the requirements on constitutional importance of the application or significant damage of the applicant *(non-triviality)*. The Constitutional Court should not see and restrict itself like the ECtHR in applying the admissibility criterias very strictly. Instead it must extend its approach in favour of the applicants as it is the last domestic institution to remedy and redress the contested human rights violation. Accordingly, the Constitutional Court should have the opportunity and resources to effectively cope with the additional caseload.

Additionally, all decisions founded as inadmissable by the Court should be published on the web-site of the Court. Therefore, the opportunity for scholars to analyse this material for clarifications on the Court's approach to the question of admissibility would be possible, satisfying the individuals in terms of access to justice and to have an effective remedy, legal certainty and foreseeability.

Considering that approximately 55% of the individual applications were manifestly ill-founded (groundless) by the Constitutional Court so far, the 30 days deadline for lodging a complaint must be extended as it is very short and the implementation of admissibility criteria is applied in a strict manner and lodging a substantive (well-grounded) application requires a serious preparation process.

In view of these requirements, *inter alia*, the constitutional (individual) complaint mechanism must be accessible, and preventive to be qualified as *"effective constitutional complaint"*. As such, it must provide comprehensive protection of constitutional rights, and needs to take into account the subsidiary nature of the remedy in the ECtHR to resolve human rights problems at the national level.

REFERENCES

AUNG Nge Nge, "Composition of the German Federal Constitutional Court", **Lex ET Scientia International Journal,** LESIJ NO. XXVII, Vol. 2, 2020, pp. 101-112.

BIÇAK Vahit, ""Ceza Hukuku Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Yargı Sistemine Etkileri" **Anayasa Yargısı Dergisi,** Cilt. 35, 2018, pp. 65-72.

Commissioner for Human Rights of the Council of Europe Dunja Mijatović, **CommDH(2020)1, Country Report,** Report Following Her Visit to Turkey from 1 to 5 July 2019, Strasbourg, 19 February 2020.

DOĞAN Zelal Pelin, Bireysel Başvuru Usulünde Önemli Zarar Ölçütü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, **İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı,** 2021.

ÇELİK Abdullah, "Bireysel Başvurunun Kazandırdıkları", **Anayasa Yargısı Dergisi,** Cilt. 32, 2015, pp. 443-447.ÇELİKYAY, Hakan Sabri, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının "Başvuru Yollarının Tüketilmesi" Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM),** Cilt LXXIII, S. 1, 2015, pp. 21-62.

ÇINAR İbrahim / ÇINAR Sinan, "Bireysel Başvurunun Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi ile Bu Aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Issue 4, 2014, pp. 263-310.

DOĞAN Zelal Pelin, Bireysel Başvuru Usulünde Önemli Zarar Ölçütü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı, 2021.

DUVAN, Ayse Özkan, "Possible Effects of the Constitutional Complaint Mechanism on Human Rights Practices", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, Cilt 45, Sayı 62, 2013, pp. 29 - 42.

EKİNCİ Hüseyin / SAĞLAM Musa, **66 Soruda Bireysel Başvuru,** Anayasa Mahkemesi Yayınları (Bireysel Başvuru El Kitapları -1), Ankara, 2015.

EKİNCİ Hüseyin, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İş Yükü, Çözüme Yönelik Mahkeme Pratiği ve Öneriler", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Issue 5, 2015, pp. 391-432.

ERDİNÇ Tahsin, "Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikâyeti)", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Volume (Year 6), Issue 20, 2015, pp. 87-138.

EREN Abdurrahman, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", **Anayasa Yargısı Dergisi,** Cilt. 33, 2016, pp. 231-301.GERÇEKER Hasan, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Konulu Uluslararası Sempozyum Açılış Konuşması", in **Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti",** editor Musa Sağlam, Hukuk Adamları Birliği (HUKAB) Yayınları, Ankara, 2011.

GÖZTEPE, Ece; "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme", **Anayasa Yargısı Dergisi,** Cilt. 38, Sayı.1, 2021, pp. 43-83

GUERRA Luis Lopez, "Spain and the European Court of Human Rights: Individual Applications and the Recurso De Amparo", **Anayasa Hukuku Dergisi,** Volume 4, Issue 7, 2015, pp. 49-83. http://anayasader.org/wp-content/uploads/2020/05/Lopez-Guerra-AYHD-7.pdf (11/10/2021).

GÜLGEÇ Yahya Berkol, "Özgürsüzlük, Kanun ve Bireysel Başvuru: Türk Bireysel Başvuru Sistemine Bir Eleştiri", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (İnÜHFD),** Volume 12(2), 2021, pp. 585-601.

KAHRAMAN, Mehmet, "Almanya'daki Anayasa Şikâyeti ile Karşılaştırmalı Olarak Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu", **HUMANITAS,** Sayı 1, 2013**,** pp. 129-146.

KILINÇ Bahadır, "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", **Anayasa Yargısı,** Vol.25, pp.19-59,

PEKCANITEZ Hakan, "Bireysel Başvuru Sonunda Verilen Kararların Medenî Yargıya Etkisi", **Anayasa Yargısı Dergisi,** Cilt. 35, 2018, pp. 73-104.

ROGOWSKI Ralf / GAWRON Thomas, "Constitutional Litigation as Dispute Processing: Comparing the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court", **Constitutional Courts in Comparison the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court**, edited by Ralf Rogowski and Thomas Gawron, Berghahn Books, August 2016, pp.1-22.

ÖZBEK, Nimet/ KUŞCU, Döndü, (. "Anayasa Mahkemesinin 30.05.2019 Tarihli Pilot Kararı (Y.T. Kararı) İncelemesi ve Sınır Dışı Kararına Karşı Etkili Başvuru Üzerine Bir Değerlendirme", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIV, S. 3, 2020, s. 3-39.

ŞİRİN Tolga, **Bireysel başvuru Usul Hukuku,** Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi, MRK Baskı, (Joint Project on Supporting the Individual Application to the Constitutional Court in Turkey), 2018.

TARRIAS Susana Ruiz, "El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional", **Teoria y Realidad Constitucional**, Issue 25, p686-694, 1st Semestre 2010.

TEKBAŞ Abdullah, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru İstatistiklerinin Değerlendirilmesi", **Anayasa Yargısı Dergisi,** Cilt. 35, 2018, pp. 195-223.

ÜLVAN Nazlı Can, "Constitutional Complaints and Individual Complaints", **Ankara Bar Review**, Vol.2, 2013, pp. 180-186.

VURAL, Hasan Sayim, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda Bir Kabul Edilemezlik Sebebi Olarak Temellendirilmemiş Şikâyet ve Cemal Günsel Kararı Üzerine Bir İnceleme", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi - Yıl 9, Sayı 18, Aralık 2021 - pp. 457-487.

YOUNGS Raymond, **English, French & German Comparative Law,** 2nd Edition, Routledge-Cavendish, London-New York, 2007.

YOUNGS Raymond, **Sourcebook on German Law**, 2nd Edition, Cavendish Publishing Ltd., London-Sydney-Portland, 2002, p. 91.

Internet resources

https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2020_ENG.pdf (10.12.2021).

https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2016_ENG.pdf (10.12.2021).

https://www.bundesverfassungsgericht.de (10.12.2021).

https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)039rev-e (15.12.2021).

https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2011)065-e (12.11.2021).

https://www.anayasa.gov.tr/bireyselbasvuru/pdf/EgitimModulu/bireysel_basvuru_usulu.pdf (12.11.2021).

https://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2020_ENG.pdf p. 3, 5 (...)

https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592020_ENG.pdf p.5, (15.12.2021).

https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592020_ENG.pdf p.3, (15.12.2021).

https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf (15.12.2021).

https://www.anayasa.gov.tr/media/7444/2020_yillik_rapor.pdf (15.12.2021).

https://www.anayasa.gov.tr/media/7602/bb_istatistik_2021-3.pdf (15.12.2021).

https://www.anayasa.gov.tr/media/7602/bb_istatistik_2021-3.pdf (15.12.2021).

https://www.anayasa.gov.tr/media/2742/annualreport2016.pdf (13.12.2021).

https://www.anayasa.gov.tr/media/6789/2019_annual_report.pdf (12.12.2021).

https://www.anayasa.gov.tr/media/2743/annualreport2015.pdf (15.12.2021).

https://www.anayasa.gov.tr/media/7602/bb_istatistik_2021-3.pdf (17.12.2021).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 159-229

LES CONCEPTS DE RESPONSABILITE DE PROTEGER ET DE SECURITE HUMAINE AU SEIN DES NATIONS UNIES: RETOUR SUR LES SIGNIFICATIONS(*)

Doç. Dr. **Hakkı Hakan ERKİNER**(**)
Dr. **Emerant Yves Omgba AKOUDOU**(***)

Résumé: Depuis leur émergence, les notions de Responsabilité de Protéger et de Sécurité Humaine ont fait l'objet d'une réflexion et d'une attention pratique particulière de la part de l'ensemble de la communauté internationale. L'Organisation des Nations Unies qui est l'épicentre de ce phénomène, devait inévitablement se prononcer officiellement sur la signification de ces concepts. Cet article revisite le sens de ces significations et se fondant principalement sur la production normative des Nations Unies et assimilés, il postule qu'elles reposent uniquement sur les principes de l'ordre mondial actuel incarné par la Charte des Nations Unies, se résumant en la souveraineté responsable, en tant que condition de la stabilité internationale. Ainsi, au-delà de toutes les promesses qu'ils semblaient porter en faveur d'une meilleure prise en compte des intérêts des personnes humaines dans les affaires internationales, la Responsabilité de Protéger et de Sécurité Humaine ne sont que de (ré) expressions de l'état d'affaires garanti par la Charte des Nations Unies, ni plus ni moins. Comparativement, les substances objectives de ces concepts, en dévoilant la nature politique des significations qu'ils reçoivent au sein des Nations Unies, dévoilent leur ambiguïté.

Mots clés: Droit International, Responsabilité De Protéger, Sécurité Humaine, Nations Unies, Souveraineté Responsable.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2021 - Makale Kabul Tarihi: 10.02.2022.

(**) Professeur Agrégé du Droit International Public, Faculté de Droit de l'Université de Marmara Département de Droit International
(ORCID no: 0000-0002-0779-6414; *herkiner@marmara.edu.tr*, *hherkiner@gmail.com*).

(***) Docteur du Droit International Public
(ORCID no: 0000-0003-4960-1096; *emerant.akoudou@marun.edu.tr*, *oemeranty-ves@gmail.com*).

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER'DE KORUMA SORUMLULUĞU VE İNSAN GÜVENLİĞİ KAVRAMLARI: ANLAMLARA DÖNÜŞ

Öz: Koruma sorumluluğu ve insan güvenliği kavramları, ortaya çıkışlarından bu yana düşünce ve uygulama anlamında uluslararası toplumun özel ilgisine konu olmuştur. Bu olgunun merkez üssü olan Birleşmiş Milletler, kavramların anlamları konusunda kaçınılmaz olarak resmi bir pozisyon almak durumundadır. Eldeki çalışma, söz konusu kavramların anlamlarını yeniden gözden geçirmekte ve esas olarak Birleşmiş Milletler ve Genel Kurul'un normatif üretimlerine dayanarak, bunların yalnızca, uluslararası istikrarın koşulu olarak sorumlu egemenlik kavramında özetlenen, mevcut dünya düzeninin Birleşmiş Milletler Şartı tarafından somutlaştırılan ilkelerine dayandığını varsaymaktadır. Bu nedenle koruma sorumluluğu ve insan güvenliği, uluslararası ilişkilerde insanlığın menfaatlerinin daha iyi değerlendirilmesi yönünde verdikleri ve tutulmuş görünen tüm sözlerin ötesinde -ne eksik ne fazla- Birleşmiş Milletler Şartı tarafından garanti edilen hususların sadece (yeniden) ifadeleridir. Bu kavramların objektif özleri, Birleşmiş Milletler içindeki anlamlarının siyasi doğasını açığa çıkararak, bir bakıma belirsizliğini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Koruma Sorumluluğu, İnsan Güvenliği, Birleşmiş Milletler, Sorumlu Egemenlik.

THE CONCEPTS OF THE RESPONSIBILITY TO PROTECT AND HUMAN SECURITY WITHIN THE UNITED NATIONS: RETURN ON THE MEANINGS

Abstract: Since their emergence, the concepts of the responsibility to protect and human security have been subject to a particular thinking and practical attention of the whole international community. The United Nations, which is the epicenter of this phenomenon, had inescapably to take an official position on the meanings of these concepts. This paper revisits the sense of these meanings and mainly based on the normative production of the United Nations and General Assembly, it postulates that they rest only on the principles of the current world order embodied by the United Nations Charter, summing up in the responsible sovereignty, as the condition for international stability. Thus, beyond all the promises they seemed to bear in favor of a better consideration of human beings' interests in international affairs, the responsibility of protect and human security are just (re)expressions of the state of affairs guaranteed by the United Nations Charter, no more, no less. Comparatively, the objective

substances of these concepts, by unveiling the political nature of their meanings within the United Nations, show their ambiguity.

Keywords: International Law, Responsibility to Protect, Human Security, United Nations, Responsible Sovereignty.

INTRODUCTION

Les concepts de Responsabilité de Protéger et de Sécurité Humaine sont apparus au sein des Nations Unies pour exhorter la communauté internationale à la nécessité de tenir compte des préoccupations liées aux êtres humains. Ces concepts ont tous deux fait l'objet d'un processus de réflexion qui a conduit l'Organisation des Nations Unies à déterminer sa position officielle.

La Responsabilité de Protéger est un concept qui a intéressé la pratique résolutoire des Nations Unies dans le contexte d'une affirmation croissante de la nécessité d'une intervention internationale au profit des êtres humains. Les cas de crimes internationaux graves subis par les populations civiles tout au long des années 1990 ont suscité un débat sur la théorie et la pratique de l'intervention humanitaire. Après l'échec des Nations Unies à répondre adéquatement à ces tragédies humaines, notamment au Rwanda, en Bosnie, au Kosovo, pour les cas plus cités, les États ont commencé à exiger un droit d'intervention pour arrêter ou prévenir les violations massives des droits de l'homme. Leur principale préoccupation était de savoir si la pratique résolutoire des Nations Unies de l'époque, concernant le recours à la force, répondait aux défis de l'après-guerre froide, en particulier ceux liés aux urgences humanitaires. Ainsi, les États ont tendance à admettre qu'il n'est plus possible de tolérer les exactions contre les civils nécessaires à la formation de l'État ou de rester inactif dans de telles situations. Si, toutefois, les droits de l'État demeurent les principes fondamentaux de l'ordre international actuel, il était nécessaire de déterminer comment les populations touchées par des violations massives des droits de l'homme peuvent être protégées.[1]

Lors de la 54e session de l'Assemblée générale des Nations Unies, le Secrétaire général Koffi Annan a appelé les États à empêcher un nouveau

---

[1] BADESCU Cristina Gabriela, **Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect Security and human rights**, Routledge, London and New York, 2011, p. 2.

Rwanda et à parvenir à un consensus sur la question de l'intervention humanitaire. Ce fut le point de départ de la recherche sur la définition d'un cadre normatif pour l'intervention humanitaire des Nations Unies. Cette réponse a été la création de la "Responsabilité de Protéger" développée par la Commission Internationale de l'Intervention et la Souveraineté des États (CIISE) mise en place par le gouvernement canadien. En décembre 2001, cette Commission publia son rapport intitulé: *Responsabilité de Protéger*.[2]

En ce qui concerne le sens de la Responsabilité de Protéger, il convient avant tout de rappeler l'éclaircissement préalable de la Commission: "*Ce rapport porte sur la question du "droit d'intervention humanitaire": des États ont-ils jamais le droit de prendre des mesures coercitives - et particulièrement militaires - contre un autre État pour protéger des populations menacées dans ce dernier, et si oui, dans quelles circonstances? Jusqu'à ce que les événements bouleversants du 11 septembre 2001 propulsent la lutte contre le terrorisme au premier plan des préoccupations internationales, la question de l'intervention à des fins de protection humaine était considérée comme l'une des plus délicates et des plus controversées dans le domaine des relations internationales. Le problème s'est posé de manière plus forte que jamais depuis la fin de la guerre froide. Les appels à l'intervention se multiplient; certains trouvent réponse et d'autres restent lettre morte. Les avis restent partagés quant à l'existence de ce droit, et même ceux qui le reconnaissent ne s'entendent pas sur les modalités selon lesquelles il doit s'exercer, c'est-à-dire de quelle manière, à quel moment et sous l'autorité de quelles instances*."[3]

Selon la CIISE, la Responsabilité de Protéger fait référence à "*Les États souverains ont la Responsabilité de Protéger leurs propres citoyens contre les catastrophes qu'il est possible de prévenir - meurtres à grande échelle, viols systématiques, famine. S'ils ne sont pas disposés à le faire ou n'en sont pas capables, cette responsabilité doit être assumée par l'ensemble de la communauté des États*."[4]

---

[2] COMMISSION INTERNATIONALE DE L'INTERVENTION ET DE LA SOUVERAINETE DES ÉTATS, (CIISE), **La Responsabilité de Protéger**, Publications du Centre de Recherches pour le Développement International, 2001.

[3] CIISE, op. cit. p. vii.

[4] Ibid. p. viii.

La Responsabilité de Protéger selon cette commission repose sur deux principes fondamentaux:[5]

a. La souveraineté de l'État implique la responsabilité, et c'est à l'État qu'il incombe la responsabilité première de protéger ses populations;

b. Partout où une population souffre d'une détresse grave, à la suite d'une guerre civile, d'une rébellion ou d'un déclin de l'État et que l'État en question ne veut pas ou ne peut pas les arrêter ou les empêcher, le principe de non-intervention se transforme en responsabilité protéger.

Selon la CIISE, la Responsabilité de Protéger est fondée sur:[6]

a. Les obligations inhérentes au concept de souveraineté;

b. La responsabilité du Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies relatif à la paix et sécurité internationales;

c. Les obligations juridiques spécifiques dans le domaine des droits de l'homme et des déclarations, conventions et traités relatifs aux droits de l'homme et à la protection de l'homme, du droit international humanitaire et du droit national;

d. La pratique en constante évolution des États, des organisations régionales et du Conseil de sécurité lui-même.

La responsabilité comprend en outre trois éléments ou composantes:[7]

a. La responsabilité de prévenir, consistant à agir sur les causes profondes et directes des conflits internes et de toutes les crises anthropiques créant un risque pour les populations;

b. La responsabilité de réagir, consistant à répondre aux situations critiques par des mesures appropriées, pouvant inclure des mesures coercitives, telles que des sanctions et des poursuites internationales et dans les cas extrêmes, une intervention militaire;

c. La responsabilité de reconstruire, qui consiste à fournir, après une intervention militaire, l'assistance nécessaire au relèvement, à la reconstruction et à la réconciliation, en s'attaquant aux causes du préjudice que l'intervention visait à contenir.

---

5 Ibid. p. xi.

6 Ibid.

7 Ibid.

Concernant les principes de l'intervention militaire,[8] le rapport de la CIISE mentionne que l'intervention humanitaire pour la protection humaine est une mesure exceptionnelle et extraordinaire. Pour qu'elle soit légitimée, elle doit être un danger pour la vie humaine ou un risque grave de celle-ci, ce qui correspond:

a. Aux situations de perte humaine à grande échelle avec ou sans intention génocidaire et qui sont le produit soit d'une action délibérée de l'État, soit d'une négligence de l'État ou de son incapacité à agir ou d'une situation de déclin de l'État;

b. Au nettoyage ethnique à grande échelle, qu'il soit perpétré par meurtre, expulsion forcée, actes de terreur ou viol.

L'intervention militaire, pour sa part, est fondée sur les principes de précaution:[9]

a. Du la juste intention d'arrêter ou de prévenir les souffrances humaines manifestées dans les opérations multilatérales;

b. En dernier ressort, c'est-à-dire que l'usage de la force n'est légitimé qu'après l'échec de toutes les autres mesures préventives ou de résolution pacifique de la crise;

c. Des moyens proportionnels, c'est-à-dire que l'intervention humanitaire doit être le minimum nécessaire pour protéger les populations;

e. D'attentes raisonnables, c'est-à-dire qu'il faut normalement s'attendre à ce que l'intervention arrête ou prévienne la souffrance humaine, sans créer une situation pire que celle qui justifie l'intervention.

Le concept de la Responsabilité de Protéger a ensuite été réaffirmé dans le rapport de 2004 du Groupe de Personnalités de Haut niveau sur les Menaces, les Défis et le Changement intitulé: *Un monde plus sûr: notre affaire à tous*[10] et dans le Rapport de l'Ancien Secrétaire Général intitulé: *Dans une Liberté plus Grande: Développement, Sécurité et Respect des*

---

8 Ibid. p. xii.

9 Ibid.

10 GROUPE DE PERSONNALITES DE HAUT NIVEAU SUR LES MENACES, LES DEFIS ET LE CHANGEMENT, **Un monde plus sûr: notre affaire à tous**, Rapport du 2 décembre 2004, A/59/565.

Droits de l'Homme pour Tous.[11] L'Organisation des Nations Unies a adopté sa position officielle concernant la Responsabilité de Protéger au Sommet mondial de 2005,[12] inscrite dans le document final de ce sommet dans ses paragraphes 138 et 139.[13] Le Conseil de Sécurité des Nations a ensuite adopté des résolutions) ce titre pour justifier des interventions des Nations Unies.[14]

La Responsabilité de Protéger est alors venue clarifier le sens à donner à l'intervention humanitaire dans les affaires internationales. Cependant, pour protéger les personnes humaines, une autre terminologie était utilisée qui mentionnait "intervention": l'intervention militaire. Face à la réticence des travailleurs humanitaires de toute association des actions "militaire" et humanitaire, le terme "Responsabilité de Protéger"[15] fut préféré. Ce compromis est compréhensible compte tenu de certaines considérations liées à l'intervention humanitaire. En effet, l'intervention militaire étant hautement politique, elle peut alors servir des intérêts politiques, ce qui peut jeter le doute sur sa neutralité. Or, la neutralité est l'un des principes cardinaux de l'aide humanitaire qui s'est souvent avéré crucial pour l'accès aux victimes. L'aide humanitaire par le biais d'une intervention militaire peut donc conduire à une grande méfiance des parties au conflit, ce qui peut par conséquent limiter l'accès humanitaire, au détriment des victimes. Puisqu'il s'agit dans tous les cas d'intervention humanitaire, le positionnement conceptuel de la Responsabilité de Protéger permet de distinguer la réponse humanitaire par le politique qu'elle rend compte, de la réponse humanitaire par les "assisteurs humanitaires "ou "aideurs humanitaires."

En ce qui concerne la Sécurité Humaine, son avènement au sein des Nations Unies a été marqué par le rapport de 1994 du Programme des Nations

---

[11] NATIONS UNIES ASSEMBLEE GENERALE, **Dans une Liberté plus Grande: Développement, Sécurité et Respect des Droits de l'Homme pour Tous,** Rapport du Secrétaire général, A/59/2005, 21 mars 2005.

[12] NATIONS UNIES, ASSEMBLEE GENERALE, **Document final du Sommet mondial de 2005**, A/60/L.1, 20 septembre 2005.

[13] Ibid. p. 33.

[14] Concernant l'intervention en Côte d'Ivoire en 2010, voir NATIONS UNIES, CONSEIL DE SECURITE, **Résolution 1962**, S/RES/1962, 20 décembre 2010; Concernant l'intervention des Nations Unies en Libye en 2011, voir NATIONS UNIES, CONSEIL DES NATIONS UNIES, **Résolution 1973**, S/RES/197, 17 mars 2011.

[15] **Rapport** CIISE, op. cit. p. 10.

Unies pour le développement (PNUD).[16] Il commence par relever que "*Le concept de sécurité fait depuis trop longtemps l'objet d'une interprétation restrictive, la cantonnant à la sécurité du territoire face aux agressions extérieures, à la protection d'intérêts nationaux face à l'étranger. ou à la sécurité de la planète face à la menace d'un holocauste nucléaire. Il s'appliquait davantage aux Etats-nations qu'aux personnes. Prisonnières d'une lutte idéologique, les superpuissances imposaient la guerre froide au monde entier. Indépendants depuis peu, les pays en développement étaient sensibles à toute menace réelle ou supposée envers leur fragile identité nationale. Les préoccupations légitimes de chacun pour la sécurité dans sa vie quotidienne étaient oubliées. Pour beaucoup, la sécurité était synonyme de protection contre la maladie, la faim, le chômage, la criminalité, les conflagrations sociales, la répression politique et les catastrophes naturelles. A mesure que s'éloigne le spectre de la guerre froide, il apparaît aujourd'hui que de nombreux conflits sur; viennent à l'intérieur d'un même pays plutôt qu'entre des pays différents.*"[17] Ce paragraphe est une sorte de rappel du contexte dans lequel une urgence de Sécurité Humaine se fait sentir. Il précise que la sécurité, dans son sens relatif au territoire, n'était pas seulement une question préoccupante pour l'État, mais aussi une question préoccupante pour les individus. Ce que ce rapport confirme, c'est que "*la Sécurité Humaine n'est pas une question d'armement, mais une question de vie humaine et de dignité.*"[18]

Le rapport du PNUD identifie quatre caractéristiques essentielles de la Sécurité Humaine: la Sécurité Humaine est une préoccupation universelle, les composantes de la Sécurité Humaine sont interdépendantes, la Sécurité Humaine est plus facile à assurer grâce à une prévention précoce, la Sécurité Humaine est centrée sur les personnes.[19] De surcroît la Sécurité Humaine comporte deux principaux aspects: "*d'une part, la protection contre les menaces chroniques, telles que la famine, la maladie et la répression et, d'autre part, la protection contre tout événement brutal susceptible de perturber la vie quotidienne ou de porter préjudice à son organisation dans les foyers, sur le lieu de travail ou au sein de la communauté. Ce type de menace existe*

---

[16] PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR LE DEVELOPPEMENT, **Rapport mondial sur le développement humain 1994,** Paris, Economica, chapitre 2: Les nouvelles dimensions de la sécurité humaine, 1994.

[17] Ibid. p. 23.

[18] Ibid. p. 23-24.

[19] Ibid. pp. 22-23.

indépendamment du niveau de revenu et de développement d'un pays."[20] Ces aspects sont résumés dans une définition générale: "*La Sécurité Humaine a toujours signifié deux choses essentielles: se libérer de la peur et se prémunir contre le besoin.*"[21] La clarification immédiate de la position des Nations Unies sur cette définition est très importante: "*Les Nations Unies l'ont reconnu dès leur création. Mais, au fil du temps, la première composante a pris le pas sur la seconde. Dans leurs réflexions sur la sécurité, les fondateurs des Nations Unies ont toujours accordé une importance égale aux territoires et aux personnes.*"[22] Dans cette définition du PNUD, la Sécurité Humaine est liée à sept dimensions auxquelles correspondent des types spécifiques de menaces:[23]

a. La sécurité économique, qui couvre l'accès à l'emploi et aux ressources, est menacée par la pauvreté;

b. La sécurité alimentaire, qui renvoie à l'accès matériel et économique à la nourriture pour tous, à tout moment, subit la menace de la faim et de la famine;

c. La sécurité sanitaire qui renvoie à l'accès aux soins médicaux et à de meilleures conditions de santé doivent fait face aux maladies;

d. La sécurité environnementale fait face aux menaces de pollution, de dégradation de l'environnement mettant en danger la survie humaine et l'épuisement des ressources;

e. La sécurité personnelle, est entravée par des menaces qui peuvent prendre plusieurs formes: menaces de l'Etat, d'Etats étrangers, d'autres groupes de personnes (tensions ethniques), menaces contre les femmes ou les enfants en raison de leur vulnérabilité et de leur dépendance;

f. La sécurité communautaire, c'est-à-dire à la sécurité du fait de l'appartenance à un groupe social (famille, communauté, organisation, groupement politique, groupe ethnique, etc.), peuvent être menacées par les tensions qui surviennent souvent entre ces groupes en raison de la concurrence pour des opportunités d'accès limitées et ressources;

g. La sécurité politique, qui doit garantir le respect des droits et libertés fondamentaux, est menacée par l'arbitraire et la répression.

---

[20] Ibid. p. 20.

[21] Ibid. p. 25.

[22] Ibid.

[23] Ibid. pp. 26-36.

Le rapport du PNUD de 1994 est généralement considéré par la doctrine comme exposant la conception large de la Sécurité Humaine.[24] En 2005, dans son Rapport *Dans une liberté plus grande: Développement, Sécurité et Respect des Droits de l'Homme pour Tous*, l'ancien Secrétaire des Nations Unies Kofi Annan, bien que ne faisant pas spécifiquement référence au concept de Sécurité Humaine, fit écho de la définition sommaire de ce concept dans le Rapport du PNUD de 1994 "*Parler d'une liberté plus grande, c'est dire que les hommes et les femmes du monde entier ont le droit d'être gouvernés selon leur volonté et dans le respect de la loi, et de vivre dans une société où chacun peut librement, sans discrimination ou sanction, s'exprimer, pratiquer une religion et s'associer à d'autres. C'est dire qu'ils doivent aussi être à l'abri du besoin, ne pas vivre sous le couperet de la misère ou des maladies infectieuses, et à l'abri de la peur, ne pas avoir à craindre que la violence et la guerre viennent bouleverser leur vie ou les priver de tout moyen de subsistance. Chacun a droit à la sécurité et au développement*."[25] Le Document final du Sommet mondial de 2005, dans son paragraphe 143, consacre également la Sécurité Humaine en ces termes: "*Nous soulignons que les êtres humains ont le droit de vivre libres et dans la dignité, à l'abri de la pauvreté et du désespoir. Nous estimons que toutes les personnes, en particulier les plus vulnérables, ont le droit de vivre à l'abri de la peur et du besoin et doivent avoir la possibilité de jouir de tous leurs droits et de développer pleinement leurs potentialités dans des conditions d'égalité. À cette fin, nous nous engageons à définir la notion de Sécurité Humaine à l'Assemblée générale.*"[26]

Jusqu'en 2005, la Sécurité Humaine était alors fondamentalement comprise comme la condition de toute existence à l'abri de la peur et du besoin, le premier renvoyant à la liberté de toutes les situations de violence et le second, la capacité de répondre à ses besoins, du moins les plus essentiels. Le Rapport du Secrétaire général sur *La Sécurité Humaine*, publié en 2010[27] fait le point des progrès accomplis dans la promotion de ce

---

[24] FUKUDA-PARR Sakiko, MESSINEO Carol, **Human Security: A critical review of the literature**, Centre for Research on Peace and Development, Working Paper n° 11, KU Leuven, January, 2012.

[25] **In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All**, Report of the Secretary-General, op. cit. p. 5.

[26] **Document Final du Sommet Mondial de 2005**, op. cit. p. 31.

[27] NATIONS UNIES, ASSEMBLEE GENERALE, Suivi des textes issus du Sommet du Millénaire, **La Sécurité Humaine,** Rapport du Secrétaire général, A/64/701, 8 mars 2010.

concept depuis le Sommet mondial de 2005. Il examina les débats consacrés à la Sécurité Humaine, les différentes définitions qui ont été données et le lien entre la souveraineté des États et la Responsabilité de Protéger et présenta les principes et la démarche visant à promouvoir la Sécurité Humaine, ainsi que l'application de ce concept aux priorités actuelles des Nations Unies. Ainsi, rappelant plusieurs contributions définitionnelles de différents groupes et organisations internationales, ce Rapport détecte leur dénominateur commun sur trois éléments constitutifs de la Sécurité Humaine: "*Premièrement, la Sécurité Humaine est définie par opposition à des risques qui existent ou se profilent à l'horizon - des risques qui sont multiples, complexes et interdépendants et peuvent revêtir une dimension internationale. Deuxièmement, cette notion renvoie à une conception plus générale de la sécurité, qui a pour fondement et pour objectif la protection des individus et le renforcement de leurs capacités d'action. Troisièmement, assurer la Sécurité Humaine ne passe pas par le recours à la force contre la souveraineté des États, l'objectif étant d'intégrer la liberté de vivre à l'abri de la peur et du besoin et dans la dignité dans le cadre de stratégies de prévention globales, axées sur l'être humain et adaptées à chaque situation.*"[28] Dans cette entreprise de définition du concept de Sécurité Humaine, ce Rapport vise à rendre compte de la différence qui existerait entre la Sécurité Humaine et la Responsabilité de Protéger: "*Comme cela est indiqué au paragraphe 143 du Document final du Sommet mondial, assurer la Sécurité Humaine consiste à permettre à tous les individus de vivre à l'abri de la peur et du besoin et d'avoir la possibilité de jouir de tous leurs droits et de développer pleinement leurs potentialités. Cette approche ne prévoit pas de recourir à la force. L'accent est mis sur le renforcement des capacités des gouvernements et de la population locale, notamment de leurs capacités d'adaptation face aux nouveaux défis qui se présentent, par des moyens synergiques, préventifs et globaux.*"[29] Ce paragraphe établit que la distinction fondamentale entre la Sécurité Humaine et la Responsabilité de Protéger réside dans le recours à la force.

Concernant les principes et l'approche de la Sécurité Humaine, le même rapport est instructif: "*Le concept de Sécurité Humaine renvoie par ailleurs à l'universalité et à la primauté d'un ensemble de libertés fondamentales.*

---

[28] Ibid. Parag. 19, p. 7.

[29] Ibid.

Aucune distinction n'est ainsi établie entre les différents droits, qu'ils soient civils, politiques, économiques, sociaux ou culturels, les risques en matière de sécurité étant combattus selon une approche multidimensionnelle et globale.[30] *(...) S'inscrivant dans un champ d'action bien circonscrit, la Sécurité Humaine sert de fondement à des politiques qui, bien que globales par leur portée, sont cependant ciblées et axées sur les risques les plus graves et les plus généralisés qui existent dans une situation donnée. Certains problèmes de Sécurité Humaine, comme le manque d'accès aux ressources et l'inégalité des chances, relèvent par exemple de la dynamique interne d'une collectivité donnée, tandis que d'autres, comme les pandémies, les changements climatiques et les crises financières et économiques, dépassent les frontières. Il importe de tenir compte de la portée du problème considéré lors de l'élaboration de politiques et recommandations opérationnelles visant à y remédier et de leur adaptation à un contexte donné.*"[31]

Dans ces paragraphes, le caractère universel, global et multidimensionnel des préoccupations relatives à la Sécurité Humaine est mis en évidence, ce qui confirme la synthèse des différentes contributions définitionnelles de la Sécurité Humaine développées jusqu'à présent. La précision qui est apportée concernant le dépositaire de la responsabilité de Sécurité Humaine est très important. "*La notion de Sécurité Humaine se fonde sur le principe fondamental selon lequel il incombe au premier chef aux gouvernements d'assurer la survie, les moyens de subsistance et la dignité de leurs citoyens. Cette approche constitue un précieux outil permettant aux gouvernements d'identifier les menaces graves et généralisées qui pèsent sur le bien-être de leur population et la stabilité de leur souveraineté.*"[32] A la communauté Internationale a été reconnu un rôle complémentaire ou d'appui aux États.

Comme dans le cas de la Responsabilité de Protéger, tout le processus de réflexion sur la Sécurité Humaine sera reflété dans le deuxième Rapport du Secrétaire Général[33] qui, proposera la compréhension des Nations Unies

---

[30] Ibid. Parag. 26, p. 9.

[31] Ibid. Parag. 27, p. 9.

[32] Ibid. p. 1 (Résumé).

[33] NATIONS UNIES ASSEMBLEE GENERALE, "Suite donnée aux textes issus du Sommet du Millénaire", **Suite donnée à la résolution 64/291 de l'Assemblée générale sur la Sécurité Humaine**, Rapport du Secrétaire Général A/66/763, 5 avril 2012.

de la Sécurité Humaine et lequel sera finalement adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies comme position officielle de l'organisation concernant la Sécurité Humaine.[34]

Nous postulons dans cet article que la signification des concepts de Responsabilité de Protéger et de Sécurité Humaine déterminée au sein de l'Organisation des Nations Unies dépend des principes fondateurs de celle-ci, lesquelles se résument en souveraineté responsable. Ces concepts ont tout en rapport avec cette conception de la souveraineté des Etats et les Etats ne sauraient les signifier au-delà de ce qu'ils ont déjà convenu dans le cadre de l'ordre mondial actuel incarné par la Charte des Nations Unies (I). Cependant, les notions de Responsabilité de Protéger et de Sécurité Humaine ont en elles-mêmes des significations objectives, qui témoignent de l'ambiguïté du sens auquel elles sont soumises au sein des Nations Unies et questionnent en conséquence le sens de l'ordre mondial actuel (II).

I. LES CONCEPTS DE RESPONSABILITÉ DE PROTÉGER ET DE SÉCURITÉ HUMAINE AU SEIN DES NATIONS UNIES ET LES PRINCIPES DE L'ORDRE MONDIAL ACTUEL

L'ordre mondial actuel est celui incarné par la Charte des Nations Unies, lequel est indubitablement interétatique et repose donc sur la souveraineté des États.[35] Il est un fait que depuis les traités de Westphalie, la souveraineté des États est à la base des relations internationales et du droit international.[36] L'ordre mondial de la Charte des Nations Unies est nouveau

---

[34] NATIONS UNIES, ASSEMBLEE GENERALE, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 10 septembre 2012 [sans renvoi à une grande commission A/66/L.55/Rev.1 et Add.1)] A/RES/66/290 66/290, **Suite donnée au paragraphe 143 sur la Sécurité Humaine du Document final du Sommet mondial de 2005**, 25 octobre 2012.

[35] HINSLEY Harry, **Sovereignty**, Watts, London, 1966, p. 26; FASSBENDER Bardo, **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community**, Legal Aspects of International Organization, Vol.51, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston 2009; NAGAN Winston, HAMMER Craig, "The Changing Character of Sovereignty in International Law and International Relations", **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 43, n°143, 2004, pp. 154-159.

[36] BELOV Martin. (ed.), **Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law**, Hart, 2018; FALK Richard, BLACK Cyril, (eds.), **The Future of the International Legal Order**, vol. I, Princeton University Press, 1969; COOPER Richard, VOÏNOV KOHLER Juliette, "Introduction: The Responsibility to Protect. The Opportunity to Relegate Atrocity Crimes to the Past", in COOPER Richard, VOÏNOV KOHLER Juliette (eds.), **Responsibility to Protect. The Global Moral Compact for the 21st Century**, Palgrave Macmillan, 2009, New York, p. 3.

précisément parce qu'il consacre la souveraineté des États d'une manière nouvelle, c'est-à-dire non plus absolue mais modérée, tant dans les relations intérieures qu'extérieures des États.[37] En réalité, le nouvel ordre mondial repose sur la clarification du sens de la souveraineté, c'est-à-dire qu'il ne saurait se considérer comme un attribut de licence, pouvant être utilisé à toutes les fins que les États pourraient décider individuellement, selon leurs caprices, mais un attribut de liberté, c'est-à-dire qui doit être utilisé dans un sens qui ne nuit ni à l'État qui en est le titulaire, ni aux autres États[38]. Les expériences néfastes des guerres mondiales en sont la preuve. En fait, elles ont été le résultat d'une considération licencieuse souveraineté qui régissait à la fois les relations intérieures et extérieures des États. En raison de ses conséquences regrettables, les États ont dû se résoudre à reconsidérer leur souveraineté d'une manière qui garantisse la paix et la sécurité à chacun d'eux. Ainsi, la Charte des Nations Unies consacre le principe de la souveraineté responsable, sur lequel se fonde le sens reconnu à la Responsabilité de Protéger et à la Sécurité Humaine (1). Cela se confirme par ailleurs dans la valeur juridique attachée à ces concepts (2).

1. Les Significations Des Concepts De Responsabilité De Protéger Et De Sécurité Humaine Au Sein Des Nations Unies Et Le Principe De Souveraineté Responsable

Le principe de la souveraineté responsable peut être considéré comme le principe général consacré par la Charte des Nations Unies comme condition de la paix et la sécurité internationales.[39] Ce principe met l'accent sur la signification claire de la souveraineté dans l'ordre mondial interétatique.[40] Selon celui-ci, le seul sens de la souveraineté est la responsabilité, c'est-à-dire la responsabilité à l'extérieur et à l'intérieur de l'État. Ainsi, la

---

[37] EVANS Gareth, "The Responsibility to Protect From an Idea to an International Norm", in COOPER Richard, VOÏNOV KOHLER Juliette (eds.), ibid.; NAGAN Winston, HAMMER Craig, op. cit. p. 154.

[38] NAGAN Winston, HAMMER Craig, Ibid. p. 154.

[39] SOLTANI Rasool, MORADI Maryam, "The Evolution of the Concept of International Peace and Security in light of the United Nations Security Council Practice (End of the Cold War-Until Now)", **Open Journal of Political Science**, n°7, 2017, p. 135.

[40] BROWN Chris, "Universal Human Rights: A Critique," in DUNNE Tim and WHEELER Nicolas, (eds.), **Human Rights in Global Politics**, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; JACKSON Robert. **Quasi-states: Sovereignty, International Relations and the Third World,** Cambridge University Press, 1990; AYOOB Mohammed, "Humanitarian Intervention and State Sovereignty", **The International Journal of Human Rights**, vol. 6, n° 1, 2002, pp. 81-102.

souveraineté comme responsabilité est la garantie de la stabilité internationale.[41]

La souveraineté en tant que responsabilité à l'intérieur de l'État et comme condition de la paix et de sécurité internationales est un engagement au service des personnes humaines existant dans l'État. Les États doivent gérer les affaires publiques de manière à assurer le bien-être de leurs populations.[42] Le mérite de la démocratie est de fonder ainsi la gouvernance, selon la célèbre affirmation d'Abraham Lincoln "*La démocratie est le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple*." Même si la démocratie s'est répandue dans les années 1990, cinq décennies plus tard après l'adoption de la Charte des Nations Unies, le précédent choquant de l'Holocauste a sans aucun doute beaucoup contribué à l'intérêt du sort humain au sein de cette Charte. Ainsi, la souveraineté comme responsabilité à l'intérieur de l'État signifie que son objectif premier est de satisfaire les intérêts de ses populations.[43]

Ce sens de la souveraineté comme responsabilité à l'intérieur de l'État va de pair avec le sens de la souveraineté comme responsabilité à l'extérieur de l'État, car il implique le respect des autres souverainetés. C'est le principe de l'égalité souveraine des États.[44] L'égalité des souverainetés signifie qu'aucune ne saurait exercer d'autorité sur aucune autre sans le consentement de celle-ci, quelles que soient les caractéristiques particulières que pourraient présenter les Etats.[45] Ce principe a pour corollaire, le principe

---

41 ASHRA'FI D, **International Organizations and the Conceptual Evolution of National Sovereignty**, Tehran: Khorsandy Pub, 2015; DENG Francis, **Protecting the Dispossessed. A Challenge for the International Community,** 1993; DENG Francis, KIMARO Sadikiel, LYONS Terrence, ROTHCHILD Donald, ZARTMAN William, **Sovereignty as Responsibility, Conflict Management in Africa**, June 1996.

42 REISMAN Michael, "Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law", **American Journal of International Law**, vol. 84, 1990; TAMS Christian, "**Individual States as Guardians of Community Interests",** in FASTENRATH Ulrich, GEIGER Rudolf, ERASMUS KHAN Daniel (Dir.), **From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma**, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 400-01.

43 D'AMATO Anthony, "There is no Norm of Intervention or non-intervention in International Law", **International Legal Theory**, vol. 7, n°1, 2001; HILPOLD Peter, "R2P and Humanitarian Intervention in a Historical Perspective", in HILPOLD Peter (ed.), **A New Paradigm of International Law?**, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015, p. 109.

44 "*L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres*", Art. 2 (1) de la Charte des Nations Unies; voir CEDE Franz, SUCHARIPA-BEHRMANN Lilly, (eds.), **The United Nations, Law and Practice,** Kluwer Law International, 2001, p. 18.

45 "*The principle of sovereign equality of all members of the UN corresponds to one of the central elements of international law. It affirms that States as the main actors on the interna-*

de non-intervention.[46] La première partie de l'article 2 (7) de la Charte des Nations Unies stipule que "*aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat ni n'oblige les Membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente Charte (...)*." La souveraineté est un attribut d'autodétermination. Cela signifie pour les États la possibilité de gérer leurs affaires en toute liberté, de la manière qu'ils jugent adéquate et de supporter seuls les conséquences qui en découlent. Pour cette raison, il s'agit d'un attribut d'indépendance et comme aucun Etat n'accepterait d'interférence non autorisée dans sa sphère d'attribution, aucun Etat n'interfère donc vraiment dans celle de l'autre. Dans cette logique, tout ce qui relève de la juridiction interne d'un État est sous sa responsabilité.

Si le principe de la souveraineté responsable est le principe général de l'ordre mondial incarné par la Charte des Nations Unies, comme condition de la paix et la sécurité internationales, il implique alors une coopération interétatique. L'expérience des guerres mondiales enseigna que la coopération internationale est nécessaire pour faire face à des préoccupations communes. Par conséquent, la solidarité des souverainetés est cruciale pour la paix et la sécurité internationales, incluant l'intégrité des États et des personnes humaines[47]. Ainsi, l'un des buts des Nations Unies selon l'article 1(3) est de

tional stage are endowed with equal rights irrespective of all their factual disparities. According to this principle States as the principle subjects of international law possess the attributes of external sovereignty. They have all essential characteristics of statehood. These consist of three elements of territory, people and an effective government. The principle of sovereign equality finds its expression in the fact that each Member State, regardless of its size, has only one vote in the GA", CEDE Franz, SUCHARIPA-BEHRMANN Lilly, ibid. pp. 18-19.

46 CEDE Franz, SUCHARIPA-BEHRMANN Lilly, ibid. p. 23, SHEN Jianming, "The Non-Intervention Principle and Humanitarian Interventions under International Law", **International Legal Theory**, vol.7, n°1, 2001; VINCENT Raymond John, **The Principle of Non-Intervention and International Order**, PhD Thesis, Australian National University, September 1971, DAVID Eric, "Portée et Limite du Principe de Non-Intervention", **Revue Belge de Droit International**, n° 2, Éditions Bruylant, Bruxelles, 1990.

47 "*From today's perspective the activities of the UN in the areas of economic and social cooperation are no less important than the system of collective security whose creation was the main ambition of the founders of the UN (...) In Art. 1 (3) the principle of international cooperation is formulated in a very general way. It calls on Member States to promote international cooperation in every respect. Such a broad agenda makes the UN competent to deal practically with each and every issue, which is not essentially within the domestic jurisdiction of this State* (alone). *This wide interpretation of the UN mandate makes it possible, for instance, to put nearly all matters within the framework of the UN*, CEDE Franz, SUCHARIPA-BEHRMANN Lilly, ibid. pp. 13, 17.

"*Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion*." Étant donné que les États peuvent avoir des difficultés à satisfaire et à répondre aux questions liées aux intérêts des personnes humaines, et si cela peut compromettre la paix et la sécurité d'autres États, la coopération interétatique devient, sinon fortement encouragée, simplement une nécessité.[48] Cette nécessité ne peut pas contredire la souveraineté des États car elle repose sur le consentement des États.[49]

Pour ce qui est en dernier ressort de la paix et de la sécurité internationales, et au risque de ne pas être respecté, le principe de souveraineté responsable ne peut être seulement soumis à l'appréciation des États individuels qui le respecteraient ou le feraient selon leurs desiderata. La valeur élevée promue par ce principe implique qu'il lui soit aménagé un mécanisme d'application. Si celui-ci fait défaut, le principe de souveraineté responsable pourrait être bafoué car les États pourraient apprécier comme n'ayant pas d'autre option, comme cela s'est produit dans de nombreux cas conduisant à des guerres mondiales ou au cours de guerres.[50] On comprend alors l'extrême importance de la dernière partie de l'article 1 (3) de de la Charte des Nations Unies, selon laquelle le principe de non-intervention dans les affaires intérieures ne préjudiciera pas l'application des mesures coercitives au titre du Chapitre VII, intitulé *Action avec en ce qui concerne les menaces contre la paix, les violations de la paix et les actes d'agression*. En devenant membres de l'ordre mondial de la Charte des

---

48 D'AMATO Anthony, op. cit.

49 En devenant membres des Nations Unies, les Etats consentirent naturellement à tous les principes et dispositions de sa Charte constitutive.

50 Nous pouvons relever l'invasion de la Mandchourie par le Japon en 1933 the invasion of Manchuria by Japan in 1933, voir MCDONOUGH Frank, **The Origins of the First and Second World Wars**, Cambridge University Press, 1997, p. 62; the aggression of Abyssinia by Italy, voir BAER Georges, **Test Case: Italy, Ethiopia, and the League of Nations**, Hoover Institution Press, 1976; la répression des populations kurdes dans le nord de l'Irak sous l'autorité du président Saddam Hussein qui a entraîné le déplacement de millions de civils vers la Turquie voisine: voir UNITED NATIONS, **Letter from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the President of the Security Council,** Doc. S/22435, 2 April 1991; L' Holocaust, Voir FEINGOLD Henry, "How Unique is the Holocaust?" in GROBMAN Alex, LANDES Daniel (eds.), **Genocide: Critical Issues of the Holocaust,** Los Angeles: Simon Wiesenthal Center, 1983, pp. 399-400. Voir aussi MOJZES Paul, **Balkan genocides: holocaust and ethnic cleansing in the twentieth century**, Rowman and Littlefield Publishers, Plymouth, 2011.

Nations Unies, les États convinrent, conformément à son article 24 (1) qu' "*afin d'assurer l'action rapide et efficace de l'Organisation, ses Membres confèrent au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales et reconnaissent qu'en s'acquittant des devoirs que lui impose cette responsabilité le Conseil de sécurité agit en leur nom.*" Ainsi, dans les cas où la souveraineté n'est plus responsable, soit en raison de déficiences, soit d'un comportement ouvertement dangereux envers d'autres souverainetés ou envers des populations qui sont censées en bénéficier, les Nations Unies, par l'intermédiaire du Conseil de sécurité, doivent intervenir.[51] Dans un tel cas, l'intervention des Nations Unies ne saurait être comprise comme une atteinte à la souveraineté de l'État, mais comme une action visant à restaurer la souveraineté de l'État au sens de sa responsabilité à l'intérieur et à l'extérieur de l'État.

Le sens des concepts de Responsabilité de Protéger et de Sécurité Humaine reçus au sein des Nations Unies est fondé sur le principe général de la souveraineté responsable au cœur de la Charte des Nations Unies.[52]

En ce qui concerne le concept de Responsabilité de Protéger, le Document final du Sommet mondial de 2005 déclare au paragraphe 138 que "*C'est à chaque État qu'il incombe de protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité. Ce devoir comporte la prévention de ces crimes, y compris l'incitation à les commettre, par les moyens nécessaires et appropriés. Nous acceptons cette responsabilité et agirons de manière à nous y conformer*."

---

[51] Le Conseil de Sécurité des Nations Unies, dans sa Résolution 1296 du 19 avril 2000, releva que "*les pratiques consistant à prendre délibérément pour cible des civils ou autres personnes protégées et à commettre des violations systématiques, flagrantes et généralisées du droit international humanitaire et du droit relatif aux droits de l'homme dans des situations de conflit armé peuvent constituer une menace contre la paix et la sécurité internationales";* Sur la question de la protection des civils dans des conflits armés, voir différentes résolutions des Nations Unies y relatives dans DEPLANO Rossana, **The Strategic Use of International Law by the United Nations Security Council. An Empirical Study**, Springer, London, 2015, pp. 37-40; GENSER Jared, STAGNO UGARTE Bruno (eds.), **The United Nations Security Council in the Age of Human Rights**, Cambridge University Press 2014; LOWE Vaughan, ROBERTS Adam, WELSH Jennifer, ZAUM Dominik, **The United Nations Security Council and War, The Evolution of Thought and Practice Since 1945**, Oxford University Press, New York, 2008; MANUSAMA Kenneth, **The United Nations Security Council in the Post-Cold War Era Applying the Principle of Legality**, Martinus Nijhoff Publishers Leiden, Boston, 2006.

[52] Voir aussi, ERKİNER Hakkı Hakan, AKOUDOU Emerant Yves Omgba, "La Sécurité Humaine Comme Cause Finale De La Société Politique", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2021/1, pp. 67-117.

Sur la base de l'attribut de souveraineté, les États sont les responsables primaires de la protection de leurs populations contre les actes qui mettent leurs vies en danger.[53] Ainsi, les Nations Unies ont affirmé que la Responsabilité de Protéger est une question de crimes internationaux graves.[54] Cela est compréhensible, car la notion de Responsabilité de Protéger a été soulevée dans le contexte d'un accroissement de souffrances humaines au cours de nombreux conflits internes et pour lesquelles l'intervention de la communauté internationale était très attendue.[55] L'épisode de génocide rwandais en 1994 et en particulier la conduite des Nations Unies immédiatement avant sa perpétration est l'un des faits qui ont conduit à s'interroger sur la Responsabilité de Protéger les personnes humaines d'une détresse aiguë.[56] N'oublions pas l'Holocauste qui est l'un des événements les plus marquants de destruction de vies humaines qui n'aurait pas pu manquer d'influencer l'ordre d'après-guerre mondiale. La référence de la Charte des Nations Unies à la personne humaine est sans aucun doute faite avec un regard rétrospectif sur cet événement.

On peut donc constater que les crimes internationaux graves sont, dès leurs premières manifestations, au cœur du questionnement lié à une Responsabilité de Protéger.[57] Quant à la position de l'ONU, qui est

---

[53] BELLAMY Alex, "The Responsibility to Protect, A Wide or Narrow Conception?" in HILPOLD Peter (ed.), op. cit., pp. 38-59.

[54] HEHIR Aidan, **Hollow Norms and the Responsibility to Protect**, Palgrave Macmillan, London, 2019, Chap. II.

[55] DEDERER Hans-Georg, "Responsibility to Protect" and "Functional Sovereignty", in HILPOLD Peter (ed.), op. cit., p. 158.

[56] SCHEFFER David, "Atrocity Crimes Framing the Responsibility to Protect", in COOPER Richard, VOÏNOV KOHLER Juliette (eds.), op. cit. pp. 77-98.

[57] ANNAN Kofi, **Secretary-General Presents His Annual Report to the General Assembly**, Press Release, 20 September 2000, UN Doc. SG/SM/7136/GA/9596. L'Ancien Secrétaire Général des Nations Unies releva "*the State is now widely understood to be the servant of its people*" in Press Release SG/SM/7136, 20 September 2000: Secretary-General presents his annual report to the General Assembly. Francis Deng déclara également que, "*Sovereignty ... carries with it the responsibility of States to provide for the security and well-being of those residing in their territories*", in DENG Francis, **Internally displaced persons**, Report of the Representative of the Secretary-General, UNDoc. E/CN.4/1996, 52, 22 February 1996; Selon Sadako Ogata, Alors Haut Commissaire aux Réfugiés, "*Sovereignty involves a responsibility to meet the needs of the population... Any government that systematically flouts its humanitarian obligations to its people, and refuses access to those in need, calls into question its own sovereign rights*." UNHCR, **The State of the World's Refugees 1993 - The Challenge of Protection**, Penguin Books, 1993, p. 75; le Rapport CIISE releva que "*la souveraineté des États implique une responsabilité, et c'est à l'État lui-même qu'incombe, au premier chef, la Responsabilité de Protéger son peuple*"; voir **Rapport CIISE**, Principes fondamentaux (A), p. xi.

considérée comme le sens même de la Responsabilité de Protéger au sein de l'ONU et de la société internationale dans son ensemble, elle est fondée sur le principe de l'ordre mondial actuel qui est la souveraineté responsable. En effet, les personnes humaines sont situées à l'intérieur des frontières d'un territoire sous la domination d'un gouvernement. Ainsi, la souveraineté en tant que responsabilité à l'intérieur de l'État implique que les États ont la responsabilité principale de protéger leurs populations contre les crimes internationaux graves[58] pour lesquelles l'intervention de la communauté internationale a été préconisée.

Cette conclusion est justifiée compte tenu de l'engagement des États en faveur des droits de l'homme. En effet, les États négocient, signent, ratifient les traités relatifs aux droits de l'homme et ont la responsabilité de les concrétiser sur le territoire national. Les crimes internationaux graves ne sont rien d'autre qu'une question de droits de l'homme[59], ce qui a été confirmé dans plusieurs résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies et dans des rapports sur les droits de l'homme, les qualifiant de violations des droits de l'homme.[60]

Étant donné que les États ont la responsabilité principale de garantir les droits de l'homme à l'intérieur de leurs frontières, ils sont donc les principaux acteurs à assumer la Responsabilité de Protéger contre les crimes internationaux graves. Ainsi, il est inacceptable qu'un État inflige à ses propres populations une détresse équivalant à un génocide, des crimes de guerre, un nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité. En outre, l'État devrait être en mesure de protéger ses populations contre ces actes perpétrés par d'autres acteurs, tels que des groupes militaires privés contestant l'autorité de l'État. Cependant, il est prouvé à partir de nombreuses expériences que les États peuvent être incapables de s'acquitter

---

58 HAKIMI Monica, "Toward a Legal Theory on the Responsibility to Protect", **Yale Journal of International Law**, vol. 39, iss. 2, n°3, 2014, p. 248; voir aussi RATNER Steven, ABRAMS Jason, BISCHOFF James (eds.), **Accountability for Human Rights Atrocities in International Law, Beyond the Nuremberg Legacy**, Oxford University Press, Oxford, 2009.

59 DEPLANO Rossana, **The Strategic Use of International Law by the United Nations Security Council**, op. cit; VARGIU Paolo, DEPLANO Rossana, "The human rights dimension of UN Security Council resolutions", in CARBY-HALL Jo (ed.), **Essays on human rights: A celebration of the life of Dr. Janusz Kochanowski**, Warsaw, Ius et Lex. 2014, pp. 520-541.

60 Nous pouvons relever les cas de la République démocratique du Congo depuis 1999, du Burundi en 2003, de la Côte d'Ivoire en 2004. Pour des détails, voir BREAU Susan, **The Responsibility to Protect in International Law. An Emerging Paradigm Shift**, 2016, pp. 218, 221, 227.

de cette responsabilité en raison d'un manque de capacités, soit pour les prévenir, soit pour y réagir.[61] Dans de tels cas, la solidarité des souverainetés en tant qu'implication du principe de souveraineté responsable est prévue. Selon le paragraphe 138 du Document final du Sommet mondial de 2005: "*La communauté internationale devrait, si nécessaire encourager et aider les États à s'acquitter de cette responsabilité et aider l'Organisation des Nations Unies à mettre en place un dispositif d'alerte rapide*." L'appui que la communauté internationale peut apporter aux États pour qu'ils s'acquittent de leur Responsabilité de Protéger leurs populations est alors bien ajusté sur la Charte des Nations Unies dont le but est d'encadrer et de consacrer une souveraineté responsable. Cet appui international aux États est tout à fait compréhensible, car il prouve que les États peuvent se retrouver dans l'incapacité de protéger leurs populations contre les crimes internationaux graves qui, à leur tour, sont une grave préoccupation pour la paix et la sécurité internationales.[62] Ce soutien souligne la nécessité d'une solidarité entre les souverainetés.[63] La communauté internationale rassemble ici un large éventail d'acteurs, y compris les États, les Nations Unies et les autres organisations régionales.[64] Tous sont appelés, nécessairement sur la

---

[61] On peut relever l'intervention de l'ECOWAS en Sierra Leone, voir MANUSAMA Kenneth, op. cit. pp. 276-279, notamment la Mission des Nations Unies en République Démocratique du Congo (MONUC) établie par la Résolution 1279 du Conseil de Sécurité adoptée le 30 Novembre 1999. La Résolution 1291du 24 Février 2000 étendit le mandat de la MONUC, en son article 7(g) "*to facilitate humanitarian assistance and human rights monitoring, with particular attention to vulnerable groups including women, children and demobilized child soldiers, as MONUC deems within its capabilities and under acceptable security conditions, in close cooperation with other United Nations agencies, related organizations and non-governmental organizations*"; voir BREAU Susan, ibid p. 218. On peut aussi relever le cas du Burundi avec l'Opération de Maintien de la Paix des Nations Unies au Burundi qui incluait un large mandat d'assistance des Nations Unies; voir BREAU Susan, ibid. pp. 221-223. On peut aussi relever la Résolution, 1528 de 2004, autorisant, la Mission de Maintien de la Paix des nations Unies en Côte d'Ivoire (ONUCI), voir BREAU Susan, ibid. pp. 227-228.

[62] Voir la liste des Missions d'Assistance des Nations Unies dans www.un.org/en/peacebuilding; voir aussi LOWE Vaughan, ROBERTS Adam, WELSH Jennifer, ZAUM Dominik, op. cit. Appendixes 1 and 2.

[63] BREAU Susan, ibid, pp. 221-22; AYELE DERSSO Solomon, "The African Union" in ZYBERI Gentian (ed.), **An Institutional Approach to the Responsibility to Protect***,* Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 220-246.

[64] *"Effective atrocity prevention means doing everything possible to help countries to avert the outbreak of atrocity crimes*", in UNITED NATIONS, GENERAL ASSEMBLY, SECURITY COUNCIL, Follow-up to the outcome of the Millennium Summit, **Responsibility to protect: from early warning to early action,** Report of the Secretary-General, A/72/884-S/2018/525, June 2018, p. 3; VERDEJA Ernesto, "Predicting Genocide and Mass Atrocities", in **Genocide Studies and Prevention: An International Journal***,* vol. 9, Iss. 3, 2016, pp. 13-32.

base de la Charte des Nations Unies, à apporter leur soutien aux Etats pour protéger leurs populations crimes internationaux graves.

En particulier, même en faisant partie de cette même communauté internationale, l'ONU devrait recevoir, de la part d'autres membres, l'appui nécessaire pour mettre en place une capacité d'alerte rapide. Le but de celui-ci est clairement dans l'intérêt des États. Un système d'alerte rapide des atrocités de masse est un outil nécessaire pour les prévenir, en mettant à disposition des informations utiles, à partir desquelles des mesures adéquates sont envisagées. Ainsi, en ce qui concerne l'assistance internationale concernant la Responsabilité de Protéger, l'appui dont l'ONU pourrait bénéficier pour mettre en place un système d'alerte rapide contribue à aider les États à s'acquitter de leur devoir premier d'épargner à leurs populations des atrocités massives.

D'un autre côté, les crimes internationaux graves sont des sujets de préoccupation internationale. Leur interdiction est si forte qu'il s'agit d'une norme de jus cogens, c'est-à-dire d'une norme à laquelle toute forme de dérogation est inacceptable.[65] C'est pourquoi ces crimes sont une préoccupation de paix et de sécurité internationales, ce que les Nations Unies ont fini par reconnaître par l'intermédiaire du Conseil de sécurité. Ensuite, cela justifie le libellé du paragraphe 139 du Document final du Sommet mondial de 2005 "*Il incombe également à la communauté internationale, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, de mettre en œuvre les moyens diplomatiques, humanitaires et autres moyens pacifiques appropriés, conformément aux Chapitres VI et VIII de la Charte des Nations Unies, afin d'aider à protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité. Dans ce contexte, nous sommes prêts à mener en temps voulu une action collective résolue, par l'entremise du Conseil de sécurité, conformément à*

[65] GATTINI Andrea, "Responsibility to Protect and the Responsibility of International Organizations", in HILPOLD Peter, (ed.), op. cit. p. 221; HEIECK John, "Emerging Voices: Illegal Vetoes in the Security Council-How Russia and China Breached Their Duty Under Jus Cogens to Prevent War Crimes in Syria", **Opinio Juris**; BRUNNÉE Jutta, "International Law and Collective Concerns: Reflections on the Responsibility to Protect", in NDIAYE Tafsir Malick, WOLFRUM Rüdiger (eds), **Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes**, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, p. 51; Cristina Gabriela Badescu, **Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect Security and human rights**, Routledge 2011, p. 133; BREAU Susan, op. cit. p. 276; LABONTE Melissa, **Human Rights and Humanitarian Norms, Strategic Framing, and Intervention. Lessons for the responsibility to protect**, Routledge, 2013, p. 13.

la Charte, notamment son Chapitre VII, au cas par cas et en coopération, le cas échéant, avec les organisations régionales compétentes, lorsque ces moyens pacifiques se révèlent inadéquats et que les autorités nationales n'assurent manifestement pas la protection de leurs populations contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité. Nous soulignons que l'Assemblée générale doit poursuivre l'examen du devoir de protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité et des conséquences qu'il implique, en ayant à l'esprit les principes de la Charte des Nations Unies et du droit international. Nous entendons aussi nous engager, selon qu'il conviendra, à aider les États à se doter des moyens de protéger leurs populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité et à apporter une assistance aux pays dans lesquels existent des tensions avant qu'une crise ou qu'un conflit n'éclate."

Par ce paragraphe, les Nations Unies reconnaissent leur responsabilité secondaire de protéger les populations des États contre les internationaux graves. Cette responsabilité n'est pas moindre car elle va jusqu'à des mesures coercitives au sein d'un État souverain.[66] Le message est clair: lorsqu'il s'agit de préoccupations relatives à la paix et à la sécurité internationales, telles que les crimes de guerres, de génocide, de nettoyage ethnique, contre l'humanité, les Nations Unies reconnaissent leur Haute Responsabilité. Dans de telles situations, il y a évidence d'une souveraineté devenue irresponsable par une attaque inacceptable lancée contre les populations civiles, ou d'une souveraineté qui fait face à une incapacité extrême de satisfaire à sa responsabilité d'éviter de telles attaques de la part d'autres acteurs. Il faut donc soit corriger la trajectoire de la souveraineté irresponsable pour qu'elle revienne à l'ordre, soit la soutenir pour qu'elle puisse normalement être responsable.

---

[66] OELLERS-FRAHM Karin**,** "Responsibility to Protect, Any New Obligations for the Security Council and Its Members?" in HILPOLD Peter (ed.), op. cit. p. 186; VASHAKMADZE Mindia, "Responsibility to Protect", in SIMMA Bruno et alii. (eds.), **The Charter of the United Nations, A Commentary**, 3rd Ed., 2012; la pratique résolutoire du Conseil de Sécurité des Nations Unies concernant la Responsabilité de protéger a été commentée par GENSER Jared "The United Nations Security Council's Implementation of the Responsibility to Protect: A Review of Past Interventions and Recommendations for Improvement", **Chicago Journal of International Law**, vol. 18, n° 2, Article 2, 2018; voir aussi BELLAMY Alex, "The Responsibility to Protect: Added value or hot air?", in **Cooperation and Conflict**, vol. 48, 2013, p. 333.

Ainsi donc la signification de la Responsabilité de Protéger consacrée au sein des Nations Unies est fondée sur les principes de sa Charte constitutive. On peut même dire que l'ONU, en déterminant le sens du concept de Responsabilité de Protéger, réaffirma les principes de la Charte des Nations Unies.

En ce qui concerne la Sécurité Humaine, l'Assemblée Générale des Nations Unies adopta le 10 septembre 2012 un consensus sur la Sécurité Humaine. Ce consensus représente la position officielle des Nations Unies sur le concept de Sécurité Humaine. C'est le résultat d'un long débat qui a commencé avec le rapport du PNUD de 1994. Tout comme la Responsabilité de Protéger, le sens de la Sécurité Humaine au sein des Nations Unies est fondé sur le principe de la souveraineté responsable.

En ce qui concerne la matière du concept de Sécurité Humaine, selon le paragraphe 3 du consensus, "*la Sécurité Humaine a pour objet d'aider les États Membres à cerner les problèmes communs et généralisés qui compromettent la survie, les moyens de subsistance et la dignité de leurs populations et à y remédier. Partant, une définition commune de la notion de Sécurité Humaine comprend les éléments suivants*":

a. Le droit des êtres humains de vivre libres et dans la dignité, à l'abri de la pauvreté et du désespoir. Toutes les personnes, en particulier les plus vulnérables, ont le droit de vivre à l'abri de la peur et du besoin et doivent avoir la possibilité de jouir de tous leurs droits et de développer pleinement leurs potentialités dans des conditions d'égalité,

b. La Sécurité Humaine appelle des réponses axées sur l'être humain, globales, adaptées au contexte et centrées sur la prévention, qui renforcent la protection et la capacité d'action individuelle et collective

c. La Sécurité Humaine tient compte des liens entre paix, développement et droits de l'homme et accorde la même importance aux droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels.

À partir de ces paragraphes, nous pouvons noter que la Sécurité Humaine se résume à l'absence de peur et à l'absence de besoin.[67] Ce sont

[67] OGATA Sadako, **Statement of Mrs. Sadako Ogata United Nations High Commissioner for Refugees,** Asian Development Bank Seminar: "Inclusion or Exclusion: Social Development Challenges for Asia and Europe", 27 April 1998; THAKUR Ramesh, "From National to Human Security", in HARRIS Stuart, MACK Andrew (eds.), **Asia Pacific Security: The**

les conditions de base de conservation de la nature humaine. Ces exigences incluent tout sujet intéressant la vie humaine. Ainsi, les Nations Unies confirment qu'aucune sphère ou domaine d'activité n'est exclu(e) du champ de la Sécurité Humaine et qu'en soi et naturellement, la Sécurité Humaine est un concept global.[68]

Ainsi, la Sécurité Humaine fait incontestablement partie des responsabilités fondamentales de l'État. Comme nous l'avons vu avec la Responsabilité de Protéger, les personnes humaines étant au cœur de la gouvernance, les États ont la responsabilité de leur garantir la sécurité dans le sens le plus large. C'est pourquoi, en reconnaissant un principe de Sécurité Humaine, les États acceptèrent ou de confirmèrent que leur devoir naturel est de travailler au bénéfice des personnes humaines ou de satisfaire les exigences liées à la vie humaine, qui se résument à la Sécurité Humaine. En conséquence, la première partie du paragraphe 3 (g) stipule qu'"i*l appartient en premier lieu à l'État d'assurer la survie, les moyens de subsistance et la dignité de ses citoyens*." C'est une affirmation du principe de souveraineté responsable. Une Souveraineté responsable est celle qui œuvre pour atteindre l'objectif pour lequel elle est établie: garantir le bien-être de chaque membre de sa population.

Cependant, comme dans le cas de la Responsabilité de Protéger, les États peuvent rencontrer des difficultés pour assurer la Sécurité Humaine, soit individuellement en raison de déficiences structurelles, soit en étant collectivement soumis à des problèmes communs qu'aucun ne pourrait surmonter individuellement.[69] Ainsi, la dernière partie du paragraphe 3 (g) du Consensus des Nations Unies sur la Sécurité Humaine stipule également que "*Le rôle de la communauté internationale est complémentaire et*

Economics-Politics Nexus, Allen and Unwin, Sydney, 1997; FRECHETTE Louise, **Deputy Secretary-General Addresses Panel on Human Security Marking Twentieth Anniversary of Vienna International Centre,** 12 October 1999, Press Release DSG/SM/70; ANNAN Kofi, **Secretary-General Salutes International Workshop on Human Security in Mongolia**, Two-Day Session in Ulaanbaatar, May 8-10, 2000. Press Release SG/SM/7382.

68 Ainsi les Nations Unies ont adopté la définition large de la Sécurité Humaine qui fut très tôt avancée par le PNUD, depuis 1994; voir le Rapport du PNUD de 1994, op. cit. Pour une Revue complète de la littérature sur la Sécurité Humaine, incluant les conceptions large et restreinte ainsi que le débat académique et de politiques, voir FUKUDA-PARR Sakiko, MESSINEO Carol, op. cit.

69 GOLDEWIJK Berma Klein, "New Wars" and the State: The Nexus Religion-Human Security", in FRERKS Georg, GOLDEWIJK Berma Klein, (eds.), **Human Security and International Insecurity**, Wageningen Academic Publishers, Wageningen, 2007, p. 68.

consiste à fournir aux gouvernements, à leur demande, l'appui dont ils ont besoin pour renforcer leurs capacités d'action face aux menaces existantes ou émergentes. Pour assurer la Sécurité Humaine, il faut que les gouvernements, les organisations internationales et régionales et la société civile renforcent leur collaboration et leurs partenariats." Ce paragraphe affirme l'attachement des États Membres des Nations Unies à la solidarité des souverainetés au service du principe de souveraineté responsable.

Cela est encore confirmé dans le paragraphe 3 (h) du Consensus: "*La Sécurité Humaine est assurée dans le strict respect des buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, notamment de la souveraineté de l'État, de l'intégrité territoriale et de la non-ingérence dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale. Elle n'impose pas d'obligations juridiques supplémentaires aux États*." Mais contrairement à la Responsabilité de Protéger, la Sécurité Humaine n'est pas entendue au sein des Nations Unies comme impliquant des mesures d'intervention comme celles qui peuvent être prises en vertu du Chapitre VII de la Charte. Cela signifie que, selon les Nations Unies, les questions relevant de la Sécurité Humaine ne sont pas des questions de paix et de sécurité internationales. C'est pourquoi ils impliquent seulement une coopération d'assistance. Dans le cas de crimes internationaux graves, il ne s'agira pas de Sécurité Humaine mais de Responsabilité de Protéger. Ainsi, en ce qui concerne la Sécurité Humaine, le principe de la souveraineté responsable est essentiellement compris comme une question relevant de la juridiction des États, et qui ne saurait entrainer d'action d'ingérence. Même dans ce cas, il y a encore une confirmation du sens de l'ordre mondial incarné par la Charte des Nations Unies.

Les notions de Responsabilité de Protéger et de Sécurité Humaine, comme nous l'avons vu, ont fait l'objet de significations au sein des Nations Unies selon le principe général de souveraineté responsable qui fonde l'ordre mondial actuel, incarné par sa Charte constitutive. Cela est encore confirmé dans la valeur juridique qui leur est reconnue.

2. La Valeur Juridique Des Concepts De Responsabilité De Protéger Et De Sécurité Humaine Au Sein Des Nations Unies

La valeur juridique de la Responsabilité de Protéger et de Sécurité Humaine au sein des Nations Unies confirme le genre de sens qui leur a été conféré, c'est-à-dire fondé sur le principe général de souveraineté

responsable de la Charte des Nations Unies. Nous vérifierons ce statut juridique en nous basant sur les sources du droit international.

Sur la base de l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice, les sources du droit international sont les conventions, la coutume, les principes généraux du droit, les décisions judiciaires et les enseignements des publicistes les plus qualifiés. Nous ne prendrons pas en considération les deux dernières car ils sont considérés comme des moyens subsidiaires de détermination des règles de droit.

La Responsabilité de Protéger et la Sécurité Humaine sont-elles soumises à une convention, c'est-à-dire à un ensemble de règles, expressément convenues par les États?[70] Un simple regard dans le répertoire des traités et conventions, qu'ils soient généraux ou particuliers, nous donne de conclure qu'aucune d'elles n'est consacrée sous cette forme.

La Responsabilité de Protéger et la Sécurité Humaine sont-elles des normes coutumières? La coutume peut être le résultat de deux types de phénomènes juridiques. Le premier, bien connu, est l'absence de loi expresse, entraînant par conséquent de déterminer s'il y en existe une sous la forme d'une pratique entretenue comme étant (la conformation à) une loi.[71] La seconde est une règle déjà existante qui, fondée sur une confiance et une pratique constantes et invariables des États, est par ce fait, reconnue comme méritant un statut contraignant plus élevé. Ainsi, une telle règle atteint le statut coutumier. Nous pouvons par exemple noter les premières conventions sur le droit international humanitaire.[72] Le statut coutumier d'une telle règle vaut coutume générale et

---

[70] THIRLWAY Hugh, **The Sources of International Law,** Oxford University Press, 2019, pp. 37-59.

[71] KENNEDY David, "The Sources of International Law", **American University International Law Review**, vol. 2, n°1, 1987, not. 4, pp. 1-96; AKEHURST Michael, "Custom as a Source of International Law", **British Yearbook of International Law**, vol. 47, n°1, 1974-1975, pp. 157-200; D'AMATO Anthony, **The Concept of Custom in International Law**, Ithaca and London, Cornell University Press, 1971; GUGGENHEIM Paul, "Les deux éléments de la coutume en droit international", in ROUSSEAU Charles, **La Technique et Les Principes du Droit Public, Etudes En L'honneur de Georges Scelle**, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950; BYERS Michael, **Custom, Power and the Power of Rules, International relations and Customary International law**, Cambridge University Press, 1999, pp. 129-147; LEFKOWITZ David, "Sources in Legal-Positivist Theories: Law as Necessarily Posited and the Challenge of Customary Law Creation", in BESSON Samantha, D'ASPREMONT Jean (eds.), **The Oxford Handbook of the Sources of International Law**, 2017; THIRLWAY Hugh, ibid, pp. 64-91.

[72] Dans un Rapport pertinent du Secrétaire Général des Nations Unies, nous pouvons lire que "*while there is international customary law which is not laid down in conventions, some of the major conventional humanitarian law has become part of international customary law*", in UNITED NATI-

fait partie du droit international général qui a une valeur contraignante générale.[73] Contrairement au premier qui n'est contraignant qu'à l'égard des Etats participants et non à ceux qui ont constamment manifesté leur opposition ou réticence à une telle pratique depuis le début.[74] La Responsabilité de Protéger et la Sécurité Humaine appartiennent-elles à l'une de ces catégories?

Concernant la première catégorie, nous devons rappeler les principales exigences d'une coutume internationale, c'est-à-dire la pratique des États (élément matériel) sous la connaissance du respect d'une règle (élément moral ou *Opinio Juris*).

En ce qui concerne la Responsabilité de Protéger, et relativement à l'élément matériel, c'est-à-dire la pratique des États, il est difficile de conclure à comportement général des États avant le sommet mondial de 2005 dans ce sens. Le Document Final ce sommet renseigne sur le sens que la communauté internationale reconnait à la Responsabilité de Protéger. Même s'il existe une sorte de pratique des Nations Unies avant 2005 comparable à la Responsabilité de Protéger, c'est-à-dire son intervention humanitaire en faveur des détresses aiguës auxquelles furent confrontés les civils à l'intérieur des Etats[75], cette pratique s'est avérée non uniforme et s'est faite au cas par cas.[76] Désormais, pour que la pratique des États acquière un statut coutumier, il faut qu'elle manifeste un comportement

ONS SECURITY COUNCIL, **Report of the Secretary-General pursuant to para. 2 of Security Council resolution 808**, 1993, UN doc, S/25704, Paras. 33, 34, quoted by THIRLWAY Hugh, ibid. p. 221, not. 117, voir aussi, MERON Theodor, "The Geneva Convention as Customary Law", **The American Journal of International Law**, vol. 81, n°2 April 1987, pp. 348-370.

[73] Le précédent Rapport du Secrétaire général de l'ONU mentionnait en outre, concernant la compétence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) que "*the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond doubt part of customary law, so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise*", UNSC, UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, **Report of the Secretary-General**, ibid. quoted by THIRLWAY Hugh, ibid. Voir aussi OPPENHEIM Lasso, JENNINGS Robert, WATTS Arthur (eds.), **Oppenheim's International Law**, 9th Edition, Longman, London, vol. 1, 1996, p. 4.

[74] Voir la notion d'objecteur persistant" in THIRLWAY Hugh, ibid. pp. 99-102; voir aussi BYERS Michael, op.cit. p. 102-105.

[75] On peut relever les cas du Nord de l'Irak (NATIONS UNIES, CONSEIL DE SECURITE, **Résolution 688**, 1991), Somalie (NATIONS UNIES, CONSEIL DE SECURITE, **Résolution 794**, 1992), Haiti (NATIONS UNIES, CONSEIL DE SECURITE, **Résolution 940**, 1994), Rwanda (NATIONS UNIES, CONSEIL DE SECURITE, **Résolution 918**, 1994); voir WELSH Jennifer, "The Security Council and Humanitarian Intervention" in LOWE Vaughan, ROBERTS Adam, WELSH Jennifer, ZAUM Dominik, op. cit. Chapter 4, pp. 538-548.

[76] Le cas du Kosovo, par exemple, n'a pas fait l'objet d'une intervention du Conseil de Sécurité, voir WELSH Jennifer, ibid. pp. 548-550.

identifié et volontaire, constant et invariable. La Responsabilité de Protéger manque avant 2005, d'un sens consensuel, et ne saurait être identifiable comme pratique. Même si celle qui eut lieu avant 2005 fonda le sens résolu ultérieur de la Responsabilité de Protéger[77], elle manquerait toujours d'invariabilité. Après 2005, les interventions du Conseil de sécurité des Nations Unies sur le compte de la Responsabilité de Protéger, s'avèrent également variables sur une base casuistique.[78] On peut donc conclure qu'il n'y a pas de pratique étatique relativement à une Responsabilité de Protéger équivalant à un statut coutumier. Mais ce qui est le plus important à propos de ces pratiques, c'est qu'elles sont fondées sur la Charte des Nations Unies. Puisque le mode de formation du droit coutumier dans ce cadre suppose l'inexistence d'une loi expresse fondant la pratique étatique, nous devons donc conclure que la Responsabilité de Protéger ne constitue pas une coutume.

Contrairement à la Responsabilité de Protéger, la Sécurité Humaine a presque été conçue comme une question nationale, réduisant le rôle de la communauté internationale à une libre coopération, à la demande de l'État. Ainsi, enquêter sur la Sécurité Humaine en tant que coutume internationale est dès le départ, difficilement pensable. La pratique des États équivaudrait à la gestion quotidienne des affaires publiques au profit des personnes humaines. Une telle conception de la pratique des États ne saurait être le vrai en ce qui concerne le droit international. Dans ce cadre, il doit être compris comme des règles que les États reconnaissent dans leurs relations, et non comme le même genre de pratiques que l'on voit se dérouler sur le territoire de chacun. Par conséquent, la Sécurité Humaine ne peut être considérée comme une sorte de pratique étatique aboutissant à une quelconque coutume internationale.

S'agissant de la deuxième manière de former une coutume internationale, ayant noté que la Responsabilité de Protéger et la Sécurité Humaine n'ont jamais expressément fait l'objet de convention, elles ne sauraient donc s'élever au niveau d'un droit (conventionnel) supérieur ayant atteint le statut coutumier.

---

[77] Parmi les cas qui ont connu une réussite, on peut citer la Libye, la Cote d'Ivoire, le Mali; voir GENSER Jared, op. cit.

[78] Parmi les cas qui ont connu un échec, on peut citer le Yémen, la Syrie, Myanmar, La Corée du Nord; voir GENSER Jared, ibid.

En ce qui concerne l'élément moral ou *l'Opinio Juris*, sa recherche n'est plus nécessaire car la pratique étatique n'a pas été établie.

Ensuite, la Responsabilité de Protéger et la Sécurité Humaine relèvent elles de principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées? Les principes généraux du droit sont considérés comme des principes établis dans presque tous les systèmes juridiques nationaux. Ils sont généraux parce qu'ils sont consacrés de la même manière partout ou presque.[79] Ainsi, puisqu'ils reçoivent un accord dans tous les pays ou dans une majorité d'entre eux, ils sont utiles en tant que règle des relations interétatiques.[80] Transposés ensuite dans la société internationale, ils deviennent des principes généraux du droit international. Il est nécessaire d'avancer une distinction fondamentale au sein de ces principes, laquelle présente une extension sur le plan international. Parmi les principes généraux, on peut distinguer ceux qui appartiennent à une catégorie de formalisme juridique utile pour une bonne ou juste administration du droit, et ceux qui appartiennent à la catégorie de finalité du droit, c'est-à-dire qui rendent compte du sens général du droit. Ils sont axiomatiques et pour cela, ils ont une caractéristique beaucoup plus large que la première catégorie. Ces catégories en vigueur dans le droit interne s'étendent au droit international. Dans la première catégorie de principes généraux, nous pouvons citer le principe de la loi spéciale l'emporte sur le principe général, la bonne foi, qui se transposent tels quel en droit international. Dans la deuxième catégorie de principes généraux, nous avons par exemple le principe d'égalité ou de liberté (individuelle) en droit interne qui s'étend au principe d'égalité des Etats. Les principes de liberté et l'effet relatif du contrat ne peuvent pas être au même rang car le premier donne le sens de tout le système juridique, ce qui implique, par conséquent, de consacrer des principes de bonne ou juste administration du droit, parmi lesquels figure la bonne foi.

Les deux catégories de principes généraux de droit n'impliquent pas les mêmes conséquences juridiques. La catégorie de bonne ou juste administration des principes généraux du droit est généralement consacrée par le droit international et a tout son sens dans le cadre du règlement des différends interétatiques soumis. La catégorie de finalité du droit des principes généraux du droit "*may also be invoked by the International Court*

---

[79] THIRLWAY Hugh, op. cit. p. 108.

[80] Ibid. p. 109.

of Justice without any apparent need to prove its origin or existence, and how, in his opinion, it is the sense of obligations held by States that counts, rather than a sense of obligation, derived from a treaty or custom"[81]. En outre, contrairement à la coutume, qui exige la pratique des États, les principes généraux de droit qui relèvent de la catégorie de finalité du droit ne requierent que le consentement de l'État.[82] Celui-ci peut être mis en évidence par divers moyens d'expression qui peuvent inclure des idées abstraites, dérivées du droit des traités, des jugements de tribunaux internationaux, des déclarations de représentants d'États et des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies.[83]

S'agissant spécifiquement des résolutions de l'Assemblée générale, si elles sont considérées comme des recommandations, qui sont presque considérées comme n'ayant aucun effet juridique contraignant, elles sont, à un autre point de vue, réputées avoir des conséquences juridiques.[84] L'une d'elles est leur autorité interprétative du droit.[85] A ce sujet, très édifiant est le point de vue d'un auteur éminent qui éclairera davantage le statut de la Responsabilité de Protéger et de la Sécurité Humaine à travers les Résolutions qui consacrent leur signification au sein des Nations Unies: "*Because each of the "law-government" institutions in the international community, including such bodies as the General Assembly, have a role to play in the formation of rules to govern international conduct, the status of many of these resolutions may, in fact, be greater under existing international law than the disagreements on their law-making authority would seem to suggest. There is in fact considerable support to be found in the existing rules of international law and in the practice of states to*

---

81 CLAPHAM Andrew, **Brierly's Law of Nations, An Introduction to the role of International Law in International Relations,** 7th Ed. 2012, not. 24, p. 64.

82 SIMMA Bruno, ALSTON Philip, "The Sources of Human Rights Law", **Australian Yearbook of International Law,** vol. 12, n° 82, 1992, p. 103.

83 Kunadt, citant PETERSEN Niels, "Der Wandel des ungeschriebenen Völkerrechts im Zuge der Konstitutionalisierung", **Archiv des öffentlichen Rechts**, vol. 46, 2008, n°502, p. 512, in KUNADT Nadja, "The Responsibility to Protect as a General Principle of International Law", **Anuario Mexicano de Derecho Internacional,** vol. 11, 2011, not. 190, p. 216.

84 Voir des tendances importantes de ce debat dans KENNEDY David, op. cit. pp. 30-33, ASAMOAH Obed, **The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations**, Martinus Nijhoff, The Hague, 1966; PETERSEN M. J., **The United Nations General Assembly, (Global Institutions Series)**, Routledge, Taylor and Francis Group, London, New York, 2006, not. 6, 7, 8 et 9 p. 8.

85 CASTLES Alex, "Legal Status of UN Resolutions", **The Adelaide Law Review**, vol. 3, n°68, 1967, p. 79.

demonstrate that "recommendations" like those of the General Assembly should be considered at two levels of operation. On the one hand, when these resolutions emerge in the form of "declarations" or other statements "interpreting" the provisions of the organic instrument which orders the operation of the organization, a good case can be made out for recognizing these declarations or statements as the only definitive "legal" definitions of these instruments, in certain circumstances. At the second level, although a resolution may not purport to interpret the organic instrument of the organization it may, under the existing law creating structure of international law, become a potent source for the establishment of international legal obligations. In considering the legal status of the interpretive functions which may be carried out by international bodies, like the General Assembly, some of these resolutions which carry out this task may be in fact the only definitive rulings which can set standards with respect to the empowering provisions of a legal instrument like the United Nations Charter. In the case of the General Assembly and with respect to the Security Council, too, neither body is bound by the decisions of the International Court of Justice on the interpretation of the Charter and neither of these bodies is under any obligation to seek the opinion of the Court on the meaning of the Charter. Added to this, in the case of these United Nations bodies there is strong support for the contention that each principal organ of the world body was always intended to carry out its own interpretation of the terms of the Charter which relate to the organ's sphere of activities, subject to voluntarily seeking "advice" from the International Court on a controversial question. Even if there was authority vested in the International Court of Justice to make binding and authoritative interpretations of the United Nations Charter there are almost certainly provisions in this instrument which are not susceptible to traditional legal analysis under the existing Statute of the Court. The reasons for this are not hard to find. First, the Charter is not a precisely worded document in many places and indeed it would have been difficult, if not impossible, to get agreement at San Francisco on a document which did not contain many ambiguities and references to "aims", "principles" and "purposes"(...) Secondly, even without reference to these aims, principles, and purposes, a number of provisions are hortatory in their content and may not be susceptible to traditional legal analysis by bodies such as the International Court of Justice. The fact that a provision in the Charter may not be susceptible to legal analysis does not mean, however, that the opinions of a

political organ in interpreting such a provision cannot be law-making in their effect. Where provisions are interpreted in the light of aims and principles or when they are hortatory in their content, as in Chapter XI of the Charter and to some extent in Chapter XII, political judgment seems to be required by the Charter itself to determine, through resolutions of the appropriate United Nations organs, the meaning to be ascribed to these provisions. These resolutions, for the time being, set the standards which are required by the international organization for implementing the terms of its authority. In these circumstances, the judgments of the political bodies which are empowered to do this are paramount and in the case of the General Assembly resolutions and those of the Security Council, these are, in the absence of advice being sought from the International Court of Justice, the only rulings which can be given on the meaning of these provisions.[86]

Ce point de vue clarifie le statut juridique contraignant des résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies et, de la même manière, précise que la catégorie de finalité de droit des principes généraux de droit dispose d'une autorité d'interprétation du droit.

Le Document final du Sommet mondial de 2005 et le Consensus sur la Sécurité Humaine, qui sont des Résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies, ont respectivement consacré les sens de la Responsabilité de Protéger et de la Sécurité Humaine, lesquelles nécessitaient des éclaircissements et ce qu'aucune autre institution que l'Assemblée Générale ne pouvait faire. Ces Résolutions ne sont donc pas de simples recommandations, elles rendent compte de la signification de ces concepts au sein de l'ordre mondial qu'incarne la Charte des Nations Unies. Ils ont donc une force interprétative du droit international. Compte tenu du contenu des significations qu'ils ont fournies, la Responsabilité de Protéger et la Sécurité Humaine ne peuvent être considérées comme appartenant à la catégorie du formalisme juridique des principes généraux du droit, mais doivent plutôt être considérées comme appartenant à la catégorie de finalité du droit des principes généraux. La Responsabilité de Protéger rend véritablement compte de la souveraineté en relation avec l'engagement international contre les crimes internationaux graves. La Sécurité Humaine rend compte du sens de la gouvernance étatique et de sa dimension

---

[86] CASTLES Alex, ibid. pp.79-80.

internationale au profit des personnes humaines. Ainsi, les deux signifient, d'une certaine manière, le droit international général actuel.

Après avoir conclu que la Responsabilité de Protéger et la Sécurité Humaine sont des principes du droit international général, nous devons maintenant examiner leur autorité. La façon dont elles nous permettent de comprendre le droit international existant est-elle contraignante? Leur autorité interprétative est-elle contraignante? Se poser cette question revient à se demander si la communauté internationale est liée par la manière dont la Responsabilité de Protéger et la Sécurité Humaine signifient le droit international actuel, à travers les Résolutions qui les consacrent. Sur ce point, apprenons immédiatement que "*although a variety of arguments may be advanced (...) to show that many resolutions of a body like the General Assembly may be binding and authoritative under international law, this does not mean of course that they have, in the normal course of events, any marked degree of enforceability. Steps are possible to make them directly enforceable by the Security Council taking up a matter dealt with by the Assembly*"[87]. Ce point de vue est pertinent en ce qui concerne la Responsabilité de Protéger et la Sécurité Humaine. Selon les conclusions du Sommet Mondial de 2005, la Responsabilité de Protéger incombe principalement à l'État et, en second lieu, à la communauté internationale. Puisqu'il ne fait que rappeler aux États leur responsabilité bien connue de protéger leurs citoyens des crimes internationaux graves, il n'ajoute rien de nouveau au droit international favorable aux personnes humaines (droits de l'homme, réfugiés, droit humanitaire, etc.). La part de responsabilité de la communauté internationale rappelle également la responsabilité des Nations Unies en vertu de la Charte, dans ses chapitres VI, VII, VIII. Le plus important à cet égard est le rôle du Conseil de sécurité en ce qui concerne la paix et la sécurité internationales et il précise bien que c'est au cas par cas qu'il agit, comme cela est de coutume.

Concernant la Responsabilité de Protéger, la *Note de réflexion du Président de l'Assemblée Générale des Nations Unies sur la Responsabilité de Protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, de l'épuration ethnique et des crimes contre l'humanité*[88] met en lumière la

---

[87] CASTLES Alex, ibid. p. 83.

[88] NATIONS UNIES, ASSEMBLEE GENERALE, Suivi des textes issus du Sommet du Millénaire, **Note de réflexion sur la Responsabilité de Protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, de l'épuration ethnique et des crimes contre l'humanité,** Note du Président de l'Assemblée générale, A/63/958, 9 septembre 2009.

portée juridique et la valeur de ce concept dans les affaires internationales. Son entrée est sans équivoque: "*Les cinq principaux documents dans lesquels la Responsabilité de Protéger est énoncée sont: le Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement; le rapport du Secrétaire général intitulé "Dans une liberté plus grande"; le Document final du Sommet mondial de 2005; la résolution 1674 (2006) du Conseil de sécurité; le rapport du Secrétaire général intitulé "La mise en œuvre de la Responsabilité de Protéger." Aucun de ces documents ne peut être considéré comme une source de droit international ayant force obligatoire aux termes de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice qui énumère les sources classiques du droit international*"[89]. Ce point de vue permet immédiatement de comprendre que la valeur juridique de la Responsabilité de Protéger, du moins telle qu'elle émerge du sens qu'elle est assumée au sein de l'Assemblée Générale, est celle de droit mou, et si l'on n'ose pas simplement parler d'intention commune des États. Edifiante et à juste titre est la continuité de cette Note: "*Aux négociations sur le Document final du Sommet mondial, le Représentant permanent des États-Unis, John Bolton, a dit justement que l'engagement pris dans le Document n'avait pas un caractère juridique. Le Document est soigneusement nuancé pour exprimer les intentions des États Membres. L'engagement pris au paragraphe 138 concernant la responsabilité qu'a chaque État de protéger ses populations est sans équivoque. S'agissant de l'aide de la communauté internationale aux États, l'expression utilisée est un appel général ("devrait, si nécessaire"). Le paragraphe 139 poursuit dans cette optique nuancée. Le choix des termes est sans équivoque et inconditionnel: "Il incombe également à la communauté internationale, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, de mettre en œuvre les moyens diplomatiques, humanitaires et autres moyens pacifiques appropriés, conformément aux Chapitres VI et VIII de la Charte. Le Document final est très prudent lorsqu'il s'agit de la responsabilité de mener une action, par l'entremise du Conseil de sécurité, conformément au chapitre VII. Quatre qualificatifs au moins sont employés au paragraphe 139. Premièrement, les chefs d'État se bornent à réaffirmer qu'ils sont "prêts" à mener une action, ce qui suppose une intervention volontaire plutôt qu'obligatoire. Deuxièmement, ils ne sont prêts à le faire qu'au cas par cas, excluant ainsi une responsabilité systématique.*

---

[89] Ibid. Annexe, p. 3.

Troisièmement, ils précisent que cela doit se faire "en coopération, le cas échéant, avec les organisations régionales compétentes" et, quatrièmement, "conformément à la Charte" (qui ne vise que les menaces immédiates pour la paix et la sécurité internationales). Enfin, les chefs d'États soulignent "que l'Assemblée générale doit poursuivre l'examen de la Responsabilité de Protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité et des conséquences qu'elle emporte, en ayant à l'esprit les principes de la Charte et du droit international (non souligné dans l'original). Il est donc tout à fait clair que l'engagement pris n'a pas force obligatoire et que s'agissant de la responsabilité qui lui incombe en vertu de la Charte, l'Assemblée générale est chargée d'élaborer des fondements juridiques."[90]

Ce point de vue souligne que la Responsabilité de Protéger n'a de valeur juridique que dans le cadre des pouvoirs reconnus au Conseil de Sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Si cette institution éminente qualifie, conformément à l'article 39 de la présente Charte, l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression, des situations de violations massives des droits de l'homme, y compris des crimes graves contre les populations civiles, elle peut alors ou non adopter une décision d'intervention. La nature de l'intervention peut être ou non militaire, conformément à l'article 39. Ainsi, la Responsabilité de Protéger ne relève du droit international que lorsque le Conseil de sécurité décide d'intervenir, à sa discrétion, pour protéger les populations civiles de violations massives de leurs droits, se présentant comme de crimes internationaux graves. En d'autres termes, si, selon sa discrétion, le Conseil de sécurité ne considère pas toutes les situations de détresse humaine à grande échelle comme une menace ou une rupture de la paix et de la sécurité internationales, alors aucune mesure substantielle ne peut être prise à cet égard, engageant toute la communauté internationale. Conformément à ces considérations, le Conseil de Sécurité a effectivement eu à traiter au cas par cas des situations de détresse humaine. On peut citer notamment les Résolutions 1962 concernant la Côte d'Ivoire[91] et 1973 concernant la Libye[92] qui relevèrent la Responsabilité de l'État de protéger

---

[90] Ibid. Annex, p. 3.

[91] NATIONS UNIES, ASSEMBLE GENERALE, **Résolution, 1962**, S/RES/1962 du 20 decembre 2010.

[92] NATIONS UNIES, ASSEMBLE GENERALE, **Résolution 1973**, S/RES/197, 17 Mars 2011.

ses populations contre les crimes internationaux graves, la menace à la paix et à la sécurité internationales que constituaient les situations de détresse humaine dans ces pays, et la responsabilité des Nations Unies d'intervenir.

Comme nous le voyons, la Responsabilité de Protéger n'est pas une nouveauté à la fois dans les ordres nationaux et dans l'ordre international actuel. Au lieu d'apporter de nouvelles règles contraignant la communauté internationale, il s'agit plutôt d'un principe interprétatif du droit international actuel. C'est l'expression d'un engagement de la communauté internationale, déjà inscrit dans la Charte des Nations Unies. En outre, comme nous l'avons vu, les crimes internationaux graves sont également la preuve de violations flagrantes des droits de l'homme. La Responsabilité de Protéger est donc un appel à un respect plus sérieux du droit international favorable aux individus. C'est donc une affirmation du sens des diverses branches du droit international existant centrées sur le principe général de la souveraineté responsable. Il pourrait également servir de principe pouvant inspirer l'élaboration de nouvelles normes contraignantes.

En ce qui concerne la Sécurité Humaine, le même raisonnement appliqué pour la Responsabilité de Protéger peut s'appliquer. Le consensus des Nations Unies sur la Sécurité Humaine, même s'il dispose d'un certain pouvoir d'interprétation, n'est pas exécutoire. Le sens du droit international général qu'il clarifie concernant la gouvernance générale au bénéfice des individus à la charge principale de chaque Etat, et à la charge subsidiaire de la communauté internationale ne peut être considéré comme contraignant. Le consensus a bien confirmé la fin du paragraphe 3 (h) que la Sécurité Humaine n'impose pas d'obligations juridiques supplémentaires aux États.

Le statut juridique non contraignant de la Sécurité Humaine est moins contestable, en raison de son caractère global. Même s'il y a besoin, il ne peut pas être invoqué devant un tribunal. Au contraire, diverses branches du droit international, des droits de l'homme, du droit pénal international, des réfugiés, de la santé, de l'humanitaire peuvent être invoquées pour garantir la Sécurité Humaine. Par conséquent, la Sécurité Humaine a un objectif beaucoup plus élevé de rappeler le vrai sens du droit national et international, à savoir la souveraineté responsable.

De tous ces développements, nous pouvons constater que le statut juridique de la Responsabilité de Protéger et de la Sécurité Humaine confirme que les significations qu'elles ont reçues au sein des Nations Unies

sont l'expression de l'ordre mondial actuel de la Charte des Nations Unies, ni plus ni moins. Cependant, d'un autre point de vue, c'est-à-dire celui des substances objectives de ces concepts par eux-mêmes, ces significations onusiennes peuvent faire preuve d'une certaine ambiguïté qui à son tour dévoilerait le sens réel de l'ordre mondial actuel.

II. L'AMBIGUITÉ DU SENS DE LA RESPONSABILITÉ DE PROTÉGER ET DE SÉCURITÉ HUMAINE AU SEIN DES NATIONS UNIES

Les significations de la Responsabilité de Protéger et de la Sécurité Humaine au sein des Nations Unies montrent certaines ambiguïtés conceptuelles (1) qui se reflètent sur les types de réponses qu'elles sont censées entraîner (2).

1. Ambiguïtés Conceptuelles Des Sens De La Responsabilité De Protéger Et De La Sécurité Humaine Au Sein Des Nations Unies

Les significations de la Responsabilité de Protéger et de la Sécurité Humaine au sein des Nations Unies exposent une ambiguïté conceptuelle sur la distinction entre les deux concepts et sur la Sécurité Humaine en particulier.

A. L'ambiguïté De La Distinction Entre Responsabilité De Protéger Et Sécurité Humaine

La position officielle des Nations Unies sur la Responsabilité de Protéger est inscrite dans le Document final du Sommet Mondial de 2005, notamment dans les paragraphes 138 et 139, sous le titre "*Devoir de protéger des populations contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité*." La Responsabilité de Protéger au sein des Nations Unies ne porte que sur les crimes internationaux graves et cela correspond à la conception étroite de la Sécurité Humaine, ce qui expose inévitablement une ambiguïté. La Responsabilité de Protéger peut être considérée comme mettant l'accent sur l'intervention humanitaire politique des Nations Unies pour la distinguer de l'aide humanitaire apolitique. La question à laquelle nous répondrons dans ce cadre est la suivante: faire de la Responsabilité de Protéger ne fait-il pas de la Sécurité Humaine?

Le Rapport du Secrétaire Général des Nations Unies[93] sur la *Responsabilité de protéger: réagir de manière prompte et décisive* releva que "*la nécessité d'intervenir collectivement pour protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité découle de l'héritage sanglant du XXe siècle, marqué notamment par l'Holocauste, les champs de la mort au Cambodge, le génocide au Rwanda et les massacres à Srebrenica. Ces événements et autres épisodes tragiques, qui ont mis en lumière l'incapacité totale des États à s'acquitter, à titre individuel, de leurs responsabilités et obligations en droit international, ainsi que les lacunes collectives des institutions internationales, ont conduit (...), le Secrétaire général Kofi Annan, à prendre une série de mesures qui ont abouti à l'élaboration de la notion de responsabilité de protéger*"[94]. Le développement de la Responsabilité de Protéger fut nécessaire compte tenu des graves conséquences des conflits violents sur les populations civiles. Au constat que les personnes humaines sont souvent victimes d'abus en raison de leur ciblage direct ou qu'elles sont très souvent des victimes collatérales lors de conflits violents, des mesures de protection s'avéraient nécessaires. Dès le départ, les conflits violents ont toujours été liés aux crimes internationaux graves par le biais de violations massives des droits de l'homme. C'est précisément eux qui ont conduisirent les Nations Unies à reconnaître leur responsabilité d'intervenir pour la protection des populations civiles à l'intérieur des frontières d'États souverains. Il convient de noter que la Sécurité Humaine est également apparue, par le biais du rapport du PNUD de 1994, dans le contexte de cette détresse humaine aiguë précoce dans les États. Mais une curieuse distinction a été établie entre la Sécurité Humaine et la Responsabilité de Protéger.

La principale caractéristique des crimes internationaux graves, notamment le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique, les crimes contre l'humanité, et relativement à la Responsabilité de Protéger, est qu'ils sont contraires à l'essence de l'humanité.[95] C'est pourquoi ils sont

---

[93] NATIONS UNIES, ASSEMBLEE GENERALE, CONSEIL DE SECURITE, **Responsabilité de protéger: réagir de manière prompte et décisive**, Rapport du Secrétaire général, A/66/874-S/2012/578, 25 juillet 2012.

[94] Ibid. Parag. 4, p. 2.

[95] Ces crimes se résument au générique de "crimes contre l'humanité" qui sont reconnus comme crimes contre la condition humaine (KIRCHHEIMER Otto, **Political Justice, The Use of Legal Procedure for Political Ends,** Princeton University Press, Princeton 1961), contre la personne ou la personnalité humaine (ARONEANU Eugene, **Le Crime Contre l'Humanité,** Dalloz, Paris, 1961), contre la nature ou l'essence de l'humanité (GRAVEN Jean, "Les Cri-

souvent considérés comme bafouant la conscience de l'humanité.[96] Cela justifie le caractère universel de ces crimes[97] et clarifie qu'il s'agit de crimes contre la nature humaine.[98] Puisqu'il s'agit d'une identité regroupant tous les membres ou individus qui en font partie, il s'agit donc de crimes contre l'essence même de l'Homme ou de crimes contre l'humanité. Ces considérations font partie de la Sécurité Humaine qui signifie la sécurité de l'humain.[99] En conséquence, la sécurité humaine est l'état de bien-être consubstantiel à la nature humaine. Ainsi, la Sécurité Humaine est de l'ordre de l'exigence fondamentale de la nature humaine, et sur cette base, elle lui est donc essentielle, de sorte qu'il ne suffit pas d'être juste un être humain mais d'être en sécurité. Ainsi, puisque la Sécurité Humaine peut être considérée comme rendant compte ou incarnant la vraie réalité de la nature humaine, les crimes internationaux graves qui bafouent cette nature dans son essence même, justifiant par conséquent l'intérêt de l'ensemble de la communauté internationale, ne peuvent être que des crimes contre la sécurité humaine. Tout comme nous parlons de nature humaine en ce qui concerne les crimes internationaux graves, ainsi nous parlons de nature humaine concernant la Sécurité Humaine. Nous pouvons simplifier comme suit:

---

mes Contre l'Humanité", **Recueil des Cours**, vol. 76, 1950, pp. 433-605), contre les attributs essentiels ou les droits fondamentaux des êtres humains (MILLER Robert, "The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity", **American Journal of International Law**, vol. 65, 1971, 476-501). Ce sont des actes qui détruisent l'humanité de la personne (RATNER Steven, ABRAMS Jason, BISCHOFF James (eds.), op. cit.), in GERAS Norman, **Crimes against Humanity. A birth of a concept**, Manchester University Press, Manchester and New York, 2011, p. 52.

96 Préambule du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale. La Cour Internationale de Justice (CIJ) reconnut que les Nations Unies avaient eu l'intention "*de condamner et de réprimer le génocide comme* "*un crime de droit des gens*" *impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies (résolution 96 (I) de l'Assemblée générale, 11 décembre 1946)*"; voir CIJ, **Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide**, Opinion Consultative, 28 Mai 1951, Rapports de la CIJ, 1951, cité dans EINARSEN Terje, **The Concept of Universal Crimes in International Law**, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2012, p. 145.

97 EINARSEN Terje, ibid.; GERAS Norman, Ibid. p. 59; LUBAN David, "A Theory of Crimes against Humanity", **Yale Journal of International Law**, vol. 29, pp. 85-167, 2004, p. 90.

98 "*What harms them [the direct victims], harms us all ... because we are in some way, due to our common human nature, implicated in their suffering*" in GARRARD Eve, "Forgiven, quess and the Holocaust", **Ethical Theory and Moral Practice**, vol. 5, 2002, p. 159, cite par GERAS Norman, Ibid. p. 58.

99 VON TIGERSTROM Barbara, **Human Security and International Law, Prospects and Problems**, Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 51.

a. Nature humaine = Crimes internationaux graves = Responsabilité de Protéger (au sens des Nations Unies)

b. Nature humaine = Sécurité Humaine (signification objective)

c. Sécurité Humaine = Crimes internationaux graves = Responsabilité de Protéger

Nous nous rendons donc compte que si les Nations Unies considèrent les crimes internationaux graves comme une préoccupation gérée sous le compte de la Responsabilité de Protéger et non de la Sécurité Humaine, il y a ambiguïté. De toute évidence, il s'agit d'une définition (politique) décrétée.

La définition la plus élémentaire de la Sécurité Humaine qui ressort de tout le processus de réflexion internationale est l'abri de la peur et l'abri du besoin.[100] Les crimes internationaux graves sont sans aucun doute en rapport avec l'abri de la peur, qui implique la protection contre tous les événements violents ayant des conséquences néfastes sur l'intégrité physique et morale des personnes humaines. Le niveau de crainte que les crimes internationaux graves peut infliger aux individus est inimaginable. La responsabilité des États et de la communauté internationale consiste précisément à garantir aux individus l'abri de ce genre de peur. En ce qui concerne la Responsabilité de Protéger et la Sécurité Humaine, telles qu'elles sont consacrées au sein des Nations Unies, une telle responsabilité, incombe principalement à l'État et secondairement aux Nations Unies, sauf que le régime d'intervention des Nations Unies est différent dans les deux cas.: la décision souveraine du Conseil de Sécurité des Nations Unies concernant la Responsabilité de Protéger et une demande de soutien de l'État à la communauté internationale en matière de Sécurité Humaine. Dans un cas comme dans l'autre, comment pourrions-nous penser que la mise en œuvre de la Responsabilité de Protéger les populations contre les crimes internationaux graves ne peut aider à leur garantir l'abri de la peur? Comme on ne saurait le dire, il est donc clair que la Responsabilité de Protéger est une question de Sécurité Humaine.

Selon le Rapport de la CIISE, la responsabilité de prévenir, l'une des composantes de la Responsabilité de Protéger, consiste à éliminer à la fois

---

[100] "*In UN documents and debates, human security is often characterized as incorporating the two pillars of the UN charter which are the foundations of human rights instruments: "freedom from want" and "freedom from fear",* in FUKUDA-PARR Sakiko, MESSINEO Carol, op. cit. p. 6.

les causes profondes et directes des conflits internes et autres crises d'origine humaine qui mettent les populations en danger.[101] Le Rapport du Secrétaire Général intitulé: *Responsabilité de Protéger: Responsabilité des États et Prévention:*[102] "*Étant donné que le dénuement économique et les disparités, réelles ou perçues comme telles, constituent des facteurs de risque d'atrocités criminelles, toute une série de mesures politiques, économiques et sociales peuvent être prises pour améliorer l'équité, effective ou ressentie, dans la répartition des ressources, des actifs, des revenus et des chances entre groupes sociaux et pour promouvoir le développement économique et la prospérité en général. Pour favoriser l'égalité horizontale, on pourrait adopter des programmes d'emploi et de protection sociale pour les populations marginalisées, y compris les jeunes, et des réformes budgétaires propres à améliorer la transparence et l'équité, en les complétant par des mesures et actions anti discrimination pour réduire la corruption, notamment la corruption ou le favoritisme lié à l'identité. Vu que la corruption et l'injustice compromettent la légitimité de l'État, de telles réformes peuvent atténuer les mécontentements qui sont sources d'instabilité.*"[103] Ainsi la composante préventive de la Responsabilité de Protéger contre les crimes internationaux graves comprend des mesures multidimensionnelles qui peuvent être politiques, économiques ou sociales. Cette gamme de mesures est bien adaptée à la nature globale et contextuelle des réponses gouvernementales au bénéfice de la Sécurité Humaine, laquelle met également l'accent sur la prévention.[104] Comment alors peut-on faire la Responsabilité de Protéger sans faire de la Sécurité Humaine? Cela n'est possible que sur la base et à travers une définition (politique) décrétée.

La composante réactive est davantage mise en évidence dans la Responsabilité de Protéger. Lorsque les efforts de prévention n'ont pas réussi à empêcher la survenue d'une crise, les responsables doivent réagir. Cette réaction consiste en effet à protéger les populations des violences de

---

[101] A/RES/66/290, Parag. 3 b) et c).

[102] NATIONS UNIES, ASSEMBLEE GENERALE, CONSEIL DE SECURITE, "Suite donnée aux textes issus du Sommet du Millénaire, **Responsabilité de protéger: responsabilité des États et prévention**, Rapport du Secrétaire général, A/67/929-S/2013/399, 9 juillet 2013.

[103] Ibid. Parag 45, p. 12.

[104] Paragraphe 3 (b) du Consensus des Nations Unies sur la Sécurité Humaine, A/RES/66/290 66/290, op. cit.

masse. La protection est également l'autre composante de la Sécurité Humaine. Selon le rapport du Secrétaire Général *Suite donnée à la résolution 64/291 de l'Assemblée générale sur la sécurité humaine*, il est relevé que "*la sécurité humaine vise à assurer la survie, les moyens de subsistance et la dignité de tous face aux menaces existantes ou émergentes, des menaces transversales de grande ampleur (...) Les menaces actuelles sont autant de défis majeurs pour les gouvernements et les peuples; elles imposent de repenser la sécurité dans une optique qui fait de la protection et de la capacité d'action individuelle le socle de la stabilité, du développement et du progrès humain*."[105] Protéger les populations de la violence de masse est nécessaire pour leur survie. Lorsque de telles crises surviennent, elles sont en fait, avant d'atteindre le point de saturation qu'est la crise, des menaces existantes, car elles impliquent un risque avancé de détresse aiguë pour les populations civiles et c'est pourquoi la protection est cruciale. Le Consensus sur la Sécurité Humaine mentionne également au paragraphe 3 (b) que "*la sécurité humaine vise à assurer la survie, les moyens de subsistance et la dignité de tous face aux menaces existantes ou émergentes, des menaces transversales de grande ampleur (...) Les menaces actuelles sont autant de défis majeurs pour les gouvernements et les peuples; elles imposent de repenser la sécurité dans une optique qui fait de la protection et de la capacité d'action individuelle le socle de la stabilité, du développement et du progrès humain*." Le Consensus sur la Sécurité Humaine mentionne également au paragraphe 3 (b) que "*la sécurité humaine appelle des réponses axées sur l'être humain, globales, adaptées au contexte et centrées sur la prévention, qui renforcent la protection et la capacité d'action individuelle et collective*." On le constate encore la responsabilité de protéger égale la sécurité humaine. Conclure alors à une différence entre les deux ne peut relever que d'un décret définitionnel. Rendons nous compte dans le Rapport précité du Secrétaire Général *Suite donnée à la résolution 64/291 de l'Assemblée générale sur la sécurité humaine.* En effet "*La notion de sécurité humaine diffère de la notion de responsabilité de protéger et de son application. Alors que la sécurité humaine renvoie aux situations d'insécurité multidimensionnelles que vivent les individus aujourd'hui, la responsabilité de protéger consiste*

---

[105] NATIONS UNIES, ASSEMBLEE GENERALE, 5 avril 2012, "Suite donnée aux textes issus du Sommet du Millénaire", **Suite donnée à la résolution 64/291 de l'Assemblée générale sur la sécurité humaine**, op. cit. p. 5.

principalement à protéger les populations dans des cas spécifiques de génocide, de crimes de guerre, de nettoyage ethnique et de crimes contre l'humanité. La sécurité humaine a donc une portée plus large et fait intervenir les trois piliers du système des Nations Unies, alors que la responsabilité de protéger concerne essentiellement les cas susmentionnés."[106] La différence signifie qu'il n'y a pas de similitude générale entre deux choses. Si les préoccupations pour la Sécurité Humaine font partie des situations multidimensionnelles auxquelles les individus sont confrontés quotidiennement, alors lorsqu'ils sont soumis à des violences de masse, comme ce fut un certain quotidien au Rwanda en 1994, à Srebrenica en 1995, ou en Libye en 2011, ce sont des préoccupations de Sécurité Humaine. Ce que dit ce rapport, c'est que la Responsabilité de Protéger concerne spécifiquement les crimes internationaux graves. Ainsi, puisque ce sont des faits qui relèvent également de la Sécurité Humaine, alors la Responsabilité de Protéger devient un élément spécifique ou une composante de la Sécurité Humaine. Cette analyse est confirmée dans les propres mots du Rapport, en particulier le large champ d'application de la Sécurité Humaine et la spécificité de la Responsabilité de Protéger. La Sécurité Humaine est donc le général et la Responsabilité de Protéger, le spécifique. Mais il ne peut être question de voir une différence, mais plutôt le caractère global de la Sécurité Humaine et une partie de celle-ci qu'est la Responsabilité de protéger. À ce niveau, on peut encore affirmer que faire la Responsabilité de Protéger, c'est faire la Sécurité Humaine. Il n'existe donc aucune différence.

Une autre indication est importante dans ce passage explicatif: il est mis au compte de la sécurité humaine l'intérêt aux trois piliers des Nations Unies, que sont la paix, les droits de l'homme et le développement sans que cela ne soit précisé pour la Responsabilité de protéger. Alors on se demanderait, la responsabilité de protéger ne fait-elle pas intervenir aussi ces trois piliers? En se référant aux réflexions de la Commission Internationale sur l'Intervention et la Souveraineté des Etats, on peut relever ce lien entre la responsabilité de protéger et ces piliers:

a. "*Le débat actuel sur l'intervention à des fins de protection humaine est en soi à la fois un produit et une manifestation de l'ampleur des changements intervenus depuis la création de l'ONU. Le débat actuel*

[106] Ibid. p. 6.

intervient dans un contexte caractérisé par la multiplication des acteurs étatiques, non étatiques et institutionnels et par une interaction et une interdépendance de plus en plus manifestes entre ces facteurs. C'est un débat où se révèlent de nouveaux ensembles de questions et de nouveaux types de préoccupations, qui fait intervenir de nouvelles normes de comportement des États et des individus, et qui s'insère dans un contexte constitué d'attentes beaucoup plus fortes sur le plan de l'action. C'est aussi un débat qui intervient dans un cadre institutionnel qui, depuis la fin de la guerre froide, fait entrevoir la possibilité d'une action internationale collective face aux problèmes de la paix, de la sécurité, des droits de l'homme et du développement durable à l'échelle planétaire."[107]

b. "*La présente Commission admet parfaitement que les questions de souveraineté et d'intervention ne concernent pas simplement les droits ou prérogatives des États, et qu'elles affectent profondément et concernent des êtres humains de manière fondamentale. L'un des avantages que l'on retire en résumant l'enjeu essentiel de ce débat comme étant "la responsabilité de protéger" est qu'il concentre l'attention là où elle doit l'être en premier, à savoir sur les besoins humains de ceux qui demandent protection ou assistance. Ce faisant, l'axe principal du débat sur la sécurité se déplace, de la sécurité territoriale et de la sécurité par les armements à la sécurité par le développement humain et l'accès à l'alimentation, à l'emploi et à la sécurité écologique*."[108]

c. "*La prévention des conflits meurtriers et d'autres formes de catastrophes produites par l'homme incombe, comme toutes les autres composantes de la responsabilité de protéger, d'abord et avant tout aux États souverains et aux communautés et institutions qui s'y trouvent. Une volonté résolue des autorités nationales d'assurer un traitement équitable et l'égalité des chances pour tous les citoyens constitue un fondement solide pour la prévention des conflits. Quant aux moyens nécessaires pour y parvenir, ils relèvent essentiellement de la responsabilisation et de la bonne gouvernance, de la protection des droits de l'homme, de la promotion du développement socioéconomique et de la répartition équitable des ressources*."[109]

---

[107] Rapport CIISE, p. 4.

[108] Ibid. p. 15.

[109] Ibid. p. 21.

Ces trois paragraphes soulignent que la paix, les droits de l'homme et le développement présentent un intérêt sous la Responsabilité de Protéger. Le volet préventif comprend nécessairement ces piliers. Si les droits de l'homme sont pleinement garantis dans toute leur interdépendance, il est presque plausible qu'aucune société ne se retourne contre elle-même. S'il la paix est garantie dans une société, l'absence de conflits internes est une évidence. Le développement, qui se définit généralement comme l'extension des capacités de choix des individus, permet, conformément aux principes des droits de l'homme, la satisfaction de ceux-ci et la paix sociale. Ainsi, concernant les piliers des Nations Unies, l'explication du Rapport du Secrétaire Général se serait concentrée uniquement sur la composante réactive de la Responsabilité de Protéger, qui en tant que telle, impliquerait certaines mesures qui n'incluraient pas la Sécurité Humaine. Cela est ambigu quand on sait que la réaction n'est pas la seule composante de la Responsabilité de Protéger. Si celle-ci inclut en son caractère spécifique, les trois piliers des Nations Unies, précisément dans sa composante préventive, au même titre que la Sécurité Humaine dans son caractère général et si la réaction de protection des populations contre les violences de masse sert à leur garantir l'abri de la peur, élément essentiel de la Sécurité Humaine, alors la Responsabilité de Protéger et la Sécurité Humaine se signifient.

Ce qu'il faut noter in fine, c'est que la Sécurité Humaine a été soumise à deux conceptions: une large, reflétant toutes les menaces pouvant avoir un impact négatif sur la vie humaine, et une étroite, reflétant les menaces les plus importantes dans lesquelles sont rangées les plus violentes. Une petite attention sur l'action des Nations Unies nous amène à relever que la conception large de la Sécurité Humaine est ce qui est consacré comme le sens officiel de la Sécurité Humaine, tandis que la conception étroite est consacrée comme le sens officiel de la Responsabilité de Protéger, ôtant en même temps, toute équivalence avec la Sécurité Humaine. Le décret politique international, représentant les significations de la Responsabilité de Protéger et de la Sécurité Humaine au sein des Nations Unies, est donc en réalité une séparation des matières au sein même de la Sécurité Humaine et ainsi ne parvient finalement pas à convaincre de l'absence d'identité conceptuelle entre elles.

B. L'ambiguïté De La Signification De La Sécurité Humaine Au Sein Des Nations Unies

En ce qui concerne principalement la Sécurité Humaine, la seule référence à sa définition synthétique de l'abri de la peur et du besoin nous permet de conclure que le consensus international sur la Sécurité Humaine

est ambigu. En effet, rappelons-nous, le paragraphe 3 (e) dispose que "*La sécurité humaine n'est pas assurée par la menace ou l'emploi de la force ou de mesures de coercition. Elle ne saurait remplacer la sécurité que l'État doit garantir*." Cette disposition est très surprenante car elle inscrit le recours à la force en dehors du champ de la Sécurité Humaine. Il est clairement en contradiction avec sa composante de l'abri de la peur. Si des mesures sont prises afin de protéger l'ordre public et sécuriser les populations, incluant des mesures préventives, alors ne serait-ce pas faire de la Sécurité Humaine? Il ressort clairement de la formulation du consensus international que la Sécurité Humaine ne peut se faire de cette manière. C'est une contradiction flagrante de l'abri de la peur - composante de la Sécurité Humaine. Comment les personnes humaines peuvent-elles être protégées de la peur, au moyen de mesures de protection et de prévention d'atteintes à leur sécurité sans pour autant faire de la Sécurité Humaine? Le Rapport du PNUD de 1994 relève déjà que la Sécurité Humaine peut être explicitement définie comme "*la protection contre les menaces chroniques, telles que la famine, la maladie et la répression et, d'autre part, la protection contre tout événement brutal susceptible de perturber la vie quotidienne ou de porter préjudice à son organisation dans les foyers, sur le lieu de travail ou au sein de la communauté*."[110] Quel est donc le sens de la protection qu'implique la Sécurité Humaine? Si une telle protection existe sans l'usage de la force, s'agirait-il alors de garantir l'abri de la peur uniquement par des mesures préventives? Cela ne saurait être dit. La Sécurité Humaine, comme le reconnaît le consensus international au paragraphe 3 (b), appelle des réponses mondiales, adaptées au contexte qui renforce la protection. En outre, le Rapport du Secrétaire Général: *Suite donnée à la résolution 64/291 de l'Assemblée générale sur la sécurité humaine,* relève que "*La notion de sécurité humaine (...) permet donc de concevoir des interventions multidimensionnelles intégrées face aux menaces qui pèsent sur la survie, les moyens de subsistance et la dignité des personnes*."[111] Dès lors, comment des réponses globales, multidimensionnelles et intégrées excluraient elles le recours à la force dans l'objectif de Sécurité Humaine? On ne saurait réellement le penser.

---

[110] **Rapport PNUD 1994**, op. cit. p. 24.

[111] NATIONS UNIES, ASSEMBLEE GENERALE, 5 avril 2012, "Suite donnée aux textes issus du Sommet du Millénaire", **Suite donnée à la résolution 64/291 de l'Assemblée générale sur la sécurité humaine**, op. cit. p. 7.

En réalité, le paragraphe 3 (e) reflète la réticence des Nations Unies à pleinement affirmer que la Sécurité Humaine englobe tout ce qui concerne la conservation des individus. Alors il est privilégié une séparation des matières, comme celle du paragraphe 3 (e) qui distingue la Sécurité Humaine de la sécurité que l'État doit garantir. Dans la compréhension des Nations Unies, il existe plusieurs conceptions de la sécurité: la Sécurité Humaine, la sécurité par la force, ou plus généralement la sécurité du territoire ou la sécurité nationale. Il est donc difficile de penser que, dans la conception des Nations Unies, une question de Sécurité Humaine soit une question de sécurité nationale et vice versa. En outre, depuis le début, le concept de Sécurité Humaine a toujours été considéré comme différent du concept traditionnel de sécurité d'État, qui comprend la sécurité militaire et territoriale.[112] L'ambiguïté de cela est clairement exposée par un simple recours aux éléments essentiels permettant de définir la notion d 'État dans tout droit constitutionnel interne: une population, un territoire, un gouvernement. Donc, la sécurité de l'Etat est normalement la sécurité inclusive de toutes ses composantes. Schématisons:

a. État = Populations (êtres humains) + Territoire + Gouvernement

b. Sécurité de l'État = Sécurité des populations + Sécurité du territoire + Sécurité du gouvernement

c. Si la Sécurité des populations = la Sécurité des êtres humains = la Sécurité Humaine, alors

d. Sécurité de l'État = Sécurité Humaine + Sécurité du territoire + Sécurité du gouvernement.

Sur cette base, comment la Sécurité Humaine peut-elle être différente de la sécurité de l'État? Cela n'est possible que si la sécurité de l'État signifie ou signifie plus autre chose ou est exclusivement signifiée par un ou deux éléments. Dans une telle hypothèse, force est de constater que parmi les composantes essentielles de l'État, les populations sont les plus essentielles puisqu'il n'y a rien de concevable sans les êtres humains. Ainsi, si l'on fait référence au territoire, celui-ci n'a-t-il pas de sens que pour les êtres humains qui s'y installent ou qui y mènent leur existence ou qui y tirent leurs ressources? Si l'accent est mis sur le gouvernement, celui-ci n'a-t-il

[112] **Rapport PNUD 1994**, op. cit. p. 25.

pas de sens que pour les êtres humains pour lesquels il est établi et censé servir? Même s'il s'agit de gouverner, un gouvernement doit gouverner des êtres humains. Ainsi, sans êtres humains, il n'y a pas de gouvernement. À l'extrême, puisqu'il ne peut y avoir en fait de distinction entre Sécurité de l'État et Sécurité Humaine, cela n'est possible que par un décret politique.

En outre, les mots utilisés pour signifier la Sécurité Humaine sont si inclusifs que l'appréhension particulière que les Nations Unies entretiennent à propos de la sécurité dite traditionnelle se trouve trahie: "*la sécurité humaine renvoie à l'universalité d'une série de libertés fondamentales pour la vie humaine: le droit de vivre à l'abri de la peur et du besoin, et le droit de vivre dans la dignité. Elle fait donc ressortir les liens entre sécurité, développement et droits de l'homme, qui constituent ses pierres angulaires et donc celles de la sécurité nationale*."[113] Dès l'instant qu'on accepte de signifier la Sécurité Humaine comme l'abri de la peur et du besoin, tout est inclus, le militaire, le non-militaire le territorial, le non-territorial, l'utilisation et le non-recours à la force, la prévention, la réaction, l'économique, le politique, le social, le culturel, etc. C'est à cela que se réfèrent les réponses globales, multidimensionnelles, intégrées, universelles. Telle est la compréhension qu'implique la substance essentielle de la Sécurité Humaine.

En effet, la Sécurité Humaine dans sa substance essentielle nous permet de reconnaître qu'elle est l'état réel de la nature humaine. Puisqu'il s'agit d'un existant, il ne peut plus être créé ou réalisé, puisqu'il est déjà réel mais doit plutôt être confirmé dans ce qu'il est. En d'autres termes, l'être humain est voué à sa conservation ou à rechercher une permanente dans cet état qui rend compte de sa nature. Cette nature étant une dans sa bi-dimensionnalité, à savoir le matériel et l'immatériel, la logique de sa conservation ne peut que concerner ces deux dimensions. Cette logique implique que tout ce qui concerne la conservation de la personne humaine est une préoccupation naturelle pour la Sécurité Humaine. Cela se confirme dès le départ dans l'appréhension de la Sécurité Humaine du Rapport du PNUD de 1994. Cette conception large de la Sécurité Humaine, qui est celle effectivement adoptée par les Nations Unies, est cependant confrontée, en même temps, à une

---

[113] NATIONS UNIES ASSEMBLEE GENERALE, 5 avril 2012, "Suite donnée aux textes issus du Sommet du Millénaire", **Suite donnée à la résolution 64/291 de l'Assemblée générale sur la sécurité humaine**, op. cit. Par. 18, p. 5.

réduction de son champ d'action, qui ne peut fonctionner sur le fond que par un consensus politique.

Le décret en vigueur relatif aux concepts de Responsabilité de Protéger et de Sécurité Humaine au sein des Nations Unies signifie que dans leurs états actuels, un sens leur a été décidé, que le sens de ces concepts a été convenu par les différents membres des Nations Unies. Il s'agit donc d'un consensus politique sur la signification de la Responsabilité de Protéger et de la Sécurité Humaine, au lieu du sens objectif que ces concepts possèdent ou sont simplement en eux-mêmes. La formulation des Nations Unies est certes ambiguë et il faut le relever parce qu'elle implique des conséquences pratiques qui n'aboutissent pas toujours à la conservation des ensembles d'individus qui se sont constitués en sociétés politiques ou se sont (politiquement) organisés à cet effet.

C. L'intervention Ambiguë Sous Les Comptes De La Responsabilité De Protéger Et De Sécurité Humaine Au Sein Des Nations Unies

La Responsabilité de Protéger et la Sécurité Humaine n'impliquent pas les mêmes interventions ou du moins le même type de responsabilités. Après avoir dévoilé l'ambiguïté existant dans la compréhension actuelle des Nations Unies de ces concepts, et avoir conclu à une identité substantielle entre eux, nous sommes arrivés à la conclusion que la distinction était certainement décrétée sur la base d'un certain choix des conséquences en termes d'intervention qu'ils devaient respectivement à entraîner. Une telle intervention à son tour ne pouvait receler que de l'ambiguïté.

Commençons par rappeler les responsabilités sous les comptes de la Responsabilité de Protéger et de la Sécurité Humaine. Concernant la Responsabilité de Protéger, le Document final du Sommet mondial de 2005 précise au paragraphe 138 que "*C'est à chaque État qu'il incombe de protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité. Ce devoir comporte la prévention de ces crimes, y compris l'incitation à les commettre, par les moyens nécessaires et appropriés. Nous acceptons cette responsabilité et agirons de manière à nous y conformer*."[114] Ensuite, le paragraphe 139 mentionne que: "*il incombe également à la communauté internationale, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, de mettre en œuvre les moyens*

[114] **Document final du Sommet Mondial de 2005**, op. cit. p. 33.

diplomatiques, humanitaires et autres moyens pacifiques appropriés, conformément aux Chapitres VI et VIII de la Charte des Nations Unies, afin d'aider à protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité. Dans ce contexte, nous sommes prêts à mener en temps voulu une action collective résolue, par l'entremise du Conseil de sécurité, conformément à la Charte, notamment son Chapitre VII, au cas par cas et en coopération, le cas échéant, avec les organisations régionales compétentes, lorsque ces moyens pacifiques se révèlent inadéquats et que les autorités nationales n'assurent manifestement pas la protection de leurs populations contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité."[115]

La Responsabilité de Protéger incombe donc en premier lieu à l'État et, en second lieu, à la communauté internationale. Seule la responsabilité de cette dernière, en particulier dans le cadre des Nations Unies, nous intéressera car la responsabilité première de l'État est un truisme fondé sur le sens de la souveraineté comme responsabilité. Sur cette même base, la secondaire des Nations Unies est comparativement plus discutable. Jusqu'à présent, l'intervention des Nations Unies pour protéger les civils contre les crimes internationaux graves fait partie de la paix et la sécurité internationales. Dans ce contexte, l'intervention est beaucoup plus liée à la composante réactive de la Responsabilité de Protéger.

Les décisions des Nations Unies en matière de paix et de sécurité internationales s'imposent sur l'ensemble de la communauté internationale. En cette matière, les Nations Unies sont considérées comme gouvernant sur tous les États. Cela est nécessaire pour aider à l'exécution des décisions prises.[116] Les Nations Unies, à travers le Conseil de sécurité, deviennent une sorte de gouvernement de la société internationale, tout comme le pouvoir exécutif représente le gouvernement au sein des États. La Responsabilité de Protéger contre les crimes internationaux graves est reconnue comme relevant de la paix et sécurité internationales et, par conséquent, les situations de violence aiguë contre les civils sont considérées comme des menaces ou des violations de la paix et sécurité internationales. Les

---

[115] Ibid.

[116] Selon l'article 2 (5) de la **Charte des Nations Unies**, "*les Membres de l'Organisation donnent à celle-ci pleine assistance dans toute action entreprise par elle conformément aux dispositions de la présente Charte et s'abstiennent de prêter assistance à un Etat contre lequel l'Organisation entreprend une action préventive ou coercitive.*"

situations qui ont donné lieu à cette qualification au niveau international ont entraîné une intervention contraignante armée ou non des Nations Unies. Dans le même temps, la composante préventive de la Responsabilité de Protéger n'a pas la même autorité. Elle est généralement laissée à la pleine autorité de l'État et les Nations Unies n'interviennent qu'en complémentarité. Cependant, cette façon de faire emporte une conséquence sur la survenue de crises. Le Secrétaire général des Nations Unies, dans son rapport: *La responsabilité de protéger au cours des 10 prochaines années: mettre en œuvre l'action collective*,[117] relève que "*La communauté internationale, qui aspirait à prévenir les atrocités criminelles et à y réagir promptement, a lamentablement échoué. Comme je l'ai souligné dans le rapport que j'ai élaboré pour le Sommet mondial sur l'action humanitaire, des conflits violents et apparemment inextricables ruinent la vie de millions de personnes dans presque toutes les régions, hypothéquant l'avenir de générations entières. Le contexte s'est durci: aujourd'hui, des acteurs étatiques et non étatiques menacent quotidiennement les populations et décident en toute connaissance de cause de se soustraire à leurs obligations juridiques et à leurs responsabilités de protection. Certaines des situations visées bénéficient d'une attention internationale soutenue (Iraq et République arabe syrienne, notamment), tandis que d'autres demeurent dans l'ombre (République populaire démocratique de Corée, Érythrée et Kordofan méridional (Soudan), par exemple). Alors que de nombreuses normes internationales relatives à la protection sont bafouées, il est crucial que les États Membres honorent les engagements qu'ils ont pris en 2005*."[118] La pratique résolutoire des Nations Unies, en particulier du Conseil de Sécurité, devient alors ambiguë.

En effet, dans la mise en œuvre de la Responsabilité de Protéger, une focalisation plus forte sur la réaction ou une autorité plus forte reconnue à la réaction au détriment de la prévention ferait comprendre que cette dernière est moins importante que la première. En réalité, la prévention est bien plus importante que la réaction car la survenue ou la réalisation de la crise est un indicateur que la prévention a échoué puisque son but est précisément

---

[117] NATIONS UNIES, ASSEMBLEE GENERALE, CONSEIL DE SECURITE, "Suite donnée aux textes issus du Sommet du Millénaire", **La responsabilité de protéger au cours des 10 prochaines années: mettre en œuvre l'action collective,** Rapport du Secrétaire général, A/70/999-S/2016/620, 22 juillet 2016.

[118] Ibid. Parag. 4, p. 2.

d'empêcher la réalisation de la crise. La prévention des crises est utile pour agir sur les causes profondes et immédiates des crises afin qu'elles n'atteignent pas le point de saturation qu'est la crise. En d'autres termes, la prévention des crises vise à agir sur la crise *en potentiel* afin que la crise ne se matérialise pas. Comme la violence accrue contre les civils s'est toujours avérée anthropique, sa prévention est beaucoup plus réaliste que la prévention des crises d'origine naturelle, en raison de l'incertitude qui leur est attachée. La prévention de ces crimes consiste alors à diagnostiquer et à lutter contre toutes les causes pouvant conduire à leur perpétration. Une action préventive réussie ne peut donc pas conduire à la détresse résultante sur les civils.

La pratique résolutoire des Nations Unies suggérerait donc qu'une plus grande autorité de l'action sur l'effet de la cause serait plus importante qu'une plus autorité d'action sur la cause de l'effet alors qu'en réalité c'est tout le contraire. La paix et la sécurité internationales sont bien plus menacées par les causes des crimes internationaux graves que par leurs effets, car sans cause, aucun effet. C'est l'échec de l'action sur la cause qui rend possible l'apparition de leurs effets et qui justifie l'action sur ces effets. S'attaquer aux causes de ces crimes aboutirait à une paix et une sécurité internationales durables, sans mentionner le faible coût impliqué. C'est donc l'élément préventif de la Responsabilité de Protéger qui doit bénéficier d'une autorité beaucoup plus substantielle ou du moins la même que celle qui profite à la réaction de la pratique résolutoire des Nations Unies sous le compte de la Responsabilité de Protéger. Étant donné que ces crimes contre les populations civiles sont une préoccupation pour la paix et la sécurité internationales, ce qui suggère que tous les États sont également offensés, toute l'autorité de la pratique résolutoire qui en découle est justifiée. Alors les causes de ces crimes qui les rendent possibles ou les matérialisent sont donc tout autant une question majeure de paix et de sécurité internationales et, par conséquent, les mesures pour les gérer devraient être investies de la même autorité que les mesures réactives gérant les effets qu'elles produisent. L'ambiguïté se situe justement à ce niveau: les mesures de gestion des effets des causes ont plus d'autorité que les mesures de gestion des causes de ces effets, alors qu'il est certain que se concentrer sur ces dernières sécurise mieux les personnes pour lesquelles une intervention protectrice est engagée et donc garanties mieux la paix et sécurité internationales. En d'autres termes, si les crimes internationaux graves, en tant que question majeure de paix et de sécurité internationales, impliquent

une réponse aussi autoritaire des Nations Unies, cela signifie que la valeur en jeu est hautement importante, ce qui justifie ce genre de réaction, alors s'il y a une possibilité de protéger cette valeur d'une façon meilleure que l'intervention réactive, par la prévention comment celle-ci ne fait pas l'objet d'une autorité similaire à la réaction? Il est clair que le manque d'autorité de la prévention contre les crimes internationaux graves jette un doute sur la l'importance réelle de la valeur en jeu. Quoi qu'il en soit, il y a une ambiguïté.

Cela dit, pour le peu qui l'intéresse, l'intervention du Conseil de sécurité sous la Responsabilité de Protéger les populations contre les crimes internationaux graves est disparate et témoigne encore de tout le souci de cette pratique résolutoire pour les mêmes paix et sécurité internationales. Des situations identiques en termes de violence amplifiée contre les civils, reçoivent cependant, une différence de considérations ou un intérêt différent pour l'intervention. Les paragraphes 15 et 16 du précédent rapport du Secrétaire général[119] sont instructifs à cet effet:

a. "*Les divergences politiques, en particulier au Conseil de sécurité, entravent la prise de mesures résolues en matière de prévention ou d'intervention. Dans certaines situations où des atrocités criminelles ont été commises ou risquent de l'être, les grandes puissances mondiales appuient des factions opposées et font passer ces alliances avant leur responsabilité de protéger. Les fondateurs de l'Organisation savaient qu'il importait de tirer parti du pouvoir qu'ont certains États pour garantir l'efficacité du système collectif de sécurité, mais ils attendaient aussi des membres du Conseil de sécurité qu'ils usent de leur pouvoir de façon responsable, pour bâtir un monde plus sûr pour tous. Aujourd'hui, il est fréquent que les délibérations du Conseil n'aboutissent pas à des solutions communes, quand elles n'enveniment pas la discorde entre États Membres. Le Conseil de sécurité peut bien "rester saisi" d'une question, cela importe peu aux populations qui souffrent, puisque ce sont de mesures concrètes dont elles ont besoin.* "

b. "*Les dissensions au Conseil de sécurité sont particulièrement lourdes de conséquences au début des crises, quand le dialogue a encore une chance d'aboutir et que la communauté internationale peut encore dissuader les*

[119] Ibid. pp. 5-6.

acteurs locaux d'emprunter une voie meurtrière en exprimant d'une seule voix des messages forts. Dans d'autres cas, les membres permanents utilisent leur droit de veto ou menacent de le faire, empêchant ainsi le Conseil de rechercher et de trouver un terrain d'entente. L'évolution violente de la crise syrienne est un exemple tragique de l'effet de ces impasses sur les parties au conflit, que l'indécision de la communauté internationale peut encourager. En février 2012, le Conseil de sécurité n'a pas réussi à s'entendre pour adopter une résolution sur la situation en République arabe syrienne; résultat, les combats se sont intensifiés et le nombre de morts causés par le conflit a augmenté de façon spectaculaire, notamment parce que les forces gouvernementales ont redoublé leurs bombardements aériens sur des zones peuplées."

Ainsi, après avoir reconnu que la violence généralisée subie par les populations civiles est une préoccupation pour la paix et sécurité internationales, ces situations font l'objet d'une intervention différente, en fonction des considérations politiques en force au sein même du Conseil de sécurité. Comme nous pouvons le voir dans ces lignes, cela n'est manifestement pas conforme à l'esprit de la Charte des Nations Unies telle qu'elle a été rédigée par les pères fondateurs des Nations Unies. La raison fondamentale de cette tendance disparate dans la pratique résolutoire des Nations Unies au titre de la Responsabilité de Protéger peut être celle avancée par le Président de l'Assemblée générale dans son point de vue sur la Responsabilité de Protéger: "*Les pouvoirs du Conseil de sécurité ne visent pas même les violations des obligations juridiques internationales mais une menace immédiate pour la paix et la sécurité internationales. La sécurité collective est un instrument spécialisé permettant de faire face aux menaces pour la paix et la sécurité internationales et non pas un mécanisme permettant de faire appliquer le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire. Le pouvoir discrétionnaire accordé au Conseil de sécurité, qui peut déterminer qu'une situation constitue une menace pour la paix et la sécurité internationales, dénote un engagement variable complètement différent du soulagement systématique de la souffrance qu'implique la responsabilité de protéger.* (...) [En outre], *Si une situation relevant de la responsabilité de protéger devient une menace contre la paix et la sécurité internationales, la question du véto se pose. Le véto fait qu'une violation commise par un membre permanent ou un État Membre sous sa protection peut échapper à toute sanction. Les États Membres devront donc décider si les membres permanents doivent*

s'engager à "s'abstenir d'user ou de menacer d'user du droit de véto" dans les situations relevant de la responsabilité de protéger ou s'il convient de modifier la Charte. Une telle "entente mutuelle" n'emporte aucune obligation permanente et n'a donc aucune valeur juridique. Le problème est que si un membre permanent a usé de son droit de véto, l'Assemblée générale ne peut l'annuler; en outre, l'Assemblée ne peut se saisir d'une question inscrite à l'ordre du jour du Conseil."[120]

Ce point de vue révèle une compréhension très réductrice du concept de Responsabilité de Protéger et tout le réalisme qui entoure la pratique résolutoire des Nations Unies concernant la paix et la sécurité internationales. Évidemment, cette conception n'est pas celle que les États ont adoptée à l'issue du Sommet mondial de 2005. Bien que le Conseil de sécurité ne soit pas le seul organe des Nations Unies chargé de la Responsabilité de Protéger, entre ces organes, il est institué une répartition des questions concernant cette responsabilité. Ce n'est pas parce que le Conseil de sécurité agissant pour la paix et la sécurité internationales parviendrait à inclure, en la matière, des violences amplifiées contre les populations civiles, que cela n'impliquerait pas, par conséquent, que cet organe réinterprète ce qu'il serait censé considérer de son mandat en matière de sécurité humaine dans le sens d'un consensus international sur ce qu'elle devrait être. De même, existe-t-il une base valable pour l'impossibilité d'inclure la prévention des crimes internationaux graves parmi les préoccupations de paix et de sécurité internationales? Si une telle base n'existe pas, il faut également penser que le droit de veto des membres permanents pourrait se présenter comme un obstacle en termes de prévention.

Soyons réalistes! Si une crise s'est matérialisée par une violence accrue contre les populations civiles et que le veto peut être appliqué pour bloquer la réaction de la communauté internationale, le veto peut également bloquer toutes les mesures préventives visant à s'attaquer aux causes profondes et immédiates de la crise. Car, le veto contre la réaction à une crise, qui n'est rien de plus que l'effet d'une cause, est un simple indicateur que le véritable sujet principal n'est pas le sort des victimes civiles. Dans ces cas, on parlerait d'autre chose, c'est-à-dire que l'intérêt de l'intervention serait bien différent ou ailleurs. Ainsi, les causes profondes ou immédiates de ces crises présenteraient certainement un

---

[120] **Note de réflexion sur la responsabilité de protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, de l'épuration ethnique et des crimes contre l'humanité**, op. cit. pp. 4-5.

intérêt que le veto protégerait également en cas de velléités de réaction contre elles. Il en ressort que la prévention des crimes internationaux graves contre les populations civiles peut elle-même créer un problème. Nous pouvons donc comprendre l'ambiguïté: il peut y avoir des intérêts plus importants que le sort des populations civiles tout en reconnaissant en même temps que les crimes internationaux graves sont inadmissibles (sur la base d'un passé bien connu) et sont donc une question de paix et de sécurité internationales. L'ordre mondial actuel des Nations Unies garantit, par le principe de la souveraineté responsable, la stabilité internationale. S'il y a des intérêts plus importants que des faits considérés comme préjudiciables à la paix et sécurité internationales, qui est l'indicateur de cette stabilité internationale, et si cela est rendu possible par le même ordre mondial actuel, alors celui-ci est contradictoire en lui-même. Là se trouve l'ambiguïté.

Ayant constaté que la Responsabilité de Protéger fait partie de la Sécurité Humaine, qui implique fondamentalement l'abri de la peur et du besoin, le sens ambigu actuel de la pratique résolutoire des Nations Unies relative à la Responsabilité de Protéger est un souci de Sécurité Humaine. La composante préventive de la Responsabilité de Protéger permet de gérer les causes profondes et immédiates des crimes internationaux graves. Il s'intéresse donc sans doute à la gestion de toutes ces causes selon leur diversité, qu'elles soient politiques, économiques, culturelles, etc. De telles mesures sont donc globales, multidimensionnelles, adaptées au contexte; ce qui ressort du sens de la Sécurité Humaine en son paragraphe 3 (g): "*Il appartient en premier lieu à l'État d'assurer la survie, les moyens de subsistance et la dignité de ses citoyens. Le rôle de la communauté internationale est complémentaire et consiste à fournir aux gouvernements, à leur demande, l'appui dont ils ont besoin pour renforcer leurs capacités d'action face aux menaces existantes ou émergentes. Pour assurer la sécurité humaine, il faut que les gouvernements, les organisations internationales et régionales et la société civile renforcent leur collaboration et leurs partenariats*"; et (h) "*La sécurité humaine est assurée dans le strict respect des buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, notamment de la souveraineté de l'État, de l'intégrité territoriale et de la non-ingérence dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale. Elle n'impose pas d'obligations juridiques supplémentaires aux États*."[121]

---

[121] **Consensus des Nations Unies sur la Sécurité humaine**, A/RES/66/290, op. cit.

Le consensus des Nations Unies sur la Sécurité Humaine est clair sur la responsabilité qu'implique la Sécurité Humaine: c'est une affaire d'État. La société internationale ne se limite qu'au soutien de telle sorte qu'il est clair que sa responsabilité, que l'on peut certainement assumer d'une manière ou d'une autre, s'avère très faible en substance. Elle ne peut donc pas être comparée à la responsabilité des Nations Unies concernant la Responsabilité de Protéger, dans la compréhension ambiguë des Nations Unies, bien sûr, qui peut conduire à des mesures réactives fondées sur le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, traitant de la paix et sécurité internationales. Les États peuvent très bien coopérer dans des domaines d'intérêt commun, mais cela n'empêche pas que ce soit une question d'appropriation nationale ou, en d'autres termes, une question interne, et il est très clairement indiqué qu'il n'y a pas d'obligations supplémentaires à la charge des États que celles qui relèvent de leur compétence.[122] La Sécurité Humaine n'est donc pas une question de paix et de sécurité internationales qui impliquerait une intervention d'autorité des Nations Unies.

Le consensus des Nations Unies sur la responsabilité en vertu de la Sécurité Humaine peut donc être équivoque en ce sens qu'il suppose que le fait d'être à l'abri de la peur et du besoin n'est pas une préoccupation de paix et de sécurité internationales impliquant une intervention d'autorité des Nations Unies. Ce consensus est ambigu en ce qu'il relève que la Sécurité Humaine est une question de caractère universel, multidimensionnel et mondial. C'est la détresse humaine résultant des conflits internes au Rwanda, en ex-Yougoslavie et en Somalie dans les années 90 qui a inspiré le rapport 1994 du PNUD sur la Sécurité Humaine. Comment peut-on penser que la Sécurité Humaine soit une préoccupation globale, incluant quasiment tout ce qui concerne la conservation des individus et la comprendre en même temps comme impliquant une intervention minimale de la communauté internationale, ceci, compte tenu de l'interdépendance à laquelle les États sont soumis bon gré mal gré? La Sécurité Humaine implique également un accent très prononcé sur la prévention, laquelle englobe toutes les dimensions ou tous les domaines possibles de la conservation humaine, dont la caractéristique est la transfrontalité. Plus généralement, si la Responsabilité de Protéger s'inscrit dans le cadre de la Sécurité Humaine, la prévention des crimes internationaux graves ne

[122] Ibid. Par. 3 (h).

bénéficiant pas d'une autorité internationale cohérente, la prévention de l'insécurité Humaine ne bénéficie donc pas d'une autorité internationale cohérente. Cela se confirme dans les cas d'insécurité humaine encore répandus dans le monde et pas seulement dans les pays caractérisés de pauvres ou en développement. C'est une réalité préoccupante pour la Sécurité Humaine. Il faut donc penser que tant que les causes profondes de l'insécurité humaine ne seront pas abordées franchement, l'insécurité humaine persistera et, dans un monde globalisé, sa menace pèsera sur tous les États. Il faut donc croire que la pratique résolutoire des Nations Unies montre que le décret définitionnel ou politique de Sécurité Humaine qui la fonde est loin d'avoir les conséquences positives que sa substance objective impliquerait. Il n'est pas question de nier le rôle moteur de l'État, il s'agit plutôt de souligner l'ambiguïté que suscite la pratique résolutoire des Nations Unies en matière de Sécurité Humaine et de stimuler une réflexion y relative fondée sur la sa substance essentielle de celle-ci.

La distinction politique entre Sécurité Humaine et Responsabilité de Protéger a, en fait, tout son sens dans le type d'intervention de la communauté internationale qu'elles devaient impliquer: une faible intervention pour la Sécurité Humaine et une intervention d'autorité ou contraignante pour la Responsabilité de Protéger, et même pour cette dernière, sur une base casuistique. Nous comprenons alors tout simplement qu'au sein des Nations Unies toutes les menaces sur la sécurité humaine ne sont pas de même valeur, ce qui justifie de laisser la Sécurité Humaine presque totalement sous la responsabilité des États. Ce faisant, pouvons-nous évaluer le type de souffrance résultant d'autres types de menaces? Par exemple, combien de personnes sont décédées dans le cadre de l'immigration économique? Combien de personnes se sont impliquées dans des groupes rebelles et ont endommagé des vies en raison des mauvaises conditions de vie? En outre, le problème de la pandémie de la COVID-19 est clairement une question de santé publique internationale. Combien de vies cette pandémie a-t-elle endommagées? Maintenant, y a-t-il une différence entre les vies endommagées par des menaces violentes, faisant l'objet de la Responsabilité de Protéger (conception étroite de la sécurité humaine) et les vies endommagées par des menaces considérées moins violentes au nom de la sécurité humaine (conception large de la Sécurité Humaine)? Non, nous ne pouvons conclure à une quelconque différence. Ainsi, une telle distinction au sein de la substance globale de la Sécurité Humaine est ambiguë. Allons-nous dire que toutes ces menaces ne sont pas des questions

de paix et de sécurité internationales? Nous pouvons le dire, non pas parce que cela est le cas, mais parce que c'est ainsi que l'ordre mondial actuel le conçoit. Ainsi il est ambigu.

REMARQUES CONCLUSIVES

Nous avons entrepris de réévaluer le sens de la Responsabilité de Protéger et de la Sécurité Humaine au sein des Nations Unies. Notre thèse était que la signification de ces concepts dépendait des principes de l'ordre mondial actuel incarnés par la Charte des Nations Unies, lesquels se résument à la souveraineté responsable. Cependant, se référant à leurs substances objectives, la position officielle des Nations Unies sur la Responsabilité de Protéger et de la Sécurité Humaine fait montre d'ambiguïté, laquelle rend compte de l'ordre mondial actuel.

Notre analyse nous permet d'arriver aux remarques conclusives suivantes. Puisque nous notons l'identité conceptuelle entre la Sécurité Humaine et la Responsabilité de Protéger, seule la ténacité de l'ordre mondial actuel de la Charte des Nations Unies peut justifier une telle distinction conceptuelle, qui est de nature politique. Son ambiguïté nous informe du sens de cet ordre de souverainetés. En fin de compte, tout étant une question de Sécurité Humaine, une telle distinction est le signe que la communauté internationale ne protégera celle-ci que dans la mesure où elle ne contredit pas ou ne s'oppose pas à l'ordre mondial actuel de la Charte des Nations Unies, c'est-à-dire de la souveraineté responsable. Celle-ci signifie la responsabilité à l'intérieur et à l'extérieur de l'État. À l'intérieur des États, la souveraineté signifie l'engagement à satisfaire les exigences fondamentales de la conservation des personnes humaines. Ainsi, la Charte des Nations Unies garantit un ordre mondial où le sort des êtres humains est laissé entre les mains des États, en premier lieu, en ce qui concerne à la fois la Sécurité Humaine et la Responsabilité de Protéger, et secondairement entre les mains de la communauté internationale, pour la Responsabilité de Protéger, et juste une coopération de soutien pour la Sécurité Humaine. A l'extérieur de l'État, la souveraineté signifie l'égalité entre les États et donc le respect des autres souverainetés. Cette conception de la souveraineté comme responsabilité est censée assurer la stabilité internationale, ce qui signifie finalement la stabilité des États. Il s'agit donc d'une question de sécurité de l'Etat, très important à souligner, au sens réductionniste incompréhensible qu'elle a toujours été comprise, en référence au territoire

ou au gouvernement. En ce sens, on considère que si les États sont en sécurité, toute la société internationale est en sécurité. Ensuite, dans cette logique, la Sécurité Humaine, qui est avant tout et essentiellement une question de sécurité de l'État (car elle est la composante la plus essentielle de l'État), devient secondairement une question de sécurité de l'État, ou en d'autres termes, la Sécurité Humaine est au service ou le moyen de la sécurité de l'État qui, elle, est la finalité. Or, si l'insécurité humaine peut saper la sécurité de l'État, l'ordre mondial actuel reconnaît qu'il s'agit d'une question d'autorité de la société internationale dans la mesure où cette insécurité est évaluée comme une atteinte à la paix et à la sécurité internationales. Si cette insécurité humaine, comme cela s'est produit dans de nombreux cas, n'est pas ainsi évaluée, il n'y aurait pas d'intervention d'autorité ou contraignante. Ainsi lorsqu'il y a un défi profond entre la Sécurité Humaine et la sécurité de l'État dans ce sens réductionniste, qui, d'ailleurs, va de pair avec l'intérêt national, ce dernier est préféré, ce qui clarifie alors le sens de l'ordre international actuel.

Le sens exact de la Sécurité Humaine est de placer le sort de l'humain au centre de tout ce qui concerne la politique. Par conséquent, il contredit essentiellement de se concentrer sur l'État. Cela implique de penser comment les exigences fondamentales de la conservation humaine peuvent être satisfaites pour chaque être humain ou quels moyens nécessaires pourraient conduire à cette finalité. En d'autres termes, pour la Sécurité Humaine, l'humain est le but, ou la finalité, pas l'État. Cependant, l'ordre mondial actuel n'est pas considéré comme fondé principalement par et sur les êtres humains mais par et sur les États individuels qui poursuivent leurs intérêts. Se focaliser sur les États et sur l'humain ne peut emporter les mêmes implications pour la stabilité interétatique, du moins en ce qui concerne les moyens nécessaires à cette fin. Même si le sens que la Sécurité Humaine reçoit au sein des Nations Unies reconnaît bien son véritable caractère universel, celles-ci ne peuvent éviter de l'enchâsser dans la sécurité de l'État. Cela peut être compréhensible car les êtres humains sont une composante de l'État. Ainsi, nous pouvons relever que même le premier développement de la Sécurité Humaine dans le Rapport du PNUD de 1994 rappelait déjà aux États que la sécurité de l'État inclut la composante essentielle de la Sécurité Humaine et pas seulement la sécurité du territoire ou du gouvernement. Or, les détails de la Sécurité Humaine que ce Rapport expose révèlent son caractère global, c'est-à-dire, incluant en quelque sorte

la sécurité du territoire.[123] À partir de là, nous pouvons confirmer que la Sécurité Humaine est l'objectif ultime de l'État. Car s'il n'existe pas d'êtres humains installés ou vivant ou ayant un lien d'affiliation avec un territoire dirigé par un gouvernement, il n'y aurait pas d'État. Mais puisque nous pouvons avoir des êtres humains sans ou avant l'organisation politique étatique,[124] il est évident que les êtres humains ont la primauté sur l'État ou toute autre forme d'organisation politique. Ensuite, la signification claire de l'État et son rang doivent être reconnus. Les philosophies contractualistes[125] nous informent à juste titre que l'État n'a de raison d'être qu'au profit des êtres humains qui les font, les acceptent ou se constituent en eux. Ainsi, les États sont essentiellement un moyen pour la finalité qu'est l'être humain. C'est un moyen de garantir ou de satisfaire pour chacun d'eux les exigences de base de la conservation, lesquelles se résument en Sécurité Humaine. C'est pourquoi la sécurité du territoire et la sécurité du gouvernement n'ont

---

[123] Parmi les composantes de la Sécurité humaine, une référence implicite à la sécurité territorial peut être diagnostiquée au sein de la "sécurité Personnelle" car il est mentionné que "*la sécurité contre la violence physique est sans doute l'aspect numéro un de la sécurité humaine. Dans les pays riches comme dans les pays pauvres, la vie humaine est de plus en plus la cible de violences soudaines et imprévisibles. Ces menaces prennent différentes formes: (...) violence émanant d'autres Etats (guerre)*." Rappelons-nous que la sécurité territoriale a toujours été comprise en termes de défense militaire pour la protection des frontières. Ainsi, lorsque le territoire est menacé par un autre Etat et que la guerre devient une nécessité pour le défendre, la sécurité personnelle est généralement menacée de ce fait. En même temps, il est évident que toute menace à la sécurité territoriale entraine en conséquence une menace à la sécurité économique, laquelle est une autre composante de la Sécurité Humaine.

[124] Avant l'avènement de l'Etat" avec les Traités de Westphalie, les êtres humains ont dû politiquement s'organiser de plusieurs façons et sous diverses formes. On peut par exemple se rappeler du féodalisme. Pour l'histoire politique générale, voir, MANN Michael, **The Sources of Social Power, Volume 1: A History of Power from the Beginning to 1760 AD,** Cambridge University Press, 1986; MANN Michael, **The Sources of Social Power, Volume 2: The Rise of Classes and Nation-States, 1760-1914,** Cambridge University Press, 1993; En ce qui concerne l'Afrique, voir KI-ZERBO Joseph (Dir.), **Histoire Générale De L'afrique I: Méthodologie et préhistoire africaine,** UNESCO, 1980, MOKTHAR Gamal (Dir.), **Histoire Générale De L'afrique II: Afrique Ancienne***,* UNESCO, 1980; EL FASI Mohamed, HRBEK Ivan (Dir.), **Histoire Générale De L'afrique III: Afrique du VIIe au XII e siècle***,* UNESCO, 1990; NIANE Djibril-Tamsir (Dir.), **Histoire Générale De L'afrique IV. L'Afrique du XII e au XVI e siècle**, UNESCO, 1987.

[125] CUDD Ann, EFTEKHARI Seena, "Contractarianism", **The Standford Encyclopedia of Philosophy**, First published Sun. Jun. 18, 2000, substantive revision Wed. Mar. 15, 2017, Accedé le 04 Sept. 2020; GAUS Gerald, THRASHER John, "Contemporary Approaches of the social Contract", **The Standford Encyclopedia of Philosophy**, First published Sun. Mar. 03, 1996; substantive revision Wed. May 31, 2017, Accédé le 04 Sept. 2020; FINKELSTEIN Claire, "Contrarianism", in GAUS Gerald, D'AGOSTINO Frederic, (eds.) **The Routledge Companion to Social and Political Philosophy***,* Taylor and Francis, New York, 2013, pp. 305-316.

leur vrai sens qu'en référence à la Sécurité Humaine. Il ne peut donc pas s'agir de Sécurité Humaine pour (la finalité qu'est) la sécurité de l'État, mais plutôt, de sécurité de l'État pour la (la finalité qu'est) la Sécurité Humaine. Si chaque État a pour but essentiel la Sécurité Humaine, alors le véritable objectif d'une société interétatique est la sécurité interhumaine. Cela suppose que les États s'engagent à entretenir des relations entre eux, dans l'objectif de satisfaire la Sécurité Humaine à l'intérieur de leurs frontières. Mais si nous savons, comme le rappelle le consensus international sur la Sécurité Humaine, que la Sécurité Humaine est une question de caractère universel, alors le véritable sens de la société internationale est la Sécurité Humaine. Cela donne alors tout son sens au concept de communauté internationale qui est une communauté de destin dans ou par la Sécurité Humaine. La stabilité internationale signifie donc in fine, la Sécurité Humaine internationale, universelle ou mondiale. Si cela n'est pas reconnu par l'ordre mondial actuel incarné par la Charte des Nations Unies, laquelle commence d'ailleurs "*Nous, Peuples des Nations Unies...*" alors celui-ci est un siège d'ambiguïté.

REFERENCES

AKEHURST Michael, "Custom as a Source of International Law", **British Yearbook of International Law**, Vol. 47, n°1, 1974-1975, pp. 157-200.

ANNAN Kofi, **Secretary-General Presents His Annual Report to the General Assembly**, Press Release, 20 September 2000, UN Doc. SG/SM/7136/GA/9596.

ANNAN Kofi, **Secretary-General Salutes International Workshop on Human Security in Mongolia**, Two-Day Session in Ulaanbaatar, May 8-10, 2000. Press Release SG/SM/7382.

ANNAN Kofi, **Secretary-General Salutes International Workshop on Human Security in Mongolia**, Two-Day Session in Ulaanbaatar, May 8-10, 2000; Press Release SG/SM/7382.

ASAMOAH Obed, **The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations**, Martinus Nijhoff, The Hague, 1966.

ASHRA'FI D, **International Organizations and the Conceptual Evolution of National Sovereignty**, Tehran: Khorsandy Pub, 2015.

AYELE DERSSO Solomon, "The African Union" in ZYBERI Gentian (ed.), **An Institutional Approach to the Responsibility to Protect**, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 220-246.

AYOOB Mohammed, "Humanitarian Intervention and State Sovereignty", **The International Journal of Human Rights**, vol. 6, n° 1, 2002, pp. 81-102.

BADESCU Cristina Gabriela, **Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect Security and human rights**, Routledge, London and New York, 2011.

BAER Georges, **Test Case: Italy, Ethiopia, and the League of Nations**, Hoover Institution Press, 1976.

BELLAMY Alex, "The Responsibility to Protect, A Wide or Narrow Conception?" in HILPOLD Peter (ed.), **A New Paradigm of International Law?**, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015, pp. 38-59.

BELLAMY Alex, "The Responsibility to Protect: Added value or hot air?", in **Cooperation and Conflict**, vol. 48, 2013, pp. 128-134.

BELOV Martin (ed.), **Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law**, Hart, 2018.

BREAU Susan, **The Responsibility to Protect in International Law. An Emerging Paradigm Shift**, 2016.

BROWN Chris, "Universal Human Rights: A Critique," in DUNNE Tim and WHEELER Nicolas, (eds.), **Human Rights in Global Politics**, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; pp. 71-102.

BRUNNEE Jutta, "International Law and Collective Concerns: Reflections on the Responsibility to Protect," in NDIAYE Tafsir Malick, WOLFRUM Rüdiger (eds), **Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes**, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, pp. 35-51.

BYERS Michael, **Custom, Power and the Power of Rules, International relations and Customary International law**, Cambridge University Press, 1999, pp. 129-147, pp. 129-147.

CASTLES Alex, "Legal Status of UN Resolutions", **The Adelaide Law Review**, vol. 3, n°68, 1967, pp. 68-83.

CEDE Franz, SUCHARIPA-BEHRMANN Lilly, (eds.), **The United Nations, Law and Practice,** Kluwer Law International, 2001.

CLAPHAM Andrew, **Brierly's Law of Nations, An Introduction to the role of International Law in International Relations,** 7th Ed. 2012.

COMMISSION INTERNATIONALE DE L'INTERVENTION ET DE LA SOUVERAINETE DES ÉTATS, (CIISE), **La Responsabilité de Protéger**, Publications du Centre de Recherches pour le Développement International, 2001.

COOPER Richard, VOÏNOV KOHLER Juliette, "Introduction: The Responsibility to Protect. The Opportunity to Relegate Atrocity Crimes to the Past", in COOPER Richard, VOÏNOV KOHLER Juliette (eds.), **Responsibility to Protect. The Global Moral Compact for the 21st Century**, Palgrave Macmillan, 2009, New York, pp. 1-12.

CUDD Ann, EFTEKHARI Seena, "Contractarianism", **The Standford Encyclopedia of Philosophy**, First published Sun. Jun. 18, 2000, substantive revision Wed. Mar. 15, 2017, Accedé le 04 Sept. 2020.

D'AMATO Anthony, "There is no Norm of Intervention or non-intervention in International Law", **International Legal Theory**, vol. 7, n°1, 2001, pp. 33-40.

D'AMATO Anthony, **The Concept of Custom in International Law**, Ithaca and London, Cornell University Press, 1971.

DAVID Eric, "Portée et Limite du Principe de Non-Intervention", **Revue Belge de Droit International**, n° 2, Éditions Bruylant, Bruxelles, 1990, pp. 350-367.

DEDERER Hans-Georg, "Responsibility to Protect" and "Functional Sovereignty", in HILPOLD Peter (ed.), **A New Paradigm of International Law?**, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015, pp. 156-183.

DENG Francis, **Internally displaced persons**, Report of the Representative of the Secretary-General, UNDoc. E/CN.4/1996, 52, 22 February 1996.

DENG Francis, KIMARO Sadikiel, LYONS Terrence, ROTHCHILD Donald, ZARTMAN William, **Sovereignty as Responsibility, Conflict Management in Africa**, June 1996.

DENG Francis, **Protecting the Dispossessed. A Challenge for the International Community,** 1993.

DEPLANO Rossana, **The Strategic Use of International Law by the United Nations Security Council. An Empirical Study**, Springer, London, 2015.

DORIA José, "Whether Crimes against Humanity are Backdoor War Crimes", in DORIA José, GASSER Hans-Peter and BASSIOUNI Cheriff (eds.), **The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 643-660.

EINARSEN Terje, **The Concept of Universal Crimes in International Law**, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2012.

EL FASI Mohamed, HRBEK Ivan (Dir.), **Histoire Générale De L'afrique III: Afrique du VIIe au XII e siècle**, UNESCO, 1990.

ERKİNER Hakkı Hakan, AKOUDOU Emerant Yves Omgba, "La Sécurité Humaine Comme Cause Finale De La Société Politique", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2021/1, pp. 67-117.

EVANS Gareth, "The Responsibility to Protect From an Idea to an International Norm", in COOPER Richard, VOÏNOV KOHLER Juliette (eds.), **Responsibility to Protect. The Global Moral Compact for the 21st Century**, Palgrave Macmillan, New York, 2009; pp. 15-30.

FALK Richard, BLACK Cyril, (eds.), **The Future of the International Legal Order**, vol. I, Princeton University Press, 1969.

FASSBENDER Bardo, **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community**, Legal Aspects of International Organization, Vol.51, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston 2009.

FEINGOLD Henry, "How Unique is the Holocaust?" in GROBMAN Alex, LANDES Daniel (eds.), **Genocide: Critical Issues of the Holocaust**, Los Angeles, Simon Wiesenthal Center, 1983.

FINKELSTEIN Claire, "Contrarianism", in Ed. GAUS Gerald, D'AGOSTINO Frederic, (eds.) **The Routledge Companion to Social and Political Philosophy**, Taylor and Francis, New York, 2013, pp. 305-316, pp. 305-316.

FRECHETTE Louise, **Deputy Secretary-General Addresses Panel on Human Security Marking Twentieth Anniversary of Vienna International Centre,** 12 October 1999, Press Release DSG/SM/70.

FUKUDA-PARR Sakiko, MESSINEO Carol, **Human Security: A critical review of the literature**, Centre for Research on Peace and Development, Working Paper n° 11, KU Leuven, January, 2012.

GARRARD Eve, "Forgiven, quess and the Holocaust", **Ethical Theory and Moral Practice**, vol. 5, 2002, pp. 147-65.

GATTINI Andrea, "Responsibility to Protect and the Responsibility of International Organizations", in HILPOLD Peter, (ed.), **A New Paradigm of International Law?**, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015, pp. 219-236.

GAUS Gerald, THRASHER John, "Contemporary Approaches of the social Contract", **The Standford Encyclopedia of Philosophy**, First published Sun. Mar. 03, 1996; substantive revision Wed. May 31, 2017, Accédé le 04 Sept. 2020.

GENSER Jared, "The United Nations Security Council's Implementation of the Responsibility to Protect: A Review of Past Interventions and Recommendations for Improvement", **Chicago Journal of International Law**, vol. 18, n° 2, Article 2, 2018, pp. 420-501.

GENSER Jared, STAGNO UGARTE Bruno (eds.), **The United Nations Security Council in the Age of Human Rights**, Cambridge University Press 2014.

GERAS Norman, **Crimes against Humanity. A birth of a concept**, Manchester University Press, Manchester and New York, 2011.

GOLDEWIJK Berma Klein, "New Wars" and the State: The Nexus Religion-Human Security", in FRERKS Georg, GOLDEWIJK Berma Klein, (eds.), **Human Security and International Insecurity**, Wageningen Academic Publishers, Wageningen, 2007, pp. 65-97.

GUGGENHEIM Paul, "Les deux éléments de la coutume en droit international", in ROUSSEAU Charles, **La Technique et Les Principes du Droit Public, Etudes En L'honneur de Georges Scelle**, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, pp. 275-284.

HAKIMI Monica, "Toward a Legal Theory on the Responsibility to Protect", **Yale Journal of International Law**, vol. 39, iss. 2, n°3, 2014, pp. 247-281.

HEHIR Aidan, **Hollow Norms and the Responsibility to Protect**, Palgrave Macmillan, London, 2019.

HEIECK John, "Emerging Voices: Illegal Vetoes in the Security Council-How Russia and China Breached Their Duty Under Jus Cogens to Prevent War Crimes in Syria", **Opinio Juris**, 2013.

HILPOLD Peter, "R2P and Humanitarian Intervention in a Historical Perspective", in HILPOLD Peter (ed.), **A New Paradigm of International Law?**, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015, pp. 60-122.

HINSLEY Harry, **Sovereignty**, Watts, London, 1966.

JACKSON Robert. **Quasi-states: Sovereignty, International Relations and the Third World,** Cambridge University Press, 1990.

KENNEDY David, "The Sources of International Law", **American University International Law Review**, vol. 2, n°1, 1987, pp. 1-96.

KI-ZERBO Joseph (Dir.), **Histoire Générale De L'afrique I: Méthodologie et préhistoire africaine**, UNESCO, 1980.

KUNADT Nadja, "The Responsibility to Protect as a General Principle of International Law", **Anuario Mexicano de Derecho Internacional,** vol. 11, 2011, pp. 187-226.

LABONTE Melissa, **Human Rights and Humanitarian Norms, Strategic Framing, and Intervention. Lessons for the responsibility to protect**, Routledge, 2013.

LEFKOWITZ David, "Sources in Legal-Positivist Theories: Law as Necessarily Posited and the Challenge of Customary Law Creation", in BESSON Samantha, D'ASPREMONT Jean (eds.), **The Oxford Handbook of the Sources of International Law**, 2017; pp. 1-19.

LOWE Vaughan, ROBERTS Adam, WELSH Jennifer, ZAUM Dominik, **The United Nations Security Council and War, The Evolution of Thought and Practice Since 1945**, Oxford University Press, New York, 2008.

LOWE Vaughan, ROBERTS Adam, WELSH Jennifer, ZAUM Dominik, **The United Nations Security Council and War, The Evolution of Thought and Practice Since 1945**, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 535-562.

LUBAN David, "A Theory of Crimes against Humanity", **Yale Journal of International Law**, vol. 29, pp. 85-167, 2004, pp. 85-168.

MANN Michael, **The Sources of Social Power, Volume 1: A History of Power from the Beginning to 1760 AD,** Cambridge University Press, 1986.

MANN Michael, **The Sources of Social Power, Volume 2: The Rise of Classes and Nation-States, 1760-1914,** Cambridge University Press, 1993.

MANUSAMA Kenneth, **The United Nations Security Council in the Post-Cold War Era Applying the Principle of Legality**, Martinus Nijhoff Publishers Leiden, Boston, 2006.

MCDONOUGH Frank, **The Origins of the First and Second World Wars**, Cambridge University Press, 1997.

MERON Theodor, "The Geneva Convention as Customary Law", **The American Journal of International Law**, vol. 81, n°2 April 1987, pp. 348-370.

MOJZES Paul, **Balkan genocides: holocaust and ethnic cleansing in the twentieth century**, Rowman and Littlefield Publishers, Plymouth, 2011.

MOKTHAR Gamal (Dir.), **Histoire Générale De L'afrique II: Afrique Ancienne**, UNESCO, 1980.

NAGAN Winston, HAMMER Craig, "The Changing Character of Sovereignty in International Law and International Relations", **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 43, n°143, 2004, pp. 141-187.

NATIONS UNIES ASSEMBLEE GENERALE, **Dans une Liberté plus Grande: Développement, Sécurité et Respect des Droits de l'Homme pour Tous,** Rapport du Secrétaire général, A/59/2005, 21 mars 2005.

NATIONS UNIES, ASSEMBLEE GENERALE, CONSEIL DE SECURITE, "Suite donnée aux textes issus du Sommet du Millénaire", **Responsabilité de protéger: responsabilité des États et prévention**, Rapport du Secrétaire général, A/67/929-S/2013/399, 9 juillet 2013.

NATIONS UNIES, ASSEMBLEE GENERALE, CONSEIL DE SECURITE, "Suite donnée aux textes issus du Sommet du Millénaire", **La responsabilité de protéger au cours des 10 prochaines années: mettre en œuvre l'action collective,** Rapport du Secrétaire général, A/70/999-S/2016/620, 22 juillet 2016.

NATIONS UNIES, ASSEMBLEE GENERALE, CONSEIL DE SECURITE, **Responsabilité de protéger: réagir de manière prompte et décisive**, Rapport du Secrétaire général, A/66/874-S/2012/578, 25 juillet 2012.

NATIONS UNIES, ASSEMBLEE GENERALE, **Document final du Sommet mondial de 2005**, A/60/L.1, 20 septembre 2005.

NATIONS UNIES, ASSEMBLEE GENERALE, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 10 septembre 2012 [sans renvoi à une grande commission A/66/L.55/Rev.1 et Add.1)] A/RES/66/290 66/290, **Suite donnée au paragraphe 143 sur la Sécurité Humaine du Document final du Sommet mondial de 2005**, 25 octobre 2012.

NATIONS UNIES, ASSEMBLEE GENERALE, Suivi des textes issus du Sommet du Millénaire, **La Sécurité Humaine,** Rapport du Secrétaire général, A/64/701, 8 mars 2010.

NATIONS UNIES, CONSEIL DE SECURITE, **Résolution 1962**, S/RES/1962, 20 decembre 2010.

NATIONS UNIES, CONSEIL DE SECURITE, **Résolution 688**, 5 Avril 1991.

NATIONS UNIES, CONSEIL DE SECURITE, **Résolution 794**, 3 Decembre 1992.

NATIONS UNIES, CONSEIL DE SECURITE, **Résolution 918**, 17 Mai 1994.

NATIONS UNIES, CONSEIL DE SECURITE, **Résolution 940**, 31 Juillet 1994.

NATIONS UNIES, CONSEIL DES NATIONS UNIES, **Résolution 1973**, S/RES/197, 17 mars 2011.

NIANE Djibril-Tamsir (Dir.), **Histoire Générale De L'afrique IV. L'Afrique du XII e au XVI e siècle**, UNESCO, 1987.

OELLERS-FRAHM Karin, "Responsibility to Protect, Any New Obligations for the Security Council and Its Members?" in HILPOLD Peter (ed.), **A New Paradigm of International Law?**, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015, pp. 184-206.

OGATA Sadako, **Statement of Mrs. Sadako Ogata United Nations High Commissioner for Refugees,** Asian Development Bank Seminar: "Inclusion or Exclusion: Social Development Challenges for Asia and Europe", 27 April 1998.

OPPENHEIM Lasso, JENNINGS Robert, WATTS Arthur (eds.), **Oppenheim's International Law**, 9th Edition, Longman, London, vol. 1, 1996.

PETERSEN M. J., **The United Nations General Assembly, (Global Institutions Series)**, Routledge, Taylor and Francis Group, London, New York, 2006.

PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR LE DEVELOPPEMENT, **Rapport mondial sur le développement humain 1994**, Paris, Economica, 1994.

RATNER Steven, ABRAMS Jason, BISCHOFF James (eds.), **Accountability for Human Rights Atrocities in International Law, Beyond the Nuremberg Legacy**, Oxford University Press, Oxford, 2009.

REISMAN Michael, "Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law", **American Journal of International Law**, vol. 84, 1990, pp. 866-876.

SCHEFFER David, "Atrocity Crimes Framing the Responsibility to Protect", in COOPER Richard, VOÏNOV KOHLER Juliette (eds**.), Responsibility to Protect. The Global Moral Compact for the 21st Century**, Palgrave Macmillan, 2009, New York pp. 77-98.

SHEN Jianming, "The Non-Intervention Principle and Humanitarian Interventions under International Law", **International Legal Theory**, vol.7, n°1, 2001, 1-29.

SIMMA Bruno, ALSTON Philip, "The Sources of Human Rights Law", **Australian Yearbook of International Law**, vol. 12, n° 82, 1992, pp. 82-108.

SOLTANI Rasool, MORADI Maryam, "The Evolution of the Concept of International Peace and Security in light of the United Nations Security Council Practice (End of the Cold War-Until Now)", **Open Journal of Political Science**, n°7, 2017, pp. 133-144.

TAMS Christian, "**Individual States as Guardians of Community Interests",** in FASTENRATH Ulrich, GEIGER Rudolf, ERASMUS KHAN Daniel (Dir.), **From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma**, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 379-405.

THAKUR Ramesh, "From National to Human Security", in HARRIS Stuart, MACK Andrew (eds.), **Asia Pacific Security: The Economics-Politics Nexus**, Allen and Unwin, Sydney, 1997, pp. 52-80.

THIRLWAY Hugh, **The Sources of International Law,** Oxford University Press, 2019.

UNHCR, **The State of the World's Refugees 1993 - The Challenge of Protection**, Penguin Books, 1993.

UNITED NATIONS, **Letter from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the President of the Security Council,** Doc. S/22435, 2 April 1991.

VARGIU Paolo, DEPLANO Rossana, "The human rights dimension of UN Security Council resolutions", in CARBY-HALL Jo (ed.), **Essays on human rights: A celebration of the life of Dr. Janusz Kochanowski**, Warsaw, Ius et Lex. 2014, pp. 520-541, pp. 520-541.

VASHAKMADZE Mindia, "Responsibility to Protect", in SIMMA Bruno et al. (eds.), **The Charter of the United Nations, A Commentary**, 3rd Ed., 2012, pp. 1207-1236.

VERDEJA Ernesto, "Predicting Genocide and Mass Atrocities", in **Genocide Studies and Prevention: An International Journal**, vol. 9, Iss. 3, 2016, pp. 13-32, pp. 13-32.

VINCENT Raymond John, **The Principle of Non-Intervention and International Order**, PhD Thesis, Australian National University, September 1971.

VON TIGERSTROM Barbara, **Human Security and International Law, Prospects and Problems**, Oxford and Portland, Oregon, 2007.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 231-264

STRENGTHENING ENVIRONMENTAL SOFT LAW COMMITMENTS WITH THE PRINCIPLE OF PACTA SUNT SERVANDA(*)

Doç. Dr. **Hakkı Hakan ERKİNER**(**)
Abdulkadir NACAR(***)

Abstract: The principle of *pacta sunt servanda* is a principle applied in both Roman law and international law. The significant difference in practice between these two disciplines is based on the judicial field in Roman law and the normative field in international law. Our study deals with the Roman law principle of *pacta sunt servanda* in the first chapter, and the international law principle of *pacta sunt servanda* in the second chapter. Theoretical discussions on ensuring the binding ground of the commitments are covered in the third chapter. While examining the different approaches, our study relates *pactum*s that do not have a normative value in Roman law, but that are judicially recognized, with today's environmental soft law commitments. In the nuisance-based environmental law approach, the basis for judicial consideration is presented as environmental exigencies. Thus, it is aimed to lay the groundwork for judicially binding environmental soft law commitments.

Keywords: Pacta Sunt Servanda, Environmental Soft Law, Roman Law, International Law, Logic.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2022 - Makale Kabul Tarihi: 28.04.2022.

(**) Associate Professor in the Department of International Law of the Faculty of Law in the University of Marmara
(ORCID no: 0000-0002-0779-6414; *herkiner@marmara.edu.tr*, *hherkiner@gmail.com*).

(***) LLM., Research Assistant in the Department of International Law of the Faculty of Law in the University of Atatürk
(ORCID no: 0000-0002-5763-0498; *anacar@atauni.edu.tr*, *knacar2325@gmail.com*).

ÇEVRESEL ESNEK HUKUK TAAHHÜTLERİNİN PACTA SUNT SERVANDA İLKESİYLE GÜÇLENDİRİLMESİ

Öz: *Pacta sunt servanda* ilkesi, hem Roma hukukunda hem de uluslararası hukukta uygulanmış bir ilkedir. Bu iki disiplin arasındaki belirgin uygulama farkı, Roma hukukunda yargısal, uluslararası hukukta ise normatif alana ilişkin olmasına dayanır. Çalışmamız ilk bölümde Roma hukukunda *pacta sunt servanda* ilkesini, ikinci bölümde ise uluslararası hukukta *pacta sunt servanda* ilkesini işlemektedir. Üçüncü bölümde taahütlerin bağlayıcılığının temininde teorik tartışmalar işlenmiştir. Çalışmamız yaklaşım farklılıklarını incelerken Roma hukukunda normatif değeri bulunmayıp yargısal olarak tanınan pactumlar ile günümüzdeki çevresel esnek hukuk taahhütleriyle ilişkilendirmektedir. Mesele odaklı çevre hukuku yaklaşımında yargıçların nazarı itibara alacakları dayanak, çevresel aciliyetler olarak sunulmuştur. Böylece çevresel esnek hukuk taahhütlerinin yargısal olarak bağlayıcılığı için bir zemin hazırlanması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Pacta Sunt Servanda, Çevresel Esnek Hukuk, Roma Hukuku, Uluslararası Hukuk, Mantık.

INTRODUCTION

Roman law has brought pioneering concepts to international law. The different dynamics of the disciplines however, have led to different applications of common principles such as *pacta sunt servanda*. Our study will examine the differences of these two separate but related disciplines specific to *pacta sunt servanda* in a comparative way for the solution of the problems arising from today's environmental soft law.

Geographical discoveries have sparked relentless competition among European powers. Following this development, the scholastic jurists have grounded on familiar Roman law principles to determine the status of the seas, or to criticize Pope's alleged right to share out what he does not own.[1] These evaluations have also led to the introduction of other principles of Roman obligation law into international legal literature. *Hugo Grotius* and *Cornelis van Bynkershoek*, have emerged as important representatives of

[1] It refers to the *Tordesillas Treaty* and its basis *inter caetera.*

this process.[2] Because the works of post-glossators were their initial sources. The codification process of international law has given rise to the identity of this discipline. Thus, the current approaches are based on this ground.

Soft law is a thesis introduced by *Dupuy* as a non-binding field of law in 1977. The logic that "a soft agreement is better than a non-agreement" proceeds on issues which are thought to require to be accepted but which are encountered with various obstacles to be binding.[3] From a functional point of view, soft law is preparatory of hard law or states voluntarily comply with its normative value.[4] In this respect, soft law can be considered in a definite place among the sources of international law. Obviously, the characteristic of the soft law concept arises from its non-binding nature. Although there is a clear conceptual distinction between commitment and compliance, it should be noted that the term commitment is not the opposite of the term compliance, considering some soft law commitments have a compliance ground.[5] This study aims to examine the term commitment in Roman law and this manner, to use legal possibilities for environmental effectiveness.[6]

The soft law field is the most incomplete plane of binding ground in international law. Particularly the realists think that the law, in its nature, can be achieved by a force of power and thus, international law is shaped and limited by the power of the "state".[7] This is the main reason, why

---

2 NUSSBAUM Arthur, "The Significance of Roman Law in the History of International Law", **University of Pennsylvania Law Review**, S. 100(5), 1952, ss. 678-687, ss. 685-686. *Bynkershoek*, in particular, has scrutinized his country's legislation and practices as a guide for international law understanding. He was a pioneer of the trend called *courant des écoles nationales de droit international*, see GAURIER Dominique, **Histoire du Droit International**, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2005; ERKİNER Hakkı Hakan, "Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klâsik Öğretinin Kuruluşu: Hugo Grotius ve Postgrotien Yazarlar Samuel von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius van Bynkershoek ve Samuel Rachel'e İlişkin İnceleme ve Değerlendirme", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S. 18(3), 2012, ss. 3-142, s. 118.

3 KLABBERS Jan, **The Concept of Treaty in International Law,** Nijhoff Publication, The Hague, 2006, s. 160.

4 CHINKIN Christine, "Normative Development in the International Legal System" in SHELTON Dinah (ed.), **Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System**, Oxford University Press, Oxford, 2010, ss. 21-42.

5 SHELTON Dinah (ed.), **Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System**, Oxford University Press, Oxford, 2010, s. 4.

6 For the definitions of the terms "compliance" and "effectiveness", see Ibid. 5.

7 STEINBERG Richard H, "Overview: Realism in International Law", **Proceedings of the ASIL Annual Meeting,** S. 96, 2002, ss. 260-262.

international law is viewed as a legitimate means of "what states did". Besides, the environmental aspect of soft law documents is that the envisaged environmental measures are based on future projections, and the precautionary principle takes effect in the case of scientific uncertainty.[8] Thus, soft law documents have been placed among the sources of international environmental law as "the words of the primary actors" towards the environment, which has no legal identity.[9] There is no doubt that environmental concerns require more efficient solutions.

> "*The move from a world fragmented into sovereign States to a world fragmented into specialized "regimes" may in fact not at all require a fundamental transformation of public international law - though it may call for imaginative uses of its traditional techniques.*"[10]

In respect of the "traditional techniques", Roman law references have an indispensable value in international law. Providing a nuisance-based[11]

---

[8] SCHÖMBERG René von, "The Precautionary Principle: Its Use within Hard and Soft Law", **European Journal of Risk Regulation,** S. 3(2), 2012, ss. 147-157, ss. 151-152.

[9] Classic law perceives the legal personhood on both sides: rights and responsibilities. There is no option to charge the environment for any responsibility; however, the position of the environment in responsibility has extensive literature around *force majeure*, see ERKİNER Hakkı Hakan, **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, XII Levha, İstanbul, 2010, ss. 174-176. Relating to the rights of the environment, the river *Whanganui* and the national park called *Te Urewera* have been given legal personhood by the New Zealand Parliament. This initiative has been followed by India's *Uttarakhand* High Court, granting the personhood of the river *Ganges*. Available at https://www.parliament.nz/en/get-involved/features/innovative-bill-protects-whanganui-river-with-legal-personhood/ (Access: 17.03.2022) It is based on the idea that there should be a place for the environment in our legal system. If we need a holistic perspective, it should be the sustainability of the future rather than the human-centered approaches such as sustainable development or intergenerational equity. Historically, there is a fundamental struggle between humans and nature. After the presocratic philosophers who prioritized nature, the idea of human well-being, salvation doctrine, and humanism changed the mainstream in relations between humans and nature. See ARSLAN Ahmet, **İlkçağ Felsefe Tarihi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008. Considering this dialectic, today we cannot deal with major challenges such as global warming merely by references such as human rights and development priorities.

[10] UNGA "Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by M. Koskenniemi, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law" UN. Doc. A/CN.4/I.682, 13 April 2006, ¶ 487.

[11] It refers to the nuisance/polis distinction towards the precautionary approach. See MORAG-LEVINE Noga, "The History of Precaution", **The American Journal of Comparative Law**, S. 62(4), 2014, ss. 1095-1132. While the polis-based approach has been adopted with environmental regulations, especially in continental Europe, the nuisance approach has gained judicial supremacy-oriented operability in Britain. Our study does not argue the regulatory and

binding ground to environmental soft law commitments by the basis of Roman law requires deep analysis. Because the "strength" of proposals hinges upon the consistency of the philosophical background.

The methodology of the study is dialectical logic. In this context, synthesis has been made after objectively determining the principles of the two terms.[12] The *major terminus* discussed in the study is the concept of *pacta sunt servanda* in Roman law, the *minor terminus* is the concept of *pacta sunt servanda* in international law, and the *medius terminus* is the nature of the concept of environmental soft law. Roman law and international law analysis are ordered historically in themselves. The essence of the *medius terminus* is that it "sublates"[13] the international law concept of *pacta sunt servanda* and produces a mechanism to respond to environmental needs. For this, logical inferences developed beyond an ordinary description will be revealed in the Third Chapter. In brief the study will try to find the answers to the following questions, avoiding unnecessary details as much as possible.

1. What are the sources and the basic dynamics of the *pacta sunt servanda* principle in Roman law and international law?
2. What are the differences between Roman law and international law regarding the principle of *pacta sunt servanda*?
3. What is the reason for these differences and how can they be explained?
4. What current value does this debate in the classical sense have in the needs of the future?
5. How can comparative solutions be systematized logically?

This study will first present the *pacta sunt servanda* principle in the sense of Roman law.

---

normative binding ground of soft law commitments. On the contrary, it proposes a nuisance-oriented binding ground based on the fact that the concept of *pactum* comes into force with a judicial practice in Roman law.

[12] NACAR Abdulkadir, "İnsanlığa Karşı Suçlarda Sosyal Kimlik Motivasyonu Üzerine Mantıksal Bir Yaklaşım", **PPIL**, S. 41(1), 2021, ss. 329-383.

[13] For an evaluation of the concept of creative destruction and sublation (*Aufheben*) in *Hegel*'s logic system, see BERGANDE Wolfram, "The Creative Destruction of the Total Work of Art: From Hegel to Wagner and beyond" in RUHL Carsten/ HOEKSTRA Rixt, DÄHNE Chris (eds.) **The Death and Life of the Total Work of Art**, Jovis, Berlin, 2014, ss. 128-145.

I. CONTRACTUS - PACTUM RELATION IN ROMAN LAW

Roman obligation law is the backbone of the civil law applied in continental Europe. The characteristics of the system require the empowerment of an empire to regulate all civic relations and the ability to respond to new needs. The codifications towards the practice and the fact that there is no moral or religious reference taken are the other technical details that provide a rational-legal system. What matters for this study is that *Gaius* emphasized the concept of consent, not the fidelity virtue for binding contracts.[14] While there are bilateral consent applications in Roman law such as *mandatum* and *stipulatio*, there is also the unilateral consent form called *pollicitatio* in which a citizen promises a public service in acknowledgment of given honor.[15]

Aristotle lists three values that establish the contractual ratio: promise-keeping, compensatory justice, and liberality. No matter how it is fair, he advocates compensatory justice, arguing that even a person who seeks the truth would be more correct if she/he has a profit.[16] These values are the basis of the contract doctrine established by scholastics later. *Synallagma*, emerged in ancient Greece, defined contractual and unlawful acts as voluntary and involuntary multilateral relations. Thus, this concept has a function that corrects the justice balance. The interaction leading to this corrective justice will then be treated as the abstract results of such a process. In the Roman Empire, *nexum*, which was used in the transition from the pre-classical period to the classical period, is regarded as the basis of debt. While this concept expresses an abstract connection in a relation, it prepares an old concept such as "*obligatio*" as *vinculum iuris* in the classical period jurisprudence.[17] The concept of debt used as "*obligatio*" in Roman Law derives from the verb "*obligare*" which means connecting, which is the version of the word "*ligare*" from ancient Greek in the same sense. The

---

[14] GORDLEY James, **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**, Clarendon Press, Oxford, 2011, s. 32.

[15] IUSTINIANUS DIGESTA, 50.12.3. See also GORDLEY, s. 32. To comprehend the Latin texts, *Gordley, Ibbetson* and *Zimmermann* have been referenced.

[16] ARISTOTLE, **Nicomachean Ethics**, Hackett Publishing, Indianapolis, 1999, 4.7, 1127a-1127b; GORDLEY, ss. 10-13.

[17] MASSARA Tomasso dalla, "New Europe-Old Values? Reform and Perseverance. Can Roman Legal Tradition Play a Role of Identity Factor Towards a New Europe?", in BODIROGA-VUKOBRAT Nada/ RODIN Siniša/ SANDER Gerald (eds.), **New Europe - Old Values? Europeanization and Globalization**, Springer, 2016, ss. 1-14.

word "*obligatus*", on the other hand, stands for "to be connected" in passive form. The term "*obligare*" also means to task someone besides its concrete sense.[18]

The term obligation is defined clearly in *Iustinianus Institutes*.[19] Accordingly, the combined use of *necessitate* and *adstringimur* in the definition has meant "to be limited by the necessity of payment under the civil law".[20] A simple distinction has been made in the *Gaius Institutes* regarding the reasons that give rise to the concept of obligation.[21] This classification referred to as contract and unlawful act has been challenged in the *Iustinianus Institutes* with the addition of categories *quasi-contract* and *quasi-delictum*.[22] The prominence of these categories is that the obligation relationship can be recognized by the legal order and pursued by a suit (*actio*). In this respect, a mere agreement that does not fall into this category is not applicable.[23]

The verb *contrahere* has been used both literally and figuratively. Etymologically, it does not mean to make a contract but to influence, process, or find a reason to persuade oneself.[24] In Roman law, contracts are considered a source of obligation, and they are subject to strict conditions.[25] This is the most distinctive feature from contractual freedom in the modern continental European legal system.

The *numerus clausus* principle has been adopted regarding nominal contracts. Accordingly, contracts may arise from substance, word, letter, or consent. As a rule, contracts other than certain contracts in *ius civile* were not recognized by the legal order and could not be litigated. In this respect, the elements outside the *ius civile* contract system were called *pactum*. *Pactum / pactio* is a *pacisci / pacere* version and refers to the acquittance

---

[18] IBBETSON David, "Obligatio in Roman Law and Society", in PLESSIS Paul J./ ANDO Clifford/ TUORI Kaius (eds.), **The Oxford Handbook of Roman Law and Society**, Oxford University Press, Oxford, 2016, ss. 43.1-43.8, s. 569.

[19] IUSTINIANUS INSTITUTES, 3.13.

[20] IBBETSON, ss. 569-580.

[21] GAIUS INSTITUTES, 3.88.

[22] IUSTINIANUS INSTITUTES, 3.13.

[23] IUSTINIANUS DIGESTA, 2.14.7; ZIMMERMANN Reinhard, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, 2007, ss. 508-509.

[24] MASSARA, ss. 1-14.

[25] GAIUS INSTITUTES, 3.89.

and release of debt. In other words, there is a movement in which the perpetrator can avoid the victim's revenge.[26] While in the early periods it was accepted as an "*exceptio pacti conventi*", legitimate grounds were left to those who applied the law to respond to the changing needs of the Empire.[27]

As stated in *Iustinianus Institutes*, obligations may arise from the *civile*, or they may also arise from the *praetor*'s law. Therefore, the legal treatments which do not actualize the strict conditions are legally recognized as *honorariae* with the *pacta sunt servanda* principle. Regarding the *bona fidei iudicia*, *pactum*s (*pacta ex continenti adiecta*) which were not subject to *ius civile*'s form could now an active litigation material, not merely an *exceptio*.[28] Thus, there is a distinction between *pacta vestita* and *pacta nuda* depending on whether the *pactum* based obligations are enforceable. The applicable *pact*s fall into the group of *pacta vestita*.[29]

The *pacta sunt servanda* principle has also commercial[30] and religious[31] senses apart from the law literature. Considering its rational basis, Roman

---

[26] MASSARA, ss. 1-14.

[27] IUSTINIANUS INSTITUTES, 3.13.1.

[28] ZIMMERMANN, ss. 509-511.

[29] ZIMMERMANN, ss. 538-539.

[30] "*The long history of international trade agreements shows that international trade - historically one of the principal "sources" for the coming into being of international law - is based no less on the legal imperative pacta sunt servanda than on D. Ricardo's economic principle of "comparative advantages", and that intensive international economic integration requires a corresponding political, legal and social integration.*" See PETERSMANN Ernst-Ulrich, "International Governmental Trade Organizations GATT and UNCTAD" in PETERSMANN Ernst-Ulrich/ TOMUSCHAT Christian/ BLECKMANN Albert, **International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XVII State and Economy**, Chapter 25 Universal Economic Organizations, Tübingen, 1981, s. 3.

[31] *Eahid* stands for testament in Arabic. The implied meaning in the name of "Old Testament" is the agreement that settled between God YHWH and the Israelites through the prophets. According to this agreement, the Israelites should accept YHWH as their God and YHWH will protect them. The entire text of this agreement that YHWH wishes from Moses is as follows: "*And God spoke all these words: I am the Lord your God, who brought you out of Egypt, out of the land of slavery. You shall have no other gods before me. You shall not make for yourself an image in the form of anything in heaven above or on the earth beneath or in the waters below. You shall not bow down to them or worship them; for I, the Lord your God, am a jealous God, punishing the children for the sin of the parents to the third and fourth generation of those who hate me, but showing love to a thousand generations of those who love me and keep my commandments.*" **The Holy Bible: King James Version**, Brown Books Publishing, Dallas, 2004, (Exodus 20, 1-6). The Old Testament is the history and the content of these agreements. The origin of the insistence on the worship and belief in Allah (from '*İilah* which means God in Arabic, *El* and the plural form *Elohim* in Hebrew) is the *Eahid* basis of the Old

law has dwelled on this issue because a well-regulated trading system emerges by only complying with the contracts. On the other hand, Evangelist *St. Matthew*'s Bible of Chapter 5 Verse 38 clearly says:

> "*But let your communication be, Yea, yea; Nay, nay: for whatsoever is more than these cometh of evil.*"

Church leaders such as *Augustine* have also worked on the sanctity of promises. Keeping promises even given to the enemy is emphasized in *Decretum Gratiani*, the primary source of canonical law.[32] The Islamic doctrine has also accepted the promise as a trust, and it is stated that God will keep his[33] promise to the servants, and the servants need to keep their promise to God.[34]

In brief, *pacta sunt servanda* is considered both as a basic moral and legal norm. This principle, which is referred to in international law thereafter, has literally originated as summarized above. This chapter has explained how needs drive the changing function of the *pactum* in Roman law.

II. A NEW FIELD IN THE MODERNITY: INTERNATIONAL LAW

Medieval Europe was the scene of a great revolution of thought, particularly in the fields of religion, law, geography, art, and military technology. In this period, the feudal system comprising a chain of contracts has undertaken a function that keeps the anarchy away. *Thomas Aquinas* takes *Aristotle*'s value-oriented contract approach in the light of moral law.[35]

Testament. New Testament, however, is Jesus' "good news" to the believers rather than a New Testament. Thus, this Book which is written in Greek is called *Evangelos*. See ŞENGÖR Ali Mehmet Celâl, **Sosyal Bilimlerde Yöntem ve Bilimin Tarihsel Gelişimi**, İstanbul, 2010.

32 GRATIAN, **Decretum Gratiani** Decreti Pars Secunda, Causa XXIII, Question 1, Column 3, available at https://geschichte.digitale-sammlungen.de/decretum-gratiani/online/angebot (Access: 26.03.2022).

33 Common use in English, although the Islamic doctrine does not accept the gender of *Allah*.

34 According to *Fıkh*, the agreements between the servants such as marriage, are described with the testimony of God: "*And they who are to their trusts and their promises attentive*" see the Holy Quran, *Mu'minun* 8. Verse, *Mearic* 32. Verse, available at https://kuran.diyanet.gov.tr/mushaf (Access: 26.03.2022).

35 *Aristotle* put forward the distinction between theoretical (*sophia*) and practical (*phronesis*) wisdom. Accordingly, the virtue of *phronesis*, which is related to the actions of the individual, is of diagnostic character. In other words, an intellectual capacity to discrete between good and bad is a *sine qua non* element for an understanding of virtue within the framework of *phronesis*. *Thomas Aquinas'* framework of *prudentia*, however, points to a moral virtue engaged in theological foundations. See ZELYÜT Solmaz, **İki Adalet Arasında**, Vadi Yayınları, İstanbul, 1997.

Thomas Aquinas, known as the baptized *Aristotle*, expressed that a promise refers to compensatory justice or liberty when he examined the elements that make a promise binding. This distinction explains how contractual equality has failed as a justification for compensatory justice. Therefore, he put forward a method that charges various obligations on the contractual parties. Although it is not valid in Roman law, he expressed that all words are binding accordingly the natural law.[36] In this context, the promise is defined as a law that one has made by oneself.[37] Aristotelian philosophy's direction of movement is related to human reason and will. In that case, the promisors have to agree with the consequences of the will that they have set in this direction. The Thomistic form for a promise is to communicate with words or other outward signs.[38] A promise made in this way will only be binding around the commitment of the promisor. According to *Aristotle*, since the laws apply to a variety of situations with a general framework, the cases will only arise when the events take place outside the intent of the legislator. *Thomas* has argued that the law is no longer binding in such cases.[39] In his opinion, an amendment that makes it necessary to conclude a contract justifies that the contract is no longer binding. This view also led to the development of the *clausula rebus sic stantibus* doctrine.[40]

Ius gentium has emerged in Rome, with a "demand of human necessity".[41] It derived from the natural *ratio*, and it is valid for all human beings.[42] The concept of *ius gentium* appears as a set of rules, which are binding also for non-Roman citizens. According to *Iacobus de Ravanis* and *Petrus de Bellapertica*, the medieval key jurists, while a *ius civile* typed agreement refers to an interior manner, a *ius gentium* based agreement refers

---

36 GORDLEY, s.11.

37 THOMAS AQUINAS, **Summa Theologica**, Benziger Bros., (Trans. Fathers of the English Dominican Province) New York, 1947, Treatise on the cardinal virtues, Question 88: Service by promise, Article 10.

38 THOMAS AQUINAS, Question 88: Service by promise, Article 1.

39 For the binding promise: THOMAS AQUINAS, Question 88: Service by promise, Article 10; Question 89: Of Oaths, Article 9; for the binding law: Question 120: Of "Epikeia" or Equity, Article 1.

40 WEHBERG Hans, "Pacta Sunt Servanda", **The American Journal of International Law**, S. 53(4), 1959, ss. 775-786, ss. 776-777.

41 "*usu exigente et humanis necessitatibus*", see IUSTINIANUS INSTITUTES, 1.2.1.

42 "*Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium*" see IUSTINIANUS INSTITUTES, 1.2.1.

to a natural obligation. Because the *ius civile* is not the source of these contracts, rather it is the practitioner, which approves them.[43]

A thorough synthesis of Roman law and Thomistic- Aristotelian philosophy will wait until the end of the Middle Ages. Theologians and jurists who are known as "the Last Scholastics" or "the Spanish Natural Law School" have addressed this issue. The most important representatives are *Francesco de Vitoria, Diego de Covarruvias, Domingo de Sato, Luis de Molina*, and *Leonard Lessius*. The doctrine they established on Thomistic- Aristotelian philosophy was also elaborated and systematized by Roman law.[44] While searching for the equivalents of the compensatory justice and the liberty principles in Roman law, they found that in the texts they read, the *pollicitatio* corresponded to unilateral consent and *pactum* to reciprocity. Here, *Lessius* and *Molina* described the *pollicitatio* as a promise and the *pactum* as an agreement.[45]

Machiavelli, on the wide-ranging scale of the Middle Ages, considers a prince above the law.[46] In his point of view, this understanding of justice is a necessity for the state to exist. Accordingly, the law is an extension and practice of the power of the ruler. Therefore, a lawmaker is free to adhere to it.[47] Actually, *Machiavelli* has stated that if the public realizes that their prince will never violate the law under any circumstances, the situation would turn into an ultimate portrait of the prince's personal power. However, breaching the law is also accordingly meaningful. Killing someone to defend oneself is an exemption not just because the law orders in this way. Because very ancient statutes that count killing as a crime do not include the self-defense concept. The main reason for this is that in such a case it is pointless to restrict a person by law.[48] Therefore, *Machiavelli*

---

43 GORDLEY, ss. 42-43.

44 GORDLEY, ss. 1-19.

45 GORDLEY, ss. 71-72.

46 *Machiavelli* has identified two moments on the actions of the "Prince" and of humans in general: *fortuna* and *virtù*. Although the word *virtù* comes from the same root (*vir*/man) as the word virtue, *Machiavelli* does not impose *phronesis* or *prudentia* based restraints regarding human actions. Contrarily, his *virtù* concept refers to the achievements that a person can achieve through his actions and talents. See MACHIAVELLI Niccolo, **The Prince**, CreateSpace Independent Publishing, Lexington, 2014.

47 D'AMATO Anthony, "International Law from a Machiavellian Perspective", **Northwestern University School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series**, S. 10-61, 2010, ss. 1-12.

48 D'AMATO.

thinks that there is no sense of law and no longer binding in a serious emergency. *Thomas Cajetan*, on the other hand, has considered the force of the promise as a matter of truth and faith. *Cajetan* has argued that there is no binding promise in the name of justice unless the promisor is harmed. *Franciscus Connanus*, the French jurist, supported this view with the evidence that the agreements which are not mentioned in the *ius civile* are not binding. According to him, it would have been necessary for the *pactum* to be binding if it had been a requirement of justice.[49] However, this argument was rejected by *Sato, Molina, Lessius*, and later by *Grotius, Pufendorf*, and *Barbeyrac*, suggesting that "infidelity is also a kind of injustice". The Spanish and northern natural law jurists have used the quotation of a statement by *Cicero* which has been firstly used by *Sato*;[50]

"Good faith is the foundation of justice."

According to *Lessius*, an incomplete promise that is the subject of truth makes the truth a form of missing justice. *Molina* has emphasized the requirement of intention to bring about a conclusion for promises.[51] *Molina* applied his studies on free will from his theology origin to the discipline of international law. The basic idea of the Molinism movement which comes after him is that individuals can do whatever they wish. This idea has affected a progressive trend in international law from the transcendental understanding of the natural law to the understanding of the positive law.[52] Accordingly if there is an intention to be bound, the promisor is tied with the subject of justice, whereas it does not have such an intention, the promisor is tied with the subject of truth. At this time, a court should examine the intention of the promise according to the conditions of the case and test the conformity with Roman law principles. *Lessius* has criticized *Molina*'s approach expressing *Molina* did not realize that promises are binding because they are "promises", not because of the intentions.[53]

---

49 GORDLEY, s. 74.

50 "*Fundamentum justitiæ est fides...*" GORDLEY, s. 74.

51 GORDLEY, s. 74.

52 ERKİNER Hakkı Hakan, "Grotius Öncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluştuğu Tarihsel Koşullar ve Erken Klâsik Dönemdeki Öğreti", **Marmara Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 18(1), 2012, ss. 51-146; ss. 110-111.

53 GORDLEY, ss. 73-74.

Although *Jean Bodin* put forward the prominence of national sovereignty, he has considered princes to be bound by God's law and natural law. Even the Sicilian tyrant *Dionysius* is able to exempt his mother from *Syracuse*'s customs but not natural law. Thus, the natural law is binding for princes. Therefore, when the magistrates in Rome brought a new law, they added customarily the following expression at the end of the texts;

> "*If there was something unfair and unreasonable in it, they would not want it.*"[54]

Bodin criticizes the idea that if you find a good reason, you can breach the law of God, with the question, "What if this reason violates God's law (or natural law)?"[55] *Bodin* has expressed the truth and fidelity as the basis of justice not only in terms of the contracts stipulated between states but in terms of general meaning. He has also made exceptions to the binding frame of law. This is just relevant to what *Pacatus* told the emperor *Theodosius*;

> "*as much is permitted to you as is permitted by the laws*"[56]

In this case, the ruling prince is not even bound by a civil law principle unless he violates natural law. *Bodin*'s approach leaves a wide range of interpretations for those who have the power. At this point, *Grotius* does not recognize kings a right to a reversal of civil law, a cancellation of the contract, or a return from the oath of the state. *Spinoza* and *Hobbes* on the other hand, have adopted the *raison d'état* doctrine above the *pacta sunt servanda* which is considered as a natural law principle.[57]

The guarantee clause, beginning with the defense and assault alliance between *Henry VIII* and *Charles V* in 1543 has been used quite often since the beginning of the seventeenth century as a special expression that binds the parties.[58] In the seventeenth and eighteenth centuries, northern natural jurists such as *Grotius, Pufendorf*, and *Barbeyrac* took over the teachings of the last scholastics. Regarding the debate between *Lessius* and *Molina*, these

---

54 "*si quid uis non esset eius ea lege nihil rogaretur*".

55 BODIN Jean, **On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of the Commonwealth**, CreateSpace Independent Publishing, Lexington, 2004, s. 32.

56 "*tantum tibi quantum licet per leges licebit*".

57 WEHBERG, ss. 778-779.

58 SATOW Sir Ernest, "Pacta Sunt Servanda or International Guarantee", **Cambridge Historical Journal**, S. 1(3), 1925, ss. 295-318.

jurists adopted *Molina*'s position.[59] However, it is not obvious that they have been separated from *Lessius* or trying to explain his approach. Because *Grotius* and *Pufendorf*[60] have regarded the required form of the contract as a sign that the promise was given purposefully rather than a right of rescission is vested in the promisee or the promisor. In this respect, *Grotius* and *Pufendorf* are closer to *Lessius*.[61] *Grotius* has argued that the natural needs that require special promises should be supported by public power, considering the tension between old and new needs. His views have also been partially effective in the later development of private law.[62] *Emer de Vattel*, on the other hand, described the fulfillment of oaths and contracts in his work of *Droit des Gens* as the unique requirement for trade and security among nations. In his own words, *foi des traités* tells more than just the contractual sanctity between the parties.[63] Because the faith is about the promisors and their will, more than the promise given. Correspondingly, *Johann Jakob Moser*, one of the founders of positivist international law, states that an agreement can only be canceled with all the interested parties' consent.[64] In fact, the direction of the developments in this area shows that the binding ground is conceived as a consequence of free consent, but not natural law.

III. EVALUATION

"*Nature loves to hide*"

Heraclitus B 123

One of the most important components of the law is that the legislated rules express an obligation in the context of influencing the behaviors. The development process, which has evolved from *ius gentium* to *ius inter gentes*,

---

59 GORDLEY, ss. 74-75.

60 While *Grotius*'s view is the consentient and positive binding ground of the "law of nations", *Pufendorf* has a different approach which is based on the natural law of states. *"Pufendorf implicitly subscribes, declaring that 'there is no other voluntary or positive law of nations properly invested with a true and legal force, and binding as the command of a superior power."* See WHEATON Henry**, Elements of International Law**, Oxford University Press, Oxford, 1936, ss. 6-7.

61 GORDLEY, ss. 75-77.

62 SHARP Malcolm P, "Pacta Sunt Servanda", **Columbia Law Review**, S. 41(5), 1941, ss. 783-798, ss. 783-784.

63 WEHBERG, s. 779.

64 WEHBERG, s. 779.

shows that the rules of international law are formed by the commitments of states, which means auto-limitation.[65] In this respect, abiding by the promises provides the reliance which is the most essential requirement of "civilization", or the original term "*kultur*".[66] The *pacta sunt servanda* principle has been an axiom, hypothesis and categorical order of international law since ancient times. In principle, it has been considered as the foreground of international law.[67] Conversely, *Machiavelli*'s opinions mainly stem from the interests of the state or the position of the ruler of the state. At the same mainstream, the realist approach emphasizes the superiority of states to the "alleged" universal principles.[68] The realist approach conceives the state as a primary element and argues that anarchy, but not the responsibility, rules international relations. Thus, as a law-maker, states should not be binding with the law. However, accepting the state as a basic actor and above the law is only "any" proposition unless it touches the "reality". It is obvious that the state is a stage of social evolution, and international law is an obligatory part of this chain. This evolution is a natural necessity; therefore, it points out the natural obligation of *ius gentium*, as *de Ravanis* and *de Bellapertica* stated. If an actor (state) becomes conceptually controversial when responsibility is charged, then the actor does not have a strong organism to be a primary element. Conversely, we can reconsider the position of "humans" at the international level. Today, if international law has been able to provide a planetary order that permeates every aspect of our lives, it has a "real" value. The reason why the name of this discipline is international law instead of states law or interstates law is based on the fact that the concept of *ius gentium* is more rooted than the modern understanding of sovereignty. The *ius gentium* concept, born in an ecumenical empire, has answered the most basic organizational needs which consist of private law relations. Historically, glossators, *Salamanca* School, and northern jurists have constructed their thoughts on this basis and passed into the European literature as "law of

---

[65] Regarding the theoretical views explaining the binding ground of international law, see TÜTÜNCÜ Ayşe Nur et al., **Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar)**, Beta, İstanbul, 2019.

[66] SPENGLER Oswald, **The Decline of the West,** Vintage; Abridged Edition, New York, 1928, ss. 31-36.

[67] LAUTERPACHT Hersch, "Spinoza and International Law", **British Yearbook of International Law**, S. VIII, 1927, ss. 89-107.

[68] ROSATO Sebastian, **Intentions in Great Power Politics: Uncertainty and the Roots of Conflict**, Yale University Press, New Haven, London, 2021.

nations; international law; *droit des gens; droit international; Völkerrecht*".[69] Therefore, the actions and needs of the people at the international level should be based on. Because imposing people responsibility does not remove their existence conceptually or physically. Besides, people have different motivations such as the rights they want only for themselves and identities except for the group feeling "*asabiyya*" (expression of *Ibn Khaldun*)[70] which creates and maintains the state. Therefore, these motivations should not be ignored. The best example of this issue is a more explicit expression of the realist approach; the assumption of women and children as the common values[71] of what *Plato* called the beautiful city.[72] If *Plato* is in need of avoidance from different motivations in society in order to highlight the interests of the site, it shows that the presence of these motivations is acknowledged. There is no assertion that his system already reflects reality (not verity), and *Plato* presents it as an "idea". Here, the state-monopoly system, which is described as the "reality" by the realism itself, is a system that *Plato* knows and believes as an idea. While claiming to explain the "reality", realism hopes humans take into account only the state identity.[73] Eventually, it is not realistic to literally reject the concept of *pacta sunt servanda* by suggesting a state-based anarchy atmosphere.

---

69 *Cemil Bilsel*, who produced the early works of modern Turkish international law literature, preferred the term "states law" (*hukuku düvel*). See BİLSEL Cemil, "Devletler Hukuku mu Devletlerarası Hak mı?", **Journal of Istanbul University Law Faculty**, S. 6, 2011, ss. 631-644. *Bilsel* has used the title of "European and American States Law" (*Avrupa ve Amerika Hukuku Düveli*) while translating "*Elements du Droit International Public Universel, Européen et Américain*" by *Karl Strupp*. Although *Bilsel* exemplifies the British dominions such as *Australia* and *Canada* becoming independent states while explaining his preference, the prominence of the term "international" instead of "states" or "interstates" has not begun with the English dominions. Thus, their independence does not necessitate neglecting the acquis and dynamics that started with *ius gentium*. See BİLSEL s. 635.

70 *Grotius*'s Stoic point, *appetitus societatis*, has more objective derivation. See SCATTOLA Merio, "Scientia Iuris and Ius Naturae: The Jurisprudence of the Holy Roman Empire in the Seventeenth and Eighteenth Centuries" in E. PATTARO Enrico et al. (eds.), **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence Vol. 10: The Philosophers' Philosophy of Law from the Seventeenth Century to Our Days**, Springer-Verlag New York Inc., New York, 2009, s. 13; Regarding the social identity motivation, see NACAR, ss. 346-358.

71 PLATON, **Republic Book V**, Penguin, 1974, s. Column 449c, available at http://classics.mit.edu/Plato/republic.6.v.html (Access: 21.03.2022)

72 "*Καλλίπολις*", see PREUS Anthony, **Historical Dictionary of Ancient Greek Philosophy**, Rowman & Littlefield Publishers, Maryland, 2015, s. 216.

73 The notion of state is a strong delusion among humans. The realpolitik is merely valid within the limits of this delusion. The collapse of this delusion in the process of globalization requires a psychological break, not an academic consistency.

There is a conceptual debate among those who accept the concept of *pacta sunt servanda*. This arises from the contradiction of whether the agreements are always binding or only the current treaties are binding. Additionally, some claimed that international law does not set rules for the validity of treaties and the concept became a *deus ex machina*.[74] It is necessary to take all these ideas into account to create a suitable ground for the reasoning. Essentially, this debate, as mentioned earlier, is a deep issue that goes down to the last scholastic roots. *Molina* has focused on the promisor's concluding consent and will. Such an approach is valued in the name of a rational establishment of the *pacta sunt servanda* concept, rather than moral and spiritual phenomena. Because an act, which breaches the previously accepted rule, is contrary to reason, and it would be expected to be explained rationally. A theory of law, which is based on the *ratio*, requires a reason, but not directly an intention.[75] Thus, there is no need for perfect intention or form to reach a point of rational explanation of a violation. Because the opposite logic requires defending that the cases occur outside the intention of the legislator, and here the law and the promise are no longer binding.[76] The argument discussed here is not the certainty of the promise, but the certainty of the intention and the form. As *Grotius* and *Pufendorf* noted,[77] intention and form are tools to test the accuracy of the promise. Making these tools a goal would provide a negative right for the promisor and allow for a dialectic that would disburden the promise. As *Lessius* stated, a promise is binding, since it is a "promise", rather than originating from a certain intent.

Free consent, good faith, and *pacta sunt servanda* were mentioned at the outset of the Vienna Convention on the Law of Treaties as concepts universally accepted by the Parties. It is necessary to accept these concepts as complementary parts supporting each other. As a matter of fact, *pacta sunt servanda* is meaningful with free consent and good faith as the 26th Article points out;

> *"Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith."*

---

[74] KUNZ Josef L., "The Meaning and the Range of the Norm Pacta Sunt Servanda", **The American Journal of International Law**, S. 39(2), 1945, ss. 180-197.

[75] This study argues that environmental facts can be a nuisance-based compelling "reason" for a binding ground. Regarding Simpson's opinion about the "consideration", see infra footnote 82.

[76] For the opinion of *Thomas Aquinas* in this direction, see supra footnotes 39 and 40.

[77] See supra footnote 60 and 61.

The stated good faith takes its origin from natural law rather than a positive concept. This is criticized as it allows a moral judgment.[78] Good faith is referred to the term "obligation" in the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations[79] and the Final Act of the Conference on Security and Cooperation in Europe[80]. Because obligations both include rights and duties.[81] It is noteworthy that the term obligation, which is used in the discipline of Roman law, is used in the same way as the obligation of states. Taking reference from the ancient principles of the obligations stipulated in a specific debt relationship suggests that the *pacta sunt servanda* principle, which is found in both areas of liability, can be compared. First, considering the root of the *pacta sunt servanda* principle and to its sense, the principle stands for abiding by the promise, but not the perfectly formed contract.[82] Rivetingly, this principle has been applied only

---

[78] JEFFERY Renée, **Hugo Grotius in International Thought,** Palgrave Macmillan, New York, 2015, s. 96.

[79] UNGA Res. 2625 (XXV) 24 October 1970.

[80] 73 DEP'T ST. BULL. 323, 01 August 1975.

[81] LUKASHUK Igor I, "The Principle Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligation under International Law", **The American Journal of International Law**, S. 83(3), 1989, ss. 513-518, ss. 513-514.

[82] Historically, Roman law has been a prominent source of international law and common law. "*Strangely, there is no country which has done more for the utilization of Roman law in international relations than the common law country par excellence, England.*" See NUSSBAUM, s. 683. This effect also manifests itself in the distinction of *contractus-pactum*, which is the basis of the *pacta sunt servanda* principle.

"In order to conclude a contract Anglo-Saxon law required numerous external acts, and several of these survived for many centuries. First of all there was the "wed" which after the Norman Conquest was called a "gage", and consisted of a valuable object which was delivered by promisor either to the promisee himself or to a third party as security for carrying out the contract. Then too, there was the "borh" who after the Norman Conquest was called a "pledge", and consisted of personal sureties." See PLUCKNETT Theodore FT, **A Concise History of the Common Law**, Little Brown Co., Boston, 1952, s. 628. Formal contracts (*contractus nominati*) in Common law are based on the "seal". *"A contract under seal was enforceable in covenant or in debt, without any requirement of "consideration"*. See LANGBEIN John H et al., **History of the Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions**, Aspen Publishers, New York, 2009, s. 322. In the 1464 Common Pleas case, the "*Court refused to recognize trust entitlement even when pleaded defensively*." See Y.B. 4 Edw. 4, fol.8, Pasch., pl.9 (1464), reprinted in KIRALFY Albert Kenneth Roland, **A Source Book of English Law**, Sweet& Maxwell, London, 1957, ss. 260-261, retrieved from LANGBEIN s. 306. The Court of Chancery, "*developed in the response to complaints about failures in the administration of civil and criminal justice at [the medieval] common law*," heard the argument "*that the defendant made his promise under pledge of faith, invoking Cristian obligation, the case would be actionable in church court, and the Chancellor need not in-*

tervene. The Chancellor, however, rejected the point, telling Jenney [the defendant] not to confuse Christian and secular obligation. Even though the plaintiff could sue in a church court under canon law, 'in this case because he is damaged by the nonperformance of the promise he will have a remedy here.' The massage is that Chancery will enforce promises, although the Chancellor does not say why. The Promise 'will have a remedy.'" See LANGBEIN s. 312. Regarding enforcing a promise in Chancery, see Y.B. 8 Edw. 4, fol.4, Pasch., pl.11 (Ch.1468). The idea that informal contracts can be recognized in secular courts as a requirement of justice or equity, has a universal practice. From the common law perspective, *"the enforcement of promises not under seal is a branch of the [Chancery] jurisdiction second in importance only to the enforcement of uses... The canon law provided both the theoretical justification for the equitable jurisdiction of the Chancery, and some of the principles applied by the court."* See BARTON John L., "Equity in the Medieval Common Law" in CASSIN René/ NEWMAN Ralph A, **Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study**, Établissements Émile Bruylant, Brussels, 1973, ss. 149-151, retrieved from: LANGBEIN, s. 311. "*Almost all cases in Chancery can be reduced to this simple formula, and answer of conscience was a simple: promises have to be kept -pacta sunt servanda- as long as they do not violet the laws of God and reason, that is, unless they are against good conscience themselves."* See METZGER Franz "The Last Phase of the Medieval Chancery" in HARDING Alan, **Law-Making and Makers in British History**, Royal Historical Society, London, 1980, ss. 79-89, s. 84, retrieved from: LANGBEIN, s. 311. According to *A.W.B. Simpson*, "*It is extremely difficult to discover what theory of contract was acted upon in the Chancery to delimit the scope of actionable parole covenants, or indeed if there was a settled theory*" See Simpson A.W. Brian, **A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit**, Clarendon Press, Oxford, 1975, s. 278. *C.H.S. Fifoot* thought that Chancery *"was adopting [the] central principle [of the canon law] -the inherent validity of a promise- while Common Law denied it"* See FIFOOT Cecil Herbert Stuart, **History and Sources of the Common Law: Tort and Contract**, Stevens, London, 1949, s. 307. *O.W. Holmes Jr.* states "*Our law does not enforce every promise which a man may make. Promises made as ninety-nine promises out of a hundred are, by word of mouth or simple writing, are not binding unless there is a consideration for them, unless the promisee has either conferred a benefit on the promisor, or incurred a detriment, as the inducement to the promise.* See HOLMES Jr., Oliver Wendell, **The Common Law**, Little Brown, Abingdon, 1881, s. 253. *Simpson* argues that *"the word 'consideration' originally meant the reasons or motives including the giving of a promise. A promise given without any proper reason or motive was not binding".* According to *Atiyah*, *Simpson* dwelled on the "reason" and "motive" "*because such a promise could not have been seriously intended, or perhaps more generally, because a promise given without any reason would be a senseless act, not one capable of creating an obligation."* See ATIYAH Patrick S, **The Rise and Fall of Freedom of Contract**, Clarendon Press, Oxford, 2003, ss.139-140. However, it is striking that *Simpson* explains the requirement of binding condition as "reason" but not "intention" itself. One of the main ambitions of this study is to consider the sustainability of our civilization envisaged by the environmental facts as "reason". This reason does not provide a normatively binding ground for environmental soft law commitments. Instead, it allows a nuisance-based judicially recognition as in the examples of *Praetor* in Roman law and Chancery in Britain.

The Islamic law and the *Mejelle* domain confirm the *contractus-pactum* distinction by the *aqyt-eahid* classification. There are two kinds of *aqyt* which can be considered as *contractus nominati* and *contractus innominati*. Nominal contracts are based on *nass* that is *Quran* and *Sunnah*. According to the needs of the time and provided that it complies with the intendment of Islam, new *aqyt* types have been created (like *pacta vestita*) by *ijma* (consensus), such as *bey' bi'l-vefa, bey' bi'l-istiğlal, icāreteyn,* and *ferağ*. See EKINCI Ekrem Buğra, **Islam Hukuku**, Arı Sanat, İstanbul, 2018, s. 469. The concept of the *eahid* is to promise *ex parte* while its bilateral form is cal-

to the treaty law in international law. To clarify this difference, the identity of the *pacta sunt servanda* principle is as vital as the identity of international law.

The information and arguments mentioned above have been assessed for the identity of the *pacta sunt servanda* principle. At this stage, soft law documents which can be considered as a "new concept", will be included in the reasoning. The aim is to attach the content of environmental soft law to the nuisance-based responsibility under the *pacta sunt servanda* umbrella by considering these commitments as *pollicitatio* or *pactum*. One of the two fundamental factors which require this is that the historical and etymological origin and the law technique make this proposal acceptable. The second factor is human responsibility to the environment, to other living and future generations.[83] The issue that needs to be emphasized here is that concern for the future is an indispensable factor in making environmental soft law judicially binding. This is not a normative proposal that establishes a *pacta sunt servanda* based binding ground in general. *Hans Kelsen* put forward the norm *pacta sunt servanda* as *Ursprungsnorm* (originary norm) in international law. In his later works, *Kelsen* expressed the possibility that the rule *pacta*

led *mueahada*. An *eahid* is binding religiously, but not legally. In other words, abiding by the requirements of an *eahid* is a sacred duty, but someone cannot be forced legally for this. This approach overlaps with the argument that the promise is binding on justice or truth. An *eahid* is legally binding only if it is bound by an *aqyt*-sourced obligation. In this respect, the *eahid* can be considered as *pactum* and the *aqyt* as *contractus*. Indeed, *pacta sunt servanda* is a concept that finds practice in the area of *eahid* and is translated in this way. Theoretically, an *eahid* can be broken *ex parte* since it gives rise to an *ex parte* obligation. As a matter of fact, the agreements and capitulations made in the Ottoman Empire up to the Treaty of *Karlowitz* (1699) were mainly in the form of *eahidnāme.* One of the main arguments of *Mahmut Esad Bozkurt*'s doctoral dissertation titled "*Du Regimes des Capitulations Ottomane",* (Freiburg University, 1918) is the thesis that capitulations can be terminated unilaterally because they are *ex parte* commitments. See YÖRÜK Ali Adem, "Kapitülasyonların Kaldırılması Sürecine Dair Bibliyografik Bir Deneme: 1909-1927 Yılları Arasında Yazılmış Kapitülasyon Kitaplar", **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, S. 5, 2008, ss. 97-130, ss. 127-128. In fact, the practice of capitulation is *Byzantine*, because it started with the *Byzantine*- Italian principalities. See TURAN Şerafettin, **Türkiye-İtalya İlişkileri 1**, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1990; THEUNISSEN Hans Peter Alexander, **Ottoman-Venetian Diplomatics; the 'Ahd-names**, Utrecht, 1991. Exceptionally, the Franco-Ottoman capitulations in 1569 and the concessions given to the Russians in 1774 do not impose a unilateral obligation. See İNALCIK Halil, "İmtiyâzât" in **İslam Ansiklopedisi**, TDV, available at https://islamansiklopedisi.org.tr/imtiyazat#2-osmanli-donemi (Access: 22.03.2022).

[83] Babylonian laws to protect forests and Ancient Egyptian laws establishing nature preserves are the earliest normative indications of this responsibility, see TARLOCK A. Dan/ DERNBACH John C. (eds), **Environmental Laws and Their Enforcement**, EOLSS UNESCO, Oxford, 2009, s. 268; ŞİMŞEK Galip Engin, **Uluslararası Hukukta Doğal Hayatın Korunması**, Beta, İstanbul, 2016, s. 10.

sunt servanda alone be the *Grundnorm* (basic norm) in international law.[84] This study, however, aims at establishing a logical *vinculum iuris* with the nature of the environmental soft law by putting forward the human responsibility for the future. These commitments are informal as "*pollicitatio*"s and can be recognized judicially. Although all parties (including future generations and the environment) are not represented physically, these commitments should be considered in pluralistic meaning, and the requirements of the commitments must be fulfilled as *Moser* stated.[85]

The globalized world, where the states are becoming more connected, faces great environmental, social, and economic problems at the same time. In this respect, the importance of international cooperation is inevitably increasing in every direction. The systematization of international cooperation requires international institutions. International institutions do not act with the mission of providing intergovernmental negotiations only. At the same time, they try to establish environments in which the international institutions can move more freely within the states. Proposals, notifications, codes of conduct, guidance, and action plans now have a special place to define concrete measures and best practices. Thus, the role of international institutions has also begun to change in this direction. The indefiniteness in the fields of application of the identified principles is politicizing the issue by bringing many debates on the subject.[86] On 10 May 2018, United Nations General Assembly has adopted the resolution entitled "Towards a Global Pact for the Environment". The resolution reaffirmed the Charter of the United Nations and the acquis of sustainable development. The resolution also called for the establishment of an Ad-Hoc Open-ended Working Group.[87] This Group has been working on the Global Pact for Environment initiative. Such an ambition to develop a global pact for the environment is not new. However, this one can be counted as an effort from the global governance perspective.[88] The Group concluded the Preliminary

---

[84] RIGAUX François, "Hans Kelsen on International Law", **The European Journal of International Law**, S. 9, 1998, ss. 325-343, s. 328.

[85] See supra footnote 64.

[86] FRIEDRICH Jurgen, **International Environmental "Soft Law"**, Springer-Verlag, Berlin, 2016, ss. 1-8.

[87] UNGA "Towards a Global Pact for the Environment" UN Doc A/RES/72/277 10 May 2018, ¶ 2.

[88] AGUILA Yann/ VIÑUALES Jorge, "A Global Pact for the Environment: Conceptual Foundations", **Review of European, Comparative International Environmental Law**, S. 28(1), 2019, ss. 3-12, s. 2.

Draft of the Global Pact for Environment. The Pact consists of the Preamble and 26 articles. Although the human-centric thoughts (e.g., sustainable development and intergenerational equity) dominate the fundament of the content, the initiative represents the positive acquis towards the environment. According to *Aguila* and *Viñuales*,

> *"The term 'Pact' unequivocally* [?] *refers to a binding treaty. It was selected, among several other terms falling under the genus treaty (e.g., covenant, convention, agreement, treaty, protocol), both for its similarity in at least three UN languages (Pact, Pacte, Pacto) and in order to convey the generality of the instrument envisioned, which is to be a 'Pact' adopted by States but emphasizing the role of much wider body of stakeholders."*[89]

In order to make terminological inferences, it is necessary to have a command of the historical acquis. The term *pact* was used in Roman law for informal commitments outside the *ius civile* system. It has gained its binding ground not in a normative way, but in a judicial sense over time. The international law principle of *pacta sunt servanda* has been contradictorily used only for formal contracts, unlike Roman law. On the other hand, the term *pact* has not had well-established use in international law. Therefore, the term *pact* indicates a normatively binding ground neither in international law nor in Roman law. This study proposes an approach that will remove soft law commitments from the position of wishful thinking on the basis of the practice of judicial recognition of informal pacts in Roman law. Otherwise, soft law in today's context could be fully integrated with the gray structure of international law considering the implementation has critical effects on the dominant discourse and the compliance.[90] However, international law seeks not only cooperation between nations but also includes violations and their consequences. Environmental soft law has a distinct nature because of its multidimensional relevance. It is not unreasonable to regard this concept as a *pollicitatio*. Although the Parties of these documents negotiate and sign them, it is naturally difficult for them to fulfill the requirements in the same circle. The fact that the signatories can unite against the short-term costs of their long-term

---

[89] AGUILA, VIÑUALES, s. 7.

[90] Regarding that international law may become fully relative because the interpretations can significantly be different, see SHELTON Dinah, "International Law and Relative Normativity", in EVANS Malcolm D. (ed.), **International Law**, Oxford University Press, Oxford, 2014, ss. 137-165, s. 137.

commitments reveals that many sides have a character of one Party. In fact, the promisee Party consists of future generations and other living beings, which means environmental soft law commitment is a promise or *pollicitatio* to them. Considering that *Lessius* and *Molina* define *pactum* as agreement, and *pollicitatio* as unilateral consent, the judicially binding way is still evident even if the environmental soft law commitments are accepted as *pactum*- agreement. Because the main point here is the informal character of *pactum* and *pollicitatio*. The basic dilemma here is that *Molina* emphasizes a definite intention for the binding ground. Contrary to *Molina*, *Lessius* and partly *Grotius* and *Pufendorf* have tried to justify that the phenomena that make a promise binding are not the intention. As a compromise, *Simpson* proposes that judges may consider informal commitments if they have a reason or motive.[91] Soft law documents do not consist of definite intention, whereas they are definite promises. *Simpson*'s approach and the *Praetor*'s practices in Roman law lay the judicially binding ground of soft law documents, taking into account that sustainability of the environment is a good reason for consideration. Besides, the urgent necessities of future environmental challenges are obvious.[92]

---

[91] ATİYAH, ss. 139-140.

[92] Figure 1: Separating Human and Natural Influences on Climate (Fair Use), retrieved from https://www.globalchange.gov/browse/multimedia/%EF%BF%BCseparating-human-and-natural-influences-climate#:~:text=The%20green%20band%20shows%20how,human%20and%20natural%20factors%20combined (Access: 23.03.2022). See also HANSEN James E, **Storms of My Grandchildren: The Truth About the Coming Climate Catastrophe and Our Last Chance to Save Humanity**, Bloomsbury USA, New York, 2011. "*Warnings that Earth's stratospheric ozone layer could be at risk from chlorofluorocarbons (CFCs) and other anthropogenic substances were first issued by scientists in the early 1970s. Soon thereafter (in 1985), large losses of stratospheric ozone were reported over Antarctica with smaller but more widespread erosion of stratospheric ozone found over much of the rest of the planet. Subsequent studies clearly linked these ozone losses to the emissions of CFCs and other ozone-depleting substances and, at least over Antarctica, unique atmospheric conditions during winter that lead to ozone depletion... Although carbon dioxide, methane and nitrous oxide are the dominant greenhouse gases emitted by human activity, most of the ozone-depleting substances controlled by the Montreal Protocol (CFCs and others) are also potent greenhouse gases that contribute to global warming.*" See BARNES Paul W. et al., "Ozone Depletion, Ultraviolet Radiation, Climate Change and Prospects for a Sustainable Future", **Nature Sustainability**, 2019, ss. 569-579. Regarding climate change as a leading global risk, see **the Global Risks Report 2022, 17th Edition**, World Economic Forum, 2022, s. 14.

Figure 2: Links between stratospheric ozone depletion, UV radiation and climate change (Fair Use). "*These links have consequences for the environment, food and water security, human well-being and the sustainability of ecosystems. Direct effects are shown as solid lines with feedback effects indicated by double arrows. Important effects driven by human action are shown as dashed lines. The climate change map indicates surface temperature anomalies for February 2017 compared with the base period of 1951-1980.*" See NASA Institute for Space Studies. GISS Surface Temperature Analysis (GISTEMP) and HANSEN James et. al., "Global Surface Temperature

Scientists show that "*human activities and their effects on the climate and environment cause unprecedented animal and plant extinctions, cause loss in biodiversity*[93] *and endanger animal and plant life on Earth*."[94] These observations naturally provide a reason to reconsider the judicial facilities towards the changing needs as *Praetor*s did. Indeed, the *naturalis ratio* is an element of *ius gentium*.[95] In conclusion, this study reveals proof that the controversies of Roman law and the last scholastics properly maintain their actuality. Therefore, the idea that this controversy is exceeded or refuted is unfounded.

CONCLUSION

No matter the law is based on natural law or positive theory, it becomes functional on logic. This logic provides an effective way of thinking in solving legal problems. This study strives on the more functional environmental soft law in the name of sustainability before environmental damage has yet occurred. Sustainability is both an environmental and a human issue considering that the planet has had its own cycle for millions of years.[96] Thereby sustainability is a human concern in the field of the natural sciences. Natural sciences, on the other hand, gained objectivity from the *Copernicus* and *Galileo* stages to the fact that man and our world are not the centers of the universe. Science today is built on refutable conjectures.[97] In this respect, sustainability cannot be ensured with purely human-centric and short-term

---

Change" **Rev. Geophys**, S. 48, 2010, ss. 1-29, RG4004. *"The image of stratospheric ozone shows total ozone over Antarctica for 6 September 2000, reproduced from https://earthobservatory.nasa.gov/images/817/largest-ever-ozone-hole-over-antarctica (accessed 14 May 2019)."*

93 BARNOSKY Anthony D. et al., "Has the Earth's Sixth Mass Extinction Already Arrived?", **Nature**, S. 471, 2011, ss. 51-57; CRIST Eileen/ MORA Camilo/ ENGELMAN Robert, "The Interaction of Human Population, Food Production, and Biodiversity Protection", **Science** s. 356, 2017, ss. 260-264; JOHNSON Christopher N. et al., "Biodiversity Losses and Conservation Responses in the Anthropocene", **Science**, S. 356, 2017, ss. 270-275; PECL Gretta T. et al., "Biodiversity Redistribution under Climate Change: Impacts on Ecosystems and Human Well-being", **Science**, S. 355, 2017, ss. 6332, retrieved from CAVICCHIOLI Ricardo et al., "Scientists' Warning to Humanity: Microorganisms and Climate Change", **Nature Reviews Microbiology**, S. 17, 2019, ss. 569-586.

94 RIPPLE William J. et al., "World Scientists' Warning to Humanity: A Second Notice", **BioScience**, S. 67, 2017, ss. 1026-1028, retrieved from CAVICCHIOLI et al.

95 IUSTINIANUS INSTITUTES, 1.2.1, We consider the *naturalis ratio* as the planetary perspective of natural sciences but not in an ideal law manner. In fact, human necessity and natural ratio still well reflect the syllogistic basis of international law.

96 Figure 3: The past 542 million years of climate, (Fair Use) retrieved from: http://ossfoundation.us/projects/environment/global-warming/natural-cycle (Access: 24.03.2022).

97 POPPER Karl R, **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**, Routledge, London, 2002, ss. 344-349.

pragmatic approaches.[98] Eventually, human and the environment are common components for a sustainable future. States are a synthetic delusion in comparison with these components. Because there is no ontological reason for states to prioritize environmental sustainability considering that they make decisions that mean nothing but waste the planet's resources, such as war. This study does not propose that states should "voluntarily" perceive the environmental soft law as binding normatively. Contrarily, it offers a nuisance-based solution under the guidance of Roman law considering that *pactum* has gained legal enforceability as *honoraire* in Rome. Thus, environmental law disputes would allow more contact with reality rather than a hypothetical norm understanding.[99] Normatively, it is essential to amend soft law commitments in accordance with the scientific method when the conjectures on which the commitments in environmental soft law documents are based are refuted. The alteration of soft law depending on scientific conjectures and refutations does not reveal a paradox in terms of binding ground. Because the scientific method is the basis for why environmental soft law commitments are binding and changing.[100] As a normative proposal, environmental soft law documents should be fully integrated into the scientific data and subjected to an urgent amendment procedure by the scientific methodology, if required. In other words, the "softness" that environmental soft law points must be due to its ability to easily[101] change according to testable scientific evidence, rather than a non-binding nature.

---

[98] Regarding the discussions towards the sustainable development idea, see SARIBEYOĞLU SKALAR Meltem, **Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma**, Beta, İstanbul, 2015, ss. 87-96; see also NACAR Abdulkadir, Sürdürülebilir Kalkınmaya Yönelik Kazanımlar ve Uluslararası Hukuki Uyuşmazlıklar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, ss. 45-58.

[99] Regarding the importance of judicial supremacy in legal realism, see GÜRKAN Ülker, **Hukuki Realizm Akımı**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967, ss. 35-38.

[100] In the Case of the *Gabčíkovo-Nagymaros* Project, Hungary's defense towards not imposing an "immutable norm" value on the Treaty of 16 September 1977 has led to the idea that the soft law could play an important role in the protection of the Danube, see NAKAMICHI Mari, "The International Court of Justice Decision Regarding the Gabčíkovo-Nagymaros", **Fordham Environmental Law Journal***,* S. 9(2), 1998, ss. 337-372, ss. 364-366. Considering that the subsequent requirements of the international environmental law have also been discussed in the case, the above-mentioned environmental soft law concept which is judicially binding under the principle of *pacta sunt servanda*, and integrated into the scientific refutation, could have a critical function in protecting the Danube, see **Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project** *(Hungary v. Slovakia),* the judgment of 25 September 1997, ¶ 95-97.

[101] It refers to ease the amendment procedures when underlying scientific hypotheses are refuted. The issue of refutation is about scientific objectivity. In fact, it has been commonly recognized that contextual values such as the protection of the natural environment and biodiversity

The judicial application of our proposal towards the judicially binding ground of environmental soft law commitments is possible thereunder the article 38 § 1 (d) of the Statute of the International Court of Justice. Taking into account the fact that the *pactum*s are binding by the *honorariae*, the international jurisdiction should decide whether a soft law refers to an obligation in favor of future generations and other livings, in other words, whether it is *pacta vestita*. The binding ground of the environmental soft law commitments -whether they are called *pollicitatio* or *pactum*- is a requirement of justice, but not of the truth. Because there are other livings and future generations on the other scale of justice. Humanity has made enough progress to make this judgment.

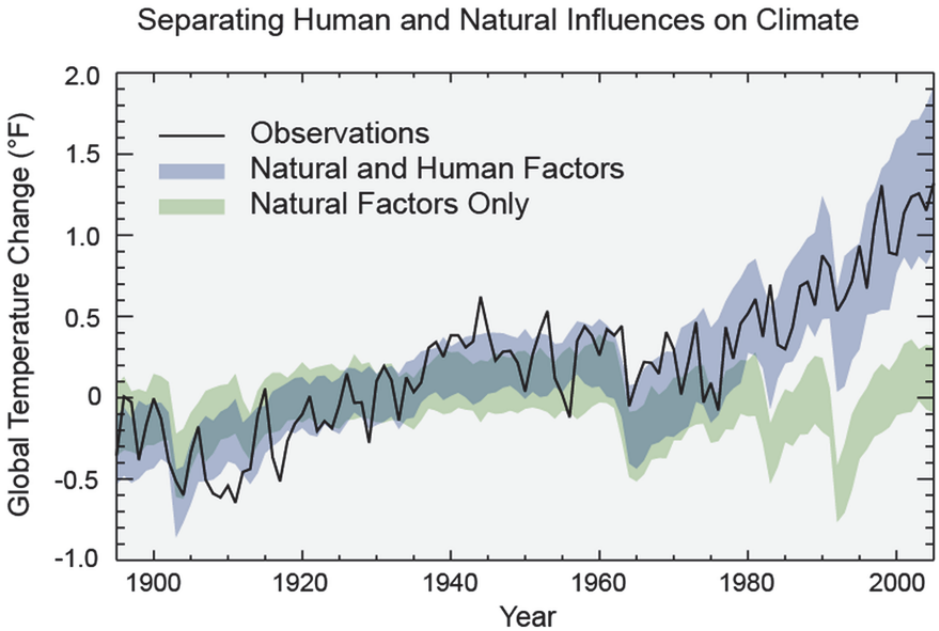


Figure 1: *Separating Human and Natural Influences on Climate (Fair Use) retrieved from https://www.globalchange.gov/browse/multimedia/%EF%BF%BCseparating-human-and-natural-influences-climate#:~:text=The%20green%20band%20shows%20how,human%20and%20natural%20factors%20combined (Access: 23.03.2022).*

threaten the objectivity and authority of science. However, as stated above, sustainability contains a subjectivity due to the human component. Detailed discussions of scientific objectivity available at https://evrimagaci.org/bilimsel-nesnellik-bilimsel-objektiflik-nedir-8099 (Access: 25.03.2022).

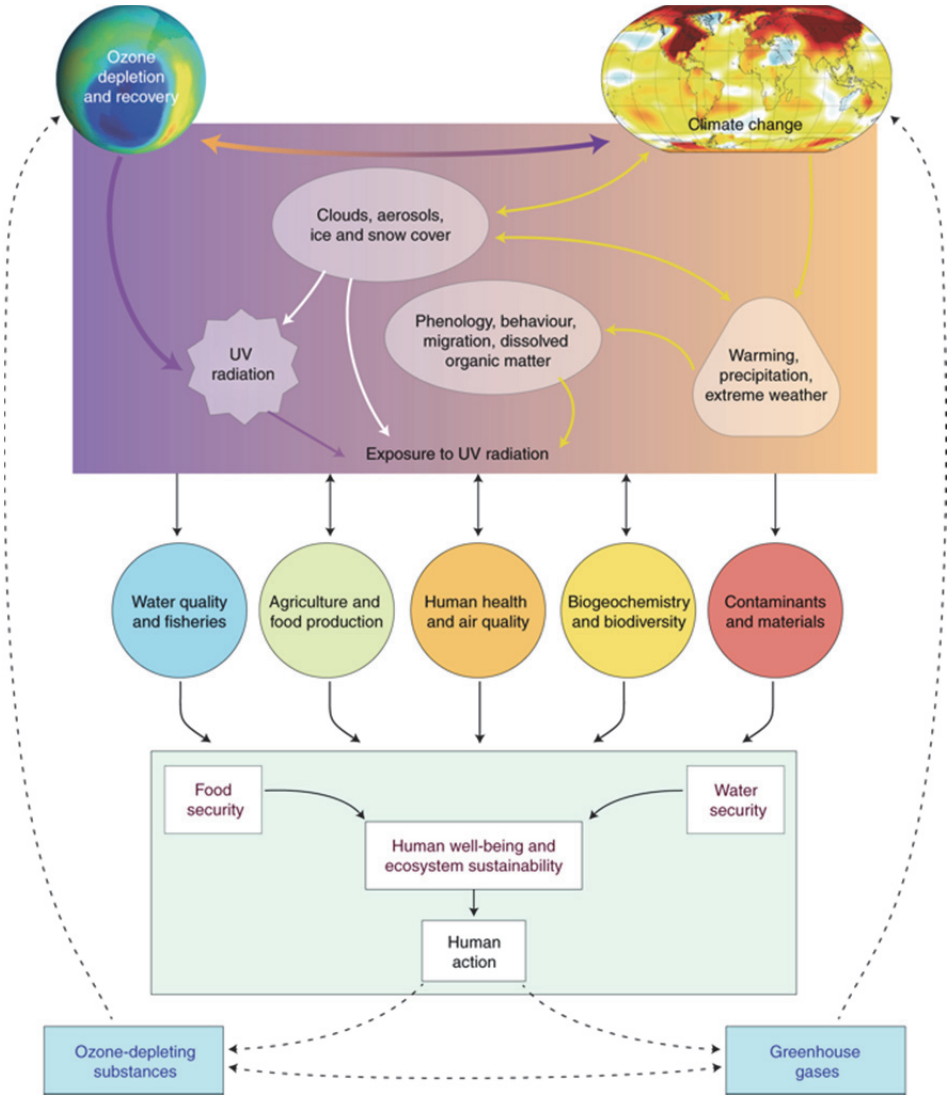


Figure 2: *Links between stratospheric ozone depletion, UV radiation and climate change (Fair Use) "reproduced from https://earthobservatory.nasa.gov/images/817/largest-ever-ozone-hole-over-antarctica (accessed 14 May 2019)".*

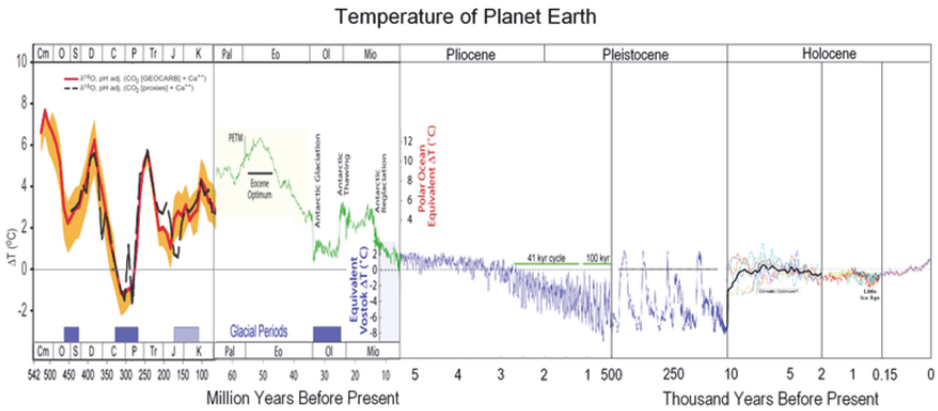


Figure 3: *The past 542 million years of climate, (Fair Use) retrieved from: http://ossfoundation.us/projects/environment/global-warming/natural-cycle (Access: 24.03.2022).*

REFERENCES

Printed Materials

AGUILA Yann/ VIÑUALES Jorge, "A Global Pact for the Environment: Conceptual Foundations", **Review of European, Comparative International Environmental Law**, S. 28(1), 2019, ss. 3-12.

ARISTOTLE, **Nicomachean Ethics**, Hackett Publishing, Indianapolis, 1999.

ARSLAN Ahmet, **İlkçağ Felsefe Tarihi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.

ATIYAH Patrick S, **The Rise and Fall of Freedom of Contract**, Clarendon Press, Oxford, 2003.

BARNES Paul W. et al., "Ozone Depletion, Ultraviolet Radiation, Climate Change and Prospects for a Sustainable Future", **Nature Sustainability**, 2019, ss. 569-579.

BARNOSKY Anthony D. et al., "Has the Earth's Sixth Mass Extinction Already Arrived?", **Nature**, S. 471, 2011, ss. 51-57.

BARTON John L., "Equity in the Medieval Common Law" in CASSIN René/ NEWMAN Ralph A, **Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study**, Établissements Émile Bruylant, Brussels, 1973, ss. 149-151.

BERGANDE Wolfram, "The Creative Destruction of the Total Work of Art: From Hegel to Wagner and beyond" in RUHL Carsten/ HOEKSTRA Rixt/ DÄHNE Chris (eds.) **The Death and Life of the Total Work of Art**, Jovis, Berlin, 2014, ss. 128-145.

BİLSEL Cemil, "Devletler Hukuku mu Devletlerarası Hak mı?", **Journal of Istanbul University Law Faculty**, S. 6, 2011, ss. 631-644.

BODIN Jean, **On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of the Commonwealth**, CreateSpace Independent Publishing, Lexington, 2004.

Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project *(Hungary v. Slovakia),* the judgment of 25 September 1997.

CAVICCHIOLI Ricardo et al., "Scientists' Warning to Humanity: Microorganisms and Climate Change", **Nature Reviews Microbiology**, S. 17, 2019, ss. 569-586.

CHINKIN Christine, "Normative Development in the International Legal System" in SHELTON Dinah (ed.), **Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System**, Oxford University Press, Oxford, 2010, ss. 21-42.

CRIST Eileen/ MORA Camilo/ ENGELMAN Robert, "The Interaction of Human Population, Food Production, and Biodiversity Protection", **Science**, S. 356, 2017, ss. 260-264.

D'AMATO Anthony, "International Law from a Machiavellian Perspective", **Northwestern University School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series**, S. 10-61, 2010, ss. 1-12.

EKİNCİ Ekrem Buğra, **Islam Hukuku**, Arı Sanat, İstanbul, 2018.

ERKİNER Hakkı Hakan, **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, XII Levha, İstanbul, 2010.

ERKİNER Hakkı Hakan, "Grotius Öncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluştuğu Tarihsel Koşullar ve Erken Klâsik Dönemdeki Öğreti", **Marmara Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 18(1), 2012, ss. 51-146.

ERKİNER Hakkı Hakan, "Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klâsik Öğretinin Kuruluşu: Hugo Grotius ve Postgrotien Yazarlar Samuel von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius van Bynkershoek ve Samuel Rachel'e İlişkin İnceleme ve Değerlendirme", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S. 18(3), 2012, ss. 3-142.

FIFOOT Cecil Herbert Stuart, **History and Sources of the Common Law: Tort and Contract**, Stevens, London, 1949.

FRIEDRICH Jurgen, **International Environmental "Soft Law"**, Springer-Verlag, Berlin, 2016.

GAURIER Dominique, **Histoire du Droit International**, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2005.

GORDLEY James, **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**, Clarendon Press, Oxford, 2011.

GÜRKAN Ülker, **Hukuki Realizm Akımı**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967.

HANSEN James et. al., "Global Surface Temperature Change" **Rev. Geophys**, S. 48, 2010, ss. 1-29.

HANSEN James E, **Storms of My Grandchildren: The Truth About the Coming Climate Catastrophe and Our Last Chance to Save Humanity**, Bloomsbury USA, New York, 2011.

HOLMES Jr. Oliver Wendell, **The Common Law**, Little Brown, Abingdon, 1881.

IBBETSON David, "Obligatio in Roman Law and Society", in PLESSIS Paul J./ ANDO Clifford/ TUORI Kaius (eds.), **The Oxford Handbook of Roman Law and Society**, Oxford University Press, Oxford, 2016, ss. 43.1-43.8.

JEFFERY Renée, **Hugo Grotius in International Thought,** Palgrave Macmillan, New York, 2015.

JOHNSON Christopher N. et al., "Biodiversity Losses and Conservation Responses in the Anthropocene", **Science**, S. 356, 2017, ss. 270-275.

KIRALFY Albert Kenneth Roland, **A Source Book of English Law**, Sweet& Maxwell, London, 1957.

KLABBERS Jan, **The Concept of Treaty in International Law**, Nijhoff Publication, The Hague, 2006.

KUNZ Josef L., "The Meaning and the Range of the Norm Pacta Sunt Servanda", **The American Journal of International Law**, S. 39(2), 1945, ss. 180-197.

LANGBEIN John H et al., **History of the Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions**, Aspen Publishers, 2009.

LAUTERPACHT Hersch, "Spinoza and International Law", **British Yearbook of International Law**, S. VIII, 1927, ss. 89-107.

LUKASHUK Igor I, "The Principle Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligation under International Law", **The American Journal of International Law**, S. 83(3), 1989, ss. 513-518.

MACHIAVELLI Niccolo, **The Prince**, CreateSpace Independent Publishing, Lexington, 2014.

MASSARA Tomasso dalla, "New Europe-Old Values? Reform and Perseverance. Can Roman Legal Tradition Play a Role of Identity Factor Towards a New Europe?", in BODIROGA-VUKOBRAT Nada/ RODIN Siniša/ SANDER Gerald (eds.), **New Europe - Old Values? Europeanization and Globalization**, Springer, 2016, ss. 1-14.

METZGER Franz "The Last Phase of the Medieval Chancery" in HARDING Alan, **Law-Making and Makers in British History**, Royal Historical Society, London, 1980, ss. 79-89.

MORAG-LEVINE Noga, "The History of Precaution", **The American Journal of Comparative Law**, S. 62(4), 2014.

NACAR Abdulkadir, Sürdürülebilir Kalkınmaya Yönelik Kazanımlar ve Uluslararası Hukuki Uyuşmazlıklar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018.

NACAR Abdulkadir, "İnsanlığa Karşı Suçlarda Sosyal Kimlik Motivasyonu Üzerine Mantıksal Bir Yaklaşım", **PPIL**, S. 41(1), 2021, ss. 329-383.

NAKAMICHI Mari, "The International Court of Justice Decision Regarding the Gabčíkovo-Nagymaros", **Fordham Environmental Law Journal**, S. 9(2), 1998, ss. 337-372.

NUSSBAUM Arthur, "The Significance of Roman Law in the History of International Law", **University of Pennsylvania Law Review**, S. 100(5), 1952, ss. 678-687.

PECL Gretta T. et al., "Biodiversity Redistribution under Climate Change: Impacts on Ecosystems and Human Well-being", **Science**, S. 355, 2017, ss. 6332.

ROSATO Sebastian, **Intentions in Great Power Politics: Uncertainty and the Roots of Conflict**, Yale University Press, New Haven, London, 2021.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, "International Governmental Trade Organizations GATT and UNCTAD" in PETERSMANN Ernst-Ulrich/ TOMUSCHAT Christian/ BLECKMANN Albert, **International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XVII State and Economy**, Chapter 25 Universal Economic Organizations, 1981.

PLUCKNETT Theodore FT, **A Concise History of the Common Law**, Little Brown Co., London, 1952.

POPPER Karl R, **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**, Routledge, London, 2002.

PREUS Anthony, **Historical Dictionary of Ancient Greek Philosophy**, Rowman & Littlefield Publishers, Maryland, 2015.

RIGAUX François, "Hans Kelsen on International Law", **The European Journal of International Law**, S. 9, 1998, ss. 325-343.

RIPPLE William J. et al., "World Scientists' Warning to Humanity: A Second Notice", **BioScience**, S. 67, 2017.

SARIBEYOĞLU SKALAR Meltem, **Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma**, Beta, İstanbul, 2015.

SATOW Sir Ernest, "Pacta Sunt Servanda or International Guarantee", **Cambridge Historical Journal**, S. 1(3), 1925, ss. 295-318.

SCATTOLA Merio, "Scientia Iuris and Ius Naturae: The Jurisprudence of the Holy Roman Empire in the Seventeenth and Eighteenth Centuries" in E. PATTARO Enrico et al. (eds.), **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence Vol. 10: The Philosophers' Philosophy of Law from the Seventeenth Century to Our Days**, Springer-Verlag New York Inc., New York, 2009, ss. 346-358.

SCHÖMBERG René von, "The Precautionary Principle: Its Use within Hard and Soft Law", **European Journal of Risk Regulation,** S. 3(2), 2012, ss. 147-157.

SHARP Malcolm P, "Pacta Sunt Servanda", **Columbia Law Review**, S. 41(5), 1941, ss. 783-798.

SHELTON Dinah (ed.), **Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System**, Oxford University Press, Oxford, 2010.

SHELTON Dinah, "International Law and Relative Normativity", in EVANS Malcolm D. (ed.), **International Law**, Oxford University Press, Oxford, 2014, ss. 137-165.

Simpson A.W. Brian, **A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit**, Clarendon Press, Oxford, 1975.

SPENGLER Oswald, **The Decline of the West,** Vintage; Abridged Edition, New York, 1928.

STEINBERG Richard H, "Overview: Realism in International Law", **Proceedings of the ASIL Annual Meeting**, S. 96, 2002, ss. 260-262.

ŞENGÖR Ali Mehmet Celâl, **Sosyal Bilimlerde Yöntem ve Bilimin Tarihsel Gelişimi**, İstanbul, 2010.

ŞİMŞEK Galip Engin, **Uluslararası Hukukta Doğal Hayatın Korunması**, Beta, İstanbul, 2016.

TARLOCK A. Dan, DERNBACH John C. (eds), **Environmental Laws and Their Enforcement**, EOLSS UNESCO, Oxford, 2009.

The Global Risks Report 2022, 17th Edition, World Economic Forum, 2022.

The Holy Bible: King James Version, Brown Books Publishing, Dallas, 2004.

THEUNISSEN Hans Peter Alexander, **Ottoman-Venetian Diplomatics; the 'Ahdnames**, Utrecht, 1991.

THOMAS AQUINAS, **Summa Theologica**, Benziger Bros., (Trans. Fathers of the English Dominican Province), New York, 1947.

TURAN Şerafettin, **Türkiye-İtalya İlişkileri 1**, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1990.

TÜTÜNCÜ Ayşe Nur et al., **Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar)**, Beta, İstanbul, 2019.

UNGA Res. 2625 (XXV) 24 October 1970.

UNGA "Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by M. Koskenniemi, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law" UN. Doc. A/CN.4/I.682, 13 April 2006.

UNGA "Towards a Global Pact for the Environment" UN Doc A/RES/72/277 10 May 2018.

WEHBERG Hans, "Pacta Sunt Servanda", **The American Journal of International Law**, S. 53(4), 1959, ss. 775-786.

WHEATON Henry**, Elements of International Law**, Oxford University Press, Oxford, 1936.

YÖRÜK Ali Adem, "Kapitülasyonların Kaldırılması Sürecine Dair Bibliyografik Bir Deneme: 1909-1927 Yılları Arasında Yazılmış Kapitülasyon Kitaplar", **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, S. 5, 2008, ss. 97-130.

ZELYÜT Solmaz, **İki Adalet Arasında**, Vadi Yayınları, İstanbul, 1997.

ZIMMERMANN Reinhard, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, Oxford, 2007.

73 DEP'T ST. BULL. 323, 01 August 1975.

Online Resources

GRATIAN, **Decretum Gratiani**, available at https://geschichte.digitale-sammlungen.de/decretum-gratiani/online/angebot (Access: 26.03.2022).

https://evrimagaci.org/bilimsel-nesnellik-bilimsel-objektiflik-nedir-8099 (Access: 25.03.2022).

https://www.parliament.nz/en/get-involved/features/innovative-bill-protects-whanganui-river-with-legal-personhood/ (Access: 17.03.2022).

http://thelatinlibrary.com/law/ (Access: 27.03.2022).

http://ossfoundation.us/projects/environment/global-warming/natural-cycle (Access: 24.03.2022).

https://www.globalchange.gov/browse/multimedia/%EF%BF%BCseparating-human-and-natural-influences-climate#:~:text=The%20green%20band%20shows%20how, human%20and%20natural%20factors%20combined (Access: 23.03.2022).

İNALCIK Halil, "İmtiyâzât" in **İslam Ansiklopedisi**, TDV, available at https://islamansiklopedisi.org.tr/imtiyazat#2-osmanli-donemi (Access: 22.03.2022).

PLATON, **Republic Book V**, Penguin, 1974, available at http://classics.mit.edu/Plato/republic.6.v.html (Access: 21.03.2022).

The Holy Quran, available at https://kuran.diyanet.gov.tr/mushaf (Access: 26.03.2022).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 265-293

YABANCI DEVLET BAŞKANINA KARŞI SUÇ(*)(**)
(Türk Ceza Kanunu Madde 340)

Doç. Dr. **Ali Hakan EVİK**(***)

Öz: Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (ETCK) olduğu üzere, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da (TCK) Yabancı Devletlerle İlişkilere karşı çeşitli suçlara yer verilmiştir. Yabancı Devlet Başkanına Karşı Suç, Yabancı Devlet Bayrağına Hakaret ve Yabancı Devlet Temsilcilerine Karşı Suç gibi. Çalışmada bu suçlardan, TCK madde 340'ta yer alan suç incelenecektir. TCK'da, devlete karşı suç olarak düzenlenen bu suç, "birden çok hukuki yararı koruyan bir suçtur. Suçun faili herkes olabilir. Suçun mağduru ise yabancı devlet başkanıdır. Suçun konusu ve hareket unsuru, işlenen suça göre değişiklik göstermektedir, çünkü kanunda özel bir suçun işlenmesinden değil, herhangi bir suçun işlenmesinden bahsedilmektedir. İşlenen suçun şikâyete tabi olması durumunda, soruşturma ve kovuşturma yapılması, "yabancı devletin şikâyeti" şeklindeki karşılıklılık koşuluna bağlı tutulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Suç, Türk Ceza Kanunu, Yabancı Devlet Başkanına Karşı Suç, Muhakeme Koşulları, Yabancı Devletin Şikâyeti, Karşılıklılık Koşulu.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 07.01.2022 - Makale Kabul Tarihi: 25.04.2022.

(**) **"Bu çalışma Kocaeli Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Koordinasyon Birimince desteklenmiştir. Proje numarası: 2911."** ("This work was supported by Research Fund of the Kocaeli University. Project Number: 2911")

(***) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi
(ORCID no: 0000-0002-0032-7754; *alihakan.evik@kocaeli.edu.tr*).

OFFENCES AGAINST THE HEAD OF A FOREIGN STATE
(Turkish Penal Code Article 340)

Abstract: Various offenses Against Relations with Foreign Countries are regulated under Turkish Penal Code (hereinafter TCK), just as they were regulated within the abrogated Turkish Penal Code (hereinafter ETCK). Such as Offences Against the Head of a Foreign State, Offences Against the Flag of a Foreign State and Offences Against the Representative of a Foreign State. In the study, among these crimes, the crime regulated in Article 340 of the Turkish Penal Code will be examined. This crime, which is regulated as a crime against the state in the TCK, is a crime that protects more than one legal benefit. The perpetrator of the crime can be anyone. The victim of the crime is the foreign head of state. The subject of the crime and the actus reus of the crime is varies according to the crime committed, because the law mentions commit of any crime, not commit of a certain crime. If the investigation and prosecution of the act committed is subject to an official complaint, investigation and prosecution is subject to the condition of reciprocity in the form of "complaint by a foreign state".

Keywords: Crime, Turkish Penal Code, Crime Against Foreign Head of State, Conditions of Judgment, Complaint by a Foreign State, Reciprocal Condition.

I. GENEL OLARAK

1. TCK'da Düzenleniş Biçimi

İnceleyeceğimiz suç, Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) 340'ıncı maddede düzenlenmiştir. Yürürlüğe girdiği 2005 yılından bu yana değiştirilmeyen madde metni şöyledir:

> "(1) *Yabancı devletlerden birinin başkanına karşı bir suç işleyen kişiye verilecek ceza, sekizde biri oranında artırılır. Suçun müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.*
>
> (2) *Fiil, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlardan ise, soruşturma ve kovuşturma yabancı devletin şikayetine bağlıdır.*"

Bir ülkenin başkanına karşı işlenen suçların (ister failin kendi ister yabancı devlet başkanına yönelik olsun) özellikleri ve devlet başkanına ait olup da ihlal edilen menfaatler ne olursa olsun, bu suçların genel anlamda

devletin şahsiyetine karşı suçlar kategorisinde olduğu[1] kabul edilmektedir. Aynı zamanda devletin en önemli özelliklerinden birinin, muhatabı olan, eşit ve ilişki içerisinde bulunduğu ve karşılıklılık koşulunu da uygulayan yabancı devletleri, bunların uluslararası düzeydeki temsilcilerini (örneğin, yabancı devletin başkanını, diplomasi memurlarını, uluslararası kuruluşlardaki temsilcilerini) ve yabancı devletin bayrak veya egemenlik alametlerini koruması olduğu[2] ifade edilmektedir. İşte bu nedenlerden dolayı, inceleyeceğimiz Yabancı Devlet Başkanına Karşı Suç, TCK'daki gibi pek çok ülke ceza kanunlarında (örneğin, İtalyan Ceza Kanunu (İtCK md. 295, 296'da), Alman Ceza Kanunu (AlmCK prg. 102 ve mülga prg. 103'te), İsviçre Ceza Kanunu (İsCK md. 296'da), Türk Ceza Kanunlarında ETCK md 164, TCK md. 340) eskiden beri kişilere değil, devlete karşı suçlar kısmında düzenlenmektedir[3].

TCK'nın, ikinci kitabında yer alan Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler başlıklı 4'üncü kısmında yer alan 8'inci bölümün başlığı, "Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlar"dır. Bu bölümde; yabancı devlet başkanına (TCK md. 340), yabancı devlet bayrağı ile diğer egemenlik alametlerine (TCK md 341) ve yabancı devlet temsilcilerine (TCK md. 342) karşı işlenen suçlar olmak üzere toplam üç suç bulunmaktadır. Bölümün son maddesinde (TCK md. 343) ise herhangi bir suç değil, bu bölümdeki suçlar açısından geçerli (ortak hüküm) niteliğinde olan karşılıklılık (mütekabiliyet) koşulu yer almaktadır.

Öğretide, yabancı devlet başkanları ve temsilcilerine karşı Türkiye'de veya yabancı ülkede bir suçun işlenmesi durumunda Türkiye'de bulunan herkes gibi bu kişilerin de zaten cezai koruma altında olduğu, dolayısıyla Devlete Karşı Suçlar kısmında ayrıca bu suçlara yer verilmesinin gerekli olup olmadığı yö-

---

1 ÖZEK Çetin, **Devlet Başkanına Karşı Suçlar**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1970, s. 109.

2 GÖZÜBÜYÜK A. Pulat, **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, c: II, Bs. 4, Kazancı Yayımları, İstanbul, 1980, s. 751; SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. bası, Yetkin, Ankara, 2020, s. 770.

3 Geçmişteki düzenlemeler için bkz: GÖZÜBÜYÜK, s. 751 vd. Bugünkü düzenlemeler için bkz: https://www.altalex.com/documents/news/2014/07/14/dei-delitti-contro-la-personalita-dello-stato; YENİSEY Feridun / PLAGEMANN Gottfried, **Alman Ceza Kanunu**, Beta, İstanbul, 2009, s. 168; https://www.legislationline.org/download/id/8991/file/SWITZ_Criminal%20Code_as%20of%202020-07-01.pdf, (Erişim Tarihi: 10.10.2021) Yabancı devlet başkanına saldırı (İtCK md. 295) ve hürriyetine saldırı (İtCK md. 296) suçlarının halen yürürlükte olmasına karşın, yabancı devlet başkanına hakaret (md. 297) ve yabancı devlet temsilcilerine hakaret (md. 298) suçlarının 1999 yılında İtCK'dan kaldırıldıkları görülmektedir. Bkz: https://www.altalex.com/documents/news/2014/07/14/dei-delitti-contro-la-personalita-dello-stato, (Erişim Tarihi: 10.10.2021).

nünde tartışmalara neden olduğu[4] ifade edilmektedir. Gerçekten de TCK md. 340 olmasa da yabancı devlet başkanına karşı bir suç (örneğin, kasten öldürme, yaralama, hakaret, tehdit vs.) işlediğinde faili, TCK'nın ilgili maddesi uyarınca cezalandırmak mümkündür. Dolayısıyla bu suça tıpkı ETCK'daki gibi TCK'nın bu bölümünde hem de bu şekilde ayrıca yer vermek bizce doğru olmamıştır.

Yine öğretide haklı bir şekilde belirtildiği gibi, suç, eleştiriye açık bir biçimde yer aldığı TCK md. 340'ta başvurulan özel bir gönderme yöntemi kullanılarak düzenlenmiştir[5]. Zira normun hüküm ve yaptırım kısımları, TCK'daki herhangi bir suça gönderme yapılarak, "*yabancı devletlerden birinin başkanına karşı bir suç işleyen kişiye verilecek ceza, sekizde biri oranında artırılır*" denilerek belirlenmiştir. Bu düzenleme: **a)** İşlenen suçun cezasının bu şekilde artırıma tabi olması (işlenecek suçun mağdurunun yabancı ülke devlet başkanı olması) durumu, TCK'daki tüm suçlar açısından geçerli genel bir suça etki eden neden (nitelikli hal) olarak düzenlendiği[6], **b)** Yabancı ülkelerdeki düzenlemelerin[7] aksine suçun özel/bağımsız bir hüküm niteliğinde olmadığı, anlama gelmektedir.

Bir sonraki kısımda da anlatılacağı üzere, suça yönelik TCK'daki düzenleme ile mülga Türk Ceza Kanunundaki (ETCK md. 164'teki) düzenleme hemen hemen aynıdır[8]. Bu itibarla, suçun unsurlarına ve diğer özelliklerine ilişkin açıklamalarımızda ETCK döneminde kaleme alınan eserlerden ve içtihatlardan da yararlanılacaktır.

İnceleyeceğimiz suçun ETCK'daki muadili olan md. 164'te[9] de TCK md 340'ta da suçun illaki Türkiye'de işleneceği yönünde açık veya örtülü

---

4 HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Millete ve Devlete Karşı Suçlar**, 1. bası, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 495; SAVAŞ Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, c. II, 2. bası, Seçkin, Ankara, 1998, s. 2058.

5 HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 496. Bu yöntem TCK'da sadece bu ve 342'nci maddede kullanılmıştır.

6 ERSOY Uğur, "Türk ve Alman Ceza Hukukunda Yabancı Devletlere Karşı İşlenen Suçlar", **CHD**, s. 35, 2017, ss. 25-87, s. 26.

7 Özel suç olarak düzenleyen ülke ceza kanunlarına örnek olarak bkz: İtCK md. 295, 296(https://www.altalex.com/documents/news/2014/07/14/dei-delitti-contro-la-personalita-dello-stato); AlmCK prg. 102 (YENİSEY / PLAGEMANN, s. 168); İsCK md. 296 (https://www.legislationline.org/download/id/8991/file/SWITZ_Criminal%20Code_as%20of%202020-07-01.pdf, (Erişim Tarihi: 10.10.2021).

8 DONAY Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Beta, İstanbul, 2007, s. 465.

9 ETCK'nın kaynak İtCK'da ise bu tarz bir düzenlemenin yer aldığı görülmektedir. Bkz: EREM Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C: II, Seçkin, Ankara, 1993, s. 1113; MAJNO, **Ceza Kanunu Şerhi-Türk ve İtalyan Ceza Kanunları Şerhi**, c: II, Yargıtay Yayımları, Ankara, 1978, s. 63.

bir düzenleme bulunmadığı gibi[10], madde gerekçesinde de bu konuda herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Bu itibarla, TCK md. 13[11] ve bazı yabancı ülke kanunlarındaki düzenlemeler[12] dikkate alındığında kanaatimizce, yorum yoluyla bir suçun bir Türk tarafından yabancı bir ülkede yabancı bir devlet başkanına karşı işlenmesi durumunda da TCK md 340'ın uygulanacağı[13] neticesine ulaşılabilir.

2. TCK ile ETCK'daki Hükümlerin Karşılaştırması

TCK md. 340'ta düzenlenen suçun muadili, ETCK'nın "Ecnebi Devletlerle Bunların Reis ve Elçileri Aleyhinde Cürümler" başlıklı 3'üncü faslında yer alan md. 164'te, "*Her kim ecnebi devletlerden birinin reisi aleyhine bir cürüm ika edecek olursa kanunda o cürme mahsus olan ceza altıda birden üçte bire kadar artırılır.*

Takibat icrası kendine taarruz olunan kimsenin şikayetnamesine bağlı işlerde ecnebi hükümet tarafından müracaat vukubulmadıkça takibat yapılamaz" şeklinde düzenlenmişti[14].

Hükümden de anlaşılacağı gibi, suçun unsurlarına ve diğer özelliklerine yönelik ETCK'daki düzenleme ile TCK'daki düzenleme birbirine paralel[15] olup, en önemli fark, TCK'da dilin sadeleştirilmiş olmasıdır[16].

---

[10] Konu hakkındaki değerlendirmeler için bkz: EREM, s. 1113.

[11] TCK'nın 13'üncü maddesinin konumuzla ilgili kısmı; "*(1) Aşağıdaki suçların, vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde, Türk kanunları uygulanır: a) İkinci Kitap, Birinci Kısım altında yer alan suçlar. b) İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci ve Sekizinci Bölümlerde yer alan suçlar.*" şeklindedir.

[12] Örneğin, bu suçun düzenlendiği AlmCK prg. 102/1'de; "*saldırıya uğrayan kişinin yurt içinde resmi sıfatla bulunduğu sırada işlenmesinden*" (bkz: YENİSEY / PLAGEMANN, s. 168); İtCK md. 295'te; "Suçun (İtalyan) Devletinin topraklarında işlenmesinden" (bkz: https://www.altalex.com/documents/news/2014/07/14/dei-delitti-contro-la-personalita-dello-stato; İsCK md. 296'da "İsviçre'de gerçekleştirilen bir konferans sırasında işlenmesinden" (bkz: https://www.legislationline.org/download/id/8991/file/SWITZ_Criminal%20Code_as%20of%202020-07-01.pdf, Erişim Tarihi: 10.10.2021) bahsedilmektedir.

[13] GÖZÜBÜYÜK, s. 752; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 497; SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2058. Aksi görüş için bkz: SOYASLAN, s. 770. ETCK döneminde verilen ulaştığımız neticeyi destekleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun (CGK) 26.12.1988 tarih ve 1988-1/325 Esas, 1988/566 Karar sayılı kararı için bkz: WWW.KAZANCİ.COM.TR, (Erişim Tarihi: 13.10.2021).

[14] Majno, s. 62 vd.

[15] Hatta aynıdır. ARSLAN Çetin / AZİZAĞAOĞLU Bahattin, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Asil Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 1321.

[16] HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 496.

İki düzenleme arasındaki benzerlikler, suçların mağdurlarının yabancı ülke devlet başkanı olması, yabancı devlet başkanına karşı işlenen herhangi bir suçun madde kapsamında olması ve işlenen suç neyse onun cezasında belirli oranda artırıma gidilecek olmasıdır[17]. Bu da yukarıda da belirttiğimiz üzere ilgili hükümlerin ETCK ve TCK'daki tüm suçlar açısından geçerli genel bir suça etki eden neden olarak düzenlendiği anlamına gelmektedir[18].

Aralarındaki bir diğer benzerlik, her iki kanunda da işlenen suçun soruşturma ve kovuşturmasının şikâyete tabi olmaması durumunda, soruşturma ve kovuşturmanın re'sen yapılacak olmasıdır[19]. Aksi değerlendirmeden ortaya çıkan netice, yabancı ülke devlet başkanına karşı işlenen suçun takibinin şikâyete bağlı olması durumunda (örneğin, hakaret suçunu oluşturması gibi) suçun takibinin bir muhakeme koşulu olarak yabancı ülke şikayetine tabi olmasıdır. Bu konudaki fark ise, ETCK'da yabancı ülke hükümetinin müracaatından, TCK'da ise yabancı devletin şikayetinden bahsediliyor olmasıdır.

Düzenlemeler arasındaki son benzerlik, karşılıklılık (mütekabiliyet) koşuluna yöneliktir. Her iki kanunda da yabancı ülke devlet başkanına karşı işlenen suçtan dolayı failin muhakemesinin, karşılıklılık koşuluna tabi olduğu, suçun düzenlendiği madde dışında ortak bir hükümde (ETCK md. 167, TCK md. 343'te) ifade edilmektedir.

Ceza muhakemesi koşullarından müracaat ve şikâyet koşulu arasındaki farka ve karşılıklılık koşuluna aşağıda yargılama bahsinde değinilecektir.

İki düzenleme arasındaki ilk fark yaptırımda kendisini göstermektedir: ETCK'da suçun yabancı ülke devlet başkanına karşı işlenmesi durumunda işlenen suçun cezasının 1/6'dan 1/3'e kadar artırılacağı yönündeki düzenleme TCK'da 1/8'i kadar arttırılacağı şeklindedir. Bunun anlamı, ceza hakiminin artırıma yönelik takdirinin TCK'da kaldırılmış olduğu ve artırım oranın eskisine nazaran daha az olduğudur[20]. Bu konudaki bir diğer fark da TCK'da, işlenen suçun müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacağının düzenlenmiş olmasıdır. Örneğin, failin yabancı ülke devlet başkanını kasten öldürmesi durumunda hakkında TCK md. 81/1 hükmü gereği müebbet değil, ağırlaştırılmış müeb-

---

17 EREM, s. 1113. GÖZÜBÜYÜK, s. 752; SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2058.

18 ERSOY, s. 26.

19 GÖZÜBÜYÜK, s. 753; SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2059.

20 ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1321; DONAY, s. 465.

bet hapis cezası verilmek zorunluluğu söz konusu olacaktır. Bu da yine TCK'daki bir suçun yabancı ülke devlet başkanına karşı işlenmesinin, belirli suçlar açısından nitelikli hal olarak düzenlendiği anlamına gelmektedir.

3. Yabancı Ülke Kanunlarındaki Düzenlemeler

A. İtalya

TCK md. 340'ta yer alan suçun, İtCK'da tek bir maddede değil, md. 295, 296 ve 297'de bizdeki gibi, işlenen suçun genel bir ağırlatıcı nedeni olarak değil, bağımsız birer suç olarak düzenlendikleri görülmektedir[21].

İtCK'nın yabancı devlet başkanlarına saldırı başlıklı 295/1'inci maddesi, *"İtalyan topraklarında yabancı bir devlet başkanının canına, güvenliğine veya kişisel özgürlüğüne saldıran kişi, cana kastetme halinde yirmi yıldan az olmamak üzere hapis ve diğer hallerde on beşten az olmayan hapis cezası ile cezalandırılır*",

295/2'nci maddesi de "*yabancı Devlet Başkanı'nın ölümü bu olaydan kaynaklanıyorsa, cana kastetme halinde suçlu kişi müebbet hapis cezası ile cezalandırılır; diğer durumlarda müebbet hapis cezası ile cezalandırılır*",

İtCK'nın yabancı devlet başkanlarının özgürlüğüne saldırı başlıklı 296'ncı maddesi ise, "*Bir önceki maddede belirtilen haller dışında, İtalyan topraklarında bulunan ve yabancı bir devlet başkanının özgürlüğüne saldıran kişi üç yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" şeklindedir.

Yabancı devlet başkanına hakaret suçunun yer aldığı İtCK'nın 297'nci maddesi 1999'da yürürlükten kaldırılmıştır.

İtCK md. 300'ün başlığı karşılıklılık olup, TCK md. 343'teki hükmün muadilidir. Madde şöyledir:

> "*295, 296, 297 ve 299. maddelerin hükümleri, yalnızca yabancı hukukun karşılıklı olarak İtalyan devlet başkanına veya İtalyan bayrağına eşit cezai korumayı garanti ettiği ölçüde uygulanır. Diplomatik misyon başkanları, 298. maddeye göre, ancak yabancı devlet İtalyan diplomatik misyon başkanlarına eşit cezai koruma sağlıyorsa, yabancı devlet başkanlarıyla eşittir. Eşit cezai korumanın bulunmaması halinde, on ikinci ve on üçüncü başlıklar (kişilere karşı ve mala karşı suçlar) hükümleri uygulanır; ama ceza arttırılır.*"

---

[21] Bkz: https://www.altalex.com/documents/news/2014/07/14/dei-delitti-contro-la-personalita-dello-stato, (Erişim Tarihi: 13.10.2021).

B. Almanya

Almanya'da da incelediğimiz suç, bağımsız bir suç olarak yabancı devletin organ ve temsilcilerine karşı saldırı başlığı altında AlmCK prg. 102'de düzenlenmiştir. Paragrafın 1'inci fıkrası, "*Her kim, yabancı devletlerden birinin başkanına, yabancı bir hükümetin üyesi veya yabancı bir diplomatik temsilciliğine, Almanya Federal Cumhuriyeti'nde akredite olan yöneticisine, saldırıya uğrayan kişinin yurt içinde resmi sıfatla bulunduğu sırada, bedenine veya hayatına karşı bir saldırıda bulunursa, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile çok ağır hallerde ise bir yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.*",

2'nci fıkrası da "*Mahkeme en az altı ay hapis cezasına mahkûm ederse, bu ceza ile birlikte kamu görevi üstlenme ehliyeti, seçimlerden haklar kazanma ehliyeti kamusal alanlarda seçme veya oy kullanma hakkının kullanılmasının yasaklanmasına karar verilebilir*"[22] yönündedir.

İçerisinde yabancı devlet başkanına hakaret suçunun da düzenlendiği AlmCK prg. 103'teki yabancı devletlerin organ ve temsilcilerine hakaret başlıklı suç, 01.01.2018 tarihinde tıpkı İtalya'da olduğu gibi yürürlükten kaldırılmıştır.

Karşılıklılık koşulunun da düzenlendiği ceza takibatının şartları başlıklı AlmCK prg. 104/a da "*Bu bölümde yer alan suçların soruşturulması veya kovuşturulması için, Almanya Federal Cumhuriyeti'nin, söz konusu devlet ile diplomatik ilişkisinin bulunması, karşılıklılık şartının garanti edilmiş olması ve ayrıcı suçun işlendiği sırada, bu garantinin mevcut bulunması, yabancı hükümet tarafından verilmiş bir talebin mevcudiyeti ve Almanya Federal Hükümetinin ceza takibatı açısından izin verilmiş olması şarttır*"[23] şeklindedir.

C. Fransa

Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu mülga md. 36'da yabancı devlet başkanını, yabancı devlet hükümet başkanını ve dışişleri bakanını aşağılamak suçu yer almaktaydı[24]. Bu madde de İtalya ve Almanya'da olduğu şekilde, ifade hürriyeti gereği yürürlükten kaldırıldı. Fransız Ceza Kanunu'nda ya-

---

[22] YENİSEY / PLAGEMANN, s. 168.

[23] YENİSEY / PLAGEMANN, s. 170.

[24] Bkz: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006070722/, (Erişim Tarihi: 10.10.2021).

bancı devlet başkanına karşı işlenen bir suçun özel olarak düzenlenmediği görülmektedir. Bu itibarla, yabancı devlet başkanına karşı adam öldürme, yaralama gibi bir suçun işlenmesi durumunda kanundaki genel hükümlerin uygulanacağı ortadadır.

D. İsviçre

İçeriğinde yabancı devlet başkanını aşağılama suçunun da düzenlendiği İsCK md. 296, "Yabancı bir devletin başkanını, hükümet üyelerini, diplomatik temsilcilerini, İsviçre'deki diplomatik bir konferansa katılan resmi delegelerini veya İsviçre'de yerleşik ya da ikamet eden uluslararası bir kuruluştaki resmi temsilcilerinden birini alenen aşağılayan kişi üç yılı geçmemek üzere hapis veya para cezası ile cezalandırılır"[25] şeklindedir. Görüldüğü üzere, İsCK'da sadece yabancı devlet başkanına karşı hakaret suçu özel olarak düzenlenmiştir. Bu da tıpkı Fransa'da olduğu gibi yabancı devlet başkanını öldürmek, yaralamak gibi başka bir suçun işlenmesi durumunda genel hükümlerin uygulanacağı anlamına gelmektedir.

E. Polonya

Polonya CK md. 136'da yabancı devlet başkanına saldırı ve alenen hakaret suçlarının düzenlendiği görülmektedir[26]. Söz konusu maddenin 1'inci paragrafı, "her kim, Polonya Cumhuriyeti topraklarında Polonya Cumhuriyeti nezdinde akredite olan yabancı bir devletin başkanına, diplomatik başkanına veya kanun, anlaşma ya da genel olarak benzer şekildeki bir korumadan yararlanan kimseye karşı etkin saldırı gerçekleştirirse üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".

Maddenin 3'üncü paragrafı da "her kim, paragraf 1'de sayılan kimselere alenen hakaret ederse bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" şeklindedir.

II. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Yukarıda, yabancı devlet başkanlarına yönelik suçların genel anlamda devletin şahsiyetine karşı suçlar kategorisinde olduğunu ve devlet olma gereği yabancı devlet temsilcilerinin (başkanı dahil) korunmasının gerektiğini

---

[25] Bkz: https://www.legislationline.org/download/id/8991/file/SWITZ_Criminal%20Code_as%20of%202020-07-01.pdf, (Erişim Tarihi: 10.10.2021).

[26] https://www.legislationline.org/download/id/7354/file/Poland_CC_1997_en.pdf, (Erişim Tarihi: 10.10.2021).

belirtmiştik. Devlet başkanı, siyasi iktidar içerisinde yer alan ve tek kişiden oluşan bir organdır. Bu itibarla, devlet başkanına karşı bir suç işlendiğinde hem tek kişiden oluşan bu organ hem de devlet başkanının şahsının korunması amaçlanmaktadır. İhlal edilen menfaat şahsi olsa da devlet başkanı egemenliğin sembolü olduğundan devlete karşı bir suç işlenmiş olmakta ve bu da kendi devlet başkanına yönelik olduğunda ulusal, yabancı devlet başkanına yönelik olduğunda da uluslararası birlik ve düzeni bozmaktadır[27]. Kaldı ki, bu tarz düzenin devamlılığı, ilişkilerin normal şekilde sürdürülebilirliği, yabancı devlet başkanlarının ilgili devletin teminatı (koruması) altında olmasını da gerektirmektedir[28].

TCK md. 340/1'de düzenlenen yabancı devlet başkanına karşı suçla korunan hukuki yarar konusunda yabancı ve Türk öğretisinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir: İtalyan öğretisindeki bir görüşte; 'bu suçla amaçlananın devlette görev alan kimselerin kişisel olarak korunması olmadığı, esasında bu kişiler nezdinde devletin güvenliğini korumanın amaçlandığı, bu temelde uluslararası ilişkilerde ortaya çıkabilecek olası olumsuzlukların önüne geçilmesinin, bu sayede de neticede devlete ait bir değerin (devletin) korunmak istendiği' ifade edilmektedir[29]. Diğer bir görüş ise, 'karşılıklılık koşulunun aranıyor olması, düzenlemenin esasının uluslararası yardımlaşma olduğu, bu itibarla ilk görüşün aksine ulusal bir değerin (devletin) korunmak istenmediği' şeklindedir[30]. Alman öğretisindeki bir görüş, 'yabancı devletlerin hukuki menfaatlerinin', bir diğer görüş, 'yabancı devletlerle mevcut iyi ilişkilerin sürdürülmesindeki milli menfaatin', karma nitelikteki üçüncü görüş ise, 'bu amaçların her ikisinin birlikte sağlanmak istenmesi' olduğu yönündedir[31].

Türk öğretisindeki bir görüşe göre; 'siyasi ve askeri güvenliği sarsacak nitelikte bu türden bir suçun işlenmesi durumunda Türkiye'nin uluslararası durumu zayıflayabilir, hatta bozulabilir, bu itibarla suçla öncelikle Türk Devletinin uluslararası menfaatleri korunmak istenmektedir'[32]. Bir başkasına göre, 'TCK md 340/1'de, devlet başkanına karşı işlenen suçun herhangi bir

---

27 GÖZÜBÜYÜK, s. 751; ÖZEK, s. 109-113.

28 SOYASLAN, s. 770.

29 FIANDACA Giovanni / MUSKO Enzo, **Dritto Penale, Parte Speciale**, c: I, Bologna, 1993, s.85'ten aktaran HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 495.

30 Enclopedia di Dritto, 41'den aktaran HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 495.

31 Alman öğretisindeki bu görüşler için bkz: ERSOY, s. 30-31.

32 ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1321; GÖZÜBÜYÜK, s. 751.

suç olabileceği ifade edilmiş olsa da (öldürme, yaralama, hakaret, hırsızlık vs.) işlenen suç yabancı bir devlet başkanına yönelik olup, "bir anlamda niteliği değiştiğinden"[33], bu suçla korunan hukuki yarar, "devletlerin uluslararası ilişkilerinin bozulması tehlikesine neden olabilecek ihlallerin önlenmesine yönelik kamusal yarardır."[34]

Katıldığımız görüşe göre ise, burada ikili bir koruma söz konusudur. Yabancı bir devlet başkanına karşı Türkiye'de veya bir Türk tarafından yabancı bir ülkede suç işlenmesi (öldürülmesi, saldırıya uğraması, hürriyetinin tahdit edilmesi, aşağılanması gibi) durumunda hem ulusal hem de uluslararası menfaatlerimizin zarar göreceği ortadadır. Bu itibarla bu suçla, uluslararası ilişkilerimizin bozulması tehlikesine neden olabilecek ihlallerin önlenmesine yönelik kamusal yarar (ulusal menfaatlerimiz) ve karşılıklılık koşuluna riayet eden yabancı ülkelerin menfaatleri (bir anlamda bizim de uluslararası menfaatlerimiz) korunmak istenmektedir[35].

III. SUÇUN UNSURLARI

1. Maddi Unsurlar

A. Fail

TCK md. 340/1'de düzenlenen suçun özgü suç niteliğinde olmadığı görülmektedir. Zira kanun maddesinde faile yönelik herhangi bir özel belirleme bulunmamakta, sadece kişi şeklinde ifade edilmektedir. Bu itibarla herkes bu suçun faili olabilir[36]. Fail, bu suçu Türkiye'de veya yabancı ülkede işleyen bir Türk olabileceği gibi, mağdurun tabi olduğu yabancı ülke ile aramızın bozulması için suçu Türkiye'de işleyen bir yabancı da olabilir[37].

B. Mağdur

Suçun mağduru da korunan hukuki yarar gibi tartışmalı konulardan birini oluşturmaktadır: Korunan hukuki yarar, uluslararası ilişkilerin bozulmasının önüne geçmek olduğundan, bu ilişkilerin muhatabının Türkiye Cumhu-

---

33 ÖZEK, s. 109.

34 HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 496. Benzer yöndeki görüş için bkz: SOYASLAN, s. 770.

35 ERSOY, s. 32.

36 ERSOY, s. 55; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 496.

37 ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1321. Tıpkı Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı suçunda (ETCK md. 156, TCK md. 310'da) olduğu gibi. Bkz: ÖZEK, s. 128.

riyeti Hükümeti olduğu, bu itibarla mağdurun hükümet olduğunu, hangi suç olursa olsun devlet başkanına (bir kimseye) karşı suç işlendiğinden mağdurun yabancı devlet başkanı olduğunu söyleyenler de bulunmaktadır[38]. Kanaatimizce, bu suçta hem hükümet hem devlet başkanı birlikte mağdurdur. Mağdur konumundaki devlet başkanı, ülkenin idare şekline göre, cumhurbaşkanı, başkan, kral, kraliçe, Vatikan açısından Papa vs. olabilir[39].

TCK md 340'ın gerekçesinde; "*söz konusu yabancı devletin Türkiye tarafından tanınmış bulunması, doğal olarak, temel koşuldur*"[40] ifadesi yer almaktadır. Bundan, madde metninde sözü edilen mağdur konumundaki yabancı devlet başkanının Türkiye tarafından tanınmış bir devletin başkanı olmasının şart olduğu anlaşılmaktadır[41]. Korunan hukuki yararlardan biri, uluslararası menfaatler olunca tanımadığımız bir ülke ile zaten bu tarz ilişki olmayacak, tanımadığımız bir ülkenin devlet başkanı da koruma kapsamında bulunmayacaktır[42]. Mağdur hükümetimizce tanınmış ama düşman bir ülke devlet başkanı da olabilir zira temel amaç uluslararası ilişkilerin bozulmasının önüne geçmek olduğundan sadece dost değil, düşman ülke ile zaten bozuk olan ilişkilerinin daha da bozulması istenen bir şey değildir[43].

Mağdur sadece yabancı bir ülkenin devlet başkanı olabilir. Diğer bir deyişle, Türkiye Cumhuriyeti Devlet Başkanı (Cumhurbaşkanı) madde kapsamında değildir. Çünkü düzenleme gayet açık ve net olduğu gibi Türkiye Cumhuriyeti Devlet Başkanına karşı işlenecek bu türden suçlar, ayrı ve özel başka (TCK md. 299 ve 310'daki) suçları oluşturmaktadır[44]. Korunan hukuki yararı ve suçun düzenlendiği yeri dikkate alarak, yabancı devlet başkanı olan mağdura karşı olası suçun, ancak resmi ziyarette bulunduğu sırada işlenmesinin şart olduğu, turistik gezi esnasında işlenmesi durumunda normal mağdur sayılması gerektiği[45] yönündeki görüşe iştirak etmemekteyiz. Zira nasıl ki, dostane ilişkiler içerisinde olmadığımız bir devletin başkanına karşı

---

38 HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 497; ÖZEK, s. 114.

39 GÖZÜBÜYÜK, s. 752.

40 Gerekçe için bkz: https://www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 24.09.2021).

41 ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1322; ERSOY, s. 42; GÖZÜBÜYÜK, s. 752; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 497; Majno, s. 63; SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2058.

42 EREM, s. 1113.

43 EREM, s. 1113; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 497; SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2059; SOYASLAN, s. 770.

44 ÖZEK, s. 129.

45 SOYASLAN, s. 771.

bir suç işlenmesi (örneğin, öldürülmesi) uluslararası ilişkilere daha fazla zarar verecek mahiyettedir, aynı şekilde turistik amaçla ülkemize gelen bir devlet başkanına yönelik suç işlenmesi de bünyesinde bu tehlikeyi barındırmaktadır. Ayrıca bir devlet, ülkesinde herhangi bir amaçla (ister gezme ister resmi ziyaret amaçlı) bulunan bir yabancı devlet başkanını her türlü korumak yükümlülüğündedir. Kaldı ki, konuyla ilgili olarak yukarıda da belirttiğimiz üzere, AlmCK'da suçun, yabancı devlet başkanının '*yurt içinde resmi sıfatla bulunduğu sırada*' işlenmesinden[46]; İtCK'da suçun '(İtalyan) Devletinin topraklarında işlenmesinden'[47]; İsCK'da suçun, 'İsviçre'de, İsviçre'deki bir konferansta işlenmesinden'[48], Polonya CK'da suçun 'Polonya Cumhuriyeti topraklarında işlenmesinden'[49] bahsedilmektedir. TCK'da ise, bu yönde bir düzenleme, ülkemizde işlenmesi gerektiği yönünde bir sınırlama bulunmamaktadır.

Yargıtay CGK'nın da TCK md. 340'taki suçun ülkemizde işlenmesinin şart olmadığı yönündeki görüşümüzü destekler mahiyette Vatikan Devlet Başkanı Papaya karşı bir Türk tarafından yabancı bir ülkede (İtalya'da) gerçekleştirilen suikast girişimine yönelik olarak fiil tarihinde yürürlükte bulunan ETCK md. 164'ün (TCK md. 340/1) uygulanması yönünde içtihatta bulunduğu görülmektedir[50].

Son olarak bilindiği üzere, ceza hukukunda suçluların iadesi kurumuna yönelik düzenlemeler arasında 'Suikast Hükmü' veya 'Belçika Kuralı' denilen bir kural bulunmaktadır[51]. Buna göre; yabancı ülke devlet başkanına ve aile üyelerine karşı işlenen tecavüz fiilleri siyasi suç olarak kabul edilmemekte ve siyasi suç faili iade edilmez kuralının istisnası söz konusu olmaktadır. Dikkat edileceği gibi bu kural kapsamına sadece devlet başkanı değil, aile üyeleri de dahildir. TCK md. 340/1 hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere,

---

46 YENİSEY / PLAGEMANN, s. 168.

47 Bkz: https://www.altalex.com/documents/news/2014/07/14/dei-delitti-contro-la-personalita-dello-stato, (Erişim Tarihi: 24.09.2021).

48 Bkz: https://www.legislationline.org/download/id/8991/file/SWITZ_Criminal%20Code_as%20of%202020-07-01.pdf, (Erişim Tarihi: 10.10.2021.

49 https://www.legislationline.org/download/id/7354/file/Poland_CC_1997_en.pdf, (Erişim Tarihi: 10.10.2021).

50 Yargıtay CGK'nın söz konusu 26.12.1988 tarih ve 1988-1/325 Esas, 1988/566 Karar sayılı kararı için bkz: www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 13.10.2021).

51 Konu hakkında bkz: ARTUK M. Emin / GÖKCEN Ahmet / ALŞAHİN M. Emin / ÇAKIR Kerem, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. bası, Adalet, Ankara, 2021, s. 1136; ÖZEK, s. 122-125.

incelediğimiz suçun koruma alanına ise sadece yabancı devlet başkanı girmektedir. Devlet başkanının aile üyeleri veya AlmCK'daki (mülga prg 103) düzenlemenin aksine başbakan veya bakanlara karşı işlenen suçlarda TCK md 340 hükmünün uygulanması mümkün değildir[52]. TCK md 342'de düzenlenen yabancı devlet temsilcilerine karşı suçla yabancı bir devlet mensubuna karşı suç işlenmesi durumunun yaptırım altına alınmış olmasına karşın, yabancı devlet başkanının refakatinde veya yanında seyahat eden eşinin veya başbakan ya da bakanın koruma kapsamına alınmamasına bir anlam vermek mümkün değildir[53].

C. Suçun Konusu

TCK md. 340/1'de düzenlenen suçun işlenmesi için mevzuatımızdaki herhangi bir suçun işlenmesinin yeterli olduğundan, diğer deyişle işlenmesi olası suç bakımından kanunda bir açıklık bulunmadığından (özel bir suç belirtmediğinden) suçun konusu da işlenen suça göre değişiklik gösterecektir. Örneğin, adam öldürme, yaralama, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun işlenmesi durumunda suçun konusu yaşayan bir kimse (insan), hırsızlık suçunun işlenmesi durumunda menkul mal, hakaret suçunun işlenmesi durumunda da bir kimsenin onuru, şerefi, saygınlığı olacaktır[54]. Bu itibarla suçun konusunu somut olaya göre, yabancı devlet başkanının fiziki veya manevi varlığı teşkil edecektir[55].

D. Hareket

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, suçun hüküm kısmı, "*yabancı devletlerden birinin başkanına karşı bir suç işleyen kişiye*" denilerek mevzuatımızdaki herhangi bir suça gönderme yapılarak belirlenmiştir[56]. Madde yabancı devlet başkanına karşı her nevi (herhangi bir) suçu kapsamaktadır[57]. Örneğin, yabancı devlet başkanının hayatına (öldürme), vücut tamlığına (yaralama), hürriyetine (kaçırılıp alıkonulma), şerefine (hakaret) veya mal

---

52 ERSOY, s. 58.

53 Benzer eleştiri ve değerlendirmeler için bkz: ERSOY, s. 58.

54 "*Suçun konusunun, yabancı devlet başkanının korunan her türlü hukuki değeri*" olduğu katılmadığımız görüş için bkz: ERSOY, s. 58. Zira bu belirleme suçun konusunu değil, suçla korunan hukuki yararı ifade etmektedir.

55 ÖZEK, s. 109, 111; SOYASLAN, s. 771.

56 EREM, s. 1113; GÖZÜBÜYÜK, s. 753; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 496.

57 ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1322; DONAY, s. 465; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 496; SOYASLAN, s. 771.

varlığına (hırsızlık, dolandırıcılık) karşı işlenmiş bir suç olabilir[58]. Hüküm gayet açık olup, kabahatlerin kapsam dışında tutulduğu anlaşılmaktadır[59].

Düzenleme böyle olduğu için suçun hareket kısmı şu veya bundan ibarettir demek ve bu kısımda açıklamak da suçu, hareketin sayısı, önemi, işlenme şekli açısından değerlendirmek de mümkün değildir. Zira tüm bu hususlar somut olayda işlenen suça göre şekillenecektir[60]. Örneğin, yabancı devlet başkanının öldürülmesi durumunda, adam öldürmeye, yaralanmasında yaralamaya yönelik suçun hareket kısmı bu suçun da hareket kısmını oluşturacaktır. Yine aynı şekilde işlenen suçun adam öldürme veya yaralama olması durumunda suç, hareketin önemi açısından serbest hareketli olacak, öldürmenin icraen veya ihmalen işlenmesi durumunda hareketin şekli açısından icrai veya ihmali, güveni kötüye kullanma suçu olması durumunda da seçimlik hareketli bir suç olacaktır.

Kanunda herhangi bir suçun işlenebileceğinden bahsedilmiş ve bunun işlenen suçun nitelikli hali olduğu belirtilmiş olsa da suçun yabancı devlet başkanına karşı işlenmiş olması ve nitelikli halin TCK'da devlete karşı suçlar başlığı altında yer alması, işlenen suçun niteliğinin de değişeceği anlamına gelmektedir[61]. Yabancı devlet başkanının öldürülmesi örneğinde hem adam öldürme suçunun nitelikli hali gerçekleşmiş olacak ve bu nedenle cezada artırıma gidilecek hem de suç kişilere değil, devlete karşı işlenen bir suç niteliğine bürünecektir[62]. Bunun da meclis tarafından çıkarılan bir af kanununda devlete karşı suçların af kapsamına alınmaması durumunda, normal adam öldürme suçlarının af kapsamında olması ama yabancı devlet başkanını öldürme suçunun bu kapsamda olmaması veya TCK md. 66/7 gereği bir Türk'ün yabancı ülkede yabancı devlet başkanını öldürmesi halinde TCK md. 66'da düzenlenen dava zamanaşımının uygulanmaması gibi çeşitli neticeleri olacaktır.

E. Netice

İşlenecek suç konusunda kanun maddesinde bir belirleme söz konusu olmadığından, hareket kısmında söylediklerimiz netice açısından da aynen

---

58 EREM, s. 1113; ÖZEK, s. 109.

59 ETCK döneminde de kabahatler kapsam dışındaydı. Bkz: EREM, s. 1114; SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2058.

60 ERSOY, s. 60.

61 EREM, s. 1113; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 496.

62 ÖZEK, s. 109.

geçerlidir. Bu itibarla, suçun neticesi bakımından da somut olayda işlenen suçun niteliğine ve özelliklerine göre bir değerlendirme yapmak gerekmektedir[63]. Örneğin, yabancı devlet başkanının öldürülmesi veya yaralanması durumunda netice açısından ani, kaçırılıp alıkonulması durumunda mütemadi bir suç, mal varlığının çalınması veya dolandırılması durumunda zarar, hakarete uğraması durumunda ise tehlike suçu söz konusu olacaktır.

F. Teşebbüs

TCK md. 340'ta herhangi bir suçun işlenmesinden bahsedilmektedir, suçun tamamlanmasından değil. Dolayısıyla işlenen suçun tamamlanmış olmasının veya teşebbüste kalmasının bir önemi bulunmamaktadır[64]. Somut olayda işlenen suç, eğer teşebbüse müsaitse ve şartları da mevcutsa, fail teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılacaktır. Örneğin, yabancı devlet başkanı öldürülmüşse tamamlanmış adam öldürmenin cezası ile ölmemiş yani suç teşebbüs aşamasında kalmışsa teşebbüsün düzenlendiği TCK md. 35/2 gereği daha az ceza ile cezalandırılacaktır.

2. Manevi Unsur

TCK md. 340/1'de herhangi bir suçun işlenebileceğinden bahsedilmiş, işlenecek olası suçun manevi unsurunun kast veya taksir olup olmaması konusunda herhangi bir ayırıma, belirlemeye gidilmemiştir. Bundan, sanki taksirli suçların da madde kapsamında olabileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak, suçun düzenlendiği yer, korunan hukuksal yarar gibi hususlar ve TCK md. 11 ve 13'üncü maddeleri dikkate alındığında, suçun ancak, kasıtlı bir suç olabileceği değerlendirilmektedir[65]. Örneğin, yabancı devlet başkanını kasten öldürmek, öldürmeye teşebbüs etmek, kasten yaralamak, hakaret etmek, hürriyetini tahdit etmek gibi. Somut olayda hangi suç işlenecek olursa, o suç için aranan kast bu suç açısından da geçerli olacaktır.

Koşulları gerçekleşmiş ve suçun yapısı müsaitse, işlenecek suçun olası kastla da işlenmesi mümkündür. Örneğin, adam öldürme veya yaralama fiillerinin olası kastla işlenmesi gibi. Yine maddedeki düzenlemede, yabancı devlet başkanına karşı işlenen suçta belirli bir amaç veya saikin aranmadığı

---

63 ERSOY, s. 63; ÖZEK, s. 174.

64 ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1322; EREM, s. 1114; ERSOY, s. 66-67; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 497; ÖZEK, s. 175.

65 Aynı yöndeki görüşler için bkz: ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1322; EREM, s. 1114; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 497; ERSOY, s. 64; GÖZÜBÜYÜK, s. 753; Özek, 116.

da anlaşılmaktadır[66]. Diğer deyişle, fail, yabancı devlet başkanına işlediği bu suçu siyasi bir saikle veya kişisel bir nedenle de işleyebilir.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

İncelediğimiz suç açısından mevzuatımızda özel bir hukuka uygunluk nedeni öngörülmediği için hukuka aykırılık konusunda genel hükümler geçerli olacaktır[67]. Pratikte uygulanma ihtimali çok düşük de olsa koşulları var olmak kaydıyla örneğin, failin yabancı devlet başkanına karşı kendisini savunması durumunda meşru savunma[68], basın özgürlüğü kapsamındaki eleştiri hakkı yabancı devlet başkanına karşı işlenen hakaret suçu açısından bir hukuka uygunluk nedeni olabilecektir.

Buna karşılık, yabancı devlet başkanına hakaret edilmesi durumunda, isnat olunanların gerçekliğinin ispatlanabileceği iddiası ileri sürülemez ve TCK'nın isnadın ispatı başlıklı 127'nci maddesi uygulanamaz[69]. Zira böyle bir durumda uluslararası ilişkilerin ciddi anlamda zarar görme tehlikesi söz konusu olabilir.

4. Suçu Etkileyen Nedenler

TCK md. 340/1'de, "*yabancı devlet başkanına karşı suç işleyen kişiye verilecek ceza, sekizde biri oranında artırılır. Suçun müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur*" denilmektedir. Bundan, işlenecek olası suç için bir ayrım yapılmaksızın, TCK md. 340/1'in bütün suçlar bakımından geçerli genel bir ağırlatıcı neden (suçun nitelikli hali) olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin kastının bunu da kapsaması gerekmektedir, yani failin işlediği suçun mağdurunun yabancı bir devletin başkanı olduğunu bilmesi şarttır[70].

TCK md. 340/1 hükmü ile sağlanmak istenen amaç ve korunmak istenen hukuki yararlar dikkate alındığında, bizce suçun bu şekilde genel bir

---

66 ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1322; EREM, s. 1114; Ersoy, 64; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 497; ÖZEK, s. 117.

67 ERSOY, s. 65.

68 ÖZEK, s. 120.

69 GÖZÜBÜYÜK, s. 753. Uygulanabileceği yönündeki katılmadığımız aksi görüş için bkz: EREM, s. 1114.

70 ERSOY, s. 63; GÖZÜBÜYÜK, s. 753; ÖZEK, s. 117.

nitelikli hal olarak düzenlemek yerine, yabancı devlet başkanına karşı özel bir suç şeklinde (tıpkı Cumhurbaşkanımıza yönelik suçlar gibi) düzenlenmesi çok daha yerinde olurdu[71].

IV. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN NEDENLER

TCK'da, incelediğimiz suç açısından kusurluluğu ortadan kaldıran veya etkileyen özel bir nedene yer verilmemiştir. Şartlarının gerçekleşmesi kaydıyla, TCK'nın 28/1'inci maddesinde düzenlenen cebir ve tehdide yönelik hükmün pratikte pek mümkün görünmemekle birlikte somut olayda uygulanması söz konusu olabilecektir. Örneğin, yabancı devlet başkanının öldürülmesi, yaralanması veya hakaret edilmesi yönünde cebir veya tehditte bulunulması.

Yine aynı şekilde TCK md. 25/2'de yer alan zorunluluk hali söz konusu olabilir.. Örneğin; bir hakka yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla (hastanede yatmakta olan çocuğunun acil tedavi masraflarını karşılayabilmek için) bu amacı gerçekleştirmeye yarayan bir eşyanın veya mal varlığı değerinin yabancı devlet başkanından çalınması gibi.

Somut olayda fail maddi unsurlar kapsamındaki suçun nitelikli halinde (öldürdüğü veya yaraladığı kişinin yabancı bir devletin başkanı olduğu hususunda) hataya düştüğünde, fail bu hatasından, yabancı devlet başkanını öldürmüş veya yaralamış gibi değil, normal bir insanı öldürmüş veya yaralamış gibi cezalandırılarak yararlanacaktır[72].

Yine fail tarafından yabancı devlet başkanına karşı suç işlenmesinin nedeni TCK md. 29'da düzenlenen haksız tahrike dayanmaktaysa, haksız tahrik kusurluluğu kaldıran değil, etkileyen bir neden olarak cezada indirime gidilmesi esasında dayandığından, TCK md 340/1 kapsamındaki bir suçu işleyen failin cezasında da indirim söz konusu olacaktır.

V. SUÇLARIN BİRLEŞMESİ VE İŞTİRAK

1. Suçların Birleşmesi

İncelediğimiz suç, bağımsız bir suç tipi olmayıp somut olayda işlenen herhangi bir suçun cezayı ağırlaştıran nitelikli hali olduğundan, işlenen suçta

---

[71] Aynı yönde bkz: SOYASLAN, s. 771.

[72] GÖZÜBÜYÜK, s. 753; ÖZEK, s. 11-118; SOYASLAN, s. 770.

geçerli içtima kuralları bu suç açısından da geçerli olmak durumundadır. Diğer bir deyişle, suçların birleşmesi işlenen suça göre değişkenlik gösterecektir[73]. Örneğin, devlet başkanının öldürülmesi veya buna teşebbüs edilmesi durumunda adam öldürme suçuna, yaralanması durumunda yaralama suçuna göre içtima değerlendirmesi yapılmak gerekecektir.

2. İştirak

TCK md. 340/1'de düzenlenen suçun faili herhangi bir kimse olabileceğinden iştirake yönelik özel bir düzenleme ve özellik bulunmamaktadır. Bu itibarla, iştirak konusunda genel kurallar geçerlidir[74].

VI. YAPTIRIM VE YARGILAMA

1. Yaptırım

Yabancı devlet başkanına karşı suçun yaptırımı, TCK md. 340/1'e göre, işlenecek olası suçun cezanın 1/8'i kadar artırılarak belirlenecektir. Diğer bir deyişle, suçun yaptırımı somut olayda hangi suç işlenmişse (örneğin, kastan yaralama, cinsel saldırı, hırsızlık, hürriyetten yoksun kılma, hakaret vs.) o suçun TCK'da belirtilen cezasında 1/8 oranında artırım yapılarak tespit edilecektir.

Suçun temel şekli söz konusu ise temel cezada, nitelikli hali söz konusu ise nitelikli halin cezasında artırım yapılacaktır. Örneğin, kasten yaralama suçunun TCK md. 86/1'deki temel şekli işlenmiş ise bir yıldan üç yıla kadar olan hapis, TCK md. 86/2'deki daha az cezayı gerektiren nitelikli halin gerçekleşmesi durumunda dört aydan bir yıla kadar olan hapis, TCK md. 86/3-a'daki daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halin gerçekleşmesi durumunda ise bir buçuk yıldan, dört buçuk yıla kadar olan hapis cezası üzerinden artırım yapılacaktır.

ETCK'daki düzenlemede artırım oranının 1/8'den, 1/2'ye kadar olduğu, düzenlemenin devlete karşı suçlar arasında yer alması ve korunan hukuki yararın uluslararası ilişkilerin bozulmasının önlenmesi olduğu düşünüldüğünde, temel cezada sadece 1/8 oranında artırımın ne kadar az ve yeterli korumayı sağlamaktan uzak olduğu ortadadır[75]. Bu itibarla, katıldığımız

---

[73] ERSOY, s. 66.

[74] ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1322; ERSOY, s. 66; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 497.

[75] ERSOY, s. 68.

görüşe göre, suçun bu şekilde bir ağırlatıcı neden olarak değil de bağımsız bir suç şeklinde düzenlenmesi çok daha yerinde olurdu[76].

Kasten adam öldürme suçunun temel şeklinin gerçekleşmesi durumunda ise, fail TCK md. 81/1'de yer alan müebbet hapis cezasına değil, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilecektir. Zira TCK md. 340/1'in 2'nci cümlesi; "*suçun müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur*" şeklindedir.

2. Yargılama

TCK md. 340/2; "*fiil, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlardan ise, soruşturma ve kovuşturma yabancı devletin şikayetine bağlıdır*" şeklindedir. Fıkradan anlaşılan ilk şey, failin TCK md. 340 kapsamında işlediği suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete tabi olmaması durumunda, soruşturma ve kovuşturmanın re'sen yapılacak olması, ilgili kimsenin ihbar veya şikâyet gibi bir bildirimde bulunmasının şart olmamasıdır[77]. İkinci şey ise, aksi durumda yani işlenen suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete tabi olması durumunda, soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için yabancı devletin şikâyette bulunmasının gerekli olduğudur[78].

Hatırlanacağı gibi, TCK md 340/2'nin muadili olan ETCK md. 164/2'; "*takibat icrası kendine taarruz olunan kimsenin şikayetnamesine bağlı işlerde ecnebi hükümet tarafından müracaat vukubulmadıkça takibat yapılamaz*" şeklindeydi. Görüldüğü üzere, ETCK dönemindeki düzenlemede '<u>şikâyet</u>' yerine '<u>müracaat</u>' kavramı kullanılmaktaydı.

Bu durumda akla şu sorular gelmektedir: Acaba TCK md. 340/2, 342/2 ve başka maddelerde (örneğin md. 11/2'de) bahsedilen şikâyetin kavramının niteliği nedir? Bu şikâyet ile TCK md. 73 ve 125'te bahsedilen şikâyet aynı

---

76 SOYASLAN, s. 771.

77 HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 498; ERSOY, s. 68.

78 ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1323; DONAY, s. 465; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 498; SOYASLAN, s. 771; YENİDÜNYA A. Caner / İÇER Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet, Ankara, 2016, s. 176; YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 613. Ersoy bunu, "yabancı devletin şikâyette (talepte) bulunması gerekmektedir" (bkz. ERSOY, s. 68, 69) şeklinde ifade etmektedir. Ancak, yukarıda da açıklandığı üzere ceza muhakemesi koşullarından şikâyet ile talep bambaşkadır. Nitelikleri birbirinden farklıdır. Bu itibarla, bu şekilde aynı anlamda kullanılması yerinde olmamıştır.

nitelikte midir? TCK'da bahsedilen 'şikâyet' ile ETCK'da kullanılan 'müracaat' kavramları aynı nitelikte midir? Yine hem TCK'da hem de ETCK'da bahsedilen 'talep' kavramı ile aralarında fark var mıdır?

Öğretide, birer kovuşturma (dava) koşulu olarak ifade edilen 'talep ve müracaatın', Devletin, belli suçlarda belirli makamlar aracılığıyla savcılığa yaptığı şikâyet olduğu[79], diğer bir deyişle şikâyetin birer türü olduğu, ikisi arasındaki farkın ise, talepte bulunma yetkisinin Adalet Bakanına[80], diğerinde farklı bir mercie (yabancı hükümete veya devlete) ait olması, talep üzerine savcılığın dava açmaya (iddianame tanzim etmeye) mecbur olmasına rağmen müracaatta böyle bir mecburiyetin söz konusu olmadığı şeklinde belirtilmektedir[81]. Yine müracaatın şikâyetten farklı olarak herhangi bir süreye bağlı olmadığı ve bir kez yapıldıktan sonra geri alınmasının mümkün olmadığı da ifade edilmektedir[82].

ETCK'da (md. 4, 6 ve 7'de) talep kavramının yanı sıra müracaattan da açıkça ve ayrıca bahsedilmiş (md. 164 ve 165'te) olmasına karşın, TCK'da ise sadece talepten (md. 12[83] ve 13'te) bahsedildiği görülmektedir[84].

Öğretide kimi yazarlar, 'yabancı devletin şikâyeti' şeklinde isimlendirilen TCK md. 340/2'deki bildirimin niteliğinin de şikâyet olduğunu, diğer bir deyişle, TCK md. 73'te düzenlenen şikâyet ile aynı olduğunu, bu itibarla, şikayetle ilgili genel hükümlere tabi bulunduğunu söylenmektedir[85]. Koşulu yine bu şe-

---

79 EREM, s. 1115; KUNTER Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. bası, Beta, İstanbul, 1989, s. 94; YENİDÜNYA / İÇER, s. 176; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 13.

80 ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 695.

81 KUNTER, s. 94; ÖZGENÇ, s. 695.

82 KUNTER, s. 94-95; ÖZGEN Eralp, "Sermaye Piyasası Kanunu'nun 49. maddesi ile Sermaye Piyasası Kurulu'na Tanınan Başvurma Yetkisinin Talep ve Şikâyet Kavramları Bakımından Değerlendirilmesi, Cumhuriyet Savcılarının Takdir Yetkisi", **SPK 15. Yıl Sempozyumu**, SPK Yayınları, Ankara, 1998, s. 194.

83 TCK md. 12'de, "Adalet Bakanının istemi" kavramı kullanılmıştır. Ancak, bizce burada bir yazım hatası söz konusu olup, burada kastedilen TCK md. 13'teki şekliyle "Adalet Bakanının talebi" denilmek istenmiştir. Özbek de TCK md. 12'yi açıklarken Adalet Bakanının talebinden bahsetmektedir. Bkz. ÖZBEK Veli Özer, **Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı**, 4. bası, Seçkin, Ankara, 2010, s. 239.

84 "TCK'da müracaat koşulu yerine şikâyet kavramının kullanıldığı" yönündeki görüş için bkz: ÖZGENÇ, s. 695.

85 DONAY, s. 465; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 498; YENİDÜNYA / İÇER, s. 176; Yenisey - Nuhoğlu, 613. ETCK dönemindeki benzer görüş için bkz: EREM, s. 1115.

kilde isimlendiren başka yazarlar ise, yabancı devletin bu şikayetinin, talep niteliğinde olduğunu belirtmekte, ancak başvuru üzerine yapılan soruşturma neticesinde savcının kamu davası açmak zorunda olmadığını söylemektedir[86].

Görüşlerine katıldığımız diğer yazarlara göre ise, burada bahsedilen şikâyet teknik anlamda şikâyet değildir[87], zira mevzuatımıza göre şikâyetin suçtan zarar gören tarafından yapılması gerekmektedir[88]. Halbuki, yabancı devlet başkanına karşı işlenen bir suçta, yabancı devletin suçtan zarar gören olarak kabulü mümkün değildir. Kaldı ki, 'yabancı devletin şikâyeti' ile ilgili olarak TCK md. 11/2'nin 2'nci cümlesinde; "*bu durumda şikâyet, vatandaşın Türkiye'ye girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmalıdır*" denilmektedir. Eğer burada bahsedilen şikâyet teknik anlamda şikâyet olsaydı, suçtan zarar görenin şikâyete konu fiilin ve failin kim olduğunun öğrenilmesinden itibaren altı ay içerisinde yapılması gerekirdi[89]. Ayrıca suçun düzenlendiği bölümde yer alan TCK md. 342'de hakaret suçunun işlenmesi durumunda mağdurun şikayetinden, TCK md. 340 ve 341'de ise, yabancı devletin şikayetinden bahsedilmektedir. Bu da bizce, TCK md. 340'ta bahsedilen şikâyetin teknik anlamda şikâyet olmadığının diğer bir kanıtıdır.

Kanaatimizce, suçun düzenlendiği yer ve suçla korunan hukuki yararlar dikkate alındığında, TCK md. 11/2, 340/2 ve 343'te bahsedilen 'yabancı devletin şikâyeti' tabirini ETCK'da olduğu şekilde, şikâyet türlerinden müracaat ya da AlmCK olduğu şekilde talep olarak kabul etmek (hatta maddede değişikliğe giderek talep koşulu olarak düzenlenmesi) daha doğrudur[90]. Bu sayede, yapılan başvuru üzerine savcılar dava açmak zorunda kalacak, böylelikle suçla korunmak istenen hukuki yararlar daha gerçekçi bir biçimde sağlanmış olacaktır.

TCK'da artık "*müracaat yerine, şikâyet kavramının kullanıldığı*"[91] yönündeki görüş dikkate alındığında da bunu bizce, diğeri ile karıştırılmaması için teknik anlamda şikâyet olarak değil, şikâyetin bir başka türü olarak 'yabancı

---

86 CENTEL Nur / ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 114.

87 ÖZBEK, s. 235.

88 TCK md. 73'te şikâyette bulunandan, "yetkili kimse" olarak bahsedilse bile, bunu, suçtan zarar görmeyenlerin de şikâyette bulunabileceği şeklinde kabul etmek mümkün değildir. Aynı yönde bkz: ÖZBEK, s. 704.

89 Özbek, 703; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 610.

90 ERSOY, s. 53.

91 ÖZGENÇ, s. 695. "Müracaatın, şikâyet anlamında olduğu" yönündeki ETCK dönemindeki görüş için bkz: Majno, s. 64. Bu kavramın kullanılmasının hatalı olduğu yönündeki görüş için de bkz: ERSOY, s. 53.

devletin şikâyeti' şeklinde değerlendirmek ve isimlendirmek gerekmektedir. Bu kabul de bizi, yabancı devlete ait bu müracaatın, diğer şikâyetten farklı olarak herhangi bir süreye bağlı olmadığı ve bir kez yapıldıktan sonra geri alınmasının mümkün olmadığı neticelerine götürecektir[92]. Belirtilenin[93] aksine, bunu talep olarak da nitelendirmek mümkün değildir, zira yukarıda da belirttiğimiz üzere, talep koşulu söz konusu olduğunda savcı iddianame tanzim etmek zorunda olduğu halde, burada böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır[94] ve talep koşulunun gerçekleştirilmesinde yetki yabancı devlete değil, Adalet Bakanına aittir[95].

İster şikâyet ister yabancı devlet şikâyeti, isterse müracaat denilsin, söz konusu yabancı devlet başvurusunun, hükümet kararına dayalı olarak, iade (geri verme) kurumunda olduğu gibi Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla yapılması gerekmektedir[96].

İncelediğimiz suçun ortak hükmü niteliğindeki 'karşılıklılık koşulu' başlıklı TCK md. 343; "*bu bölümde yazılı hükümlerin uygulanması, karşılıklılık koşuluna bağlıdır*" şeklindedir[97]. Bu hükümden, TCK md. 340 kapsamında işlenen suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının ister şikâyete tabi olsun ister olmasın (re'sen yapılacak olsun) fail hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesinin, karşılıklılık koşuluna tabi tutulmuş olduğu anlaşılmaktadır. Öğretide bu koşulun, bir cezalandırılabilme şartı veya suçun ön şartı olduğu da iddia edilmekle birlikte[98], katıldığımız görüşe göre, karşılıklılığın fiilin ağırlığı ile hiçbir ilgi ve alakası olmadığı gibi, işlenen fiilin haksızlık içeriğini veya failin kusurluluğunu da etkilememektedir, sadece fail hakkında muhakeme yapılabilmesinin koşulu olup, bu nedenle şikâyet, izin, talep gibi bir muhakeme koşuludur[99].

---

92 KUNTER, s. 94-95; ÖZGEN, s. 194.

93 CENTEL - ZAFER, s. 114.

94 CENTEL - ZAFER, s. 114; YENİDÜNYA / İÇER, s. 176; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 613.

95 ÖZGENÇ, s. 695.

96 DONAY, s. 465; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 498.

97 Düzenlemenin bu ifadenin ne anlama geldiği, suçun maddi unsuru kapsamında mı olduğu, yoksa bir objektif cezalandırılabilme koşulu mu olduğu ya da muhakeme koşulu mu olduğu yönündeki tartışmalara son verecek mahiyette olmadığı, konuya açıklık getirilebilmesi için normda değişiklik yapılması gerektiği yönündeki katıldığımız görüş için bkz: BEKAR Elif, **Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 224.

98 Söz konusu yazarlar ve görüşleri için bkz: ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1322; BEKAR, 218-222; ERSOY, s. 68 ve dn. 29.

99 BEKAR, s. 224; KUNTER, s. 107; ÖZGENÇ, 682, dn., s. 1196; ERSOY, s. 40-41; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 624.

Karşılıklılık koşulu hukuk sözlüğünde, "*mütekabiliyet kuralı; bir devletin, diğer bir devlet vatandaşlarına mahkeme kararlarına veya herhangi bir davranış biçimine karşı tutumuna karşılık, diğer devletin de aynı biçimde davranması*"[100] şeklinde tanımlanmaktadır. TCK'daki anlamı ise, bir devletin mevzuatında bulunan yabancı devlet mensubuna karşı suçların düzenlendiği hükümlerin, ilgili devletin mevzuatında da benzer şekilde, aynı esasta kabul edilmiş olmasına bağlı olmasıdır[101]. İncelediğimiz suç bakımından, yabancı devlet başkanına karşı işlenen bir suçun muhakemesinin, ancak ilgili devlet başkanının tabi olduğu devletin mevzuatında da düzenleniyor olmasına tabi bulunmasıdır[102].

Konuyla ilgili olarak TCK md. 343'ün madde gerekçesinde; "*madde, Türkiye'de görevli yabancı devlet temsilcilerine veya diplomasi memurlarına veya uluslararası kuruluşların temsilcileri ile bunların diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınan memurlarına karşı görevlerinden dolayı herhangi bir suç işlenmesi hâlinde, kanunda o suça özgü cezanın uygulanacağı hükmünü getirmiş bulunmaktadır. Böylece, Türkiye'deki memurlara karşı görevlerinden dolayı işlenecek ve yabancılar bakımından da işlenmesi olanaklı suçlardan dolayı aynı maddeler hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiş olmaktadır*" denilmektedir. Görüldüğü üzere, gerekçe yukarıdaki görüşümüzü destekler mahiyettedir.

Karşılıklılık koşulu ile yerinde bir şekilde yabancı ülkelerin de kendi mevzuatlarında Türkiye Cumhuriyeti'ni, devlet başkanını, temsilcilerine karşı işlenecek benzer suçlarda aynı korumanın sağlanması/temini amaçlanmaktadır[103]. Diğer deyişle, ilgili hükümet, vatandaşı olan Devlet Başkanının, yabancı ülkeye gittiğinde, orada bulunduğunda da aynı haktan, korumadan faydalanacak olmasını temin açısından, o düzenlemenin yabancı ülke mevzuatında da mevcut olmasını temin etmek istemektedir[104]. Amaç bu olmakla birlikte bazı yabancı ülke düzenlemelerinin aksine[105] kanaatimizce bunun için tam karşılık-

---

[100] YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 5. bası, Yetkin Kitabevi, Ankara, 1996, s. 449.

[101] KUNTER, s. 107.

[102] ERSOY, s. 69.

[103] ERSOY, s. 40.

[104] Konu hakkındaki Alman öğretisine yönelik açıklamalar için bkz: BEKAR, s. 223-224.

[105] Bu koşulun düzenlendiği AlmCK prg. 104-a'da; "*karşılıklılık şartının garanti edilmiş olmasından ve ayrıca suçun işlendiği sırada bu garantinin mevcut olmasından*" (bkz: YENİSEY / PLAGEMANN, s. 170); İtCK md. 300'de de "hükmün, yalnızca yabancı hukukun karşılıklı olarak İtalyan devlet başkanına eşit cezai korumayı garanti ettiği ölçüde uygulanacağından" (bkz: https://www.altalex.com/documents/news/2014/07/14/dei-delitti-contro-la-personalita-dello-stato, (Erişim Tarihi: 10.10.2021) bahsedilmektedir.

lılığın bulunması yani pratikte fiilen uygulanıyor olması şart değildir[106], sadece mevzuatta yer alması yeterlidir. TCK md 340 ve AlmCK prg. 102, İtCK md. 295 ve 296 bu açıdan ele alındığında/karşılaştırıldığında gerek suçun unsurları gerek yaptırımı ve diğer özellikleri açısından karşılıklılık koşulunun bizim açımızdan sağlandığı görülmektedir.

Öğretide, 'Koşulun faydasının diğer devletlerin mevzuatlarında da bu yönde hüküm tesis etme açısından zorlayıcı olacağı yönünde olduğu'[107] ifade edilmekle birlikte, her ülke mevzuatında bulunmamasından, bu görüşün pratikte çok da bir değerinin olmadığı ortadadır.

Karşılıklılık koşulunun uygulanmadığı yabancı bir ülke devlet başkanına karşı bir suç (kasten adam öldürme veya hırsızlık) işlenmesi durumunda ise, fail hakkında TCK md. 340/1 uygulanmaz. Fail, devlete karşı değil de kişiye veya mala karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır[108]. TCK'da bu yönde açık bir hüküm olmamakla birlikte, karşılıklılık koşulunun düzenlendiği İtCK md. 300/3, '*eşit cezai korumanın bulunmaması halinde, işlenen suça, kişilere ve mala karşı suçlara yönelik hükümler uygulanır; ama cezası arttırılır*'[109] şeklindedir.

Görevli mahkeme Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11 ve 12'inci maddeleri gereğince işlenen suça göre Ağır Ceza veya Asliye Ceza Mahkemesidir. Yabancı devlet başkanının canına kastedilmesi, yağma suçunun işlenmesi durumunda görevli mahkeme Ağır Ceza, taşınmaz malının çalınması, hürriyetinden yoksun bırakılması durumunda ise, Asliye Ceza Mahkemesi olacaktır.

Yargılama ise; CMK md. 12/1'deki genel kurala göre suçun işlendiği yer mahkemesince yapılacaktır.

---

[106] EREM, s. 1113; SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2059. Sadece mevzuatta var olmasının yeterli olmayacağı, fiilen uygulanması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz: SOYASLAN, s. 770.

[107] EREM, s. 1113-1114.

[108] SOYASLAN, s. 770.

[109] Bkz: https://www.altalex.com/documents/news/2014/07/14/dei-delitti-contro-la-personalita-dello-stato, Erişim Tarihi: 10.10.2021.

NETİCE

Öğretide kimi yazarlarca yerinde bir şekilde belirtildiği üzere, yabancı devlet başkanları ve temsilcilerine karşı Türkiye'de veya yabancı ülkede bir suçun işlenmesi durumunda Türkiye'de bulunan herkes gibi bu kişilerin de zaten cezai koruma altında olup, Devlete Karşı Suçlar kısmında ayrıca bu tarz suçlara TCK md. 340, 342'de olduğu şekilde ayrıca yer verilmesi bizce yerinde olmamıştır.

Suçla korunmak istenen hukuki yarar birden fazla olup, bunlar, uluslararası ilişkilerimizin bozulması tehlikesine neden olabilecek ihlallerin önlenmesine yönelik kamusal yarar ve karşılıklılık koşuluna riayet eden yabancı ülkelerin menfaatleridir.

TCK md. 340/1'de faile yönelik herhangi bir özel belirleme bulunmamaktadır, bu itibarla herkes bu suçun faili olabilir. Fail, bu suçu Türkiye'de veya yabancı ülkede işleyen bir Türk olabileceği gibi, mağdurun tabi olduğu yabancı ülke ile aramızın bozulması için suçu Türkiye'de işleyen bir yabancı da olabilir. Kanaatimizce, bu suçta hem hükümet hem devlet başkanı mağdurdur. Mağdur konumundaki devlet başkanı, ülkenin idare şekline göre, cumhurbaşkanı, başkan, kral, kraliçe, Vatikan açısından Papa vs. olabilir. Maddedeki düzenlemeye göre, suçun işlenmesi için mevzuatımızdaki herhangi bir suçun işlenmesinin yeterli olduğundan, suçun konusu da işlenen suça göre değişiklik gösterecektir.

Suçun hüküm kısmı mevzuatımızdaki herhangi bir suça gönderme yapılarak belirlenmiş olduğundan, suçun hareket kısmı şu veya bundan ibarettir demek ve hareketin sayısı, önemi, işlenme şekli açısından değerlendirme yapmak mümkün değildir. Suçun hareket unsuru da işlenen suça göre değişebilecektir. TCK md. 340'ta herhangi bir suçun işlenmesinden bahsedilmektedir, suçun tamamlanmasından değil. Dolayısıyla işlenen suçun tamamlanmış olmasının veya teşebbüste kalmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Suçun düzenlendiği yer, korunan hukuksal yarar gibi hususlar ve TCK md. 11 ve 13'üncü maddeleri dikkate alındığında, madde işlenecek suçun ancak, kasıtlı bir suç olabileceği, bunun yanı sıra saik veya amacın bir öneminin de bulunmadığı anlaşılmaktadır.

TCK md. 340/1'in bütün suçlar bakımından geçerli genel bir ağırlatıcı neden olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Madde ile sağlanmak istenen amaç ve korunmak istenen hukuki yararlar dikkate alındığında, suçun bu

şekilde genel bir nitelikli hal olarak düzenlemek yerine, yabancı devlet başkanına karşı özel bir suç şeklinde düzenlenmesi bizce çok daha iyi olurdu.

Somut olayda fail maddi unsurlar kapsamındaki suçun nitelikli halinde hataya düştüğünde, fail bu hatasından, yabancı devlet başkanını öldürmüş veya yaralamış gibi değil, normal bir insanı öldürmüş veya yaralamış gibi cezalandırılarak yararlanacaktır.

Suçun yabancı devlet başkanına karşı işlenmiş olmasından kaynaklı artırım oranının ETCK'daki düzenlemede 1/8'den, 1/2'ye kadar olduğu, düzenlemenin devlete karşı suçlar arasında yer aldığı ve korunan hukuki yararın uluslararası ilişkilerin bozulmasının önlenmesi olduğu düşünüldüğünde, temel cezada sadece 1/8 oranında artırıma gidilebilecek olması bizce yeterli korumayı sağlamaktan uzaktır.

TCK md. 340/2; "*fiil, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlardan ise, soruşturma ve kovuşturma yabancı devletin şikayetine bağlıdır*" şeklindedir. Bizce burada bahsedilen şikâyet, TCK md. 73'te yer alan teknik anlamda şikâyet değildir, zira mevzuatımıza göre şikâyetin suçtan zarar gören tarafından yapılması gerekmektedir. Ayrıca TCK md. 342'de hakaret suçunun işlenmesi durumunda mağdurun şikayetinden, TCK md. 340 ve 341'de ise, yabancı devletin şikayetinden bahsedilmektedir. Bu da bizce, TCK md. 340'ta bahsedilen şikâyetin teknik anlamda şikâyet olmadığının diğer bir kanıtıdır.

İncelediğimiz suçun ortak hükmü niteliğindeki 'karşılıklılık koşulu' başlıklı TCK md. 343; "*bu bölümde yazılı hükümlerin uygulanması, karşılıklılık koşuluna bağlıdır*" şeklindedir. Aksini iddia edenler olsa da karşılıklılığın fiilin ağırlığı ile hiçbir ilgi ve alakası olmadığı gibi, işlenen fiilin haksızlık içeriğini veya failin kusurluluğunu da etkilememektedir, sadece fail hakkında muhakeme yapılabilmesinin koşulu olup, bu nedenle şikâyet, izin, talep gibi bir muhakeme koşuludur. Karşılıklılık koşulu ile yerinde bir şekilde yabancı ülkelerin de kendi mevzuatlarında Türkiye Cumhuriyeti'ni, devlet başkanını, temsilcilerine karşı işlenecek benzer suçlarda aynı korumanın sağlanması/temini amaçlanmaktadır. Amaç bu olmakla birlikte bazı yabancı ülke düzenlemelerinin aksine tam karşılıklılığın bulunması yani pratikte fiilen uygulanıyor olması şart değildir, mevzuatta yer alması yeterlidir.

KAYNAKÇA

ARSLAN Çetin / AZİZAĞAOĞLU Bahattin, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Asil Yayıncılık, Ankara, 2004.

ARTUK M. Emin / GÖKCEN Ahmet / ALŞAHİN M. Emin / ÇAKIR Kerem, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. bası, Adalet, Ankara, 2021.

BEKAR Elif, **Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

CENTEL Nur / ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. bası, Beta, İstanbul, 2020.

DONAY Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Beta, İstanbul, 2007.

Enclopedia di Dritto, C: XII, Milano.

EREM Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C: II, Seçkin, Ankara, 1993.

ERSOY Uğur, "Türk ve Alman Ceza Hukukunda Yabancı Devletlere Karşı İşlenen Suçlar", **CHD**, s. 35, 2017, ss. 25-87.

FIANDACA Giovanni / MUSKO Enzo, **Dritto Penale, Parte Speciale**, c: I, Bologna, 1993.

GÖZÜBÜYÜK A. Pulat, **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, c: II, Bs. 4, Kazancı Yayımları, İstanbul, 1980.

HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Millete ve Devlete Karşı Suçlar**, 1. bası, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016.

KUNTER Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. bası, Beta, İstanbul, 1989.

MAJNO, **Ceza Kanunu Şerhi-Türk ve İtalyan Ceza Kanunları Şerhi**, c: II, Yargıtay Yayımları, Ankara, 1978.

ÖZBEK Veli Özer, **Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı**, 4. bası, Seçkin, Ankara, 2010.

ÖZEK Çetin, **Devlet Başkanına Karşı Suçlar**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1970.

ÖZGEN Eralp, "Sermaye Piyasası Kanunu'nun 49. maddesi ile Sermaye Piyasası Kurulu'na Tanınan Başvurma Yetkisinin Talep ve Şikâyet Kavramları Bakımından Değerlendirilmesi, Cumhuriyet Savcılarının Takdir Yetkisi", **SPK 15. Yıl Sempozyumu**, SPK Yayınları, Ankara, 1998.

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. bası, Seçkin, Ankara, 2021.

SAVAŞ Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, c. II, 2. bası, Seçkin, Ankara, 1998.

SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. bası, Yetkin, Ankara, 2020.

YENİDÜNYA A. Caner / İÇER Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet, Ankara, 2016.

YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. bası, Seçkin, Ankara, 2021.

YENİSEY Feridun / PLAGEMANN Gottfried, **Alman Ceza Kanunu**, Beta, İstanbul, 2009.

YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 5. bası, Yetkin Kitabevi, Ankara, 1996.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 295-376

ALMAN VE İTALYAN CEZA HUKUKUNDA ISRARLI TAKİP SUÇU(*)(**)

Doç. Dr. **Ali Emrah BOZBAYINDIR**(***)
Doç. Dr. **R. Murat ÖNOK**(****)

Öz: Israrlı takip (*stalking*), öteden beri var olan bir olgu olmakla birlikte, hukuki bir terim olarak ele alınması yeni, ceza hukukunu ilgilendiren bir suç eylemi olarak düzenlenmeye başlanması ise daha da yenidir. Ülkemizde de bir süredir ısrarlı takip fiillerinin ayrı bir suç olarak düzenlenmesi gündemdedir. 2021 yılında Hükümetin açıkladığı İnsan Hakları Eylem planında müstakil bir ısrarlı takip suç düzenlemesi yapılacağı ifade edilmektedir. Bu çalışmada, bir suç tipi olarak tanımlanması oldukça güç olan ısrarlı takip olgusu karşılaştırmalı hukuk yönüyle irdelenmektedir. Bu çerçevede, karşılaştırmalı hukukta halihazırda mevzuatında ısrarlı takibi müstakil bir suç tipi olarak düzenleyen Almanya ve İtalya örnekleri bakımından etraflı bir şekilde incelenmiştir. Çalışmada, öncelikle, psikolojik, sosyolojik ve kriminolojik bir kavram olarak ısrarlı takip ele alınmış; sonra da ısrarlı takibe ilişkin eylem ve fail tipolojisi incelenmiştir. Ardından, ısrarlı takibin suç haline getirilmesinin leh ve aleyhindeki görüşler değerlendirilmiştir. Çalışmanın ana kısmında ise, önce Alman, ardından İtalyan ceza hukukundaki ısrarlı takip suçuna dair düzenlemeler, suç tipi inceleme metoduna uygun biçimde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Israrlı Takip Olgusu, Israrlı Takipçi Tipolojileri, Israrlı Takibin Suç Haline Getirilmesi, *Nachstellung*, *Atti Persecutori*.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 14.02.2022 - Makale Kabul Tarihi: 21.02.2022.

(**) Atıf metodolojisinin dergi yayın esaslarına uyumlu hale gelmesinde bize yardımcı olan Ar. Gör. Levent Emre ÖZGÜÇ'e teşekkür ederiz.

(***) İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0001-7995-2474; *emrah.bozbayindir@izu.edu.tr*).

(****) Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0002-9758-2769; *monok@ku.edu.tr*).

THE OFFENCE OF STALKING IN GERMAN AND ITALIAN CRIMINAL LAW

Abstract: Whereas stalking has been a long-existing phenomenon, its emergence as a legal term is a novelty, and its regulation as a criminal offence is even more recent. As well, in Turkey criminalisation stalking is under consideration. In March 2021, the Government has announced that it would regulate stalking "as a discrete offence" in the Human Rights Action Plan. This study analyzss the phenomenon and offence of stalking from a comparative law perspective. In this vein, examples of Germany and Italy, which have already defined stalking as a discrete offence in their criminal codes, are examined in terms of both theoretical and practical aspects. This study first deals with stalking as a psychological, sociological and criminological concept and then analyses typologies concerning this act and its perpetrators. Then, the views in favour of and against the criminalisation of stalking are assessed. In the main section, the provisions concerning stalking in German and Italian penal law are analysed in accordance with the method of analysis of criminal offences.

Keywords: The Phenomenon of Stalking, Stalker Typologies, Criminalisation of Stalking, *Nachstellung*, *Atti Persecutori*.

I. GİRİŞ

Ülkemizde bir süredir ısrarlı takip fiillerinin ayrı bir suç olarak düzenlenmesi ve bugüne kadar kişilerin huzur ve sükununun bozulması, cinsel taciz gibi suç tipleri kapsamında değerlendirilen fiillerin, yeni bir suç tipi kapsamına dahil edilmesi gündemdedir. Öyle ki, 2021 yılının Mart ayında ilk olarak duyurulan "İnsan Hakları Eylem Planı" kapsamında "*tek taraflı ısrarlı takip fiillerinin ayrı bir suç olarak"* düzenlenmesinin öngörüldüğü ilan edilmiştir.[1] Buna karşılık doktrinde, ısrarlı takip olgusu ve karşılaştırmalı hukukta bu suç tipine ilişkin çalışmaların sayısı oldukça sınırlıdır.[2] Günü-

---

[1] İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi, T.C. Adalet Bakanlığı, Nisan 2001, s. 80, 85, https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf (Erişim Tarihi: 21.01.2022).

[2] ÜNVER Yener, "Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri", **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 11, 2009, ss. 101-127, s. 108 vd.; TÜRKOĞLU Selin, **Ceza Hukuku Açısından Israrlı Takip**, On İki Levha, İstanbul, 2020; SOYGÜT M. Buket, "Ceza Hukuku Bakımından Israrlı Takip", **Kadına Yönelik Erk'ek Şiddeti ile Mücadele: Sorunlar ve Çareler** (yay.haz. M.Buket Soygüt / Aras Türay), Beta, İstanbul, 2020, s. 83 vd.; SOYGÜT M. Buket, "Kadına Yönelik Erkek Şiddetinin Önlenmesi Bağlamında Stalking (Israrlı Takip) ve Cezasızlık Sorunu", **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, 2020, ss. 2781-2814; MAVİŞ Volkan, "Ceza Hukuku Boyutuyla Siber Zorbalık", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 29, S. 3, 2021, ss. 2455-2500; DOĞAN Recep, "Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2014-2, 2014, ss. 137-154.

müzde, ülkemizde meri mevzuatta olduğu gibi İsviçre, Danimarka ve Yunanistan gibi memleketlerde de ısrarlı takip olgusu mevcut suç tipleri kapsamında değerlendirilmekte, müstakil bir ısrarlı takip suçu düzenlemesine yer verilmemektedir. Buna karşılık, ABD gibi Anglosakson ülkelerinde daha 1990'lı yıllarda, ünlülerin takıntılı kimseler tarafından ısrarla takip edilerek öldürülmesiyle de sonuçlanabilen vakalara bir tepki olarak suç haline getirilen ısrarlı takibin, özellikle 2005 senesinden itibaren Kara Avrupası hukukunda da kendisine yer bulduğu müşahede edilmektedir. Örneğin Avusturya (2006), Almanya (2007), Macaristan (2008), İtalya (2009) ve Polonya (2011) anılan dönemde, ceza kanunlarında ısrarlı takip fiillerini müstakil bir suç olarak tanımlamışlardır. Gerek bu suçların tanımlanmasından önceki dönemde gerekse yasalaşmalarını müteakip bu suç tipi öğretinin en tartışmalı konularından biri olmaya devam etmiştir. Bunun başlıca sebebi, sosyolojik bir olgu olan, esasen eski bir davranış olmasına rağmen, özellikle medya tarafından kriminolojik manada yeni bir sapıcı davranış hüviyeti kazandırılan ısrarlı takibin, ceza hukukunun ilkeleriyle uyumlu bir şekilde tipikleştirilmesinde yaşanan güçlüklerdir. Hakikaten, ısrarlı takip fiillerinin birçoğu bir kimseyi takip etmek, evinin önünde beklemek, hediye göndermek, telefonla aramak veya mesaj atmak gibi günlük hayatta kendi başına değerlendirildiğinde olağan ve haksızlık içeriğinden yoksun davranışlardır. Israrlı takip suçu, kendi başına bir haksızlık teşkil etmeyen bu fiillerin belli bir ısrar ve kararlılıkla belli bir süre tekrar edilmesi neticesinde mağdurun hayatı üzerinde oluşturduğu veya oluşturabileceği, kimi zaman intihara varan, ağır sonuçların önüne geçmek üzere ihdas edilmiş bir suç tipidir. Bu izahlardan da anlaşılacağı üzere çalışmamız kapsamında öncelikle, ana hatlarıyla ısrarlı takip olgusunun unsurlarını psikoloji, sosyoloji ve kriminoloji çalışmalarının verileri ışığında izah edilmektedir (II.1.). Bu konudaki izahları müteakip, belli başlı ısrarlı takipçi tipolojilerini incelemek suretiyle, ısrarlı takip davranışının farklı görünüm biçimlerini ortaya koymaya çalıştık. Bu hususta birçok sınıflandırma bulunmasına karşın, kriminoloji öğretisinde kendisine en sık müracaat edilen *Mullen*'in ısrarlı takipçi tipolojileri modelini esas alınmıştır (II.2.).

Israrlı takip olgusunun farklı görünüm biçimleri ve ısrarlı takipçi tipolojilerine ilişkin izahlar ışığında, ısrarlı takibin suç haline getirilmesinin leh ve aleyhindeki görüşle tartışılmakta ve değerlendirilmektedir. (III.). Bu hususta, Alman ve İtalyan öğretisi özelinde yaşanan tartışmaların, ülkemizde ısrarlı takibin suç haline getirilmesi hususundaki değerlendirmelere katkı sağlayacak mahiyette olduğu kanaatindeyiz. Bu çerçevede, suç tipine ilişkin tartış-

maların merkezinde mevcut suç tiplerinin, önceki bölümde tasvir edilen ısrarlı takip davranışlarını yeterince kapsayıp kapsamadığı, ceza hukuku dışındaki hukuk dallarının yeterli koruma sağlayıp sağlamadığı, medyanın yeni suç tiplerinin tanımlanmasındaki etkisi ve ısrarlı takip olgusunun bir toplumdaki yaygınlığının bu nevi fiillerin suç olarak tanımlanması üzerindeki etkileri gibi hususlar yer almaktadır.

Bu husustaki değerlendirmeleri müteakip, çalışmamızın esas konusunu teşkil eden Alman ve İtalyan ceza hukukunda ısrarlı takip suçunun tanımı ve unsurları ile suç tipi hakkındaki doktrin görüşleri yanında uygulama da mümkün olduğunca tetkik ve tahlil edilmiştir (III. ve IV.). Çalışmamızda bu iki ülkenin seçilmesinin birincil nedeni, bu ülkelerin ceza mevzuat ve öğretisinin, ülkemiz ceza hukuku üzerindeki tesiridir. Buna ilave olarak, ısrarlı takibin suç haline getirilmesinde, bu iki tanımın yasama tekniği bakımından arz ettiği özellikler de bu seçimin nedenleri arasında yer almaktadır. Gerçekten, ısrarlı takip suçu tanımlanırken ya tipiklik mümkün olduğunca geniş bir tarzda tanımlamakta ya da tipik eylemlerin mümkün olduğunca somutlaştırılmak suretiyle tanımlanması yoluna gidilmektedir. Bu bakımdan İtalyan tanımı, ısrarlı takip teşkil eden eylemleri daha az detaylı şekilde tanımlanmasına bir örnek teşkil ederken; Alman tanımı ise tipik eylemleri oldukça detaylı bir şekilde tanımlama yolundaki tercihin bir örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Suçun niteliği bakımından, başlangıçta her iki suç tipi de bir zarar (netice) suçu olarak düzenlenmiş olmasına karşın; Alman tanımında 2017 yılında yapılan değişiklik neticesinde, suç soyut tehlike suçunun bir görünüm biçimi olan elverişlilik suçuna dönüştürülmüştür. Bu kapsamda, çalışmada, suçun bir zarar mı yoksa tehlike suçu olarak düzenlenmesi gerektiği hususundaki öğreti görüşlerini mümkün olduğunca değerlendirmeye gayret edilmiştir. Esasen suç tipinin niteliğine ilişkin tartışmanın temelinde, ısrarlı takip suçunun oluşması bakımından mağdurun sübjektif algısının mı yoksa mağdurun durumundaki üçüncü bir kişi üzerinde menfi tesir oluşturmaya elverişlilik kıstası marifetiyle objektif bir kıstasın mı benimsenmesi gerektiği hususu yatmaktadır. Bu konuda önem taşıyan bir başka mesele de Alman tanımının 2007 halinde, netice, zarar unsurunun oldukça dar tanımlanmış olması ve uygulamanın da sınırlandırıcı yorumu neticesinde, kanun koyucunun suçu bir tehlike suçuna dönüştürmüş olmasıdır. Buna mukabil İtalyan tanımı, tipiklik bakımından mağdurun ısrarlı takip neticesinde duyabileceği makul bir korku ve endişeyi yeterli görmesi nedeniyle, zarar unsurunu daha kapsayıcı bir şekilde düzenlemiştir. Bu nedenle, suçun uygulama alanını genişlettiği intibaı verse de tehlikenin elverişliliği kıstasının objektif

niteliği, bazı mağdurları normun koruma alanı dışında bırakabileceğinden, İtalyan tanımının tipik neticeye ilişkin bu yasama tekniği etraflı bir şekilde değerlendirilmiştir. Bu nedenlerin yanı sıra Alman tanımının, sürekli olarak Alman kanun koyucunun değerlendirmesine ve yeni düzenlemelerine konu olması, ısrarlı takibe ilişkin, siber ısrarlı takip gibi güncel meseleleri de değerlendirilmesine olanak sağlamıştır. Gerçekten, Alman tanımında 1 Ekim 2021 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerle birlikte, suçun uygulanmasının daha da kolaylaştırılmasının yanında siber ısrarlı takip fiillerinin daha açık ve kapsamlı bir şekilde, siber ısrarlı takibin en çok görülen örneklerinin tipikleştirilmesi yöntemiyle suç haline getirilmiş bulunmaktadır. Çalışmamızda, bu güncel suç tanımı ve unsurları kanun gerekçesi ve öğreti görüşleri ışığında incelenmiştir. Nihayet, bilhassa 2009 yılından bu tarafa İtalyan tanımı konusunda geliştirilen içtihatlar da etraflı bir şekilde değerlendirilmiş; böylelikle suç tipine ilişkin uygulama örnekleriyle çalışmanın muhtevası derinleştirilmiştir.

II. ISRARLI TAKİP OLGUSU

1. Genel Olarak

Birçok dile orijinaliyle giren "*stalking*", avcılık terminolojisinde avcının avını takip etmesi anlamına gelmektedir. 1990 yılında ısrarlı takibi ilk defa suç olarak tanımlayan Kaliforniya "*anti-stalking*" yasası ısrarlı takibi, bir başka insanı rahatsız etme maksadıyla gerçekleştirilen müteaddit takip ve taciz eylemleri olarak tanımlamıştır.[3] *Stalking* suçunun Avrupa'ya geçişi başta ABD ile aynı hukuki geleneğe, yani *Common Law* geleneğine sahip devletler aracılığıyla olmuştur.[4] Bu kavramın, Anglosakson dünyası dışındaki kültürler ve hukuk dilleri tarafından benimsenmesiyle birlikte, aynı zamanda bir probleme ilişkin kavrayış biçimi de ithal edilmiştir.[5] Buna göre, ısrarlı takibi gerçekleştiren kişi adeta bir avcı, bu nevi fiillerin mağduru ise elde edilmek istenen av olarak değerlendirilmektedir. Bu avlanma da çeşitli "avlanma" teknik-

---

[3] MULLEN Paul E. / PATHÉ Michael / PURCELL Rosemary, vd., "Study of Stalkers", **American Journal of Psychiatry**, C. 156, S. 8, 1999, ss. 1244-1249, s. 1244.

[4] VİLLACAMPA ESTİARTE Carolina, "La introducción del delito de "atti persecutori" en el Código penal italiano", **InDret**, C. 3, 2009, s. 7. 1997'de Birleşik Krallık tarafından kabul edilen "Protection from Harassment Act" ilk örneği teşkil etmiş, ardından İrlanda Cumhuriyeti'nde düzenleme yapılmıştır.

[5] NEUBACHER Frank, "An den Grenzen des Strafrechts - Stalking, Graffiti, Weisungsverstöße", **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 118 S. 4, 2006, ss. 855-877, s. 864.

leriyle icra edilmektedir.[6] Bu nedenle ısrarlı takip, bir kişinin bir başka kişiyle, rızası hilafına iletişim kurmak amacıyla gerçekleştirdiği tekrar eden (*repeated*) ve belli bir süreklilik (*persistent*) gösteren davranışlar bütününü ifade etmektedir.[7] Bu iletişim telefon, mektup, e-posta gibi araçlar marifetiyle gerçekleştirilebileceği gibi mağdura fiziki olarak yaklaşılması ve gözetlemeye devam edilmesi şeklinde de tezahür edebilir.[8] Bu temel takip hareketlerine ilave olarak, mağdur adına mal ve hizmet ısmarlanması ve mağdura yönelik herhangi bir temeli olmayan davaların açılması da ısrarlı takip kapsamında gündeme gelebilmektedir.[9] Keza, ısrarlı takip davranışına tehdit, mala zarar verme ve yaralama fiilleri de eklenebilmektedir.[10] Bu izahlardan da anlaşılabileceği üzere ısrarlı takip kavramının esasını, failin mağduru birbirinden çok farklı davranışlarla rızası hilafına müteaddit defa takip ve rahatsız etmesi teşkil etmektedir.[11] Doktrinde, bu fiilleri tarif etmek için "stalking" kavramının kullanılmasını isabetli olduğu, zira bu eylemlere maruz kalan mağdurlarda genel olarak rastlanılan fiziksel ve psişik tepkilerin, ısrarlı avcıların avı olan hayvanlarda görülen tepkilerle önemli ölçüde benzeştiği belirtilmektedir.[12]

Israrlı takip (*stalking*) özellikle 1990'lı yıllarda[13] ABD'de kullanılmaya başlayan yeni bir terim olarak karşımıza çıkmasına karşın,[14] ayrılık son-

---

6 Bkz. NEUBACHER, s. 865; ayrıca bkz. Heike, MATTHIAS-BLECK Heike, **Stalking - ein neues gesellschaftliches Phänomen?**, Oldenburger Universitätsreden No. 167, Bis, Oldenburg, 2006, s. 7.

7 MULLEN / PATHE / PURCELL / STUART, s. 1244.

8 MATTHIAS-BLECK, s. 7.

9 MULLEN / PATHE / PURCELL / STUART, s. 1244.

10 MULLEN / PATHE / PURCELL / STUART, s. 1244; ayrıca bkz. ÜNVER, s. 109.

11 EISELE Jörg, "Freiheitsberaubung und Nachstellung", in: **Handbuch des Strafrechts Band 4** (ed. Eric Hilgendorf / Hans Kudlich / Brian Valerius), C. F. Müller, Heidelberg 2019, ss. 307-350, s. 327; MACRÌ Francesco, "Il Cyberstalking", in: **Cybercrime** (yay. haz. A. Cadoppi / S. Canestrari / A. Manna / M. Papa), UTET Giuridica, Vicenza 2019, s. 616.

12 MACRÌ, s. 616; DELPİNO Luigi / PEZZANO Rocco, **Manuale di Diritto Penale - Parte Speciale**, 16. Bası, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2019, s. 559.

13 Gerçi ABD medyasında ünlü kişilerin gazeteciler tarafından takip edilmesini ifade etmek üzere bu terimin 1970'lı yılların sonlarında kullanılmaya başlandığı ifade edilmektedir (TÜRKOĞLU, s. 1).

14 Zaten ısrarlı takip ilk olarak 1990'da California eyaletinde kabul edilen ve bu olguyla mücadeleyi amaçlayan yasada ceza hukuku terimi olarak yerini almış ve Kaliforniya Ceza Kanununa m. 646.9 olarak "stalking" suçu eklenmiş, 1993 yılı sonu itibariyle tüm eyaletlerde, federe düzeyde, stalking'e suç olarak yer verilmiş; daha sonra da 1996 yılında "stalking" Federal düzeyde bir suç olarak düzenlenmiştir (COCCO Giovanni / AMBROSETTİ Enrico Mario, **Manuale di Diritto Penale Parte Speciale - I Reati Contro Le Persone**, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 2010, s. 382; VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 7; SOYGÜT, 2020b, s. 2782).

rası eşlerden birinin veya reddedilmiş âşıkların ısrarlı takip ve rahatsız edici davranışları, 19. yüzyılda "*erotomania*" ve son zamanlarda da aile içi şiddet literatüründe ele alınan konulardır.[15] Bu bağlamda ısrarlı takibin eski bir davranış biçimi olduğu; ancak yeni bir suçluluk tipi olduğu görüşü ileri sürülmüştür.[16] Buna gerekçe olarak, ısrarlı takibin yeni bir olgu olarak görülmesinin ardında, geçmişte müsamaha gösterilen[17] bu gibi davranışların günümüzde ferdin hürriyetine müdahale olarak görülmeye başlanması gösterilmiştir. Bir başka deyişle, eski bir davranış biçimi yeni bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Öte yandan, öteden beri var olan bir olguya medyanın ilerleyen zamanlarda büyük ilgi göstermesi ve bu konudaki yayınların toplumun bu konuya dair endişe algısını yükseltmesi de, bu konuda cezalandırıcı bir düzenleme yapma ihtiyacının hissedilmesinde etkili olmuştur.[18]

Buna ilave olarak, ısrarlı takip kavramı ya da şemsiyesinin altında birbirinden çok farklı fiiller toplanmaya başlanmıştır.[19] Toplumsal ve teknolojik gelişmeler, beraberinde yeni suçluluk biçimlerini de getirmektedir. Özellikle modern, hızlı, anonim ve ucuz iletişim araçları ısrarlı takipçilere geniş bir hareket alanı sunmaktadır.[20]

ABD medyası tarafından, ısrarlı takip terimi ilk defa akıl hastalığı olan hayranlar tarafından ünlülerin takip edilmesi vakaları için kullanılmış; zamanla ünlü olmayan kişilerin gerçekleştirdiği benzer fiillere teşmil edilmiştir.[21] Gerçekten, ısrarlı takibin modern dönemde ilk görünüm biçimi ünlülerin mağdur olduğu vakalar olduğundan, öğretide, ünlü ve ünlü olmayanlara karşı ısrarlı takip ayrımı yapılmıştır. Ünlülerin mağdur olduğu ısrarlı takip vakalarında, genellikle fail ve mağdur birbirini tanımamaktadır. Burada ısrarlı takipçi oyuncu, sunucu, sporcu, pop yıldız, siyasetçi vb. kimliklerle

---

15 MULLEN / PATHE / PURCELL / STUART, s. 1244

16 VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 6; SOYGÜT, 2020b, s. 2782. Yine bkz. TÜRKOĞLU, s. 2: yazar, eski bir davranış için kullanılan yeni bir kelimeden söz etmektedir. Yine bkz. Doğan, s. 138: ısrarlı takip olgusu eski olmakla birlikte, kavramın hukuki bir anlam kazanması yenidir.

17 Veya bu davranışlar en fazla "nezaketsizlik" addedilmekteydi (SOYGÜT, 2020b, s. 2786).

18 VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 6.

19 MATTHIAS-BLECK: s. 17; VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 11.

20 MATTHIAS-BLECK: s. 18.

21 MULLEN / PATHE / PURCELL / STUART, s. 1244. ABD'de ısrarlı takibi cezalandırma ihtiyacının dillendirilmesine yol açan sosyal olay, 1989 yılında ünlü televizyon dizisi aktrisi Rebecca Schaeffer'in bir hayranı tarafından öldürülmesi olmuştur (VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 6; TÜRKOĞLU, s. 13-14); ÜNVER, s. 113.

temayüz etmiş olan mağduruyla bir ilişki tesis etmeye teşebbüs eder.[22] Buna karşılık, mağdurun ünlü olmadığı ısrarlı takip vakalarında, genellikle fail ile mağdur arasında bir tanışıklık veya belki artık geçmişte de kalmış olsa bir ilişki söz konusudur. Bu nedenle fail, genellikle mağdurla olan ilişkisini yeniden tesis etme veya bir ilişkiye başlamak amacıyla takip fiillerini gerçekleştirmektedir.[23]

Israrlı takip olgusu, mağdura zarar verdiği kuşku götürmeyen bir davranışlar bütünü olmasına karşın, çoğu kez bir ilişkinin tamir edilmesi veya tesis edilmesi amacına yönelik gerçekleştirilen normal ve sosyal bakımdan uygun görülen davranışlarla bir arada gerçekleştirildiğinden, bir tanımlama sorununu da ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle, sosyal bakımdan uyumlu ya da hoş görülebilir davranışlarla cezayı müstelzim bir ısrarlı takip arasında somut olay bakımından bir tefrikin yapılması son derece güçtür.[24] Israrlı takibin bir kavram ve suç tipi olarak tanımlanmasındaki bir diğer zorluk da mağdurun taciz edildiği duygusuna kapıldığı ve korku içine girmesi, bir başka deyişle failin davranışları konusunda mağdurun algısının kurucu bir unsur olarak karşımıza çıkmasıdır. Bu nedenle, sadece failin kastı ve davranışları ısrarlı takibe vücut vermemekte, bunlara ilişkin mağdurun algısı ve kavrayışı bir ısrarlı takip vakasını teşekkül ettirmektedir.[25] Gerçekten, bir aşk ilişkisi tesis etmek isteyen bir kişinin aşkını ilana yönelik hediye gönderme ve iletişime geçme yönündeki yoğun çabaları bazı kimseler bakımından arzu edilebilir, hoşa giden bir şeyken, başka biri de bunu arzu edilmeyen bir davranış olarak görebilecek ve ısrarlı takip olarak değerlendirebilecektir.[26]

İşte ısrarlı takip çoğu kez görünüşte meşru ve olağan, sosyal olarak kabul gören davranışlardan müteşekkildir.[27] Bu nedenle bir davranışın ısrarlı takip teşkil edip etmediği, örneğin fail ve mağdur arasındaki geçmiş ilişkiden ilişkisizliğe veya karşılıksız aşka ısrar marifetiyle karşılık bulma arayışındaki yanlış algılama ve algılar nedeniyle, salt failin değil aynı zamanda mağdurun takip davranışları hakkındaki algı ve yorumuna bağlıdır. Buna ilave olarak, failin davranışlarını ısrarlı takip olarak değerlendiren mağdur, sonradan faille

---

22 MATTHIAS-BLECK: s. 10.

23 MATTHIAS-BLECK: s. 11-12.

24 EISELE, 2019, s. 327.

25 MULLEN / PATHE / PURCELL / STUART, s. 1244-1245; ayrıca bkz. MATTHIAS-BLECK: s. 29.

26 EISELE, 2019, s. 327.

27 VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 11-12; TÜRKOĞLU, s. 79.

ilişkisini yeniden tesis de edebilmektedir. İşte bütün bu unsurlar, sosyolojik bir olgu olan ısrarlı takibin, ceza hukuku kavramlarıyla tanımlanması ve sınırlarının çizilmesini oldukça zorlaştırmaktadır.[28] Bunun sonucu olarak, ısrarlı takibe ilişkin tartışmaların ilgili ülkenin kültüründen bağımsız şekilde değerlendirilmesi pek mümkün değildir. Keza, yakın geçmişe kadar aşk için ısrar etmek olumlanan ve hatta beklenen bir davranışken, günümüzde ele aldığımız ülke örneklerinde olduğu gibi artık pek hoş görülmeyen ve hatta suç olarak tavsif edilen bir davranış olarak karşımıza çıkmaktadır.[29] Elbette bu noktada, yaşanan toplumsal değişimler ve teknolojinin ısrarlı takip fiillerindeki artışta hatırı sayılır bir etkisinin olduğu vurgulanmalıdır. Öte yandan, kriminolojik açıdan bakıldığında, "*stalking*" kavramı tekçi ve homojen bir fenomen olmadığı için tüm görünüş biçimlerini tek bir tanım altında, hele de belirlilik ilkesine uygun biçimde, toplamak zordur.[30]

İşte, kapsamındaki fiillerin heterojen yapısı,[31] faillerin maksadı ve failmağdur arasındaki ilişki biçimlerinin çeşitliliği, bu davranış biçimleri bütününün ifadesi olan ısrarlı takibin, bir suç tipi altında toplanmasını ve tanımlanmasını oldukça güçleşmektedir.[32] Gerçekten, görünüşte zararsız nitelikteki birçok tekil fiilin toplamı, belli bir ısrar, sıklık ve zamana yayılma özellikleri gösterdiğinde ısrarlı takip suçuna vücut verebilmektedir. Bu çerçevede, genel olarak ısrarlı takibin umumi unsurları şu şekilde karşımıza çıkmaktadır:[33]

- Israrlı takip belli bir kişiden kaynaklanmaktadır;

---

[28] MAIWALD Manfred, "Die italienische Strafvorschrift gegen das Stalking im Vergleich mit § 238 des deutschen Strafgesetzbuches", in: **Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010** (ed. Dieter Dölling / Bert Götting / Bernd-Dieter Meier / Torsten Verrel), De Gruyter, Berlin 2010, ss. 531-548, s. 531-532, 548.

[29] Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), Stalking, 2020, https://www.ohsg.ch/wp-content/uploads/2020/11/b2_stalking-de.pdf (Erişim Tarihi 21.01.2022), s. 6.

[30] MACRÌ, s. 616.

[31] TÜRKOĞLU, s. 4; SOYGÜT, 2020b, s. 2786. Birbirinden farklı tür ve nitelikteki hareketlerle ısrarlı takibin gerçekleştirilebilmesi, bu hareketlerin tümünü kapsayan ortak bir kelimeyle olgunun ifade edilmesini de güçleştirmektedir (age, s. 9). Öte yandan, ısrarlı takibin multidisipliner bir kavram olduğu ve farklı disiplinlerde farklı tanımların yapıldığı da gözden kaçırılmamalıdır (SOYGÜT, 2020b, s. 2785). Kavramın bu niteliği Türkçe'de tam bir karşılık bulmayı zorlaştırmaktadır (Doğan, s. 138).

[32] HÖFFLER Katrin, "Stalking - A Criminological Perspective", **Kyushu University Legal Research Bulletin**, C. 3, 2013, ss. 1-11, s. 1-2.

[33] Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), Stalking, 2020, s. 3

- Israrlı takip, çeşitli fiillerin uzun bir zaman aralığında tekrar edilmesiyle oluşmaktadır;[34]
- Israrlı takip kapsamındaki fiiller mağdur tarafından rahatsız edici ve kişilik alanını ihlal eder nitelikte görülmektedir;
- Israrlı takip mağdurda korku ve endişeye sebebiyet vermektedir;[35]
- Mağdur manevi, maddi ve/veya sosyal bakımdan tehdit edilmekte veya zarara uğratılmaktadır;
- Mağdur üzerinde bir nev'i gözetim, denetim ve müdahale ortamı yaratılmaktadır.[36]

Bu unsurlardan yola çıkılarak ısrarlı takip, bir kişinin bir başka kişiyle rızası hilafına iletişime geçmesi, buna teşebbüs etmesi, gözetlemesi vb. fiilleri gerçekleştirmek suretiyle kararlı bir şekilde taciz etmesi gibi fiilleri ihtiva ettiği söylenebilir. Keza bu izahlardan da anlaşılacağı üzere, ısrarlı takip hiçbir zaman tek bir fiil veya münferit bir olay (*an isolated event*) olarak karşımıza çıkmamaktadır.[37] Bu nedenle, birçok ülkede ısrarlı takipten soruşturma açılabilmesi için en az iki kez makul bir insanın huzur ve sükûnunu bozabilecek veya ona zarar verebilecek nitelikte fiillerin varlığı aranmaktadır. Bu noktada, ısrarlı takip bakımından uygulamada yaşanan en büyük sorun soruşturma açılmasını gerektirmeyen, sadece rahatsız edici nitelikte bir davranışla, suç olarak tavsif edilmiş ısrarlı takip arasında sarih bir ayrım yapılması hususunda yaşanmaktadır.[38] Özellikle, bazı ilişki biçimlerinde yakın münasebetin ve sık iletişimin eşyanın tabiatı gereği olduğu düşünülecek olursa, hangi aşamadan itibaren ısrarlı takibin söz konusu olacağı önem kazanmaktadır. Bu nedenle, yukarıda da ifade edildiği üzere mağdurun rızası olmaksızın, failin sürekli çevresinde olması, sürekli olarak telefonla araması gibi fiiller mağdurun hayatının akışını olumsuz etkileyecek bir seviyeye ulaştığında artık bir ısrarlı takip vakasından söz etmek mümkün olabilecektir.[39]

---

[34] Fakat bu fiillerin ne kadar süre devam etmesi gerektiği ve/veya kaç kez tekrarlanması gerektiği soruları çeşitli ülkelerde önerilen yasa teklifleri açısından hep tartışma konusu olmuştur (VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 9).

[35] Israrlı takibin nitelik olarak çok farklı türden hareketlerle işlenebilmesine karşın, bu hareketlerin ortak noktasının mağdurun psikolojisi üzerinde yaratılan etkinin olduğu ifade edilmektedir (TÜRKOĞLU, s. 94).

[36] MACRİ, s. 616.

[37] DOĞAN, s. 140-141; SOYGÜT, 2020b, s. 2787; TÜRKOĞLU, s. 79.

[38] HÖFFLER, s. 2.

[39] MATTHIAS-BLECK, s. 14

Israrlı takip vakalarının çoğunda mağdur bir tanıdığının (örneğin eski eş vb. -*Bekannschaftsstalking*) ısrarlı takibine uğramakta, bununla birlikte bazı vakalarda yabancı bir kişinin ısrarlı takibi de söz konusu olabilmektedir. Israrlı takibin mağduru genellikle kadınlardır, faili ise erkeklerdir. Buna karşılık, erkeklerin de kadınlar tarafından ısrarlı takibe maruz bırakıldığı vakalar da mevcuttur.[40] Bu çerçevede, ısrarlı takibe örnek teşkil edebilecek fiillerden bazıları şunlardır:

- İletişim yoluyla veya fiziksel olarak kişisel yakınlık tesis etme çabaları. Bu kapsamda sürekli telefon, e-posta, kısa mesaj (SMS) ve diğer elektronik iletişim araçlarının kullanılması suretiyle rahatsız etmenin yanında sürekli arzu edilmeyen hediyelerin gönderilmesi değerlendirilmektedir.
- Gözetlemek, gözlemek ve takip etmek. Örneğin, iş yerinin önünde beklemek, tesadüfi görüşme ayarlamak, kişiye gözetlendiğini belli etmek.
- Konut dokunulmazlığının ihlali ve kişiye ait bilgilerin çalınması. Örneğin, kişinin evine girmek suretiyle eşyalarının çalınması, günlük yaşam planlarının ele geçirilmesi.
- Üçüncü kişilerin ısrarlı takibe dahil edilmesi. Kişinin sosyal çevresi aracılığıyla dolaylı iletişim tesisi ve üçüncü kişilerin mağdurun rahatsız edilmesi sürecine dahil edilmesi.
- Mağdur adına hareket edilmesi. Örneğin, mağdur adına mal veya hizmet ısmarlanması.
- Şan ve şöhretin zedelenmesi. Örneğin, kişinin işyerinde veya internet üzerinden mağdur hakkında yanlış bilgi veya dedikoduların yayılması; sosyal ağlar üzerinden kişinin arzu etmediği resim ve bilgilerinin yayınlanması.
- Korkutma, tehdit, fiili saldırı. Örneğin, mağdura veya yakınlarına sövme ve fiili saldırı tehdidi; ev hayvanlarına saldırı, mağdura ait eşyalara zarar verilmesi, kirletilmesi veya kırılması; intihar edeceği yönünde tehdit.
- Cebir, tehdit ve şiddet. Örneğin, şantaj, kişiyi hürriyetinden alıkoyma veya cinsel taciz niteliğindeki eylemler.[41]

---

[40] MATTHIAS-BLECK, s. 9.

[41] Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), Stalking, Juni 2020, s. 4; NEUBACHER, s. 865.

Yukarıda, ısrarlı takip olgusu çerçevesinde değerlendirilen çok çeşitli vaka tipolojilerinde olduğu gibi, ceza hukukuyla yaptırıma bağlanması ihtiyacı bakımından, hafif ve ağır ısrarlı takip arasında ayrım yapılmaktadır. Bu kapsamda, belli bir ağırlığa ulaşan ısrarlı takip vakaları, örneğin tehdit, yaralama veya mala zarar verme vb. vakalar, çoğu kez mevcut suç tipleri üzerinden sorunsuz bir biçimde çözülebilmektedir. Buna karşılık esas sorun hafif ısrarlı takip vakaları bakımından ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, görünüşte zararsız ancak zamana yayılmış ve belli sıklık arz eden hafif ısrarlı takip hareketlerinin mevcut suç tipleri kapsamında değerlendirilmesinde sorunlar yaşanmaktadır. Gerçekten, bilhassa hafif ısrarlı takip kapsamında yer alan fiiller çoğu kez, tek başına değerlendirildiklerinde günlük hayattaki olağan bir davranış niteliği taşımakta ve bizatihi bir haksızlık içeriği ihtiva etmemektedir. Buna mukabil, bu hareketlerin bir kişiye karşı belli bir süre, devamlılık arz edecek şekilde işlenmesi, kişide psikolojik buhranlara ve hatta bazen kendi vücut bütünlüğüne zarar verecek düzeye ulaşabilmektedir.[42] Israrlı takip kısa süreli bir olay olmayıp; genellikle aylarca hatta yıllarca sürebilmektedir.[43]

Daha önce değinildiği üzere, eski bir davranış biçimi ama yeni bir suç olarak tavsif edilen ısrarlı takip, mağdur üzerinde ağır psikolojik ve sosyal sonuçlara yol açabilen bir fiildir. Israrlı takip mağdurun korku, panik atak, depresyon, uykusuzluk ve saldırganlaşma gibi duygu durumları ve patolojiler yaşamasına sebebiyet verebilir. Buna ilave olarak ısrarlı takip, diğer insanlara karşı güven duygusunun yitirilmesi ve sosyal hayattan soyutlanmaya neden olabilir. Bazı hallerde, mağdur ısrarlı takip sebebiyle intihar düşüncesine girebilir ve hatta intihara teşebbüse edebilir.[44] Öğretide *Höffler*, son yıllarda ısrarlı takibin bir sosyal mesele ve yeni bir suç kategorisi olarak ortaya çıkmasında iki unsurun etkili olduğunu ifade etmektedir. Bunlardan birincisi, boşanma ve kısa süreli ilişki biçimlerinin artması olgusunun da gösterdiği gibi ilişki sürelerinin kısalmasıdır. Zira ısrarlı takip genellikle bir kadın bir ilişkiyi sona erdirmek istediğinde yaşanmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği gibi ısrarlı takibin bir sosyal olgu ve suç tipi olarak gündeme gelmesinde ikinci sebep neyin meşru neyin gayrı meşru davranış olduğuna

---

42 KINZIG Jörg, "Stalking- Ein Fall für das Strafrecht?", **Zeitschrift für Rechtspolitik**, C. 39, S.8, 2006, ss. 255-258, s. 255-256.

43 MATTHIAS-BLECK: s. 9.

44 MATTHIAS-BLECK: s. 15-17.

ilişkin algılarımızın zamanla değişmesidir.[45] Bu noktada müellif, sadece ceza hukuku yaptırımlarına müracaat etmenin, bu sosyal sorunla baş edilmesinde yeterli olmayacağını ifade etmektedir. Bir başka deyişle bu görüşe göre hapis cezası ve adli para cezası yerine psikiyatrik ve psikolojik tedavi ve danışmanlığın sağlanmasının ceza hukukuna nazaran çok daha iyi bir alternatiftir.[46] Bu noktada müellif, yalnızca ısrarlı takip faillerinin değil aynı zamanda mağdurların da toplumun yardım ve desteğine ihtiyacı olduğunu vurgulamaktadır. Birçok ısrarlı takip mağdurunun bu fiiller neticesinde taşınmak veya işlerini değiştirmek zorunda kalabildiği göz önüne alındığında, bu yeni yaşam şartları nedeniyle özellikle kırılgan olan mağdurlar toplumun desteğine muhtaçtır.[47] Bu değerlendirmeler neticesinde *Höffler*, ısrarlı takibin ceza hukukunun konusu haline gelmeden önce, uzlaşma (*mediation*) veya yeni onarıcı adalet mekanizmaları tarafından çözüme kavuşturulmasının, bu nevi fiillerin yoğunlaşması ve şiddetinin artmasının önüne geçilebilmesi bakımından büyük önem arz ettiği sonucuna varmıştır.[48]

2. Israrlı Takipçi *(Stalker)* Tipolojileri

Israrlı takip fiillerini gerçekleştiren (*stalker*) kişileri sınıflandırmak üzere çeşitli modeller geliştirilmiştir. Bu modeller arasında, önde gelen ve yaygın olarak kullanılanlardan biri Avustralyalı psikiyatrist *Mullen* ve ekibi tarafından geliştirilen beşli tasnif modelidir. Buna modele göre ısrarlı takipçi tipolojileri şunlardır:

- Reddedilmiş ısrarlı takipçi (*the rejected stalker*)
- İlişki tesis etmeye çalışan ısrarlı takipçi (*the intimacy seeking stalker*)
- Kifayetsiz ısrarlı takipçi (*the incompetent stalker*)
- İntikamcı ısrarlı takipçi (*the resentful stalker)*
- Yağmacı ısrarlı takipçi (*the predatory stalker*).[49]

---

45 HÖFFLER, s. 10; ısrarlı takibin artan boşanma ve ayrılıkların bir sonucu olduğu yolunda görüş için ayrıca bkz. MATTHIAS-BLECK: s. 20-22.

46 HÖFFLER, s. 11.

47 HÖFFLER, s. 11.

48 HÖFFLER, s. 11.

49 MULLEN vd., s. 1248; ayrıca bkz. MATTHIAS-BLECK: s. 14-15; SPOHN Viola, **Zehn Jahre Anti-Stalking-Gesetz, Ein Resümee mit Blick auf die Reform durch das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017, s. 40 vd.

Reddedilmiş ısrarlı takipçi, mağdur tarafından reddedilme sonrasında ve genellikle bir ilişki sona erdikten sonra ortaya çıkmaktadır. Bu ısrarlı takipçi tipolojisi, ısrarlı takipçiler arasında en büyük grubu teşkil etmektedir.[50] Reddedilmiş ısrarlı takipçiler genellikle, mağdurla ilişkilerini yeniden tesis etme veya reddedildikleri düşüncesiyle intikam maksadıyla hareket etmektedir.[51] Bu tipolojide, ısrarlı takip faaliyeti takipçi tarafından takip ettiği kişi ile kaybettiği yakınlığı ikame amacına da hizmet edebilmektedir. Bazı hallerde de ayrılık sürecinde kendini aşağılanmış hisseden kişiler, bu durumun üstesinden mağdurlarını ısrarla takip ederek gelmeye çalışmaktadır.[52] Genellikle bu tip ısrarlı takipçiler yeni bir ilişkiye başladıklarında mağduru takip etmeyi bırakırlar.[53] Buna karşılık, bu gruptaki ısrarlı takipçilerin takip eylemlerinin çeşitlilik gösterdikleri, mağduru takipte kararlı davrandıkları ve şiddete daha meyilli oldukları hususları eklenmelidir.[54] ABD'de yapılan araştırmalara göre, bu gruba giren faillerin, eylemlerinin fiziksel şiddete dönüşmesi bakımından en tehlikeli kategoriyi oluşturdukları ifade edilmiştir.[55]

İlişki tesis etmeye çalışan ısrarlı takipçiler ise genelde derin bir yalnızlık duygusunda muzdariptir ve yakın bir sırdaşları (*confidante*, mahrem-i esrar) yoktur. Diğer insanlarla yakınlık kurma ihtiyacı içinde bu kimseler, tanıdık veya yabancı kişilere ulaşırlar.[56] Bu kişiler, genellikle bir aşk yanılgısı içinde hislerinin karşılık bulduğu düşüncesiyle hareket ederler.[57] Genellikle, ağır akıl hastalığı içinde olan bu kimseler, örneğin mağdurun kendisine âşık olduğu ve hatta bir ilişki içinde oldukları gibi vehimlerle hareket ederler. Bu gruptakiler, şiddete pek başvurmasalar da şiddete başvurma tehdidinde bulunabilirler.[58]

Kifayetsiz ısrarlı takipçiler de yalnızlık içinde olmalarına rağmen, bir aşk değil kısa süreli ilişki arayışı içindedir.[59] Kifayetsiz ısrarlı takipçiler,

---

50 MATTHIAS-BLECK: s. 14.

51 MANTOVANİ Ferrando, **Diritto Penale - Parte Speciale I, Delitti Contro La Persona**, 6. Bası, Wolters Kluwer - CEDAM, Vicenza, 2016, s. 358.

52 HÖFFLER, s. 8.

53 SPOHN, s. 40.

54 MATTHIAS-BLECK: s. 14.

55 MANTOVANİ, s. 358.

56 MANTOVANİ, s. 358.

57 MATTHIAS-BLECK: s. 14.

58 MATTHIAS-BLECK: s. 15.

59 HÖFFLER, s. 8.

genellikle daha önce de başkalarını takip etmiş kişilerdir. Bunlar, mağdurlarını çekici bulmaktadır; ancak yakınlık tesis etmeye çalışan ısrarlı takipçilerden farklı olarak mağdurlarına bir biriciklik atfetmedikleri gibi mağdurla hislerinin karşılıklı olduğu iddiasını da gütmezler.[60] Bu gruptakiler, genellikle bir seri ısrarlı takipçidir; çünkü bir mağduru kısa süre takip ettikten hemen sonra başka bir mağdura yönelebilirler.[61]

İntikamcı ısrarlı takipçiler, kendilerini bir haksızlığa veya adaletsizliğe uğramış veyahut da aşağılanmış hisseden kişilerdir. Bu gruptaki kişiler, kendilerine haksızlık yaptığını düşündükleri kişileri takip etmektedir. Bunların mağduru, yabancı veya tanıdık kimselerdir. Bu duygusal motivasyonla hareket ettiklerinden, intikamcı ısrarlı takipçiler çoğu kez kendilerini takip ettikleri kişi veya örgütün mağduru olarak görmektedir.[62] Bu gruptaki failler nadiren şiddete müracaat eder.[63]

Nihayet yağmacı ısrarlı takipçiler, genellikle bir cinsel sapkınlık içindedir ve çoğu kez kendisine karşı cinsel bir alaka duydukları kadınları ısrarla takip ederler. Bu tipolojide, ısrarlı takipçinin temel amacı genellikle hiç bir şeyden haberi olmayan mağdur üzerinde bir iktidar ve kontrol duygusu hissetmektir. Bu nedenle bu tipolojideki failler, ısrarlı takip fiillerinden zevk alırlar.[64] Yağmacı ısrarlı takipçiler, mağdurları hakkında daha sonra cinsel saldırıda bulunmak amacıyla bilgi toplar. Bu tipolojide, ısrarlı takip genellikle cinsel saldırı suçunun bir önceki aşamasını teşkil etmektedir.[65]

Bu noktada, bu gruplardan birine dâhil olunmasının, diğerlerine ilişkin özelliklerin de aynı kişide bulunmasına mani olmayacağı ifade edilmelidir.[66] Keza bu sınıflandırmadaki tipolojilerin gerçek hayatta tam bir karşılığı olup olmadığı tartışmalıdır. Buna mukabil bu nevi bir tasnif, ısrarlı takip davranışının farklı görünüm biçimlerini ortaya konulması ve anlaşılması bakımından önem arz etmektedir.[67]

---

60 MULLEN vd., s. 1246; ayrıca bkz. SPOHN, s. 40.

61 MATTHIAS-BLECK: s. 15.

62 MULLEN vd., s. 1248; HÖFFLER, s. 8-9; SPOHN, s. 41.

63 MATTHIAS-BLECK: s. 15; MANTOVANİ, s. 358.

64 SPOHN, s. 41.

65 MATTHIAS-BLECK: s. 15.

66 MULLEN vd., s. 1248.

67 MATTHIAS-BLECK: s. 15.

III. ISRARLI TAKİBİN SUÇ HALİNE GETİRİLMESİ

1. Aleyhindeki Görüş

Genel olarak değerlendirildiğinde, Alman öğretisi ısrarlı takibin suç haline getirilmesi karşısında menfi bir yaklaşım benimsemiş ve aşağıda da arz edileceği üzere bu yaklaşım bugüne değin öğretide ağırlığını korumuştur. Almanya örneğinde, ısrarlı takip olgusu esasen büyük ölçüde ilk defa yazılı ve görsel basın tarafından gündeme getirilmiştir. Israrlı takibe başvurmak suretiyle daha önceki eş veya sevgililerini ölümle tehdit eden kişilere ilişkin vakalar örnek gösterilerek, bir ısrarlı takip suçunun bulunmaması önemli bir yasa boşluğu olarak medya tarafından gündemde tutulmuştur. Bu yaklaşım çerçevesinde, müstakil bir ısrarlı takip suçunun polise daha erken müdahale imkânı sağlayarak, ısrarlı takip vakalarının gerçekleşmesinin önüne geçilebileceği ileri sürülmüştür.[68]

Buna karşılık, Almanya'da öğretide ağırlıkta olan görüş, bilhassa ısrarlı takibin suç haline getirilmesinin tartışıldığı 2000'li yılların ortalarında, ısrarlı takibin müstakil bir suç olarak tanımlanmasının aleyhinde olmuştur. Bu görüşü savunan müelliflerin hemen hiçbiri ısrarlı takip olgusunun varlığını reddetmemektedir; ancak, bu konuda yeni bir suç tipi ihdas edilmesine karşı çıkmışlardır. Bu görüşe göre ağır ısrarlı takip vakaları, hâlihazırda zaten ceza kanunundaki mevcut suç tiplerinden kasten yaralama, cebir, tehdit, hakaret veya mala zarar verme kapsamına girmektedir.[69] Bu ağırlık seviyesinin altında kalan hafif ısrarlı takip (*milden Stalkings*) vakaları ise rahatsız edici nitelikte davranışlar olmalarına rağmen, herhangi bir hukuki değer ihlali teşkil etmemektedir.[70] Keza bu müelliflere göre, hafif derecedeki ısrarlı takiplere karşı mağdurlar medeni hukuk kapsamındaki haklarını kullanabilecektir. Gerçekten, Alman hukukunda medeni hukuk sahasında şiddet fiilleri ve ısrarlı takibe karşı medeni hukuk koruması yasası (*Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen*),[71] ısrarlı takip mağdurlarını koruma amacına hizmet eden hükümler ihtiva etmektedir. Alman kanun koyucu bu yasada, birçok ısrarlı takip ve şiddet olayı arasında bir ilişki bulunmasından yola çıkarak, bu iki olguyu bir arada değerlendirmek yoluna gitmiştir. Mezkûr yasada

---

68 Bkz. NEUBACHER, s. 865.

69 NEUBACHER, s. 865-866; KINZIG, s. 256; ayrıca bkz. EISELE Jörg, **Strafrecht, Besonderer Teil I**, 6. Bası, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2021, s. 181.

70 NEUBACHER, s. 866.

71 BGB1. I S. 3513, 11.12.2001.

ısrarlı takip, bir kimseyi, rahatsız edilmeme iradesini açıkça beyan etmesine rağmen müteaddit kere fiziki olarak veya iletişim araçlarını kullanmak suretiyle izin verilmeyecek bir şekilde rahatsız etmek olarak tanımlanmıştır.[72] Bu yasaya göre, ısrarlı takip mağduru Mahkeme'ye müracaat ederek, bu hususta gerekli tedbirlerin alınmasını talep etme hakkına sahiptir. Bu kapsamda Mahkeme, ısrarlı takip failinin mağdurun evine veya mağdurun evinin bulunduğu bölgeye girmesini, mağdurun umumiyetle bulunduğu yerlere gitmesini, mağdurla iletişime geçmesini veya onunla buluşmasını belli bir süreyle yasaklama tedbirlerine hükmetme yetkisini haizdir. Mezkûr yasa tarafından, medeni hukuk alanında pek de mutat olmayan bir şekilde bir ceza normuna da yer verilmiştir. Buna göre, geleneksel disiplin hapsi ve para cezası gibi yaptırımlar muhafaza edilmekle birlikte, yukarıda anılan tedbirlere aykırı davranış iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılabilecektir.[73] Bunun sonucu olarak, Alman hukukunda müstakil bir ısrarlı takip suçuna karşı olan müellifler, hafif ısrarlı takip vakaları bakımından da bu yasanın yeterli ceza hukuku korumasını temin ettiği kanaatindedir. Buna göre, hâkimin ilgili tedbir kararı, ısrarlı takip faili için adeta bir son uyarı niteliğindedir.[74] Buna ilave olarak, bu müellifler polislere suçun önlenmesi konusunda tanınan yetkilerin de ısrarlı takibin önlenmesinde dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir.[75] Netice itibarıyla bu müellifler, ısrarlı takip konusunda mevzuatın yeterli koruma sağlaması nedeniyle, bu konuda başka bir ceza hukuku normu daha ihdas edilmesinin *ultima ratio* ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.[76] Bu noktada, ısrarlı takibe ilişkin suç tanımlarının muğlak olduğu ve şiddetin önlenmesi yasasında hâkimin son uyarı kararı verebilmesi sayesinde failin davranışının hukuken cevaz verilen sınırları aştığı, somut olay kapsamında bir belirlilik olduğu ifade edilmiştir. Bu kapsamda, özellikle bazı gazeteciler medyanın genelinin aksine, bu nevi bir suç tipinin kendilerinin araştırma faaliyetlerini önemli ölçüde kısıtlayacağı endişesini dile getirmiştir.[77] Bu şekilde karmaşık ve belirsiz suç tiplerinin vatandaşın hukuk güvenliğini elinden aldığı da ifade edilmiştir.[78] Bu değerlendirmeler neticesinde, ısrarlı takip olgusunu suç olarak tanımlamanın sadece sembolik bir anlamı olacağı ve bu sorunun

---

72 Bkz. GewSchG, m. 1. f. 2. b. (b).
73 Bkz. GewSchG, m. 4.
74 NEUBACHER, s. 866.
75 NEUBACHER, s. 866-867.
76 NEUBACHER, s. 867, 871; KINZIG, s. 258; ayrıca bkz. ÜNVER, s. 114.
77 NEUBACHER, s. 870.
78 NEUBACHER, s. 870-871.

ceza hukuku dışı araçlarla çözümünün *ultima ratio* ilkesine uygun olacağı ileri sürülmüştür.[79] Öğretide *Frommel* ise ısrarlı takibe ilişin suç normunu, medya toplumunda gittikçe artan cezalandırıcı popülizm eğiliminin bir görünüm biçimi niteliğinde olduğu görüşündedir.[80] Gerçekten ısrarlı takip, Almanya'da suç haline getirilmiş ve suçun kapsamı aradan geçen zaman zarfından genişletilmiş olmasına rağmen, bu suç tipinin meşruiyeti, suç tanımının müphemliği ve ceza hukuku dışındaki tedbirlerin daha yerinde olacağı yolundaki görüşler öğretide savunulmaya devam etmektedir.[81]

İtalyan doktrininde ise suç tipinin varlığına dönük ilkesel itirazların çok daha az olduğu, fakat belirlilik ilkesine aykırılık tereddüdün kuvvetli olduğu söylenebilir. Bu itirazlar ileride incelenecektir. Buna karşılık, suç tipinin bizatihi varlığına dönük muterizler de mevcuttur. Mesela bir görüşe göre, ısrarlı takip nitelikli eylemlere karşı ceza hukuku haricinde kalan etkili araçların zaten mevcut olduğu düşünüldüğünde, ısrarlı takibin suç olarak düzenlenmesinin, suçu işlemek açısından etkinliğinden ciddi olarak şüphe duyulabilecek ve daha ziyade "sembolik bir müdahale" olarak mütalaa edilmesi mümkündür.[82]

2. Lehindeki Görüş

Israrlı takibin, suç haline getirilerek ceza kanununa dâhil edilmesinin aleyhindeki görüşler hiç şüphesiz yabana atılmaması gereken, üzerinde dikkatle durulması icap eden gerekçelere dayanmaktadır. Gerçekten, öğretide *Roxin*, ısrarlı takip suçunun reddedilmesi yolunda yukarıda gerekçeleri arz edilen görüşlerde haklılık payı olduğunu teslim etse de Alman Ceza Kanunu'na dâhil edilen ısrarlı takip suçunun kabul edilmesinin lehindeki görüşün de gittikçe öğretide ağırlık kazanmaya başladığını ifade etmiştir.[83] Bu bağlamda öğretide, ağır ısrarlı takip vakalarını cezalandırmaya imkân tanıyan Al. CK. m. 123, 185,

---

79 Bu hususta bkz. EISELE, 2019, s. 328; VALERIUS Brian, in: **Bernd von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar StGB**, 51. Bası, Stand: 01.11.2021, C.H. Beck, München, 2021, § 238 kn. 1.3.

80 FROMMEL Monika, "Punitiver Populismus", in: **Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte, Gedächtnisschrift für Edda Wesslau** (Ed. Felix Herzog, Reinhold Schlothauer ve Wolfgang Wohlers), Duncker & Humblot, Berlin 2016, ss. 495-505, ss. 495-505, s. 497.

81 Bkz. BECK Susanne, "Was ist ein gutes Strafgesetz?" in: **Strafrechtspolitik** (Ed. Benno Zabel), Nomos, Baden-Baden 2018, ss. 45-77, s. 60-63.

82 CASSANİ Carlotta, "Atti persecutori e recenti modifiche normative: spunti di riflessione", **Archivio Penale**, S. 1, 2018, s. 10.

83 ROXIN Claus, "Der Stalking-Tatbestand, Zur Frage seiner Berechtigung und Auslegung", **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**, C. 167, 2020, ss. 460-469, s. 461.

240, 241, 223 ve 239 gibi hükümleri yeterli görülmemiş, özellikle hafif ısrarlı takip vakalarını kapsayabilecek müstakil bir ceza normunun ihdas edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.[84] Israrlı takibin müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmesinin lehindeki görüşün ilk gerekçesi, Almanya bağlamında suç kapsamına giren davranışların büyük sosyal önem taşımasıdır. Bu noktada bilhassa, ısrarlı takip olgusunun Alman toplumundaki yaygınlığı üzerinde durulmaktadır.[85] Buna karşılık öğretide, ısrarlı takip olgusunun gerçek boyutlarının ampirik olarak tespit edilmesinin oldukça zor olduğu ifade edilmektedir.[86]

Bu olgunun müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmesinin lehindeki görüş, bu konuda bir suç tipi ihtiyacını, ısrarlı takip teşkil eden davranışların diğer suçlar kapsamına dâhil edilmesinin mümkün olmamasıyla temellendirmektedir.[87] Bir başka deyişle, bir kişinin hayatını adeta cehenneme çevirme veya huzurunu sürekli olarak bozma, diğer suç tipleri tarafından cezalandırılmaları muhtemel olsa da bu suçların kapsamına girmeyen sosyal hadiselerdir.[88] Buna ilave olarak, Alman mevzuatında bilhassa kişilerde kasten yaralama suçu (Al. CK. m. 223) anlamında, sağlığın bozulması olarak değerlendirilemeyen, psikolojik olarak mağduru rahatsız eden ısrarlı takiplerin cezalandırılması konusunda bir kanun boşluğu olduğu ileri sürülmüştür.[89] Keza, ısrarlı takip kapsamında gerçekleştirilen iletişime geçme gibi fiiller, tek başlarına değerlendirildiklerinde, ceza hukukunun konusunu teşkil etmeyen görünüşte sosyal bakımdan uygun fiiller olsalar da failin mağdurun rızası hilafına bu fiilleri işlemekte inat ve ısrar etmesi, ısrarlı takibi diğer suç tiplerinden ayıran temel özelliktir. Bu nedenle de bu konuda müstakil bir suç tipinin düzenlemesinin yerinde olduğu ifade edilmiştir.[90] İtalyan doktrininde de hem ısrarlı takip eylemlerinin sıklığını gösteren istatistiki veriler hem de bu suç faillerinin ve eyleminin kriminolojik olarak kendine has bir özellik göstermesi nedeniyle, bağımsız bir cezalandırma ihtiyacı bulunduğunu savunanlar vardır.[91]

---

[84] KINDHÄUSER Urs / SCHRAMM Edward, **Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft**, 10. Bası, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2022, s. 187; EISELE, 2019, s. 328.

[85] ROXIN, s. 462.

[86] EISELE, 2019, s. 327.

[87] ROXIN, s. 463.

[88] ROXIN, s. 463.

[89] EISELE, 2019, s. 328.

[90] EISELE, 2019, s. 328.

[91] Mesela bkz. MANTOVANİ, s. 358.

Nihayet, Alman hukukunda şiddet fiilleri ve ısrarlı takibe karşı medeni hukuk koruması yasasının tek başına, ısrarlı takip olgusuyla yeterince mücadele imkânı sağlamadığı ifade edilmiştir. Israrlı takibin haksızlık içeriği nedeniyle medeni hukuk korumasına ilave bir feri ceza hukuku hükmüyle korunmasının kâfi olmayacağı da müstakil bir ısrarlı takip suçuna duyulan ihtiyacı temellendirmede kendisine başvurulan gerekçeler arasında yer almaktadır.[92] Bu suç tipinin ceza kanununa dâhil edilmesiyle birlikte, vücut bütünlüğüne karşı suçlar ve hürriyete karşı suçlar kapsamına girmeyen; ancak bu suçların korudukları hukuki değerlerle yakın ilişki içinde olan ısrarlı takip olgusuna ilişkin kanun boşluğunun doldurulduğu ifade edilmiştir.[93]

III. ALMAN CEZA HUKUKUNDA ISRARLI TAKİP SUÇU

1. Genel Olarak

Alman Ceza Kanunu'nda ısrarlı takip ilk defa, uzun bir ön hazırlık ve müzakere süreci neticesinde, mevcut kanun boşluklarını gidermek ve mağdurlara daha iyi bir koruma sağlanması amacıyla, 30.3.2007 tarihli ısrarlı takibinin cezalandırılması hakkında kanunla Al. CK. m. 238 hükmünde suç olarak tanımlanmıştır.[94] Israrlı takip müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmeden önce, bu kapsama giren fiiller - unsurların oluşması halinde - yaralama, tehdit veya konut dokunulmazlığını ihlal gibi suçlar kapsamında cezalandırılabiliyordu.[95] Alman kanun koyucunun bu konuda müstakil bir suç düzenlemesinin başlıca sebepleri, kamuoyunu oldukça meşgul ve rahatsız eden, medyada yer almış ısrarlı takip vakalarına karşı bir yasal tedbir alma ihtiyacıydı.[96] Ceza Kanunu'nun 238. maddesinde tanımlanan suç 2017 tarih-

---

92 Bkz. MITSCH Wolfgang, "Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch", **Neue Juristische Wochenschrift**, S. 60, 2007, ss. 1237-1242, s. 1238; ROXIN, s. 463; EISELE, 2019, s. 328-329.

93 MITSCH, s. 1242.

94 ZIMMERMANN Till, in: **AnwaltKommentar StGB** (ed. Klaus Leipold / Michael Tsambikakis / Mark Alexander Zöller), 3. Bası, C. F. Müller, Heidelberg, 2020, § 238 kn. 1; EISELE, 2019, s. 326; ayrıca bkz. GERICKE Jan, in: **Münchener Kommentar zum StGB** (ed. Wolfgang Joecks / Klaus Miebach), Band IV, 4. Bası, Verlag C.H. Beck, München, 2021, § 238 kn. 4; OEHMICHEN Anna, "Nachstellung", in: Gesamtes Strafrecht aktuell (Ed. Thomas C. Knierim / Anna Oehmichen / Susanne Beck / Claudius Geisler), Nomos, Baden-Baden 2018, ss. 125-136, s. 125-126; ayrıca bkz. ÜNVER, s. 109-112.

95 HILGENDORF Eric / VALERIUS Brian, **Strafrecht Besonderer Teil I**, C. H. Beck, München, 2021, s. 108.

96 VALERIUS, § 238 kn. 1.1.

li "ısrarlı takibe karşı korumanın iyileştirilmesi" yasasıyla ve 2021 yılında, ısrarlı takiple daha etkin mücadele ve siber ısrarlı takibin cezalandırılması yasasıyla birlikte önemli değişikliklere uğramıştır.

2007 yılında zarar (netice) suçu olarak tanımlanan ısrarlı takip, 2017 yılında tehlike suçlarının bir çeşidi olan elverişlilik (*Eignungsdelikt*) suçuna dönüştürülmüştür.[97] Elverişlilik suçları, kategorik olarak soyut tehlike suçları kapsamında değerlendirilseler de esasen, failin hareketinin elverişliliği şartının aranması nedeniyle soyut-somut tehlike veya potansiyel tehlike suçları olarak da adlandırılmaktadır. Bunun sonucu olarak, elverişlilik suçları soyut tehlike suçlarının, somut tehlike kategorisine en yaklaşmış görünüm biçimidir.[98] Kanun koyucunun bu tercihi öğretide eleştiriye uğramıştır. *Steinberg*'e göre, suçun oluşması için failin hareketinin elverişliliğinin yeterli olması, cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi anlamına gelmektedir.[99] Yazara göre, elverişlilik gibi bir objektif kıstasın getirilmesi esasen somut olayda ısrarlı takip mağdurunun psikolojisi ve hayat tarzı üzerindeki etki yerine, ortalama bir mağdurun kıstas alınması sonucunu doğuracaktır.[100] Hâlbuki ısrarlı takibin haksızlık içeriğinin esasını, ısrarlı takipçinin çoğunlukla mağdurun kişilik özelliklerini bilerek, mağdurla özel ilişkisinde edindiği bilgileri kullanmak suretiyle, hayatının akışını olumsuz şekilde etkileyen fiilleri ısrarla işlemesi teşkil etmektedir. Bu nedenle, mağdurun kişiliği ve özel psikolojik durumunu dikkate almayan elverişlilik kıstasının benimsenmesi anlamsızdır. Bir başka deyişle, suçun elverişlilik suçuna dönüşmesi, tipik eylemlerin icrası suretiyle uygulanan psikolojik baskıyı kıstas almakta; buna karşılık, suçun neticesi olarak somut olayda husule gelen psikolojik zararları dikkate almamaktadır. Bunun sonucunda müellife göre, bazı vakalarda mahkemeler, mağdurun "ortalama mağdur" (*Durchschnittsopfer*) ile karşılaştırıldığında aşırı hassas bulunması neticesinde, elverişlilik unsurunun oluşmadığı sonucuna ulaşabilecektir.[101] Bunun sonucu olarak, aşırı hassas olduğu değerlendirilen bir mağdura karşı gerçekleştirilen fiillerin cezalandırılması müm-

---

[97] OEHMICHEN, s. 130-131; FISCHER Thomas, **Strafgesetzbuch**, 67. Bası, C.H. Beck, München, 2020, § 238 kn. 1; EISELE, 2019, s. 343; HILGENDORF / VALERIUS, s. 108; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 188; ÜNVER, s. 115-116.

[98] Bu hususta bilgi için bkz. BRINGEWAT Peter, **Grundbegriffe des Strafrechts**, 3. Bası, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2018, s. 120-121.

[99] STEINBERG Georg, "Die missratene Änderung des § 238 StGB", **Juristen Zeitung**, Heft 13, 2017, ss. 676-680, s. 677.

[100] STEINBERG, s. 678.

[101] STEINBERG, s. 678, 680.

kün olmayacaktır; çünkü tipik eylemlerin objektif bir üçüncü kişinin hayatı üzerinde ağır bir etki doğurabilecek nitelikte olması kıstası tatbik edilecektir.[102] Esasen 2017 yılında, öğretide *Gerhold*'un yerinde tespitine göre, 2007 yılında hukuk komisyonu tarafından yerinde gerekçelerle oy birliğiyle reddedilmiş olan norm yürürlüğe girmiştir.[103] Bu süreçte, daha evvel suçun tehlike suçuna dönüştürülmesi hususundaki tereddüt ve haklı itirazlara ilişkin bir değerlendirmeden de sarfınazar edilmiştir. Esasen *Steinberg*'in de belirttiği gibi m. 238 hükmünün yargı tarafından oldukça dar yorumlanması, suçun tehlike suçu haline getirilmesinde tesirli olmuştur. Hâlbuki kişinin huzur ve sükûnun bozulmasına, psikolojik sorunlar yaşamasına sebebiyet verilmesi, bu suç tipinin uygulanması bakımından yeterli olabilirdi.[104] Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi 2012 yılında verdiği bir kararında, somut vakada mağdurun ısrarlı takip nedeniyle uyku bozukluğu, panik atak, nefes almada güçlük, ağır mide ağrıları ve kulak çınlaması gibi rahatsızlıkları; yaşadığı bu psikosomatik şikâyetlere bağlı olarak kilo kaybı ve mesleğini artık icra edemez hale gelmiş olmasını bu suç tipinin uygulanması bakımından yeterli görmemiştir. Mahkeme'ye göre, suçun uygulanabilmesi için kişinin hayatı üzerinde örneğin evini veya işyerini değiştirme gibi değişikliklerin vukuu bulmuş olması gereklidir.[105] *Steinberg*'in yerinde tespitine göre mağdurun ısrarlı takip nedeniyle manevi bütünlüğünün bozulmuş olması (*psychische Verletzung*), tipik netice olarak ve kişinin ruh sağlığının bozulması ceza hukukunda korunan bir değer olarak kabul edilmelidir.[106] Bu noktada, kişinin manevi bütünlüğünün korunmasının ceza hukukunda korunması gereken bir hukuki değer olarak son zamanlarda ön plana çıktığı ifade edilmelidir.[107] Netice itibarıyla, ısrarlı takip suçunun bir zarar suçu olarak düzenlenmesi yerindedir. Bununla birlikte, tipik netice bakımından Alman Federal Mahkemesi'nin yaptığı daraltıcı yorum yerinde değildir.[108]

---

[102] OEHMICHEN, s. 132; VALERIUS, § 238 kn. 17.

[103] GERHOLD Sönke Florian, "Entgrenzung des Nachstellungstatbestands", **Zeitschrift für Rechtspolitik**, Heft 4, 2021, ss. 118-121, s. 119.

[104] STEINBERG, s. 678.

[105] BGH, Beschluss vom 19.12.2012 - 4 StR 417/12 (LG Bochum).

[106] STEINBERG, s. 679.

[107] Bu konuda güncel bir mukayeseli tahlil için bkz. NISCO Attilio, "Psychische Integrität als strafrechtlich zu schützendes Rechtsgut, Systematische und rechtsvergleichende Anmerkungen", **Zeitschrift für internationale Strafrechtswissenschaft**, Heft 1, 2021, ss. 1-10, s. 1 vd.

[108] STEINBERG, s. 678-679; krş. ÜNVER, s. 116.

Yukarıdaki da ifade edildiği üzere, Almanya'da 2007 senesinde, suç tipine ilişkin müzakereler sırasında Federal Konsey (*Bundesrat*) tarafından soyut tehlike suçu olarak tanımlanmasının uygun görülmemiş olmasına rağmen, on yıl sonra Alman kanun koyucu suçu zarar suçu olmaktan çıkarmayı uygun görmüştür. Gerçekten, anılan dönemde Federal Konsey ve Hükümet tasarıları arasında önemli farklar mevcuttu. Suç tipinin niteliği dışında, ceza kanununda nerede düzenleneceği, suçun unsurlarının tahdidi mi yoksa tadadi nitelikte mi düzenleneceği ve nitelikli haller bakımından öngörülen cezanın miktarı gibi konularda derin görüş ayrılıkları mevcuttu. İki tasarı arasındaki bu farklar, nihayet Federal Meclis hukuk komisyonu tarafından bir uzlaşıyla giderilmeye çalışılmıştır.[109] Gerçekten, bu noktada suç tipinin adının İngilizceden doğrudan "*stalking*" kelimesinin ithal edilmesi uygun görülmemiş; Alman kanun dilinin İngilizce kökenli kavramların tesirine girmesine mani olunmaya gayret edilmiştir.[110] Buna karşılık öğretide *Kühl*, doğrudan İngilizcede "*stalking*" teriminin kullanılmasının daha yerinde olacağı kanaatindedir.[111] 2017 yılına gelindiğinde ise kanun koyucu daha evvel zarar suçu olarak düzenlenen bu suç tipini bir tehlike suçuna dönüştürme kararını, zararın oluşabilmesi için mağdurun hayatında önemli değişikliklerin meydana gelmesi ve bu nedenle suçun oluşmasının mağdurun hareketine bağımlı olmasıyla açıklamıştır.[112] Böylece, mağdurun tepkisinden ziyade failin hareketinin elverişliliği kıstası suç tipinin uygulanmasını kolaylaştırma amacıyla benimsenmiştir. Bununla birlikte, ısrarlı takip olgusunun doğası gereği mağdurun algısı ve davranışlarına bağımlı olduğu hususu gözden kaçırılamamalıdır.

Öğretide *Valerius* ise 2017 değişikliğinde cezalandırılabilirliğin kapsamının yukarıda arz edilen şekilde genişletilmesi karşısında, sair benzeri davranışların cezalandırılmasını öngören o zamanki Al. CK. m. 238 f. 1 b. 5 (2021 tanımında m. 238 f. 1 b. 8) hükmünün yasadan çıkarılması gerektiğini ileri sürmüştür.[113] Suç tipi genel olarak değerlendirildiğinde, suç tanımında

---

[109] BARTSCH Tillmann / DAMHUIS Linda / W. SCHWEDER Katharina, "Der Straftatbestand der Nachstellung- § 238 StGB", in: **Stalking in Deutschland** (Ed. Deborah F. Hellmann), Nomos Verlag, Baden-Baden 2016, ss. 9-32, s. 12-13.

[110] BARTSCH vd., s. 13.

[111] KÜHL Kristian, **Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Bası, C. H. Beck, München, 2018, § 238 kn. 1.

[112] HILGENDORF / VALERIUS, s. 108; JOECKS Wolfgang / JÄGER Christian, **Strafgesetzbuch, Studienkommentar**, 13. Bası, C.H. Beck, München, 2021, § 238 StGB kn. 3.

[113] VALERIUS, § 238 kn. 1.4.

çok sayıda müphem ve normatif bir değerlendirmeye muhtaç kavramın kullanıldığı görülmektedir. Bu nedenle, öğretide maddenin tamamının veya en azından 2017 tanımında f. 1 b. 5 hükmünde yer alan "sair benzer hareketler" ifadesinin belirlilik ilkesini ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, maddenin kötü formüle edilmiş olmasına karşın, Anayasa'ya uygun olduğu yönünde görüş de mevcuttur.[114] Bu unsurun suç tipine eklenmesinin sebebi, kıyas yoluyla suçun kapsamının, tipiklikte öngörülmeyen sair benzer davranışlara teşmil edilmesidir.

Israrlı takibin suç olarak tanımlanmasında karşılaştırmalı hukukta en çok karşılaşılan sorun, yukarıda izah edildiği gibi oldukça esnek ve sınırlarının tayini güç olan ısrarlı takip kavramının bir suç tipi olarak düzenlenmesidir. Buradaki sorun, geniş ve belirlilik ilkesine uymayan bir suç tanımı yapıldığında belirlilik ilkesi bakımından sorun yaşanması, suç tipinin dar tanımlanması halinde oldukça yaratıcı ve yenilikçi yöntemler icat etme konusunda mahir olan ısrarlı takipçilerin fiillerinin suç kapsamı dışında kalacak olmasıdır.

Almanya'da ilk defa 2007 yılında ihdas edilen ısrarlı takip (*Nachstellung*) suç tipinin tanımında 2017 ve 2021 yılında önemli değişiklikler yapmak durumunda kalınması bu duruma örneklik teşkil etmektedir. Bu konuda hiç şüphesiz kapsayıcı bir tanımla ceza hukukunda belirlilik ilkesi arasında bir gerilim söz konusudur. Buna ilave olarak, günlük hayatta çoğu kez normal sayılabilecek davranışları ısrar ve süreklilik unsurları marifetiyle bir bağlama oturtan suç tanımlarının gereğinden fazla genişletilmesi, cezalandırılabilirliği oldukça öne çekeceğinden, kişi hürriyetleri ve toplumsal hayatın sağlıklı işleyişi bakımından birtakım mahzurları beraberinde getirebilir. Öğretide *Eisele*, suçun 2017 tanımını esas alarak yaptığı değerlendirmede, ısrarlı takibe ilişkin kanun hükmünün, bir yandan cezaya müstahak davranışı kapsarken; diğer yandan sosyal bakımdan uygun ve makul davranışları kapsam dışında tutmak bakımından elverişli olup olmadığının belirsiz olduğu kanaatindedir.[115] 2021 yılında yapılan değişikliklerle, cezalandırılabilirliğin daha da öne çekilmesiyle, bu yöndeki kaygı ve eleştirilerin daha artması muhtemeldir.

Yukarıda da ele aldığımız üzere Alman öğretisinde ağırlıklı görüşün, bu suç tipinin kabul edilmesine muhalif olduğu görülmektedir. Özellikle, öğretide bu fiillerin cezaya müstahak olma niteliğini haiz olmadıkları ileri sürülmüştür. Resmi istatistiklere bakıldığında ise nicelik bakımından ısrarlı

---

[114] ZIMMERMANN, § 238 kn. 3.

[115] EISELE, 2021b, s. 182.

takibin ciddi bir sorun teşkil ettiği ifade edilmektedir. 2007 ile 2012 yılları arasında 2000 kişi Al. CK. m. 238 hükmü uyarınca cezalandırılmıştır. Buna karşılık, şikâyet sayısının mahkûmiyet sayısının çok üzerinde olduğu vurgulanmalıdır. Örneğin 2010 yılında 22.000 şüpheli hakkında 27.000 suç duyurusunda bulunulmuştur. Bunlardan %3,4'ü hakkında iddianame düzenlenmiş ve sadece %1,9'u hakkında mahkûmiyet kararı verilmiştir. Bu farkın, diğer suçlardaki oranlara nazaran oldukça yüksek olduğu ifade edilmektedir.[116] Bu durumun, sadece ısrarlı takipçilerin değil aynı zamanda mağdurların da yaratıcı olduğunu göstermesinin (örneğin, şehvetle dondurma yeme ve imalı bakışlar vb. nedeniyle şikâyetler söz konusu olmuştur) yanı sıra savcılık ve mahkemelerin 238. madde hükmünü oldukça dar yorumlamalarıyla açıklanmaktadır.[117]

Bunun sonucu olarak, maddenin uygulanmasında yaşanan sorunlara cevap vermek amacıyla 2021 yılı Ağustos ayında, ısrarlı takiple daha etkin mücadele ve siber ısrarlı takibin cezalandırılması yasasıyla birlikte, bu suçun kapsamı oldukça genişletilmiş ve aynı zamanda suçun cezası da artırılmıştır.[118] Bu değişiklikler, mezkûr kanunun 3. maddesi uyarınca 1.10.2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[119] Bu kanunla yapılan değişliklerle birlikte failin suç tipinde tanımlanan fiilleri ısrarla/inatla (*beharrlich*) işlemesi kıstasının yerine "müteaddit" (*wiederholt*) defa işlenmesi; yine mağdurun hayatı üzerinde ağır etkide bulunma yerine önemsiz sayılmayacak etki terimi benimsenmiştir.[120] Alman kanun koyucu bu değişikliği, maddenin uygulanmasını kolaylaştırma ve daha çok vakanın mahkemelere ulaşması gayesiyle gerçekleştirdiğini ifade etmektedir. Gerçekten öğretide, "*beharrlich*" teriminin uygulama bakımından failin hareketlerinin sayısı ve yoğunluğunun yanında,

---

[116] KUHLEN Lothar, "Stalking als kriminalpolitisches Problem", **Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft**, Heft 3, 2018, ss. 89-95, s. 94.

[117] KUHLEN, s. 94.

[118] Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 53, ausgegeben zu Bonn am 17 August 2021, S. 3513, **Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - effektivere Bekämpfung von Nachstellungen und bessere Erfassung des Cyberstalkings sowie Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes gegen Zwangsprostitution vom 10. August 2021**; ayrıca bkz. VALERIUS, § 238 kn. 1.5; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 188;

[119] Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 53, ausgegeben zu Bonn am 17 August 2021, S. 3513, **Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - effektivere Bekämpfung von Nachstellungen und bessere Erfassung des Cyberstalkings sowie Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes gegen Zwangsprostitution vom 10. August 2021**; ayrıca bkz. KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 188.

[120] VALERIUS, § 238 kn. 1.5.

ceza normunu ihlal etmekteki inat ve mağdurun haklarına karşı kayıtsızlık gibi sübjektif unsurların aranmasının bu suç tipinin uygulanmasını oldukça zorlaştırdığı ifade edilmektedir.[121] Dolayısıyla bu unsurun yerine müteaddit defa işlenme unsurunun ikame edilmesinin yerinde olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, geniş bir zamana yayılan iki veya üç tipik davranışın kural olarak suçun oluşması için yeterli olmayacağı kabul edilmektedir.[122]

Kanuna yeni eklenen unsurların da muğlak oldukları ve cezalandırılabilirliğin sınırını oldukça aşağı çektikleri eleştirisi getirilmiştir.[123] Bunun sonucu olarak, ısrarlı takip suçu bakımından zaten zor olan, sosyal olarak uygun davranış ile suç teşkil eden davranışı tefrikin daha da güçleştiği ifade edilmiştir. İnat/ısrar ve kişinin hayatı üzerinde ağır tesir unsurlarının, tekrar ve mağdurun hayatı üzerinde önemsiz sayılmayacak değişiklik terimleriyle ikame edilmesi, cezalandırma eşiğini oldukça aşağı çektiği, bunun mağdurun korunması gerekçesiyle haklı kılınmasının mümkün olmadığı ve bu unsurların neden değiştirildiğinin izah edilmediği gerekçeleriyle eleştirilmiştir.[124] Gerçekten öğretide *Roxin*, 2021 değişikliği öncesinde ısrar/inat (*beharrlich*) unsurunun, suç tipinin abartılı bir şekilde geniş yorumlanmasına karşı bir koruma, garanti teşkil ettiğini ifade etmiştir. Bir kişinin hayatına ne zaman ağır (*schwerwiegend*) bir müdahalenin olduğunun ise yorum yoluyla yeterince sarih bir şekilde ortaya konulabileceğini ifade etmiştir.[125] Öğretide *Gerhold*, suç tipinin kapsamının bu şekilde genişletilmesinin ya bu yeni yasal düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığına neden olacağı ya da böyle bir neticenin ortaya çıkmaması için suç tipinin 2021 değişikliği öncesi mevzuata uygun bir şekilde yorumlanması gerektiği ve her hâlükârda suçun kapsamının genişletilmesinin yerinde olmadığı kanaatindedir.[126]

---

[121] VALERIUS, § 238 kn. 1.5; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 188;

[122] EISELE Jörg, "Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur effektiver Bekämpfung von Nachstellungen und bessere Erfassung des Cyberstalkings", **Kriminalpolitische Zeitschrift**, Heft 3, 2021, ss. 147-150, s. 148.

[123] Deutscher Anwalts Verein, **Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches- effektiver Bekämpfung von Nachstellungen und bessere Erfassung des Cyberstalkings,** Stellungnahme Nr: 22/2021, Berlin, Mart 2021, s. 6. https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-22-21-strafrechtliche-bekämpfung-von-cyberstalking (Son Erişim Tarihi: 21.01.2022).

[124] a.e., s. 7.

[125] ROXIN, s. 469.

[126] GERHOLD, s. 119.

Yukarıda zikredilen iki unsurun yerine ikame edilen unsurlarla birlikte suçun tatbik sahası, sosyal bakımdan uygun nitelikteki davranışlara teşmil edilmiş olacaktır.[127] Bir başka deyişle, yeni tanıma göre bir kişiye ulaşmak için iki kez telefonla aramak da elverişli bir hareket olarak gündeme gelebilecektir. Bu nedenle, sosyal bakımdan uygun bir davranışı, üçüncü bir kişinin hayatını önemsiz sayılmayacak bir şekilde etkilemeye elverişli olabilecek şekilde üç yıla kadar cezalandırmak, *Gerhold*'a göre kanun koyucunun amacı olamaz. Bu nedenle müellife göre, sosyal bakımdan uygun davranışlara suçun tatbik edilmemesi ve normun sadece belli bir haksızlık içeriği ihtiva eden davranışlara uygulanmasını temin için yetkisi olmaksızın (*unbefugt*) ve (ısrarla) takip etmek (*Nachstellen*) unsurlarına müracaat edilmelidir.[128] Bir başka deyişle, 2021 değişikliklerine rağmen uygulamada, bir hareketin sosyal bakımdan uygun mu yoksa cezayı müstelzim bir ısrarlı takip mi teşkil ettiği vakaya ilişkin şartların tamamının bu değerlendirmeye açık unsurlara müracaatla değerlendirilmesi suretiyle tespit edilecektir.[129]

Bunlara ilave olarak, 2021 değişikliği özellikle siber ısrarlı takip olgusunu dikkate alarak, en sık rastlanan siber ısrarlı takip hareketlerini tipikleştirmiş bulunmaktadır. Siber ısrarlı takibin, görünüm biçimlerinin açıkça yasal düzenlemeye kavuşturulmuş olmasının yerinde olduğu; suç tipinin kapsamının belirlenmesi ve uygulanmasının kolaylaştırmaya hizmet edeceği ifade edilmiştir.[130] Bu kapsamda teknolojideki gelişmeleri takip eden kanun koyucu, örneğin ısrarlı takip uygulamaları (*Stalking-Apps*) ve casus yazılımların (*Stalkingware*) kullanılmasını açık bir şekilde suç kapsamına almıştır. Alman kanun koyucu, siber ısrarlı takibi ayrı bir suç olarak düzenlemek yerine, klasik ısrarlı takip yöntemleriyle birlikte bu fiilleri düzenlemeyi tercih etmiştir.[131] Gerçekten, Alman Ceza Kanunu m. 238 hükmü, çok farklı görünüm biçimleri olan siber ısrarlı takip olgusunu yeterince kapsayıcı bir şekilde düzenlemediği için öğretide tenkit ediliyordu.[132] Keza bu değişikler-

---

[127] GERHOLD, s. 119.

[128] GERHOLD, s. 120.

[129] EISELE, 2021a, s. 147.

[130] EISELE, 2021a, s. 148.

[131] VALERIUS, § 238 StGB kn. 1.5. Yabancı hukuk doktrininde "siberstalking"in ısrarlı takibin bir alt kategorisi ve görünüm biçimi mi olduğu yoksa kriminolojik açıdan, stalking ile bağlantılı olmakla birlikte, kendine has ve özgün unsurlara sahip bağımsız bir olgu mu olduğu tartışmalıdır (MACRÌ, s. 622 vd.).

[132] Bu hususta bkz. PORT Verena, **Cyberstalking**, Logos Verlag, Berlin, 2011.

le birlikte suç şikâyete bağlı suç olmaktan çıkarılmıştır.[133] Bu değişikliklerden sonra Alman Ceza Kanunu m. 238 hükmünün güncel hali şu şekildedir:

(1) Aşağıdaki fiilleri yetkisi olmaksızın müteaddit defa icra etmek suretiyle, diğer bir kişinin hayat tarzını önemsiz sayılmayacak şekilde bozmaya elverişli bir şekilde onu takip eden kişi, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasıyla cezalandırılır:

1. Kişiye fiziksel olarak yakın olmaya çalışmak;

2. İletişim araçları veya sair haberleşme araçlarıyla veya üçüncü kişiler üzerinden bu nevi bir iletişimi tesis etmeye teşebbüs etmek;

3. Kişiye ait kişisel bilgileri kötüye kullanmak suretiyle;

a) Kişi adına mal ve hizmetlerin sipariş edilmesi;

b) Üçüncü kişileri, kişiyle iletişim kurmaya yönlendirme;

4. Bu kişiyi kendisi, aile fertlerinden veya yakınlarından birinin hayatı, vücut bütünlüğü, sağlığı veya hürriyetine zarar vereceği şeklinde tehdit etme;

5. Bu kişiye, aile fertlerine veya yakınlarına karşı Ceza Kanunu m. 202a, 202b veya 202c kapsamına giren fiilleri ika etme;

6. Bu kişiye, aile fertlerine veya yakınlarına ait bir resmi yaymak veya umumun erişimine sunma;

7. Bu kişiyi aşağılamaya veya kamu nezdinde küçük düşürmeye elverişli bir içeriği (Ceza Kanunu m. 11 f. 3), kimliğini gizlemek suretiyle yayma veya umumun erişimine sunma;

8. Yukarıdaki fıkralardaki fiillere benzer bir fiili işlemek etmek.

(2) 1-7 fıkralarda tanımlanan fiillerin özel bir ağırlığa ulaştığı hallerde ise ısrarlı takip, üç aydan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Özel ağırlık taşıyan bir hal, kural olarak aşağıdaki hallerde söz konusu olacaktır:

1. Failin fiilinin mağdurun, ailesinin veya yakınlarından birinin sağlığının bozulmasına sebebiyet vermesi;

---

[133] KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 188.

2. Failin fiilinin mağdurun, ailesinin veya yakınlarından birinin ölüm tehlikesi geçirmelerine veya sağlıklarının ağır bir şekilde bozulmasına neden olması;

3. Mağdurun, çok sayıda fiil icra etmek suretiyle en azından altı ay süreyle, fail tarafından ısrarlı bir şekilde takip edilmesi;

4. f. 1 b. 5 kapsamındaki fiilin amacı diğer kişinin dijital olarak casusluk yapılması olan bir bilgisayar programı yerleştirmek suretiyle işlenmesi;

5. f. 1 b. 5 kapsamındaki bir fiilin ikası suretiyle elde edilen bir resmin, f. 1 b. 6 hükmünde tanımlanmış olan fiilin icrası için kullanılması;

6. f. 1 b. 5 hükmüne göre elde edilmiş bir içeriğin (m. 11 f. 3), f.1 b. 7 hükmünde tanımlanmış olan fiilin icrası içi kullanılması veya

7. failin yirmi bir yaşından büyük, mağdurun on altı yaşından küçük olması

(3) Fail, fiilleriyle mağdur, aile fertlerinden biri veya yakınlarından birinin ölümüne sebebiyet verirse, bir yıldan on yıla kadar hapis cezasına çarptırılacaktır.

Suç tipi genel olarak değerlendirildiğinde, suç tanımında çok sayıda müphem ve normatif değerlendirmeye muhtaç kavramın kullanıldığı görülmektedir. 2017 değişikliğinin sonucu olarak, suçun vücut bulması için artık tipik netice olarak mağdurun ısrarlı takipten etkilenmesi kıstası terk edilmiştir. Bunda, Alman Federal Mahkemesi'nin geçmiş dönemde suçu dar yorumlamasının etkili olduğunu daha önce izah etmiştik.[134] Maddenin 2017 tanımına göre, ısrarlı takip fiilinin mağdurun hayatı tarzı üzerinde ağır bir menfi etki yapmaya elverişli olması yeterli kabul edilmekteydi.[135] Böylece kanun koyucu, suç tipinin uygulanmasını daha da kolaylaştırmak suretiyle, günlük hayattaki olağan bazı fiillerin de suç tipi kapsamında değerlendirebilmesinin önünü açmıştır.

---

[134] ZIMMERMANN, § 238 kn. 4; RENGIER Rudolf, **Strafrecht Besonderer Teil I**, 23. Bası, C. H. Beck, München, 2021, s. 244.

[135] ZIMMERMANN, § 238 kn. 4.

Maddenin ağırlık noktasını ya da bir başka deyişle esasını ısrarla takip etmek fiili teşkil etmektedir.[136] Bu noktada, Alman kanun koyucu inatla ve ısrarla olarak tercüme edebileceğimiz "*beharrlich*" teriminden vazgeçmiştir. Buna gerekçe olarak, "*beharrlich*" kavramının failin manevi yönelimine ilişkin bir içeriğe sahip olmasının uygulamayı zorlaştırması gösterilmiştir. Bunun sonucu olarak, anılan terimin yerini 2021 değişikliğiyle, sadece takip fiillerinin sayısını esas alan müteaddit (*wiederholt*) terimi almıştır.

Genel olarak değerlendirildiğinde, 2007 yılında yapılan ilk tanımdan itibaren muğlak unsurlara yer verildiği ve ilgili suçun haksızlık içeriğini yeterince yansıtmadığı eleştirisine uğrayan ısrarlı takip suç tipi tanımının, 2021 değişiklikleriyle birlikte, sosyal bakımdan normal görülen davranışlarla suç teşkil eden davranışlar arasındaki ayırımı daha da zorlaştırmıştır.[137]

Buna karşılık, Almanya'da suç tipinin uygulanmasının gittikçe kolaylaştıran ve kapsamını oldukça genişleten bir yaklaşım öğretide genellikle eleştirilse de yasa koyucu tarafından benimsenmiş gözükmektedir. Gerçekten Alman Ceza Kanunu'nun 238. maddesinde ilk olarak 2007 yılında zarar suçu olarak ısrarlı takip suçu (*Nachstellung*), 2017 yılındaki kanun değişikliğiyle birlikte elverişlilik (*Eignungsdelikt*) haline getirilmiştir. Bu değişikliğin temel gerekçesi, uygulamasının genişletilmesi ve artırılmasıdır.[138]

2. Korunan Hukuki Değer

Israrlı takip suçunun hangi hukuki değeri koruduğu ve dolayısıyla bu ceza normunun meşru bir zemine dayanıp dayanmadığı hususu tartışmalıdır.[139] Suçun birçok işlenme biçimi olduğundan, korunan hukuki değeri tespit etmek zorlaşmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun hürriyete karşı suçları düzenleyen 18. kısmında düzenlenmiş olmasından yola çıkılarak, ısrarlı takip suçunun öncelikli olarak hareket ve karar alma hürriyetini koruduğu genel kabul gören görüştür.[140] Buna ilave olarak, öğretide bu suç tipinin, kişinin bireysel hukuk barışı ve manevi refahını veya korku olmaksızın ha-

---

[136] BARTSCH vd., s. 15; ZIMMERMANN, § 238 kn. 4.

[137] GERHOLD, s. 118, 121.

[138] EISELE, 2021b, s. 181.

[139] Bkz. ÜNVER, s. 113-114; EISELE, 2021b, s. 181; VALERIUS, § 238 kn. 1.

[140] Bkz. ZIMMERMANN, § 238 kn. 2; FISCHER, § 238 kn. 2; EISELE, 2019, s. 332; EISELE, 2021b, s. 181; RENGIER, s. 241; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 188; ayrıca bkz. ÜNVER, s. 114.

yatını idame ettirebilmek (*Freisein von Furcht*) olmak değerini koruduğu da ileri sürülmüştür.[141] Bu suç tipi aynı zamanda vücut bütünlüğü ve hayat hakkını da korumak suretiyle kişilerin huzur ve sükûnunun muhafazasına hizmet etmektedir.[142] Öğretide *Roxin* ise bu suç tipinin koruduğu hukuki değerin, doğrudan ceza hukukunun amaçlarından yola çıkmak suretiyle tespit edilmesinin yerinde olacağı kanaatindedir.[143] Müellife göre, ceza hukukunun amacı, vatandaşlara toplum içinde hukuka aykırı müdahaleler olmaksızın hayatlarını hür bir şekilde idame ettirmelerini temin etmektir. Bunun sonucu olarak, bu amacın gerçekleştirilmesine ağır bir şekilde aykırılık teşkil eden fiiller, somut olarak suç olarak tanımlanmalıdır. Israrlı takip suçu da vatandaşları, güvenlikleri ve müdahale olmaksızın huzur içinde hayatlarını sürdürmelerine karşı devam eden, ısrarlı müdahalelere karşı korumaktadır. Bunun sonucu olarak, Al. CK. m. 238'de düzenlenmiş olan ısrarlı takip suçunun koruduğu hukuki değer kişilerin, bu nevi huzur ve sükûn içinde hayatlarını sürdürmelerinin garanti edilmesidir.[144]

3. Suçun Unsurları

A. Maddi Unsur

Israrlı takip suçunun temelini teşkil eden maddi unsurlar, m. 238'in 1. fıkrasında sayılmıştır. Buna göre, kanunda sayılan tipik takip fiillerinin, fail tarafından yetkisi olmaksızın (hukuka aykırı olarak) müteaddit defa işlenmesi ve mağdurun hayat tarzını önemsiz sayılmayacak şekilde bozmaya elverişli olması gerekmektedir.

Suç tipine adını veren takip etmek (*Nachstellen*), aynı zamanda bu suç tipinin merkezi kavramıdır.[145] Bu suç tipi anlamında takip kavramı, doğrudan veya dolaylı olarak mağdurun ferdi hayat sahasına yönelik yaklaşma ve müdahale niteliği taşıyan ve bu nedenle mağdurun hareket ve karar alma hürriyetini kısıtlamaya elverişli tüm hareketleri kapsamaktadır. Israrlı takip suçunu düzenleyen m. 238 f. 1 b. 1-8'de sayılan fiiller, takip kavramını bir ölçüde somutlaştırmaktadır.[146]

---

[141] ZIMMERMANN, § 238 kn. 2; EISELE, 2021b, s. 181.

[142] ZIMMERMANN, § 238 kn. 2; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 188.

[143] ROXIN, s. 465.

[144] ROXIN, s. 465.

[145] EISELE, 2021b, s. 183.

[146] KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 188.

Takip (*Nachstellen*) kavramı Alman Ceza Kanunu'nun kaçak avlanma suçunu düzenleyen m. 292 f. 1 b. 1 hükmünden iktibas edilmiştir. Kaçak avlanma suçunda bu terim takip etmek, gözetlemek ve usulca yaklaşmak fiillerini ihtiva etmektedir..[147] Bu çerçevede fail çoğu kez mağdura yaklaşma gayesiyle hareket etmektedir. Takip etme fiilinin bir unsuru da hiç şüphesiz bu nevi fiillerin belli bir süre devam etmesidir.[148] Buna karşılık, tek başına değerlendirildiğinde takip fiilinin herhangi bir muhtevadan yoksun olduğu vurgulanmalıdır. Bir başka deyişle, salt bu terimden hareketle hangi somut fiillerin cezalandırılabilir nitelikte olduğunu tespit etmek mümkün değildir.[149]

238 maddesindeki ısrarlı (*Beharrlich*) teriminden mağdurun iradesi hilafına, onu dikkate almayarak ağır bir kayıtsızlık içinde tipik eylemlerin tekrarlanması anlaşılmaktadır. Bunun sonucu olarak, gelecekte de tipik eylemlerin vukuu bulması ihtimali yükselmektedir. Bunun sonucu olarak "ısrarlı" kavramı, maddi bakımdan zamansal bir uzama işaret ederek manevi ve normatif bakımdan failin öngörülmezliğini ve hukuk düşmanlığını izhar etmektedir. Tipik eylemlerin, kaç defa işlenmesi halinde bunların ısrarlı sıfatını elde edeceği konusunda vaka temelli karar verilmesi gerektiği kabul edilmekle birlikte, Federal Mahkeme kararlarında bunların en az iki kez tekrarlanmış olması gerektiği kıstası genel kabul görmektedir. 2021 yılı değişikliği ile yerini müteaddit defa işlenme (*wiederhollt*) terimine bırakan, ısrarlı (*beharrlich*) terimi de esasen suç tipinde sayılan fiillerin tekraren işlenmesini ifade ediyordu. Bununla birlikte bu terim, failin fiili işlemekte kararlılık göstermesi ve failin mağdurun iradesine karşı ağır bir kayıtsızlık içinde olması unsurlarını da ihtiva ediyordu. Buna göre failin, takip fiillerini gelecekte de sürdürme iradesiyle hareket etmesi aranıyordu. Bu noktada, failin çeşitli tipik hareketlerinin bütününün değerlendirilmesi suretiyle, bunlar arasındaki zaman aralığı ve kendi içlerinde bütünlük arz edip etmedikleri hususu da değerlendiriliyordu.[150] Bir başka deyişle, bu terim maddi ve manevi unsurlardan müteşekkildi. Israrın maddi unsurunu, failin fiillerini belli bir süre zarfında tekrar etmesi oluşturmaktaydı. Federal Mahkeme kararlarına göre, ısrarın maddi unsurunun oluşması için kanunda sayılan seçimlik hare-

---

[147] BARTSCH vd., s. 15; ZIMMERMANN, § 238 kn. 5; FISCHER, § 238 kn. 7; VALERIUS, § 238 kn. 4.

[148] ZIMMERMANN, § 238 kn. 5; EISELE, 2021b, s. 183; RENGIER, s. 242; VALERIUS, § 238 kn. 4.

[149] BARTSCH vd., s. 16.

[150] HILGENDORF / VALERIUS, s. 110; ZIMMERMANN, § 238 kn. 7.

ketlerin en az iki defa işlenmesi yeterlidir. Buna karşılık, failin çok az sayıda hareketiyle bu unsurun oluşması için, bu fiillerin özel bir ağırlık seviyesine (*besonders gravierend*) ulaşmış olması gereklidir.[151] Israrın manevi unsurunu ise, failin özel bir inat ve kararlılıkla hareket etmesinin yanında ceza normuna karşı bir kayıtsızlık içinde hareket etmiş olması teşkil ediyordu.[152] Gerçekten, bu unsur öğretide suç tipinin çok geniş yorumlanmasına karşı yetersiz de olsa bir güvence olarak görülüyordu. Zira aşağıda da görüleceği üzere, suçun seçimlik hareketlerinin bir kısmı telefon açmak, caddede, çarşıda pazarda veya bir toplantıda karşılaşmak gibi günlük hayatta normal ve bir haksızlık içeriği ihtiva etmeyen (*neutral*) hareketleri içermektedir. Esasen tek başlarına herhangi bir haksızlık teşkil etmeyen bu fiillere haksızlık muhtevası yükleyen unsur ise bunların belli bir sıklık ve süreklilik içinde mağdurun huzurunu bozmaya elverişli bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Gerçekten, ısrarlı takip suçu diğer birçok suç tipinden farklı olarak, belli bir devamlılık ve süreklilik içinde bir kişiye karşı işlenen fiilleri adeta ısrar unsurunun gerçekleşmesiyle bir bütünün parçası, bir suçun unsuru haline getirmektedir.[153] Bunun sonucu olarak, ısrarlı bir davranış (*ein beharrliches Verhalten*), sadece seçimlik hareketlerin müteaddit defa işlenmesinden ibaret değildir. Yukarıda da ifade edildiği gibi tekrar unsuruna inzimam eden bir kararlılık, inat ve mağdurun iradesine karşı bir kayıtsızlıkla hareket edilmiş olması şarttır. Bu manevi unsurlar aynı zamanda failin, fiillerini işlemeye devam edeceğine delalet etmektedir.[154] Bu nedenle, ısrar unsurunun somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği, işlenen fiillerin zamansal ve anlamsal bütünlük içinde olup olmadığı esas alınarak değerlendirmelidir. Israr unsurunun gerçekleşmesi bakımından en az kaç fiilin işlenmesi gerektiği tartışmalı olsa da kanun koyucu en az beş fiilin işlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Keza, uzun bir zaman aralığına yayılmış iki veya üç fiilin bu suçu oluşturmayacağı kabul edilmektedir.[155] Esasen suçun oluşması için en az kaç takip hareketinin gerçekleştirilmesi gerektiği hususunda somut olayın şartları belirleyici olacaktır. Son değişiklikler çerçevesinde *Valerius*, en az iki takip hareketinin şart olduğunu ifade etmiştir.[156]

---

[151] BARTSCH vd., s. 19-20.

[152] BARTSCH vd., s. 20.

[153] EISELE, 2021b, s. 185-186; JOECKS / JÄGER, § 238 kn. 5.

[154] EISELE, 2021b, s. 186; RENGIER, s. 242-243.

[155] EISELE, 2021b, s. 186.

[156] VALERIUS, § 238 kn. 13.

Sonuç olarak, 2021 değişikliği neticesinde, suçun oluşması bakımından salt tekrar unsuru yeterli olacak, buna inzimam eden inat ve kayıtsızlık gibi manevi unsurların varlığı aranmayacaktır. Bunun sonucu olarak, kaç hareketin suçun oluşması bakımından yeterli olacağı somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirilecektir. Buna göre, belli bir ağırlığa ulaşmış tipik eylemler için tek haneli sayıların yeterli olacağı ifade edilmektedir. Keza, yukarıda da ifade edildiği üzere aynı tipik eylemin birden fazla tekrarı şart olmayıp, farklı tipik hareketlerin birden fazla işlenmesi suretiyle de bu suç tipi oluşabilecektir.[157] Bu noktada, ısrarlı takip teşkil eden davranışların genellikle uzun bir zamana yayılan ve tekraren işlenen fiillerden müteşekkil olmalarına rağmen bu durum, suç tipinin mütemadi bir suç olarak tavsif edilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Zira bu suç bakımından tipik eylemlerin kesintisiz bir şekilde icra edilmesi değil, bilakis birbirini takip eden bir tarzda (*sukzessive*) icra edilmesi gereklidir.[158]

Takip etme fiilinin bir unsuru da hiç şüphesiz bu nevi fiillerin belli bir süre devam etmesidir.[159] Buna karşılık, tek başına değerlendirildiğinde takip fiilinin herhangi bir muhtevadan yoksun olduğu vurgulanmalıdır. Bir başka deyişle, salt bu terimden hareketle hangi somut fiillerin cezalandırılabilir nitelikte olduğunu tespit etmek mümkün değildir.[160] Bu nedenle, m. 238 f. 1 b. 1-8 hükümlerinde sayılan fiiller, takip fiilinin hangi şekilde işlenmesi halinde cezalandırılabilir olduğunu bir ölçüde somutlaştırmaktadır. Maddenin kabul edildiği 2007 yılında f. 1. b. 1-4 arasında sayılan fiilleri kanun koyucunun, ampirik olarak en çok rastlanan ısrarlı takip biçimleri oldukları gerekçesiyle suç tanımına dahil ettiği ifade edilmiştir.[161] 2021 değişikliği ile birlikte, aşağıda ele alacağımız yeni seçimlik hareketler suç tipine eklenerek, suç tanımı bilhassa siber ısrarlı takip vakalarını kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

Suç tanımında yer alan bir diğer önemli unsur da failin "yetkisi olmaksızın" (*unbefugt*) terimidir. Kanun koyucunun görüşüne göre, bu unsur tipikliğin bir unsurudur ve sadece uygulayıcının dikkatini hukuka uygunluk nedenlerine çekmekle sınırlı olarak değerlendirilmemelidir. Bir kanundan kay-

---

[157] KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 191.

[158] EISELE, 2019, s. 333; JOECKS / JÄGER, § 238 kn. 11.

[159] ZIMMERMANN, § 238 kn. 5.

[160] BARTSCH vd., s. 16.

[161] Bu hususta bkz. BARTSCH vd., s. 16; EISELE, 2021b, s. 183.

naklanan hakka dayanarak hareket edilmiş olması halinde, kişi bir yetki/izin kapsamında hareket etmiş olacaktır. Bu terim, suçun kapsamının gereksiz yere genişletilmesine karşı ihdas edilmiştir.[162] Bu unsur kapsamında, failin mağdurun iradesi ve isteği hilafına hareket etmiş olması gerekmektedir. Buna göre örneğin, karşı tarafın henüz kararsız olduğu bir durumda ona sayısız aşk ve sevgi mesajı gönderen kişinin fiili sadece hukuka uygun olmayıp, aynı zamanda daha en başından tipik bir haksızlık teşkil etmeyecektir.[163] Böylece, mağdurun açık veya zımni rızasının tipikliği kaldıracağı açıkça ortaya konulmuştur. Bu hususta değerlendirme yapılırken, mağdurun rızasının neye yönelik olduğu tetkik edilmelidir. Bu terimin, hukuka uygunluk kapsamında değerlendirilebileceği de ileri sürülmektedir. Örneğin, icra memurunun çok sayıdaki haciz işlemini gerçekleştirme teşebbüsleri bir kanun hükmünü yerine getirme niteliğinde olduğunda, hukuka uygunluk nedeni olarak izin verilmiş bir fiil olarak değerlendirilebilecektir.[164] Keza, Alman Medeni Kanunu m. 1684 uyarınca, boşanmış ebeveynlerin çocuklarıyla iletişim kurması veya borçluya borcunu ödememesi nedeniyle çok sayıda ödeme emri gönderilmesi bu kapsamda değerlendirilecektir. Benzer şekilde, basın hukukuna uygun takip fiilleri de hukuka aykırı sayılmayacaktır.[165] Bunun sonucu olarak, izin verilmemiş olma terimi, somut olayın şartlarına göre hukuka uygunluk sebeplerinin bulunup bulunmadığı noktasında değerlendirilmesi de gereken bir unsur olarak görülmektedir.[166]

Elverişlilik (*Eignung*) şartı ise failin hareketlerinin, mağdurun hayatını ağır bir şekilde etkilemeye elverişli olmasını gerektirmektedir. Buna göre, ağır ve ciddiye alınması gereken, hayatın olağan akışı içinde genel olarak kabul edilebilir sınırları aşan fiiller bu suç tipine vücut verebilecektir. Mağdurun hayatının ağır bir şekilde etkilenmesine örnek olarak mağdurun iş yerini değiştirmesi, evinden taşınması, evini yalnızca bir refakatçiyle beraber terk etmesi verilmektedir. Buna karşılık uyku bozuklukları, bir süreliğine telefonun kapatılması gibi durumlarda kişinin hayatının ağır bir şekilde etkilendiği kabul edilmemektedir. Bu unsurla birlikte, daha 2007 tanımında uygulama kapsamını oldukça daraltan mağdurun hayatı üzerinde tesir kıstası yerine cebir suçunda olduğu gibi hareketin elverişliliğini esas alan objektif

---

[162] RENGIER, s. 243; VALERIUS, § 238 kn. 14-15; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 191.

[163] EISELE, 2021b, s. 186; VALERIUS, § 238 kn. 14.

[164] BARTSCH vd., s. 20; ZIMMERMANN, § 238 kn. 6; EISELE, 2021b, s. 186.

[165] ZIMMERMANN, § 238 kn. 6.

[166] BARTSCH vd., s. 20.

bir kıstas getirilmiştir. Buna göre, failin hareketlerinin mağdurun hayatının akışını ağır bir şekilde bozmaya elverişliliği yeterli olacaktır. Bir başka deyişle, mağdurun hayatı üzerinde böyle bir neticenin husule gelmiş olmasına gerek yoktur. Suç, zarar suçu olarak düzenlendiği dönemde, failin hareketi belli bir ağırlık ve yoğunluğa ulaşmış olmasına rağmen, mağdurun bundan etkilenmediği ve direnç gösterdiği vakalar bakımından suç oluşmuyordu. Buna karşılık, suçun elverişlilik kıstasını benimsemesiyle birlikte, bu kıstas vakaya ilişkin objektif bir *ex-ante* değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Buna göre, somut olayın şartları ve mağdurun hayat şartları göz önünde alındığında, hayatını şekillendirmesinin ağır şekilde bozulup bozulmadığı hususları dikkate alınmaktadır.[167] Bu unsura ilişkin değerlendirme yapılırken tipik eylemlerin işlenme sıklığı, devamlılığı, yoğunluğu, fiiller arasındaki zamansal bağ veya somut olayın şartlarına göre mağdurun hayat tarzında meydana gelen değişikler dikkate alınacaktır.

Suç tanımında yer alan "ağır" (*schwerwiegend*) unsuru ise mağdurun hayatı üzerinde önemsiz etkiler doğurabilecek nitelikteki hafif eylemleri suç kapsamı dışında bırakmaktaydı. Buna mukabil, 2021 değişikliği ile birlikte kişinin hayatı üzerinde önemsiz sayılmayacak bir etki doğurmaya elverişli hareketler de suç kapsama alınmıştır. Kanunun gerekçesine göre, bu unsur failin uzun süre devam eden telefonla aramaları veya birkaç tehdit telefonu neticesinde mağdurun telefonunu değiştirmiş olması halinde dahi oluşmuş olacaktır.[168]

Suç tanımında yer alan seçimlik hareketlerden ilkini ihtiva eden m. 238 f. 1. b. 1 hükmü, kişiye fiziksel olarak yakın olmaya çalışmaktır. Bunlar, failin mağdura yakın olmak amacıyla gerçekleştirdiği fiillerdir. Örneğin, takip amacıyla mağdura fiziki olarak yakınlaşılması, takip edilmesi, gözetlenmesi, evinin veya iş yerinin önünde beklenmesi bu unsur kapsamına girmektedir.[169] Bu unsurun oluşabilmesi bakımından failin, mağdura fiziki olarak dokunmasına veya iletişime geçmesine lüzum yoktur.[170] Tesadüfi karşılaşmalar veya mağduru görünce uzaklaşmama gibi haller ise bu hükmün kapsamı dışındadır. Örneğin sinema, market ve restoran gibi bir yerde kişilerin salt tesadüf eseri karşılaşmış olmaları halinde, bu unsur oluşmayacak-

---

[167] OEHMICHEN, s. 132; EISELE, 2021b, s. 187; HILGENDORF / VALERIUS, s. 111; RENGIER, s. 244.

[168] KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 192.

[169] HILGENDORF / VALERIUS, s. 109; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 189.

[170] VALERIUS, § 238 kn. 5.

tır.[171] Bir başka deyişle, bu suç tipinin bir kişinin görmek istemediği bir kimseyle olan tesadüfi karşılaşmalarda uygulanması mümkün değildir. Buna karşılık, tesadüflerin failin genel takip planlaması kapsamında olduğu hallerde, takip fiili işlenmiş sayılabilecektir. Örneğin, failin mağdurun normalde belli bir zamanda bulunduğu yerlere bilinçli olarak gitmesi bu kapsamda değerlendirilmektedir.[172] Buna ilave olarak, bu seçimlik hareket sadece fail tarafından bizzat işlenebilir suç (*Eigenhändiges Delikt*) niteliğindedir.[173] Failin, mağdura ne kadar yaklaşması gerektiği konusunda bir sarahat olmadığı gibi bu unsura ilişkin metrik bir hesaba dayalı bir kural da mevcut değildir. Bu hususta esas olan, somut olayın şartları çerçevesinde olayın geçtiği yer ve somut durum hakkında yapılacak olan değerlendirmedir.[174] Failin mağduru gizlice takip etmesi halinde, mağdurun bu durumu hiç öğrenmemiş olması halinde bu davranış, failin hayatının akışını etkilemeye elverişli olmayacağından bu unsur oluşmaz. Bununla birlikte, mağdur sonradan takip edildiğini öğrenmesi halinde ağır bir psikolojik rahatsızlık duyacağından, bu unsurun gerçekleşmesi bakımından faille mağdur arasında mutlak bir göz teması veya mağdurun takip edildiğini biliyor olması şart değildir.[175] Mağdurun gizlice takip edildiği hallerde suçun oluşabilmesi için sonradan mağdurun kendisi tarafından veya üçüncü kişiler vasıtasıyla takip edildiğini öğrenmiş olması gereklidir; çünkü aksi takdirde mağdurun hayat tarzı üzerinde önemsiz sayılmayacak bir etki doğurmaya elverişli bir hareketten söz edilemeyecektir.[176]

Maddenin f. 1 b. 2 hükmü ise bir teşebbüs suçu ihtiva etmektedir. Böylece bu hüküm, hem mağdurla iletişime geçme teşebbüsü hem de mağdurla iletişimin sağlandığı vakaları kapsamaktadır.[177] Bu seçimlik hareket bakımından esas olan, failin kendisi tarafından veya üçüncü bir kişi üzerinden mağdurla iletişim araçları veya sair haberleşme araçlarıyla iletişim tesis edilmeye teşebbüs edilmesidir. Bu maddi unsur kapsamına ısrarla telefonla aramak, telefonla kısa mesaj göndermek, e-posta göndermek, mektup göndermek, çevrimiçi platformları kullanmak ve üçüncü kişiler (mağdurun ar-

---

[171] EISELE, 2021b, s. 183.

[172] VALERIUS, § 238 kn. 5; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 189.

[173] BARTSCH vd., s. 16; EISELE, 2021b, s. 183.

[174] BARTSCH vd., s. 16.

[175] EISELE, 2021b, s. 183; VALERIUS, § 238 kn. 5.

[176] HILGENDORF / VALERIUS, s. 109; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 189.

[177] EISELE, 2021b, s. 183; VALERIUS, § 238 kn. 6.

kadaşları, iş arkadaşları veya akrabaları) üzerinden iletişim kurulması gibi fiiller girmektedir.[178] Bu fiiller, suç tipinin uygulamada en çok karşılaşılan unsuru ya da görünüm biçimi niteliğindedir.[179] Kanunun açık lafzına göre, bu maddi unsurun oluşması bakımından failin mağdurla iletişim kurmaya teşebbüs etmesi yeterlidir. Örneğin, failin mağduru ısrarla telefonla araması ve mağdurun telefonu açmaması halinde de suç oluşabilecektir.[180] Buna karşılık, telefon terörü olarak da adlandırılan telefonu çaldırıp kapatma veya mağdurun kapısına gül dökme bir iletişim kurma çabası olarak tavsif edilemeyecektir.[181] Bu bağlamda, failin mağdurla mutlaka sözlü bir iletişim kurması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Örneğin, bir görüşe göre failin mağdura istenmeyen hediyeler veya ölü hayvan gibi şok edici nesneleri göndermesi halinde de bu unsur oluşacaktır. Kanunun lafzından ve kanun koyucunun verdiği örneklerden hareketle, bu unsurun sadece sözel iletişimi kapsadığı da ileri sürülmektedir.[182] Keza mağdurun failin iletişim kurma çabalarına yanıt vermemiş olması veya onunla iletişim kurmamış olmasının bu unsurun oluşması bakımından bir önemi yoktur.[183]

Maddenin f. 1 b. 3 hükmü, kişisel verilerin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilen ısrarlı takibi suç haline getirmektedir. Bu unsurun oluşması bakımından failin mağdurun kişisel verilerini, mal ve hizmet ısmarlamak için kullanmış olması veya bu bilgileri kullanarak üçüncü kişileri mağdurla iletişim tesis etmeye sevk etmiş olması gereklidir. Bu unsur bakımından öğretide, örnek olarak mağdur adına çok yüklü bir yemek siparişi verilmesi, dergilere abone olunması veya itfaiyenin çağırılması verilmektedir.[184] Görüldüğü gibi bu ısrarlı takip çeşidinde fail, doğrudan mağdurun karşısına çıkmamaktadır. Böylece seçimlik hareket, failin mağdurla dolaylı vasıtalarla iletişim kurduğu, doğrudan mağdurun karşısına çıkmadığı vakaların suç tipi kapsamında değerlendirilmesine imkân sağlamaktadır.[185] Kişisel verilerin kötüye kullanılması,

---

178 BARTSCH VD., s. 16-17; EISELE, 2021b, s. 183-184; HILGENDORF / VALERIUS, s. 109; VALERIUS, § 238 kn. 6; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 189.

179 RENGIER, s. 243.

180 BARTSCH VD., s. 17.

181 EISELE, 2021b, s. 184; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 189.

182 HILGENDORF / VALERIUS, s. 109.

183 VALERIUS, § 238 kn. 6.

184 BARTSCH VD., s. 17; HILGENDORF / VALERIUS, s. 110; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 189.

185 EISELE, 2021b, s. 184; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 189.

bunların mağdurun rızası olmaksızın kullanılması halinde söz konusu olacaktır.[186] Buna ilave olarak, mağdura ait bilgilerin mutlaka gizli veya özel koruma altında veriler olmasına gerek yoktur. Bu nedenle örneğin, adres, telefon numarası veya e-posta adresinin kullanılması, bu suç tipi anlamında kişisel veri kapsamında değerlendirilebilmektedir.[187] Buna mukabil, "*doxing*" olarak adlandırılan, kötü niyetli bir şekilde bir kişiye ait kişisel verilerin izni olmaksızın toplanması ve internette yayınlanmasının bu fiil kapsamına girmeyeceği ifade edilmektedir.[188] Bu unsur kapsamında da üçüncü kişinin mağdurla gerçek manada bir iletişim kurmuş olmasına gerek yoktur.[189]

238. madde f. 1 b. 4 hükmünde düzenlenen unsurun gerçekleşmesi için mağdurun kendisi, aile fertlerinden veya yakınlarından birinin hayatı, vücut bütünlüğü, sağlığı veya hürriyetine zarar vereceği yolunda tehdit edilmesi gerekmektedir.[190] Bu unsurun oluşabilmesi için tehdidin konusu mağdurun aile fertleri veya yakınlarından biri olsa da bunun muhatabı mutlaka mağdur olmalıdır.[191] Bu hüküm kapsamında hürriyet genel bir hareket veya irade hürriyeti olarak değil; Al. CK. m. 239'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamındaki fiziki hareket hürriyeti anlaşılmaktadır.[192]

2021 değişikliği kapsamındaki siber ısrarlı takibe karşı getirilen düzenlemelerden biri olan 238. madde f. 1 b. 5 hükmüne göre failin mağdura, aile fertlerine veya yakınlarına karşı Ceza Kanunu m. 202a (veri casusluğu), 202b (verilerin iletilirken ele geçirilmesi) veya 202c (veri casusluğunun ve verilerin iletilirken ele geçirilmesinin hazırlığı) kapsamına giren fiilleri işlemesi de ısrarlı takip teşkil edebilecektir. Bu hüküm kapsamına örneğin, failin mağdurun şifresini tahmin ve *hackleme* yoluyla sosyal medya veya e-posta içeriklerine ulaşmak suretiyle gerçekleştirdiği siber takip fiilleri girecektir.[193]

238. madde f. 1 b. 6 hükmü ise mağdura, aile fertlerine veya yakınlarına ait bir resim veya fotoğrafı yaymak veya umumun erişimine sunma fiillerini kapsamaktadır. Bu kapsama fotoğrafın yanı sıra çizilmiş resimler de girmek-

---

186 EISELE, 2021b, s. 184.

187 KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 189.

188 KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 189-190.

189 VALERIUS, § 238 kn. 7.

190 KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 189-190.

191 HILGENDORF / VALERIUS, s. 110.

192 VALERIUS, § 238 kn. 8.

193 VALERIUS, § 238 kn. 9; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 189-190.

tedir.[194] Kanun koyucu bu düzenlemeyle, kişilere ait özel resimlerin veya görüntülerin internette yayınlanması davranışlarını kapsayan "*revenge porn*" olgusunu, ısrarlı takip suçu kapsamına almış bulunmaktadır.[195] Bu noktada, bu nevi fiillerin mağdurlarının yaşadıkları utanç ve aşağılanma duyguları nedeniyle çoğu kez intihara teşebbüs ettikleri hususunun da altı çizilmelidir.[196]

238 f. 1 b. 7. hükmünde ise mağdurun toplum nezdinde itibarını zedelemeye elverişli hareketler suç haline getirilmektedir. Buna örnek olarak, mağdur adına sahte bir hesap açarak (*Fake-Account*), diğer kişilere cinsel içerikli mesaj gönderilmesi suretiyle itibarının zedelenmesi gösterilmektedir.[197] Bu tür içerikler yayınlanırken mağdurun adının açıkça zikredilmesi şart değildir. Bu bakımdan önemli olan, söz konusu açıklama anonim de olsa ilgili içeriğin mağdurun eseri olduğunu belli edecek bir iz bırakılması da yeterlidir.[198]

Nihayet, m. 238 f. 1 b. 8 hükmü yedek norm niteliğinde bir düzenlemeye yer vermektedir. Buna göre, m. 238 f. 1 b. 1-7 hükümlerinde sayılan suçlara benzer fiillerin işlenmesi de suç olarak tavsif edilmiştir. Bu nevi bir düzenlemeye yer verilmesi, sürekli değişim gösteren ve yeni tezahür biçimleri ortaya çıkan ısrarlı takip eylemlerine karşı yeterli koruma sağlanma düşüncesiyle izah edilmektedir.[199] Buna karşılık öğretide bir görüşe göre, biriyle yakınlık kurma çerçevesinde telefon açma ve üçüncü kişilere elçi vazifesi yükleme gibi sosyal bakımdan meşru davranışlarla birlikte tehdit gibi birbirinden oldukça farklı hareketlerin düzenlendiği f. 1 b. 1-7 hükümleri ortak unsurlardan mahrumdur. Bunun sonucu olarak, bu hükümlere istinat edilmek suretiyle, f. 1 b. 8 hükmünün yorumlanması mümkün olmadığından, bu hükmün hukuk güvenliği bakımından oldukça sakıncalı olduğu ileri sürülmektedir. Bu nedenle, bu yasa hükmünün Alman Anayasası m. 103 f. 2 hükmünde düzenlenen belirlilik ilkesi bakımından mahzurlu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.[200]

---

[194] VALERIUS, § 238 kn. 10; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 190.

[195] KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 190.

[196] VALERIUS, § 238 kn. 10.

[197] KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 190.

[198] VALERIUS, § 238 kn. 11.

[199] VALERIUS, § 238 kn. 12; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 190.

[200] VALERIUS, § 238 kn. 12.1.; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 190.

Suçun oluşması bakımından failin, kanunda sayılan tipik hareketlerden yalnızca birini çok defa işlemesi değil, sayılan seçimlik hareketleri birden fazla işlemesi de yeterli görülmektedir.[201] Bu noktada, örneğin iki tipik fiil arasında fail ile mağdurun barışması söz konusu olursa, ısrar unsurunun gerçekleşmediği kabul edilmektedir.[202] Genel olarak değerlendirildiğinde, yukarıda izah edilen fıkralardaki eylemlerin mağdurun rızası hilafına, kişisel hayat alanına en hafifinden rahatsız edici düzeyde müdahale niteliği taşıdığı görülmektedir. Bunun sonucu olarak bu tipik eylemler, mağdur üzerinde tehdit tesiri uyandırmaya elverişlidir. İşte mağdurun hayatı üzerindeki bu menfi tesir, müteaddit defa işlenen bu farklı tipik eylemlerin somut olayda birleşmesiyle vücut bulmaktadır.[203]

B. Manevi Unsur

Manevi unsur bakımından, suçun olası kastla da işlenebileceği kabul edilmektedir.[204] Buna karşılık, ısrar unsuruyla birlikte düşünüldüğünde suçun olası kastla işlenmesi pek mümkün gözükmemektedir.[205] Bu suç tipi bakımından failin kastı, tek tek icra ettiği tipik fiillerin ısrarlı takip suçuna vücut verebileceği hususunu kapsamalıdır. Alman Federal Mahkemesi ise failin mağdurun rızası hilafına tipik eylemlerini gerçekleştirirken, birinci derece doğrudan kastla (maksat unsuru) hareket etmiş olmasını aramaktadır. Bu şekilde, Federal Mahkeme kanun gerekçesine nazaran, suç tipinin uygulama kapsamını daraltmıştır.[206]

C. Hukuka Aykırılık

Suç tanımında yer alan bir diğer önemli unsur da failin "yetkisi olmaksızın" (*unbefugt*) ifadesidir. Yukarıda da ifade edildiği gibi bu unsur, kanun koyucu tarafından tipikliğin bir unsuru olarak tavsif edilmiştir. Buna mukabil öğretide, kişiyi kendisi ya da aile fertlerinden veya yakınlarından birinin hayatı, vücut bütünlüğü, sağlığı veya hürriyetine zarar vereceği şeklinde tehdit etme gibi sosyal bakımdan uygun olmayan, fiiller bakımından mağdu-

---

[201] BARTSCH VD., s. 20

[202] ZIMMERMANN, § 238 kn. 7.

[203] FISCHER, § 238 kn. 8.

[204] BARTSCH vd., s. 23; OEHMICHEN, s. 133, EISELE, 2021b, s. 187; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 192.

[205] GERICKE, § 238 kn. 52.

[206] KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 192.

run vermiş olduğu yetkinin tipikliği kaldırmayacağı, ancak bir hukuka uygunluk sebebi niteliği arz edeceği ileri sürülmektedir. Bunun sonucu olarak, yetkisi olmaksızın unsurunun, ilgili tipik eylemin niteliğine göre tipikliğin unsuru veya hukuka uygunluk sebebi olacağı görüşü kabul görmektedir.[207] Bu kapsamdaki yetki, ifade edildiği üzere mağdurun tipikliği kaldıran veya bir hukuka uygunluk nedeni niteliğindeki rızasından kaynaklanabileceği gibi özellikle polis veya icra memurları gibi kamu görevlilerine ilgili mevzuatta tanınan yetkilerden kaynaklanabilir. Israrlı takip suçu bakımından gazetecilerin, ilgili basın mevzuatına aykırı olarak bir kişiyi özel hayatını ihlal edecek şekilde takip etmelerinin yetkisi olmaksızın unsurunu oluşturacağı kabul edilmektedir.[208] Hukuka uygunluk sebeplerinden zorunluluk hali[209] ve meşru savunmanın somut olayın şartları çerçevesinde uygulama kabiliyeti bulabilecekleri ifade edilmektedir.[210]

D. Kusur

Kişinin kusur yeteneğini zayıflatan veya ortadan kaldıran hallerin varlığı, ısrarlı takip suçu bakımından da söz konusu olabilecektir. Bu noktada, özellikle yukarıda değinilen ısrarlı takipçi tipolojilerinden akıl hastalığı derecesine varan bir patolojinin söz konusu olup olmadığı değerlendirilmelidir. Buna mukabil, her rasyonel olarak anlaşılması mümkün olmayan takıntılı (obsesif) ısrarlı takip davranışının, Al. CK. m. 20 anlamında bir psikolojik rahatsızlık teşkil edeceği hususunda bir karinenin kabul edilemeyeceği vurgulanmalıdır.[211]

E. Takdiri Artırım Sebepleri *(Regelbeispiele)*

Alman kanun koyucu bu suç tipinde, takdiri artırım (veya ilgili suç tipine göre indirim) sebepleri olarak adlandırabileceğimiz kanun tekniğine de müracaat etmiştir. Hâkim, somut olayda mutlaka bu sebepleri uygulamak zorunda değildir ve bunlar tipikliğe dâhil görülmediklerinden, bunlara benzer fiillerin işlenmesi halinde de hâkim daha ağır ceza verilmesi gerektiren hali uygulaya-

---

[207] FISCHER, § 238 kn. 26; HILGENDORF / VALERIUS, s. 111.

[208] FISCHER, § 238 kn. 28.

[209] Alman Ceza Kanunu'nda zorunluluk hali hem bir hukuka uygunluk sebebi hem de bir mazeret sebebi olarak düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali Al. CK. m. 34, mazeret sebebi olan zorunluluk hali ise m. 35 hükmünde düzenlenmiştir.

[210] FISCHER, § 238 kn. 29.

[211] FISCHER, § 238 kn. 31.

bilecektir. 2021 değişikliği ile birlikte, m. 238 f. 2 hükmü, takdiri artırım sebeplerini ihtiva eden bir cezanın belirlenmesi normuna dönüştürülmüştür. Buna ilave olarak, kuralın kapsamı yeni vaka tipolojileriyle genişletilmiş ve kanunda sayılmayan mağdurun hayat tarzı üzerinde ağır tesiri olabilecek hallere müdahale imkânı sağlanmıştır.[212] Bu kapsamda failin mağdurun, ailesinin veya yakınlarından birinin sağlığının bozulmasına veya ölüm tehlikesi geçirmelerine veya sağlıklarının ağır bir şekilde bozulmasına sebebiyet verilmesi gibi neticesi sebebiyle ağırlaşmış takdiri artırım sebepleri düzenlenmiştir.[213] Keza, ısrarlı takibin altı aydan fazla süreyle devam etmesi de bir takdiri artırım sebebi olarak tavsif edilmiştir. Siber ısrarlı takip fiilleri bakımından da failin, mağduru takip etmek için dijital bir casusluk programı kullanması veya ısrarlı takipte mağdurun resimlerinin kullanılması veya yasada tanımlanan içeriklerin kullanılması birer takdiri artırım sebebi olarak düzenlenmiştir.[214] Nihayet, büyük yaştaki faillerin küçük yaştaki mağdurlara karşı gerçekleştirdikleri ısrarlı takip fiillerini daha ağır cezalandırmak amacıyla, failin 21 yaşından büyük olması ve mağdurun 16 yaşından küçük olması hali cezayı artırıcı bir takdiri sebep olarak düzenlenmiştir.[215]

F. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Hal

238. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiş olan neticesi sebebiyle ağırlamış hal, özellikle failin ısrarlı takibi neticesinde mağdurun intihar etmek suretiyle hayatını kaybettiği halleri kapsamaktadır. Burada da salt failin hareketiyle mağdurun intiharı arasında nedensellik yeterli görülmemekte, buna ilave olarak bir risk bağlantısı aranmaktadır. Israrlı takibin mağdurun intiharı için bir sebep teşkil etmesi ve mağdurun bunun neticesinde, intihar etmiş veya bir panik reaksiyon neticesinde örneğin failden kaçarken ölmüş olması gereklidir. Bir başka deyişle, temel suç mağdurun ölümüne sebebiyet veren davranışına neden olmuş (*handlungsleitend*) olmalıdır.[216] Manevi unsur bakımından failin temel suç bakımından en azından olası kastla hareket etmiş olması ve ağır netice bakımından taksirle hareket etmiş olması gereklidir. Bu kapsamda taksire ilişkin değerlendirme, failin mağdurun intiharını öngörebilir olmasıyla sınırlı olacaktır.[217]

---

[212] VALERIUS, § 238 kn. 22; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 192.

[213] VALERIUS, § 238 kn. 23; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 192.

[214] VALERIUS, § 238 kn. 28-30.

[215] VALERIUS, § 238 kn. 31; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 192-193.

[216] FISCHER, § 238 kn. 37a; JOECKS / JÄGER, § 238 kn. 10; VALERIUS, § 238 kn. 32.

[217] FISCHER, § 238 kn. 37a; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 193.

G. Teşebbüs, İştirak, İçtima

Suçun temel şekli cünha olarak düzenlendiğinden, suçun temel şekline teşebbüs cezalandırılmamaktadır.[218] Üçüncü fıkra hükmü ise bir cürüm niteliğinde olduğundan, buna teşebbüs mümkündür.[219] Bu nedenle, temel suçun gerçekleştiği ve ağır neticeye teşebbüs edildiği vakalarda, teşebbüs cezalandırılabilecektir.[220] Buna karşılık, neticesi sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs bakımından, suçun temel şekli gerçekleşmeden taksirle ağır neticenin gerçekleştiği hallerde, temel şekle teşebbüsün cezalandırılmaması nedeniyle, neticesi sebebiyle ağırlaşmış halden de kişinin cezalandırılamayacağı kabul edilmektedir.[221] Buna göre örneğin, failin objektif olarak mağdurun hayat tarzını etkilemeye elverişli olmayan ısrarlı takibinden kaçarken ölmesi halinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hale teşebbüsten dolayı kişinin sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.[222]

Suç, iştirak bakımından bir özellik arz etmemektedir. Suçun temel şekli, fail tarafından bizzat işlenebilen bir suçtur. Müşterek fail olabilmek için her bir müşterek failin, ısrarlı bir şekilde tipik fiilleri gerçekleştirmesi gerekmektedir. Failin üçüncü kişileri, mağdurla iletişime geçmeye yönlendirdiği tipik eylemler bakımından, üçüncü kişinin yardım eden olarak sorumlu olabilmesi için kötü niyetli (*Bösgläubigkeit*) hareket etmiş olması gereklidir.[223]

238. madde 1. fıkra kapsamına giren tipik eylemlerin birden fazla işlenmesi halinde, bunlar tek bir hareket teşkil edecektir. Suç tanımında yer alan müteaddit defa işlenme unsuru açıkça birden fazla hareketin icra edilmesini, suçun vücut bulması için zorunlu kılmaktadır.[224] Israrlı takibin belli halleri, diğer bazı suçlarla bir arada söz konusu olabilecektir. Örneğin ısrarlı takip suçu, veri casusluğu (m. 202a), cebir (m. 240), tehdit (m. 241), konut dokunulmazlığın ihlal (m. 123), cinsel davranışlarla zorlama, nitelikli cinsel saldırı (m. 177), hakaret (m. 185 vd.) ve yaralama suçlarıyla (m. 223 vd.) fikri içtima ilişkisi içinde olabilir.[225]

---

[218] KÜHL, § 238 kn. 9.

[219] GERICKE, § 238 kn. 58.

[220] FISCHER, § 238 kn. 37.

[221] FISCHER, § 238 kn. 37; GERICKE, § 238 kn. 59.

[222] GERICKE, § 238 kn. 59.

[223] FISCHER, § 238 kn. 33; GERICKE, § 238 kn. 59.

[224] VALERIUS, § 238 kn. 34.

[225] KÜHL, § 238 kn. 12; RENGIER, s. 246; VALERIUS, § 238 kn. 33; KINDHÄUSER / SCHRAMM, s. 194.

IV. İTALYAN CEZA HUKUKUNDA ISRARLI TAKİP SUÇU

1. Genel Olarak

Israrlı takip suçu "*atti persecutori*" adı altında, İtalyan CK m. 612 *bis* hükmünde düzenlenmiştir. İngilizce'deki "*stalking*" kelimesinin tam İtalyanca tercümesi aslında "*fare la posta*" olarak kabul edilmekte olup[226] bunun manası da "kendi amaçlarını elde etmek için uygun fırsatı bekleyerek bir kimseyi veya bir şeyi gözetlemek"tir.[227] Fakat m. 612 *bis*'te kullanılan "*atti persecutori*" terimini ise, aslında kelime anlamı olarak, "eziyet veren (ya da zulmeden) eylemler" olarak çevirmek mümkündür. Bu bakımdan, madde başlığının "*stalking*"in orijinal kelime anlamına sadık olduğunu söylemek güçtür. Hükmün kabulünden önce gündeme gelen teklif ve tasarılarda bazen "*molestie insistenti*" veya "*molestie persistenti*" terimleri de kullanılmış olup bunlar Türkçeye, ilk durumda "ısrarlı rahatsızlık vermeler", ikinci durumda ise "devamlı/sürekli/ısrarlı rahatsızlık vermeler" olarak çevrilebilir. Öte yandan, "*stalking*" kelimesi İtalyan hukuk jargonunda yerleşmiş gözükmekte olup[228] sıklıkla bu şekilde de, tercümesi yapılmaksızın, kullanılmaktadır.

Israrlı takip suçuna dair hüküm ilk olarak 23 Şubat 2009 tarihli ve 11 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kabul edilip[229] 23 Nisan 2009 tarihli ve 38 sayılı Yasa ile kanuna çevrilmiştir. Söz konusu KHK'yı kabul eden Bakanlar Kurulu'na göre ısrarlı takibin suç olarak düzenlenmesi sebebi, cinsel şiddetle ilişkili suçlarla mücadele etmek için etkili önlemlerin derhal alınması zorunluluğudur.[230] Bununla birlikte, hükmün kabulü ani bir siyasi tasarrufun sonucu olmamıştır; bilakis, aşağı yukarı beş yıldır ısrarlı takibin suç olarak düzenlenmesine yönelik çok sayıda tasarı ve teklif gündeme gelmişti.[231]

---

[226] MACRÌ, s. 615.

[227] Dizionario Italiano De Mauro, https://dizionario.internazionale.it/parola/fare-la-posta (Erişim Tarihi: 21.01.2022).

[228] MACRÌ, s. 615, dn. 1.

[229] İtalyan Hukukunda "acil hallerde" KHK ile ceza normu kabul etmek mümkündür.

[230] VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 4.

[231] VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 5 (hatta sırf 2008'de konuya dair 12 yasa teklifi sunulmuştur, age, s. 16). Bununla birlikte, zaten görüşülmekte olan ve benzer içeriğe sahip bir yasa teklifi mevcutken, bir KHK yolu ile bu düzenlemenin kabul edilmesi şaşırtıcı olmuştur. Belki de amaç, aynı KHK ile kabul edilen ve daha az destek bulması muhtemel bazı hükümleri (mesela kaçak göçmenlere dair idari alıkonulma süresini uzatan hükmü) bu sayede "perdelemek" olmuş olabilir (age, s. 5).

Sistematik açısından, suç tipi kanunun "Kişilere Karşı Suçlar" Bölümü altında ve "Kişi Özgürlüğü Aleyhine Suçlar" başlığını taşıyan Kısımda (ki bunun üst başlığı da "Manevi Özgürlüğe Karşı Suçlar"dır) düzenlenmiştir. Suç, tehdit suçunu düzenleyen 612. maddenin ardına eklenmiştir.

Hüküm 2013 yılından itibaren birçok kez değişikliğe uğramıştır; en son değişiklik 2019 yılında yapılmıştır.

Suçun tanımlandığı birinci fıkraya göre: "*Fiil daha ağır bir suç teşkil etmediği takdirde, her kim, tekrar eden davranışlarla, tehdit veya taciz etmek suretiyle mağdurda süregelen ve ağır bir kaygı veya korku durumu oluşmasına veya mağdurun kendisinin, yakın bir akrabasının veya duygusal olarak bağlı olduğu bir kimsenin güvenliğinden makul*[232] *korku*[233] *duymasına yol açar veya mağduru yaşama alışkanlıklarını değiştirmeye mecbur kılarsa, bir yıldan altı yıl altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.*" Belirtelim ki, "*fiil daha ağır bir suç teşkil etmediği takdirde*" ibareleri 2013 yılında hükme eklenmiştir. Ceza da zaman içerisinde artırılmıştır: hükmün ilk halinde 6 aydan 4 yıla kadar hapis cezası öngörülmüşken, cezanın üst sınırı önce 2013 yılında 5 yıla çıkartılmış, sonra da 2019'da alt sınır 1 yıla ve üst sınır da 6 yıl altı aya yükseltilmiştir.

Yargıtay, ısrarlı takip nitelikli davranışın cezalandırıcı hükmün yürürlüğe girmesinden önce başlamış olması ve hükmün yürürlüğe girmesinden sonra tekrarlanmış olması ve bunların sonucunda kaygı veya korku doğması durumunda hükmün uygulanabileceğini tespit etmiştir.[234]

İnceleme konusu m. 612 *bis* hükmü yürürlüğe girmeden önce, mağdurun fiziksel olarak takip edilmesi, hakkında ve hareketlerine (mesela gittiği yerlere) dair bilgi toplanması, bulunduğu yerlerin (konut, iş yeri, gezdiği yerler gibi) civarında sürekli bulunulması, haber vermeksizin ziyaretine gidilmesi gibi, aslında mağdurun yaşamı üzerinde belirli ölçüde bir kontrol kurmaya dönük davranışlar ceza hukukunun kapsamına girmemekteydi ya da en fazla,

---

[232] Kanunda "*fondato*" kelimesi kullanılmış olup bunun birebir anlamı "temeli olan" olmakla birlikte, ileride izah edileceği üzere, burada bu kelime "haklı görülebilen", "makul" korku anlamında kullanılmıştır.

[233] Kanunda "*ansia*" ve "*paura*" kelimeleri kullanılmıştır. *Paura*, korku anlamına gelir; *ansia* ise gerek kaygı gerekse endişe olarak çevrilebilir. Zaten Türk Dil Kurumu da, kaygı kelimesini endişenin eşanlamlısı olarak vermekte; kaygı kelimesi altında da "endişe duyulan düşünce" tanımını vermektedir (www.tdk.gov.tr). Öte yandan, "*timore*" kelimesi de esasen korkuyu ifade etmekle birlikte, onun daha az bir derecesine işaret eder. Bu bakımdan, kanunda iki farklı kelime kullanılmış olsa da, biz "*timore*" için de korku kelimesini kullanacağız.

[234] Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 48268, 16/11/2016 (www.brocardi.it).

m. 660'taki rahatsızlık verme kabahatine veya 2003'te yürürlüğe giren "verilerin hukuka aykırı işlenmesi" cürmüne girebilmekteydi.[235] Keza, çeşitli yollarla mağdurla iletişim kurma teşebbüsleri ya da ona hediyeler gönderilmesi gibi eylemler de en fazla anılan 660. madde kapsamına sokulabilmekteydi ve hatta çoğu durumda mağdur bu fiillere karşı her türlü cezai himayeden mahrumdu.[236] Buna karşılık, tahkir, tehdit veya cebir içeren "*stalking*" eylemlerinin klasik suç tipleri kapsamında (sövme ve hakaret, tehdit, mala zarar verme, basit yaralama gibi) ele alınması mümkün olmakla birlikte; bu suçların gerektirdiği cezaların hafifliği nedeniyle eylemleri soruşturan savcılığın faili durdurmaya dönük uygun tedbirlere başvurması mümkün olamıyordu.[237] Keza, duruma göre, hakaret, müstehcen hareketler, cebir gibi suç tiplerine de başvurmak mümkündü fakat ısrarlı takip teşkil eden eylemler silsilesi çerçevesinde işlenen ve kendi başına haksızlık teşkil etmeyen birçok davranışı cezalandırmak mümkün olmuyordu.[238] Her durumda da, caydırıcılığı (genel önlemeyi) sağlamaya yatacak etkinlikte ceza verilemiyordu.[239]

Öte yandan, bu suç tipi aracılığıyla, tehdit veya rahatsızlık verme nitelikli olup tekrarlanan kimi davranışların cinsel suçlar ve hatta cinayet gibi daha ağır suçlara dönüşmeden cezalandırılmasının amaçlandığı ifade edilmektedir.[240] Öyle ki, İtalya'daki kadın cinayetlerinin yüzde 5'inden fazlasına ısrarlı takip niteliğinde fiillerin takaddüm ettiği belirtilmiştir.[241]

Almanya'da olduğu gibi, İtalya'da da ısrarlı takibin sıklıkla karşılaşılan bir sorun olduğu söylenebilir.[242] Nitekim m. 612 *bis* hükmü yürürlüğe girdikten sonra Adalet Bakanlığı'nca yayımlanan istatistiki bilgilere göre,[243] 2010

---

[235] MACRÌ, s. 616, dn. 4. Bu suçların failine koruma tedbiri uygulanması da mümkün değildi. Yine bkz. ANTOLİSEİ, s. 159: hükmün kabulünden önce ısrarlı takip eylemleri ceza hukukunun ya kapsamına girmemekte ya da "minör" suçların (tehdit veya m. 660'taki rahatsızlık verme) çerçevesinde cezalandırılabilmekteydi.

[236] MACRÌ, s. 616, 617, dn. 5.

[237] MACRÌ, s. 617, dn. 6.

[238] MANTOVANİ, s. 358.

[239] MANTOVANİ, s. 358. Benzer yönde DELPİNO / PEZZANO, s. 559.

[240] COCCO / AMBROSETTİ, s. 382. Israrlı takibin fiziksel şiddete dönme potansiyeli hakkında bkz. SOYGÜT, 2020b, s. 2786-2788; yine bkz. aynı konuda DOĞAN, s. 142.

[241] MANTOVANİ, s. 358.

[242] VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 14-15.

[243] Ministero della Giustizia Direzione Generale di Statistica, **Stalking - Indagine statistica attraverso la lettura dei fascicoli dei procedimenti definiti con sentenze di primo grado**, Roma, 2014, https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/2014%20-%20Rilevazione%20procedimenti%20di%20Stalking.pdf (Erişim tarihi: 21.01.2022).

yılında 7296, 2012 yılında, ilk yıla göre yüzde 50 artışla, 11436 şikayet söz konusu olmuştur.[244] Hatta bu suç tipi açısından karanlık (siyah) sayıların özellikle yüksek olduğu çünkü ısrarlı takip fiillerinin çoğunluğunun şikayet edilmediği ifade edilmektedir.[245] Fail ve mağdur profiline bakıldığı zaman, takriben 10 ısrarlı takip vakasından 9'unun bir erkek tarafından bir kadına karşı işlendiği tespit edilmiştir.[246] Bununla birlikte, aslında krimonolojik verilere göre bu oranın %75-80 civarında olduğu; fakat erkek tarafından kadınlara karşı gerçekleştirilen ısrarlı takip fiillerinin, işleniş biçimi de dikkate alındığında, genelde daha vahim olarak algılanması ve bu nedenle resmi makamlara daha çok başvurulması nedeniyle adli istatistiklerde oranın gerçeğinden daha yüksek gözükmüş olabileceği belirtilmektedir.[247] Aynı araştırmaya göre, vakaların %7.1'inde fail ile mağdurun cinsiyeti aynıdır. Anılan araştırmaya göre, incelenen vakalarda ısrarlı takip fiillerinin ortalama süresi 14.6 ay olmuş, ilk ısrarlı takip nitelikli fiille ilk şikayetin yapılması arasında da ortalama 9.5 ay geçmiştir. Vakaların %64'ünde, ilk şikayetin ardından başka şikayet(ler) de mağdur tarafından yapılmıştır. Hatta incelenen olayların %7'sinde, aynı sanık ve mağdur daha önce aynı suç nedeniyle başka bir ceza davasında karşı karşıya gelmişlerdir. Fail ve mağdurun yaşına bakıldığı zaman, faillerin ortalama yaşı 42, mağdurlarınki 38'dir; 18 yaşının doldurmamış mağdur yüzdesi sadece 1.1'dir. Failin mesleği incelendiğinde, en yüksek oranlı kategori, yüzde 31.4 ile, işsiz veya geçici/arızi olarak iş sahibi olanlardır. Vakaların tam %33.2'sinde faille mağdurun ortak bir çocuğu vardır. Zaten vakaların %50.6'sında failin saiki ilişkiyi tekrar tesis etmektir; en sıklıkla rastlanan diğer iki saik kıskançlık (%26.4) ve cinsel ya da psikolojik obsesyon (takıntı) (%21.1) olmaktadır. Vakaların %73.9'unda faille mağdur arasında daha önce duygusal ilişki mevcut olmuştur (ya da halen mevcuttur), olayların sadece %4.8'inde aralarında daha önce hiçbir türden ilişki ve bağlantı olmayan kimseler arasında bu suç işlenmiştir. Mağdurun en sıklıkla maruz kaldığı zarar (%68.9) psikolojik niteliklidir; psikolojik zarar oranının en yüksek olduğu (%77.3) durum, önceden faille mağdur arasında hiçbir ilişki olmayan vakalardır. Fiziksel zarara %41, maddi zarara %26.3 oranında rastlanmaktadır;[248]

---

[244] MACRÌ, s. 617.

[245] MANTOVANİ, s. 358.

[246] MACRÌ, s. 618.

[247] MACRÌ, s. 618.

[248] Elbette, bazen birden fazla türden zarar söz konusu olabildiği için zarar oranlarının toplamı 100'ü aşmaktadır.

mağdurun hiçbir türden zarara uğramadığı vaka sayısı %10.8'dir. İncelenen vakaların %42'sinde, hedef alınan esas mağdur dışındaki kişilere dönük de rahatsızlık verici veya tehdit edici davranışlar failce sergilenmiştir. En çok rastlanan davranış türleri, sözel ya da yazılı iletişim yoluyla ya da belirli yerlerde konum alma/fiziksel takip suretiyle ısrarlı takiptir. Mağdurlarda kaygı/endişe (%86.1), korku (%92.4) gibi duyguların doğduğuna çok sık rastlandığı gibi, vakaların tam %42.2'sinde mağdurun hayat alışkanlıklarını değiştirmeye kendini mecbur hissettiği kaydedilmiştir. Israrlı takip faillerinin %46.4'ünün daha önce suç işlediği görülmüştür, buna ilaveten %2'sinin de devam etmekte olan başka ceza davaları mevcuttur. Bunların daha önce en sık işlediği suç tipleri (%43.5) tehdit veya kişilere dönük cebir kullanmak ya da yaralama eylemleridir. Israrlı takip isnadıyla açılan davaların sonucuna bakılınca, ilk derecede mahkumiyet oranı %42.5, beraat oranı %11.5'tir; vakaların %23.8'nde şikayetin geri alınması nedeniyle hüküm aşamasına varılamamıştır, ayrıca olayların %14.9'u "*patteggiamento*" (cezanın savcılık ile anlaşarak tayini yolu) ile neticelenmiştir. Israrlı takip vakalarının %56'sında başka suçlar da beraber işlenmiştir; bu durumlarda ısrarlı takip nedeniyle mahkumiyet oranının da yükseldiği (yüzde 39.8 yerine 44.7) görülmektedir. Bağlantılı suçlar arasında en yüksek oran (71.4), açık ara farkla, tehdit, cebir ve yaralama suçlarına aittir. Cinayet oranının nispeten yüksekliği (%12.3) dikkatimizi çekmiştir. Öte yandan, ısrarlı takip nedeniyle yürütülen soruşturmaların diğer suç tiplerine göre son derece hızlı şekilde tamamlandığı belirlenmiştir. İlk derecede verilen mahkumiyet kararlarının %70.8'inin sanık tarafından temyiz edildiği belirlenmiştir; temyizde onama oranı %61'dir, fakat bu son orana esas alınan incelenen dava sayısı örneklem açısından yetersizdir. Mahkumiyet sonucu verilen ceza, bağlantılı suçlar dahil olmak üzere, ortalama 14 aydır. Fakat vakaların %43'ünde ceza ertelenmiştir.

Suçun belirlilik ilkesi açısından sıkıntılı olduğu, benzer düzenlemelere sahip diğer ülkelerde olduğu gibi, İtalyan doktrininde de gündeme getirilmiştir.[249] Anayasa Mahkemesi, suç tipinin içeriğini açıklığa kavuşturan içtihadı da gözetmek suretiyle, belirlilik eksikliği nedeniyle kanunilik ilkesine aykırılık itirazını reddetmiştir.[250] Yargıtay da belirlilik ilkesine aykırılığa

---

[249] ANTOLİSEİ, s. 160; CASSANİ, s. 6.

[250] 11 Haziran 2014 tarihli ve 172 sayılı Karar. Fakat İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin belirlilik ilkesine dayalı olarak Anayasaya aykırılık tespit etmekte genel olarak çekimser bir temayül sergilediği ve ceza normlarının anayasal meşruluğunu "kurtaran" yorumlara başvurduğu da ifade edilmektedir (CASSANİ, s. 5).

dayalı Anayasaya aykırılık iddiasını reddetmiştir: suç tipinin bütün temel unsurlarının sınırları belirlenmiş olup fiilin hukuka aykırılığına yol açan husus, yüksek derecede belirliliğe sahip davranışların tekrar edilmesidir; bu davranışlar da, tehdit ve rahatsızlık verici davranışlardan müteşekkil olup bunların genel olarak varlığı da yeterli görülmemiş ve bunların suç tipinde gösterilen belirli alternatif neticelerden birine yol açmaya elverişli ağırlıkta olması aranmıştır.[251]

2. Korunan Hukuki Değer

Bu suç ile "bireysel psişik bütünlüğün" korunduğu, bununla da failin ısrarlı takip fiillerinin yaratacağı kaygı ve korkulardan uzak olarak, mağdurun "huzur içinde yaşama hakkı"nın anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.[252] Benzer bir görüşe göre, bireysel huzur ve kendi geleceğini belirleme hakkı korunmaktadır.[253]

Mantovani'ye göreyse birden fazla hukuki değer korunmaktadır:[254] 1) Öncelikli olarak, manevi özgürlük ve bunun bir görünüş biçimi olan psişik sükunet (endişe/kaygı veya korkuya yol açmak durumlarında) veya kendi geleceğini belirleme hakkı (mağdurun hayat alışkanlıklarını değiştirmeye zorlanması durumunda) korunmaktadır; 2) İhtimali olarak tehlikeye atılan hukuksal değerler de korunmaktadır; kişisel dokunulmazlık, kadının doğurma hakkı, yeni doğanın yaşamı ve fiziksel-psişik sağlığı (fiilin hamile bir kadına karşı işlenmesi durumlarında), çocuğun veya engellinin psikofiziksel gelişimi (mağdur bunlar olduğu zaman) gibi.

3. Suçun Unsurları

A. Fail ve Mağdur

Herkes tarafından işlenebilen genel bir suç tipi söz konusudur.[255]

Mağdur bakımından da genel bir suç tipidir. Mağdur (ve şikayet hakkı sahibi), ısrarlı takip niteliğindeki eylemlerin yöneldiği kişidir.[256]

---

[251] Cass., sez. V, 24.9.2012, no. 36737 (aktaran LATTANZİ Giorgio, **Codice Penale Annotato con la Giurisprudenza**, 10. Bası, Giuffrè Editore, Milano, 2014, s. 1752).

[252] COCCO / AMBROSETTİ, s. 382.

[253] DELPİNO / PEZZANO, s. 559.

[254] MANTOVANİ, s. 362.

[255] MANTOVANİ, s. 359; COCCO / AMBROSETTİ, s. 382.

B. Fiil, Netice, Nedensellik Bağı

Hükümde tekrar eden davranışlarla mağdurun "tehdit veya taciz" edilmesinden söz edilmektedir; yani ısrarlı takibe vücut veren davranışlar bütünü "tehdit veya taciz" yoluyla ortaya konulmalıdır. Fakat buradaki taciz (İt. *Molestare*), cinsel bir anlam içermemekte olup rahatsızlık vermek anlamında kullanılmıştır. Nitekim kanunda kullanılan kelimenin hukuki anlamı, bir kimsenin herhangi bir şeyden huzur içinde istifadesini rahatsız eden her eylem veya olgudur.[257] Doktrin 660. maddede yer alan "*molestia*" (rahatsızlık (vermek) suçuna ilişkin Yargıtay içtihadından hareketle bu ibareyi yorumlamakta; başkasının özel hayatını rahatsız eden ya da buna yönelik müdahale teşkil eden her fiili bu kapsamda görmektedir.[258] Bununla birlikte, 660. maddeden farklı olarak, "*molestia*" kelimesiyle spesifik bir fiil tarif edilmemekte; mağdurun psikolojisi üzerinde gerçekleşmesi gereken bir sonuca işaret edilmektedir.[259] Böyle olunca da, m. 612 *bis*'teki "taciz" farklı türden birçok davranışı içerebilecek genişlikte bir kavramdır.[260] Gerçekten, mağdurun manevi özgürlüğünü ve kişisel huzurunu bozabilecek her türlü fiil bu kapsamdadır.[261] Aynı doğrultuda diğer bir görüşe göre, bir kimsenin psişik durumunu acıya yol açacak veya rahatsızlık verici veya uygunsuz şekilde değiştirmeye elverişli her davranış, bu kapsamdadır.[262] Tehdit ise, failin iradesine bağlı olarak gelecekte meydana getirilebilecek, haksız nitelikte herhangi bir kötülüktür.[263] Buna karşılık, bu suçta mağdura karşı maddi cebre başvurulmamaktadır[264] (fakat, ileride içtima bahsinde görüleceği üzere, bu hususta tartışmalar vardır).

Bir görüşe göre, bağlı hareketli bir suç söz konusudur[265] zira suç ancak "tehdit" veya "taciz" yoluyla işlenebilir. Diğer bir görüşe göreyse, suç serbest hareketlidir.[266] Her halukarda, Almanya ve Avrupa'daki diğer bazı dev-

---

256 MANTOVANİ, s. 363.

257 Örneğin bkz. Brocardi.it Dizionaria Giuridico, https://www.brocardi.it/dizionario/1090.html (Erişim tarihi: 21.01.2022).

258 MACRÌ, s. 619-620.

259 COCCO / AMBROSETTİ, s. 383.

260 MANTOVANİ, s. 359.

261 COCCO / AMBROSETTİ, s. 383; MANTOVANİ, s. 359.

262 DELPİNO / PEZZANO, s. 560.

263 MACRÌ, s. 619; COCCO / AMBROSETTİ, s. 383.

264 COCCO / AMBROSETTİ, s. 383.

265 MACRÌ, s. 619.

266 COCCO / AMBROSETTİ, s. 383.

letlerin aksine, suçun kanuni tanımı yapılırken, ne tür ısrarlı davranışların bu suça vücut vereceği konusunda bir sayıma gidilmemiştir.[267] Suç tipinin bu "açık" yapısının zaman içinde yeni ihlal türlerinin kapsamı dışında kalması nedeniyle hükmün eskimesinin önüne geçebileceği ifade edilmektedir.[268] Fakat aynı zamanda bu tercih suç tipinin kapsamını genişleterek buna bağlı belirsizlik riskini artırmaktadır.[269]

Suçun oluşması için "tekrar eden davranışlar" (*condotte reiterate*) söz konusu olmalıdır. Bu nedenle de itiyadi bir suç söz konusu olup tehdit veya taciz (rahatsızlık verme) nitelikli en az iki davranışın bulunması gerekmektedir.[270] Yargıtay, zamansal olarak birbirine yakın olsa bile, *iki* eylemin bu koşulu sağladığına ve suçun oluşması için davranışların illa uzunca bir zaman dilimine yayılmasının gerekmediğine karar vermiştir.[271] Bu içtihada rağmen, kısa bir süre içerisinde gerçekleşen çoklu davranışların suça vücut vermeyeceği söylenebilir; doktrinde de, davranışların kayda değer/önemli (*significativo*) bir zaman aralığı boyunca sürmesi gerektiği ifade edilmektedir.[272] Fakat Yargıtay "çok kısıtlı" bir zaman diliminde tekrarlanan davranışların bile, bu davranışların "özerk nitelikte" olması (yani bağımsız birden çok fiilin bulunması) ve normda öngörülen alternatif neticelerden birine yol açması kaydıyla, bu suçu oluşturabileceğine karar vermiştir.[273] Kesin olan şudur ki, tekil bir eylem, ağırlığı ve vahameti ne olursa olsun, bu suça vücut veremez.[274] Zaten suçla korunan hukuksal değerin ihlaline yol açan husus da hareketlerdeki tekrar unsurudur, yoksa hareketin (haksızlık içeriği olarak) niceliği değil.[275] *Mantovani*'ye göre de, hukuki açıdan ısrarlı takip fiillerinin değersizliği davranışların tekrarında saklıdır zira tekil eylemler tek başına ele alındığında meşru olabilirler, zaten suç teşkil etmeleri durumunda dahi bunların tekrarı toplam değersizliği artırmaktadır.[276] Doktrinde davranışların

---

[267] VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 21.

[268] VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 21.

[269] VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 21.

[270] ANTOLİSEİ, s. 159; MACRÌ, s. 619; COCCO / AMBROSETTİ, s. 382; MANTOVANİ, s. 362; LATTANZİ, s. 1752.

[271] Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 33842, 19/07/2018 (www.brocardi.it).

[272] DELPİNO / PEZZANO, s. 560.

[273] 29.7.2015 tarihli ve 33563 sayılı karar, aktaran DELPİNO / PEZZANO, s. 560.

[274] COCCO / AMBROSETTİ, s. 383.

[275] COCCO / AMBROSETTİ, s. 383; DELPİNO / PEZZANO, s. 559.

[276] MANTOVANİ, s. 362.

dört hafta sürmesi ya da en az on davranışın bulunması gibi kriterler önerilmiş olsa da,[277] yasakoyucunun bilinçli olarak "açık" şekilde tanımladığı bir hükme yorum yoluyla bu tür sınırlamalar getirmek suretiyle koruma kapsamını kısıtlamanın doğru olmadığı ifade edilmektedir.[278] Yargısal içtihatta da bu tür kesin kriterlere rastlanmamaktadır.

Birden fazla davranışın aynı türden olması şart değildir.[279] Nitelik olarak birbirinden farklı türden davranışların kümülatif varlığı suçun oluşmasına yol açabilir.

Antolisei'ye göre, ilk davranışın da cezai açıdan önemli olması nedeniyle "gerçek olmayan itiyadi suç" söz konusudur.[280] Yazarın yaptığı ayrıma göre, gerçek itiyadi suçlarda itiyadı oluşturan her bir hareket tek başına ele alındığında cezalandırılabilir değilken; gerçek olmayan itiyadi suçlarda aslında itiyadı oluşturan fiillerin müstakil olarak da cürmi niteliği mevcuttur.[281] Kanaatimizce bu tespit doğru değildir zira m. 612 *bis*'te düzenlenen ısrarlı takip suçunu oluşturan her bir fiilin müstakil olarak suç teşkil etmesi gerekmemektedir.

Neticeli[282] bir zarar suçu[283] söz konusudur. Neticeler de seçimlik olarak düzenlenmiş olup suçun oluşması için şu üç neticeden *herhangi birinin* oluşması gereklidir: (i) mağdurda süregelen/devam eden (*perdurante*) ve ağır bir endişe/kaygı veya korku durumunun oluşması, (ii) mağdurun kendisinin, yakın bir akrabasının[284] veya duygusal olarak bağlı olduğu bir kimsenin güvenliğinden makul korku duymasına yol açılması, (iii) mağdurun yaşama alışkanlıklarını değiştirmesi. Bununla birlikte, azınlık görüşü olarak, bu neticeleri "objektif cezalandırılabilme şartı" olarak nitelendiren, *Mantovani* gibi yazarlar da vardır.[285] Yazara göre, bu neticeleri suçun unsuru saydığımız takdirde failin kastının bunları kapsaması gerekecektir ve bu konu-

---

[277] VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 9.

[278] DELPİNO / PEZZANO, s. 560.

[279] MANTOVANİ, s. 358.

[280] ANTOLİSEİ, s. 159.

[281] ANTOLİSEİ Francesco, **Manuale di Diritto Penale - Parte Generale** (yay. haz. L. Conti), 16. Bası, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2013, s. 260-261

[282] ANTOLİSEİ, s. 161; MACRÌ, s. 619; LATTANZİ, s. 1752; CASSANİ, s. 3.

[283] MANTOVANİ, s. 363; COCCO / AMBROSETTİ, s. 383.

[284] Yakın akraba kavramı, ceza kanunu uygulamasında, alt soyları, üst soyları, eşi, kardeşleri, aynı derecedeki sıhri hısımları, amca ve yeğenleri içerir (DELPİNO / PEZZANO, s. 560-561).

[285] MANTOVANİ, s. 361.

daki bilgi eksikliği ya da hata kastı kaldıracaktır; böyle bir durumda ise vakaların neredeyse tümünde kasıt yokluğu nedeniyle fail cezalandırılamayacak ve hüküm uygulanamaz hale gelecektir.[286]

Endişe/kaygı ve korku gibi neticelere yer verilmesinin hükmü belirlilik ilkesi açısından sorunlu kıldığı eleştirisine doktrinde sıklıkla yer verilmiştir.[287] Bu neticelerin meydana geldiğinin objektif olarak tespitinin güçlüğü vurgulanarak netice olarak "mağdurun kişisel algılarının" ceza hukuku aracılığıyla korunması riski ifade edilmiştir.[288] Keza, hem tipik hareketlerin sayılmamış olup genel olarak "tehdit" ve "rahatsızlık vermek" olarak ifade edilmesi hem de üç ayrı neticeye seçimlik olarak yer verilmesi suretiyle suç tipinin kapsamının oldukça geniş tutulduğu ve bunun da belirlilik ilkesi açısından sıkıntılı olduğu ifade edilmiştir.[289]

Kavramsal olarak endişe/kaygı ile korkuyu ayırt etmek de kolay değildir. Bir görüşe göre,[290] endişe/kaygı kavramı tehditvari olmayan rahatsızlık edici davranışların yarattığı psikolojik etkiye işaret eder; korku ise, tehditten kaynaklanan bir kötülüğe uğrama tehlikesinin yarattığı kaygılı duyusal durumu ifade eder. Doktrinde diğer bir görüşe göre,[291] endişe/kaygı, stres yaratan ya da tehditvari koşullar karşısında hissedilen vesvese, huzursuzluk/tedirginlik, nahoş gerginliktir. Bu görüşe göre endişe veya kaygının korkudan farkı, spesifik olmayan ve belirsiz bir olumsuz hisler kombinasyonu olmasıdır.[292]

Yargıtay'a göre, anılan neticelerden birinin meydana gelmesi bir bütün olarak *stalking* nitelikli davranışların sonucu olmalıdır, *stalking* kapsamındaki her bir münferit davranışın bu neticelere yol açmış olması gerekmez.[293] Söz konusu karara göre, münferit eylemlerin birikmesi sonucunda mağdurda derece derece artan bir psikolojik bitkinlik/bezginlik durumu ortaya çıkmakta ve nihayetinde de cezalandırıcı normda öngörülen neticelerden biri ortaya çıkmaktadır. Doktrinde de, çoğunluk görüşü, anılan alternatif üç netice ile

---

286 MANTOVANİ, s. 362.

287 COCCO / AMBROSETTİ, s. 384; CASSANİ, s. 4.

288 CASSANİ, s. 4.

289 VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 21.

290 MANTOVANİ, s. 360.

291 DELPİNO / PEZZANO, s. 560.

292 DELPİNO / PEZZANO, s. 560.

293 Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 51718, 11/12/2014 (www.brocardi.it).

ısrarlı takip davranışı arasında nedensellik bağının tespit edilmesi gerektiğini savunmaktadır.[294] Hükümde yer alan "*in modo da cagionare*" (yol açacak şekilde) ibareleri, ısrarlı takip niteliğindeki fiillerin anılan neticeler açısından nedensel olması gereğini ortaya koymaktadır. Haliyle, nedenselliğin tespiti *ex post* bir yaklaşımla yapılacaktır.[295] Yargıtay da sadece belirli davranışların varlığının ve belirli neticelerin ortaya çıktığının kanıtlanmasının yeterli olmadığını; bu neticelerin anılan davranışların sonucunda meydana geldiğinin kanıtlanması gerektiğini tespit etmiştir.[296] O hâlde, suçun oluşması için anılan neticelerden birinin doğduğunun ve/veya müsnet fiillerin bu neticelere yol açmaya elverişli olduğunun soyut olarak tespit edilmesi yeterli değildir. Fiiller ile netice arasındaki nedensel bağ somut ve belirli olmalıdır. Failin davranışlarının farklı ve başka psikolojik sonuçlar yaratması mümkündür (mesela, kuvvetli bir kızgınlık/sinirlenme/öfke gibi); bu bakımdan bu fiillerin tipik neticelerden birine yol açtığı tespit edilmelidir. Doktrinde, haklı olarak, anılan neticelerin tümüyle sübjektif ve manevi yapısı nedeniyle tespitinin kolay olmadığı belirtilmektedir.[297]

Öte yandan, *ex ante* bir yaklaşımla, bu neticenin objektif olarak (bu neticeleri meydana getirmek açısından) tehlikeli bir davranışın sonucu olduğu da tespit edilmelidir.[298] Yargıtay da bazı kararlarında, nedensellik bağını tespit ederken, yargılama konusu davranışların somut olaydaki neticeleri meydana getirmeye soyut olarak uygunluğunun da göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir.[299] Burada bir husus yanlış anlaşılmamalıdır: nedensellik bağını tespit ettikten sonra, bir de *ayrıca* fiilin bu neticeyi meydana getirmeye elverişliliği suçun bir unsuru olarak aranmayacak; fakat nedenselliğin tespitinde, bir kriter olarak, mağdurenin beyanları, müsnet fiillerden önceki ve sonraki davranışlarının mukayesesi yanında, söz konusu fiillerin bu türden neticeleri meydana getirmeye elverişliliği de gözetilecektir.

Yargısal uygulamada kaygı veya korku durumunun tespiti için katı bir tıbbi-hukuki değerlendirme gereği aranmamaktadır. Mağdurun, maruz kaldığı fiillerden önceki durumu ile bunlardan sonraki durumu kıyaslanarak

---

[294] MACRÌ, s. 620; COCCO / AMBROSETTİ, s. 383.

[295] COCCO / AMBROSETTİ, s. 384.

[296] LATTANZİ, s. 1752.

[297] MANTOVANİ, s. 361.

[298] COCCO / AMBROSETTİ, s. 385.

[299] Cass., Sez. V, 16.04.2012, n. 14391; Cass., Sez. V, 18.6.2012, n. 24315 (aktaran LATTANZİ, s. 1752).

davranışsal emarelerin tam bir gözlemi vasıtasıyla bu sonuçların tespit edilmesi mümkündür. İtalyan Anayasa Mahkemesi de, daha önce anılan 2014 tarihli kararında, süregelen ve ağır endişe/kaygı veya korku ya da güvenlikten yana makul bir korku duymak unsurları açısından, failin davranışlarından önceki ve sonraki durumun kıyaslanarak davranışsal işaret ve emarelerin detaylı bir gözlemi sonucunda, mağdurun huzurunun ve psikolojik dengesinin hissedilebilir/kayda değer (*apprezzabile*) bir destabilizasyona uğrayıp uğramadığının değerlendirilmesi gerektiğini açıklamıştır. Endişe/kaygı veya korkunun bir anlık veya hafif düzeyde olması yeterli değildir; fakat "süregelen" sıfatı bu etkinin daimi olmasını da gerektirmez.[300]

Yargıtay'a göre,[301] burada yaralama suçunun bir "düplikasyonu" söz konusu değildir ve bu bakımdan fiziksel ya da zihinsel/psikolojik bir hastalığa yol açıldığının tespiti gerekmez. Böyle olunca, "patolojik (bir) durum"un meydana geldiğini tespit etmek şart değildir;[302] *stalking* nitelikli fiillerin mağdurun huzuru ve psikolojik dengesi üzerinde istikrarsızlaştırıcı ("*destabilizzante*") bir etkiye sahip olması yeterlidir. İtalyan Yargıtayı'nın içtihatlarına göre anılan tipik neticeler, genel olarak kişinin psikolojik dengesinin veya huzur ve sükûnunun bozulması kapsamında değerlendirilmektedir.[303] İtalyan Anayasa Mahkemesi bu yorum tarzının Anayasa'ya uygun olduğuna karar vermiştir.[304] Buna karşılık doktrinde *Nisco*, İtalyan yargısının bu yaklaşımını yerinde bulmamakta, psikiyatrik bilirkişi raporunun alınmasının daha objektif bir uygulama zemini tesis edeceğini ileri sürmektedir.[305] Gerçekten, birçok yazar, belirlilik ilkesine aykırı bir uygulama olmaması kaygısının da etkisiyle, endişe/kaygı veya korku gibi durumların patolojik bir bulgu olarak ortaya çıktığının bilimsel olarak kanıtlanması gerektiği düşüncesindedirler.[306] Ne var ki böyle bir yaklaşımın sakıncası, hükümle getirilen hukuksal korumanın sadece bireysel fiziksel dokunulmazlığın gerçekten zarara uğradığı durumlarla sınırlı kalacak olmasıdır, oysa böyle bir zarar dar anlamda "manevi özgürlük" kavramının dışında olduğu gibi

---

[300] MANTOVANİ, s. 360.

[301] Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 18646, 14/04/2017 (www.brocardi.it).

[302] MANTOVANİ, s. 360; LATTANZİ, s. 1752.

[303] Corte di cassazione, 10.1.2011- Nr. 16864; 28.2.2012, Nr. 14391; 9.5.2012, Nr. 24135, 26.9.2019, Nr. 46165.

[304] NISCO, s. 8.

[305] NISCO, s. 8, 10.

[306] COCCO / AMBROSETTİ, s. 384; CASSANİ, s. 4.

başka suç tipleri zaten böyle zararlara karşı daha iyi koruma sağlamaktadır.[307]

Endişe/kaygı veya korkunun "ağır ve süregelen" nitelikte olması, güvenlik açısından korkunun da "makul" olması aranmak suretiyle suç tipinin kapsamı daraltılmış; kısa süreli ya da mağdura etkisi bakımından hafif kaygı veya korku doğuran davranışların suç tipinin dışında kalması sağlanmak istenilmiştir.[308] Keza, güvenlik kaygısının haklı bir temele dayanması, "makul" olması aranmak suretiyle de farazi ya da mağdurun hayal gücüne dayalı güvenlik kaygılarına yol açan davranışlar yine tipik alanın dışında tutulmuştur.[309]

Ne var ki, endişe veya kaygının ağır olması durumunu, bu hislerin hafif olması durumundan objektif kıstaslarla ayırt etmenin güçlüğüne doktrince dikkat çekilmiştir.[310] Yargıtay'ın bir içtihadında, failin mağdura öpücük göndererek iltifat etmesi, aracına binmeye davet etmesi ve ısrarlı ve tehditkar bakışlar yöneltmesi şeklinde ortaya çıkan tekrar edici davranışların mağdur çocukta yarattığı "istikrarı bozucu psikolojik rahatsızlık"ın süregelen ve ağır kaygı veya korkuya yol açtığı kabul edilmiştir.[311]

Keza, kaygının "makul" olduğunun nasıl tespit edileceği konusunda görüş birliği yoktur. Bir yaklaşıma göre, normal etkilenebilirlik düzeyine sahip bir kimse üzerinde bu etkiyi yaratmaya somut olayda elverişli/uygun nitelikte davranışlar söz konusu ise, kaygının "makul" olduğu kabul edilebilir.[312] Bu yaklaşımda, failin davranışı karşısında makul bir insanın kaygıya düşmesi konusundaki somut ihtimal üzerinden kaygının mesnetli/haklı olup olmadığı değerlendirilmektedir.[313] Oysa farklı bir yaklaşıma göre, somut olaydaki failin sahip olduğu bilgileri haiz makul bir kimsenin, fiilleri gerçekleştirdiği anda bu fiillerin mağdur üzerinde anılan etkileri yaratacak/yaratmakta olduğunun farkına varması gerekip gerekmediği üzerinden kaygının makul olup olmadığı değerlendirilmelidir.[314] Bu ikinci yaklaşımda somut olaydaki ko-

---

[307] COCCO / AMBROSETTİ, s. 384.

[308] ANTOLİSEİ, s. 161.

[309] ANTOLİSEİ, s. 161.

[310] DELPİNO / PEZZANO, s. 560.

[311] 26.3.2010 tarihli ve 11945 sayılı karar, aktaran DELPİNO / PEZZANO, s. 560.

[312] COCCO / AMBROSETTİ, s. 384. Bu mealde yine bkz. MANTOVANİ, s. 360.

[313] COCCO / AMBROSETTİ, s. 384.

[314] COCCO / AMBROSETTİ, s. 384.

şullar ışığında ve somut olaydaki mağdurun kişisel özellikleri ışığında bir değerlendirme yapılacaktır.[315] İlk yaklaşım, daha savunmasız ve kolay etkilenebilir kimseyi hükmün koruması dışında bırakabileceği gibi; soyut olarak bu sonucu doğurmaya müsait olmakla birlikte somut olaydaki mağduru gerçekte kaygıya veya korkuya düşürmemiş fiillerin de cezalandırılması riskini doğuracaktır.[316]

Mağdurun hayat alışkanlıklarında değişikliğe yol açmak unsuru açısından, mağdurun salt bir şeyi yapmaya da yapmamaya mecbur bırakılmış olması yetmez;[317] kısmen de olsa, uzunca bir zaman için, fiillerden önceki yaşantısına dair belirli itiyadi davranış kalıplarında değişikliğe yol açılması gerekir.[318] Israrlı takip suçunun en sık ortaya çıkan sonucunun bu husus olduğu doktrinde ifade edilmektedir.[319] Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan 2014 tarihli kararında, mağdurun hayat alışkanlıkları açısından, kişinin ailevi, sosyal ve iş alanında genel olarak sürdürdüğü davranışlar bütününün dikkate alınması gerektiği ve mağdurun, ısrarlı takip fiilleri neticesinde bu davranışlarda değişikliğe gitmek zorunda kaldığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay'a göre, yaşam alışkanlıklarının değişiminin tespiti açısından, mağdurun kendini (değiştirmeye) mecbur hissettiği yaşam alışkanlığının önemini/anlamını ve duygusal sonuçlarını değerlendirmek gerekir; yol açılan değişikliklerin salt niceliksel bir değerlendirmesi yapılmamalıdır.[320] Bu ilkeyi uygulayan Yargıtay, konutundan çıkarken sanıkla denk gelmemek için konutun dışındaki ortak alanı kapı gözünden gözetlemek zorunda kalan ve yine sanığın bıraktığı müstehcen yazılardan yaşı küçük oğlunu korumak için mektup kutusunu kontrol etmesi gereken mağdurun bu yaşam değişikliklerinin ceza hukuku açısından önemli olmadığını tespit eden hükmü bozmuştur.[321] Keza mağdurun günlük hayatını olağan olarak idaresi bakımından önemli ve uzayan bir değişikliğin kayda değer bir zaman dilimi boyunca varlığını sürdürmesi halinde bu netice gerçekleşmiş-

---

315 MANTOVANİ, s. 361.

316 COCCO / AMBROSETTİ, s. 384.

317 Oysa 2008 yılında Hükümetin sunduğu kanun tasarısında, bu son seçimlik netice "mağduru kendi tercihlerini/kararlarını ya da hayat alışkanlıklarını değiştirmeye zorlamak" şeklinde ifade edilmişti (VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 17).

318 MANTOVANİ, s. 361.

319 MANTOVANİ, s. 361.

320 Cass.pen., Sez. III, sentenza n. 46179, 18/11/2013 (www.brocardi.it).

321 Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 10111, 06/03/2018 (www.brocardi.it).

tir. Buna bazı örnekler, mağdurun bir yerden başka yere giderken her zamankinden farklı bir güzergah izlemek ya da belirli faaliyetlerini sürdürürken bunun saatlerini değiştirmek veya bunları tümüyle sonlandırmak ya da gece saatlerinde telefon cihazlarının fişini çekmek ihtiyacı hissetmesidir.[322] Dikkat edilmesi gereken husus, sadece mağdurun huzurunun olumsuz etkilenmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan hayat değişikliklerinin hüküm kapsamında olduğudur.[323] Örnek olarak, mağdurun artık geceleri evden çıkamaması, belirli yerlere veya bazı kişilerin yanına gidememesi, işten ayrılmak zorunda kalması, konutunu değiştirmek zorunda kalması, daha önceden normalde kullandığı güzergahlardan artık geçememesi gibi durumlar gösterilebilir.[324]

Tehdidin veya rahatsızlık verici davranışın ve anılan üç seçimlik neticeden birinin varlığının objektif ve sübjektif kıstasları bir arada ele alan karma bir yaklaşıma tespit edileceği savunulmaktadır.[325] Bu bakımdan, somut olayın tüm koşulları dikkate alınacaktır; mesela mağdurun özellikleri burada önemlidir çünkü aynı davranış belirli bir kimseye yöneltildiği zaman tehdit edici veya rahatsızlık vericiyken başka bir kimseye yöneltildiği zaman bu niteliği haiz olmayabilir.[326] Keza davranışın tehdit teşkil etmeye elverişliliği, öne sürülen kötülüğün niteliği, faile dair koşullar, çevresel şartlar gibi hususlara bağlı olacaktır.[327] Öte yandan, somut olaydaki mağdurun kişisel özellikleri ve failin bu özellikleri ne ölçüde bildiği de önemlidir.[328]

Mağduru tahkir edici fotoğraf ya da mesajların, onun duygusal ve cinsel özgürlük alanına referans da yaparak, sürekli olarak sosyal medyada yayımlanması bu suç kapsamında görülmüştür.[329] Şüphesiz, web sitelerinden ve/veya sosyal medya uygulamalarından ısrarla mesaj atmak da bu suç kapsamındadır.[330] Aşağıda ele alacağımız m. 612 *bis*/f.2'ye eklenen ve fiilin "*bilişim ya da telematik araçlarla işlenmesi*" durumunda nitelikli halin oluşacağını öngörerek

---

[322] Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 20993, 15/05/2013 (www.brocardi.it).

[323] COCCO / AMBROSETTİ, s. 385.

[324] MANTOVANİ, s. 361.

[325] MANTOVANİ, s. 361.

[326] MANTOVANİ, s. 361.

[327] MANTOVANİ, s. 361.

[328] MANTOVANİ, s. 361.

[329] Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 26049, 12/06/2019 (www.brocardi.it).

[330] DELPİNO / PEZZANO, s. 560.

"*cyberstalking*" eylemlerini cezalandırmayı amaçlayan değişiklikten önce de, sosyal ağlar aracılığıyla mağdura sürekli mesajlar göndermek gibi davranışların ısrarlı takip suçuna altlanabileceği içtihatta kabul görmekteydi.[331] Buna karşılık, "*revenge porn*" (intikam pornosu) adı verilen ve kriminolojik anlamda "*cyberstalking*"in bir alt kategorisi olarak görülen davranış türlerini (kendisinden ayrılan sevgilisinden intikam almak amacıyla ilişki sırasında çekilen çıplak fotoğraflarını internette yayımlamak gibi), m. 612 *bis* kapsamında görmeye olanak olmadığı belirtilmiştir.[332] *Belki*, ilişki sırasında karşılıklı rızayla ortak olarak üretilen pornografik nitelikli materyalin ilişki sonlandıktan sonra taraflardan birisince, diğer tarafın rızası olmaksızın, *ısrarlı biçimde* sosyal medyada paylaşılması gibi çok ekstrem durumlarda m. 612 *bis*'e başvurmak mümkündür;[333] fakat bu ihtimalde dahi bu tür fiillerin içerdiği haksızlık muhtevasına uygun bir cezalandırmanın bu şekilde sağlanması mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, Yargıtay'ın 30.8.2010 tarihli bir kararında (no. 32404), mağdurla girişilen cinsel ilişkileri resmeden görüntülerin sosyal medya aracılığıyla yayılması m. 612 *bis* kapsamında değerlendirilmiştir.[334]

İşyerindeki, üst ve amir konumunda olmayan diğer çalışanlar tarafından mağdura uygulanan mobbing nitelikli davranışların ("yatay mobbing") da m. 612 *bis* kapsamına girebileceği ifade edilmektedir.[335]

B. Manevi Unsur

Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Genel kast yeterlidir.[336] Failin amacı veya saiki suçun unsuru değildir.[337]

Suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceği hususu tartışmalıdır.[338]

Daha önce belirtildiği üzere, baskın doktrine görüşe göre, hükümde sayılan üç alternatif sonucu tipikliğin netice unsuru olarak görmek gerekirdi. Böyle olunca da, failin kastı somut olayda gerçekleşen neticeyi kapsamalı-

---

[331] MACRÌ, s. 627.

[332] Aynı yönde MACRÌ, s. 627.

[333] MACRÌ, s. 628.

[334] DELPİNO / PEZZANO, s. 560.

[335] MANTOVANİ, s. 361.

[336] MANTOVANİ, s. 363; MACRÌ, s. 620; COCCO / AMBROSETTİ, s. 385; DELPİNO / PEZZANO, s. 561.

[337] MACRÌ, s. 620.

[338] COCCO / AMBROSETTİ, s. 385.

dır. Mesela Anayasa Mahkemesi de, anılan 2014 tarihli kararında, hayat alışkanlıklarında değişiklik unsuru bakımından failin kastının bu değişikliği kapsaması gerektiğine karar vermiştir.[339] Yargıtay uygulamasında da, failin, davranışının seçimlik neticelerden birini meydana getirmeye elverişli olduğunun bilincinde olarak fiilleri işlemiş olması aranmaktadır.[340]

Böyle bir kastın varlığını kanıtlamanın zorluğundan hareketledir ki, azınlıkta da olsa, bazı yazarlar anılan sonuçların "objektif cezalandırılabilme şartı" olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.[341]

Failin kastı, ısrarlı takip suçuna yol veren çeşitli davranışların sürekliliğini ve/veya tekrarını da kapsamalıdır.[342] Buna karşılık, itiyadi suçların geneli için geçerli olduğu şekilde, failin en baştan itibaren ileride işleyeceği tüm fiilleri tasavvur etmiş ve kararlaştırmış olması aranmaz.[343]

C. Hukuka Aykırılık

İtalyan doktrininde, en azından incelediğimiz eserlerde, hukuka aykırılık unsuruna değinilmemiştir. Bunun nedeni, çok büyük olasılıkla, ısrarlı takip suçunun mahiyeti gereği hukuka uygunluk nedenlerinin uygulama alanı bulamamasıdır.[344]

Öte yandan, normalde hakkın icrası kapsamında görülebilecek davranışların, söz konusu hakkın yasada öngörülenden farklı amaçlarla (kötüye) kullanılması durumunda ısrarlı takip suçuna yol açabileceği ifade edilmiştir.[345]

İçtihada göre, rahatsızlık verici davranışların karşılıklı olması suçun oluşma ihtimalini ortadan kaldırmaz; fakat bu durumda, ortaya çıkan zararlı neticenin hakim tarafından daha dikkatli bir şekilde gerekçelendirilmesi gerekecektir.[346] Demek ki, fiillerin karşılıklı olması, bunlara karşılıklı rızanın da bulunduğu anlamına gelmeyecektir.

---

339 ANTOLİSEİ, s. 161.

340 Cass., Sez. V, 15.5.2013, n. 20993 (aktaran LATTANZİ, s. 1753).

341 MANTOVANİ, s. 362; MACRÌ, s. 620.

342 MANTOVANİ, s. 363; COCCO / AMBROSETTİ, s. 385.

343 MANTOVANİ, s. 363.

344 Fakat bkz. DOĞAN, s. 141.

345 DELPİNO / PEZZANO, s. 559.

346 Cass., Sez.V, 7.5.2010, n. 17698 ve Cass, Sez.III, 14.11.2013, n. 45648 (aktaran LATTANZİ, s. 1753).

D. Nitelikli Haller

Hükmün ikinci fıkrasına göre *"Fiilin, hakkında ayrılma kararı verilmiş veya boşanmış olsa bile, eş tarafından ya da mağdurla duygusal ilişkisi olan veya geçmişte olmuş bir kişi tarafından veya bilişim ya da telematik araçlarla işlenmesi"* artırım nedenidir. Bu durumda artırım oranı 1/3'e kadardır.[347]

"*Cyberstalking*" eylemlerini daha ağır cezalandırmayı amaçlayan "[fiilin] *bilişim ya da telematik araçlarla işlenmesi*" nitelikli hali hükme 2013 yılında eklenmiştir.[348] Doktrinde, salt fiilin bu araçlarla işlenmiş olmasından hareketle fiile daha ağır bir değersizlik yargısı ve ceza bağlanmış olması eleştirilmiştir.[349] Artırımın lehine, bu araçlarla suçun işlenmesinin, paylaşılan içeriğin daha zor kontrol edilebilir olması ve daha geniş biçimde yayılabilmesi nedeniyle daha invazif etkiye sahip olması gösterilebilir.[350] Buna karşılık, mağdurla doğrudan temas kurmak suretiyle işlenen fiillere nazaran "mesafeli" olarak işlenen ısrarlı takip eylemlerinin daha ağır cezalandırılması eleştiri konusu da olmuştur.[351] Kaldı ki, direkt olarak ve sadece mağduru hedef almak suretiyle fiilin işlenmesi durumunda, artırım lehine zikredilen argümanlar geçerli olmayacaktır. Keza, telematik araç söz konusu olduğunda bunun mutlaka aynı zamanda bir bilişim aracının varlığını gerektireceği; bu nedenle de bunların alternatif olarak sayılmasının anlamsız olduğu ifade edilmektedir.[352]

Yine 2013 değişikliğiyle, boşanmış olmayan ya da aralarında ayrılık kararı bulunmayan eşin fail olması durumu da nitelikli hal kapsamına alınmıştır.[353] Hükmün ilk halinde, bu fıkrada fail olarak, mağdurdan boşanmış olan veya mağdurla arasında ayrılık kararı bulunan kişi gösterilmişti. Bu değişiklikten önce, aile ilişkileri çerçevesinde eş tarafından diğer eşe karşı gerçekleştirilen rahat-

---

347 MANTOVANİ, s. 366; MACRÌ, s. 620.

348 Bununla birlikte İtalyan ve yabancı doktrininde birçok yazarın kriminolojik açıdan siberstalking kavramını sadece ısrarlı takibin bir alt kategorisi olarak görmediği; ısrarlı takip suçu kapsamına girmeyen bazı eylemlerin de siberstalking terimi kapsamında olabileceği ifade edilmektedir. Hukuki nitelendirme açısından da durum aynı merkezdedir. Mesela siberstalking sayılan, "mağdur"un bulunduğu chat veya forum alanlarında anonim olarak iletişime müdahil olma gibi eylemler m. 612 *bis* kapsamına girmeyecektir (MACRÌ, s. 621-622).

349 MACRÌ, s. 626. İnformatik araçla suçun işlenmesi bakımından eleştiri için bkz. MANTOVANİ, s. 364.

350 DELPİNO / PEZZANO, s. 561.

351 DELPİNO / PEZZANO, s. 561.

352 DELPİNO / PEZZANO, s. 561.

353 MANTOVANİ, s. 364.

sızlık verici eylemler m. 572'deki "aile efradına fena muamele" suçu kapsamında görülmekteydi.[354] Değişiklikten önce, *fiilen* ayrı yaşayan eşlerin birbirlerine karşı bu suçu işleyip işleyemeyeceği de doktrinde tartışmalıydı.[355] Oysa boşanma aşamasında olan (ve dolayısıyla, aralarında ayrılık kararı bulunabilen) eşlerin birbirlerine karşı bu tarz fiilleri işleyebildikleri bilinmekteydi.[356] Hükmün ilk hâlinde aşamada boşanmış (eski) eşe yer verilmemesinin nedeni, şu görüşün o zaman üstün çıkmasıydı: cezanın artırılmasını haklı kılan özel değersizlik sadece ilişkinin hukuken sonlanmış olması durumunda mevcuttur çünkü böyle bir durumda, erkek fail, kadının kendisinden ayrılma kararına saygı göstermemektedir.[357] Buna karşılık, böyle bir gerekçenin artırımı haklı kılan özel değersizliği açıklamak açısında yetersiz kaldığı ve/veya böyle bir durumda fiilin haksızlık muhtevasının daha fazla olduğunun söylenemeyeceği ifade edilmekteydi.[358]

Duygusal ilişki (*relazione affettiva*) kavramı farklı nitelikte birden fazla ilişki türünü içerebilecek genişlikte bir kavramdır; fakat evlilik durumuyla kurulan benzerlik de düşünüldüğünde, sadece romantik nitelikteki duyguya dayalı ilişkiler hüküm kapsamında görülmelidir.[359] "Duygusal ilişki" koşulunun gerçekleşmiş sayılabilmesi için illa ortak hayatın sabit biçimde paylaşılması şart değildir, mağdurda koruma ve himaye beklentisi yaratabilecek şekilde karşılıklı güven ilişkisi doğuran herhangi bir bağlılık ilişkisinin varlığı yeterlidir.[360] İkinci fıkranın uygulanması açısından ilginç bir içtihatta, kendisi tarafından fakat mağdurun adına satın alınmış ve mağdurca oturulan taşınmazın kendisine iadesini sağlamak amacıyla eylemi işleyen failin bu saiki dikkate alınmayarak yine de bu suç tipine ve ikinci fıkradaki nitelikli hale başvurulmuştur.[361] Failin saik veya amacının suçun unsuru olmaması nedeniyle bu sonuca varıldığı görülmektedir.

Üçüncü fıkraya göreyse *"Fiilin çocuğun, hamile kadının ya da 5 Şubat 1992 tarihli ve 104 sayılı Yasanın 3. maddesi anlamında engelli*[362] *bir kim-*

---

[354] ANTOLİSEİ, s. 162.

[355] COCCO / AMBROSETTİ, s. 385.

[356] VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 21-22.

[357] VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 22.

[358] VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 22.

[359] MANTOVANİ, s. 364.

[360] Cass.pen., Sez. III, sentenza n. 11920, 15/03/2018.

[361] Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 27615, 20/06/2019.

[362] Bu hükme göre, fiziksel, psişik ya da duyusal yönden, stabil veya ilerleyici (nitelikte) olup algılama, ilişki kurma ya da iş hayatına entegre olma güçlüğüne yol açan ve sosyal bir dezavantaj sürecine ya da dışlanmaya neden olan bir engele sahip her kişi, engellidir.

senin aleyhine işlenmesi[363] *veya silahla ya da kılığını değiştirmiş kimse tarafından işlenmesi"* cezanın yarı oranında artırılmasını gerektirir. Bu ağırlatıcı sebeplerin objektif nitelikli olması nedeniyle suça iştirak eden herkese sirayet edeceği belirtilmektedir.[364] Bu nitelikli hallerin ortak özelliği, fiilin objektif cezai değersizliğinin artmasıdır.[365] Çocuğa ya da hamile kadına karşı suçun işlenmesinde cezanın artırılmasının nedeni bunların özel zayıflığı, kendilerini korumak konusundaki yeteneklerinin daha düşük olması ve maruz kalabilecekleri fiziksel, psikolojik, manevi ve gelişimsel zararların daha büyük olabilmesi riskidir.[366] Hamile kadın durumunda ise, kürtaj ya da embriyo gelebilecek zarar riski artırımın nedenidir.[367] Silah açısından, bu aracın özel tehlikeliliği ve korkutuculuğu; kılık değişikliği durumunda ise failin teşhisinin zorlaşması ve fiilin korkutuculuğunun artması, artırımın gerekçesidir.[368]

Son olarak, fiilin bu konuda daha önce "uyarılmış" kişi[369] tarafından işlenmesi durumunda da ceza ağırlaşacak ve şikayet koşulu aranmayacaktır.[370] Buradaki artırımın gerekçesi, uyarılmasına rağmen aynı eylemleri işlemeyi sürdüren failin özel tehlikeliliği, suç işleme yeteneğinin yüksekliğidir.[371]

---

363 Bu tespitin aynı yasanın 4. maddesi uyarınca kurulan tıbbi komisyon tarafından mı yoksa, gerekirse bilirkişiye başvurmak suretiyle, hakim tarafından mı yapılacağının açık olmadığı eleştirisi yapılmıştır (COCCO / AMBROSETTİ, s. 385.)

364 COCCO / AMBROSETTİ, s. 385.

365 DELPİNO / PEZZANO, s. 561.

366 MANTOVANİ, s. 364.

367 MANTOVANİ, s. 364.

368 MANTOVANİ, s. 364.

369 "Ammonizione" adı verilen ve 2009 tarih ve 38 sayılı Kanunun 8. Maddesinde uygulama şartları belirlenen bu kendine özgü müessesenin kapsamını açıklamak bu çalışmanın amacını aşmaktadır. Şu kadarını söyleyebiliriz ki, bu usule göre, 612 *bis* maddesi uyarınca şikayet hakkı kullanılmadan da önce, mağdur, maruz kaldığı fiili kolluk kuvvetine bildirerek bunun emniyet amirine iletilmesini ve amirin de faili uyarmasını isteyebilir. Amir, gerekirse soruşturma organlarından bilgi almak ve durum kendisine bildirilen kişileri dinlemek suretiyle, isteği haklı bulursa, hakkında bu tedbirin uygulanması istenilen kişiyi sözlü olarak uyarır ve kendisinden yasalara uygun şekilde davranış takınmasını ister; bu hususta hazırlanan tutanağın bir örneği hem başvurana hem de uyarılan kişiye verilir. Emniyet amiri, fail olarak şikayet edilen kişi hakkında, sahip olduğu silahlar ya da mühimmata ilişkin olmak üzere önleyici tedbir kararı da alabilmektedir. Görüldüğü gibi, burada aslında idare hukukunu ilgilendiren fakat ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku bakımından bazı sonuçları olan bir kurum söz konusudur (CASSANİ, s. 3). Bu usul, ısrarlı takip failini davranışlarını tırmandırma konusunda caydırıcı etkiye sahip olabilecektir (VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 23).

370 MANTOVANİ, s. 364.

371 MANTOVANİ, s. 364.

E. Kusurluluk

Çalışmamızın başında, ısrarlı takipçi profillerini kategorize ederken, bazen bunların obsesyon (takıntı) ve kompülsiyon (zorlayıcı davranış) gibi psikolojik rahatsızlık belirtileri gösterdiğinden bahsetmiştik. Fakat bundan hareketle, bu suçun faillerinin kusur yeteneğinin genellikle bulunmadığı gibi bir sonuca varılmamalıdır. Bilakis, kişilikte patolojik anomali ya da hezeyan şeklinde tezahür eden psikiyatrik rahatsızlık nedeniyle bu suçu işleyen fail sayısı azdır; suçu işlemekteki saik genellikle akılcıdır (intikam isteği veyahut kendisi için anlamı olan biri tarafından terk edilmeyi kabullenememe gibi).[372]

Bununla birlikte, "*delirio erotomaniaco*" (erotik-manyak hezeyan) denilen, kendisi hakkında hiç his beslememiş ve göstermemiş olan kişilerin kendisine aşık olduğu ve hatta bir aşk ilişkisi içerisinde olduklarına dair failin hatalı bir kanaate sahip olduğu durumlarda[373] algılama yeteneğinin bulunmadığı söylenebilir.

F. Teşebbüs, İştirak, İçtima

a. Teşebbüs

Suçun tamamlanma anı, hükümde alternatif olarak sayılan üç neticeden birinin meydana geldiği andır.[374] Israrlı takibin "neticeli suç" olduğunun kabul edildiği bu ihtimalde, elbette teşebbüs hükümleri uygulanabilir.[375]

Buna karşılık, doktrinde, salt hareket suçunun söz konusu olduğu ve hükümde öngörülen alternatif üç neticeden birini yaratmaya nedensel olarak elverişli olacak şekilde tehdit veya rahatsızlık edici hareketlerin yapılmasıyla suçun tamamlandığı da savunulmaktadır.[376] Bu görüşün dayanağı, hükümde fiillerin söz konusu neticelere "yol açacak şekilde" (*in modo da cagionare*) işlenmesinin aranmış olmasıdır. Bu görüşün esas alınmasının sağlayacağı avantaj, söz konusu neticelerin gerçekleşip gerçekleşmediğine dair

---

[372] MANTOVANİ, s. 359. Öte yandan, ısrarlı takibin "bir akıl hastalığına indirgenmesi" durumunda, kadına yönelik şiddetin eril zihniyetten kaynaklandığını inkar edecek bir algıya yol açma riskinin doğacağına ulusal doktrinimizde dikkat çekilmiştir (SOYGÜT, 2020b, s. 2785).

[373] MANTOVANİ, s. 359.

[374] Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 17082, 23/04/2015 (www.brocardi.it).

[375] COCCO / AMBROSETTİ, s. 385; MANTOVANİ, s. 363.

[376] ANTOLİSEİ, s. 161; MANTOVANİ, s. 363.

ispat güçlüklerinin söz konusu olmamasıdır.[377] *Mantovani*'ye göre, anılan sonuçları yaratmak için gerekli ve yeterli tehdit fiillerinin ve rahatsızlık verici eylemlerin yapılmasıyla suç tamamlanır, son tehdit veya rahatsızlık verici davranışın yapılmasıyla da sona erer.[378]

Keza, anılan üç alternatif sonucun objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi durumunda da, söz konusu şartın meydana gelmemesi durumunda, teşebbüs hükümleri uygulanamayacaktır.[379]

b. İştirak

İştirak açısından suç tipi bir özellik arz etmemektedir.

c. İçtima

"*Fiil daha ağır bir suç teşkil etmediği takdirde*" ibareleri vasıtasıyla m. 612 *bis*'in tali norm niteliği ortaya konulmuştur.[380] Bu bakımdan, daha ağır cezayı gerektiren, cinsel şiddet suçları, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, konut dokunulmazlığının ihlali, yaralamanın bazı ağır halleri, cebir suçunun nitelikli hali gibi durumlarda sadece ilgili bu diğer suçtan/suçlardan ceza verilecektir[381] ve ısrarlı takip suçu içerisinde bunlar erimeyecektir. Ayrıca, anılan bu diğer suçların ısrarlı takip suçuyla yarışabileceği de ortaya çıkmaktadır zira bu suçların hiçbiri, genelde, ısrarlı takip suçuna vücut veren eylemlerin bütününü kapsamamaktadır.[382] Bununla birlikte, ısrarlı takip, *sırf* az önce sayılan ve daha ağır cezayı gerektiren fiiller aracılığıyla işlenmişse, artık m. 612 *bis* - tali norm olduğundan - devreye giremeyecektir.[383]

Yargıtay, İt.CK m. 610'daki cebir suçunun ısrarlı takip suçu içinde erimeyeceğine karar vermiştir;[384] önceki tarihli bir kararda da, cebir suçunda failin belirli bir davranışa zorlanması unsurunun aranması nedeniyle cebir suçunun ısrarlı takip suçuna nazaran özel hüküm olduğu tespit edilmişti.[385]

---

377 ANTOLİSEİ, s. 161. Fakat zamanaşımı açısından ise süre daha erken işlemeye başlayacaktır.

378 MANTOVANİ, s. 363.

379 MANTOVANİ, s. 363.

380 DELPİNO / PEZZANO, s. 559; VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 20.

381 MANTOVANİ, s. 364.

382 MANTOVANİ, s. 364.

383 MANTOVANİ, s. 365.

384 Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 22475, 22/05/2019 (www.brocardi.it).

385 Cass.pen., Sez. III, sentenza n. 25889, 13/06/2013 (www.brocardi.it). Aynı yönde ANTOLİSEİ, s. 159.

Doktrinde de, fiziksel şiddetin suçun kurucu bir unsuru olmadığı; bu nedenle de, maddi cebre başvurulmuş ise, bunun ayrıca suç teşkil edeceği ifade edilmektedir.[386] Öte yandan, ısrarlı takip kapsamında başvurulan cebrin mağdurun hayat alışkanlıklarını değiştirmesine yol açması durumunda, bu sefer m. 612 *bis* hükmünün tehdide göre özel hüküm teşkil edeceği savunulmaktadır.[387]

2013 yılında 2. fıkrada yapılan değişiklikle eşin hükme eklenmesinden önce; fiili veya hukuki bir ayrılık üzerine, artık aynı konutu paylaşmayan eşin zararına işlenen rahatsız verici davranışların m. 612 *bis*'e değil, aile efradına fena muamele suçu (m. 572) kapsamına girdiği tespit edilmiştir: Yargıtay'a göre ortak konutta yaşama unsuru eksikse bile evlilikten ya da akrabalıktan doğan bağ baki kalmaktadır; 612 *bis*'in bu tür eylemleri uygulanabilmesi ancak boşanma durumunda, yani fiili ilişkinin sona ermesi durumunda mümkündü.[388] Öte yandan, ısrarlı takip suçu, 572. maddedeki suçun aksine, fiziksel nitelikli kötü muamele yapılmasını içermemektedir.[389] Her iki suçun uygulanma alanı birbirini dışlayıcı niteliktedir çünkü her bir suçun diğerine nazaran özel unsurları vardır: fail ve mağdur açısından 572. madde özel normdur; buna karşılık, hükümde aranan alternatif üç neticeden en az birinin meydana gelmesi durumunda, 612 *bis* özel normdur.[390] Kaldı ki, 572. maddenin cezasının daha ağır olduğu durumlarda, haliyle, m. 612 *bis* yine devreye girmeyecektir.

Tehdit, ısrarlı takip suçunun bir parçasını oluşturabilir fakat tehditte herhangi bir neticenin meydana gelmesinin aranmaması, oysa ısrarlı takip suçunda alternatif üç neticeden birinin oluşmasının aranması nedeniyle ikisini ayırt etmek mümkündür.[391] Bu bakımdan, tehdit tehlike suçudur, ısrarlı takipse zarar suçudur.[392] Bununla birlikte, ısrarlı takip suçu tehdit nitelikli fiilleri de içerdiği zaman, tehdit zaten ısrarlı takip suçunun unsuru olduğu için, bileşik suç söz konusu olacaktır ve tehditten ötürü ayrıca ceza verilmeyecektir.[393] Aynı husus, m. 660'taki rahatsızlık verme suçu için de geçerli-

---

386 ANTOLİSEİ, s. 159.

387 COCCO / AMBROSETTİ, s. 386.

388 Cass.pen., Sez. VI, sentenza n. 3087, 23/01/2018 (www.brocardi.it).

389 COCCO / AMBROSETTİ, s. 386.

390 MANTOVANİ, s. 365.

391 Cass.pen., Sez. III, sentenza n. 9222, 03/03/2015.

392 Cass., Sez.V, 8.10.2012, n. 19519 (aktaran LATTANZİ, s. 1752).

393 COCCO / AMBROSETTİ, s. 383; MANTOVANİ, s. 365.

dir.[394] Hatta, hakaret suçu açısından da Yargıtay bunun m. 612 *bis* içinde eridiğini tespit etmiştir.[395] Öte yandan, m. 612 *bis*'teki "rahatsızlık verici davranış" terimi m. 660'taki gibi fiziksel şiddet eylemlerini hariç bırakır şekilde değil de, bunları da kapsayabilecek şekilde yorumlanırsa, o zaman m. 612 *bis*'in cezasına göre daha az ceza gerektiren ve fiziksel şiddet içeren suçlar da (bazı basit yaralama halleri gibi) m. 612 *bis*'in içinde eriyecektir.[396]

Öte yandan, m. 576/5.1 maddesine göre, kasten öldürme suçu, ısrarlı takip suçunun faili tarafından aynı mağdura karşı işlenirse, kasten öldürme suçunun ağırlatıcı sebebi söz konusudur. Bu bakımdan, bu hallerde bileşik suç söz konusu olup ısrarlı takipten ötürü ayrıca ceza verilmeyecektir.[397]

Yol açılan endişe/kaygı veya korku durumunun kasten yaralama suçuna girecek şekilde, tıbbi anlamda patolojik durum teşkil etmesi durumunda m. 612 *bis* ile yaralama suçu arasındaki içtima ilişkisinin "belirsiz" olduğu ifade edilmektedir.[398]

İlk derece mahkemesinin hükmünden sonra ısrarlı takip nitelikli fiillerin devamı durumunda bunlardan ötürü yeni ve ayrı bir yargılama yapılmasının "non bis in idem" ilkesiyle çelişmediği tespit edilmiştir.[399] Demek ki, ilk derece mahkemesinin hükmü "hukuki kesinti" teşkil edecektir ve ısrarlı takip nitelikli fiillerin bundan sonra devamı hukuken yeni bir fiil sayılacaktır.

Seçimlik neticeli bir suç söz konusu olduğu için, tipik neticelerden birden fazlasının meydana gelmesi durumunda suç tektir.[400]

Bir görüşe göre,[401] eski karısını ve onun yeni partnerini rahatsız eden eski kocanın örneğinde olduğu gibi, birden fazla mağdur söz konusu ise artık birden fazla suç oluşmuştur çünkü ihlal edilen hukuksal değerler kişiseldir ve bu örnekte de iki ayrı kişinin hukuksal değerlerine yönelik saldırı mevcuttur.

---

394 COCCO / AMBROSETTİ, s. 385; MANTOVANİ, s. 365.

395 MANTOVANİ, s. 365.

396 MANTOVANİ, s. 365.

397 COCCO / AMBROSETTİ, s. 385.

398 COCCO / AMBROSETTİ, s. 386.

399 Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 22210, 08/05/2017 (www.brocardi.it).

400 MANTOVANİ, s. 362.

401 MANTOVANİ, s. 363.

G. Soruşturma ve Kovuşturma, İnfaz

Kural olarak suçun takibi şikayete bağlıdır (m. 612 *bis*, f. 3). Şikayet süresi altı aydır (normalde bu süre üç aydır[402]). Şikayet süresi açısından, davranışların tekrarını zorunlu olarak gerektiren bir suç söz konusu olduğu için, geçmişte kalmış münferit fiillerin üzerinden altı aylık şikayet süresi geçmiş olsa bile, ısrarlı takip kapsamına giren son fiilin işlenme tarihine göre şikayet süresi hesaplanır.[403] Öte yandan, Yargıtay içtihadına göre, yukarıda anılan alternatif üç neticeden birinin meydana gelme tarihinden itibaren süre işlemeye başlar.[404]

Eğer m. 612/f.2'de öngörülen ("ağır tehdit") şekilde "tekrar eden tehditler" aracılığıyla suç işlenmişse, şikayetin geri alınamayacağı öngörülmüştür (m. 612 *bis*, f. 3).[405] Ayrıca, şikayetin ancak dava aşamasında geri alınabileceğine dair, 2013 yılında ekleme yapılmıştır. Buradaki amaç, muhtemelen, sanığın mağdura yönelik gerçekleştirileceği hukuka aykırı baskı üzerinde yargıya daha fazla ölçüde bir denetim sağlama düşüncesidir.[406] Bununla birlikte, içtihatta, şikayete dair hükümler bir bütün olarak değerlendirilmek suretiyle, dava aşamasında ama polis nezdinde şikayetin geri alınması durumunda da bu geri alma işleminin geçerli olduğu kabul edilmiştir.[407]

Öte yandan, şu durumlarda şikayet aranmaz: mağdurun çocuk ya da 5 Şubat 1992 tarihli ve 104 sayılı Yasanın 3. maddesi anlamında engelli olması, fiilin re'sen kovuşturulabilir başka bir suçla bağlantılı olarak işlenmiş olması. Buradaki bağlantı CMK m. 12'daki, bağlantılı dava bağlamındaki dar anlamdaki bağlantı olmayıp herhangi bir maddi bağlantı yeterlidir: re'sen kovuşturulan suça dair soruşturma m. 612 *bis*'in de tespitini gerektiriyorsa (mesela bunlardan birinin diğeri vesilesiyle ya da diğerini gizlemek için işlenmesi gibi) böyle bir bağlantı vardır, yeter ki re'sen kovuşturulan suça dair soruşturma başlatılmış olsun.[408]

---

402 VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 22.

403 Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 20065, 14/05/2015 (www.brocardi.it).

404 MANTOVANİ, s. 366, dn. 182.

405 Ayrıca bkz. ANTOLİSEİ, s. 163.

406 MACRÌ, s. 621; yine bkz. ANTOLİSEİ, s. 163.

407 ANTOLİSEİ, s. 163.

408 Cass., Sez. V, 28.3.2013, n. 14692 (aktaran LATTANZİ, s. 1753).

2014 yılında Adalet Bakanlığı'nın yayımladığı, daha önce zikredilen istatistiki araştırmaya göre, o tarihe dek tesis edilen kovuşturmaların %92'sinin şikayet üzerine gerçekleştirildiği; 100 vakanın 7'sinde, failin ısrarlı takip ya da bağlantılı bir suçu işlerken suçüstü yakalanması sonucunda şikayetin yapıldığı ortaya konulmuştur.

İçtihatta, ısrarlı takip nitelikli her bir davranışın nerede ve ne zaman meydana geldiğinin tam olarak belirtilmesinin şart olmayıp isnad edilen davranışların sekansının, genel olarak aralarındaki zamansal ilişkinin ("zamansal yerlerinin") ve bunların mağdur açısından sonuçlarının, uygun şekilde savunma yapmaya yetecek ölçüde sanığa bildirilmesinin yeterli olduğu kabul edilmiştir.[409]

2013 yılında yapılan bir değişiklikle, üst sınırı beş yıldan az suçlar için tutuklama yasağı getirilince, aynı yıl içerisinde bu sefer m. 612 *bis*'teki cezanın üst sınırı yükseltilerek bu suçtan ötürü tutuklama tedbiri (tekrar) uygulanabilir hale getirilmiştir.[410]

2009 yılında yürürlüğe giren 38 no.lu yasayla İtalyan CMK m. 282-ter'de mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşma yasağı şeklinde bir koruma tedbiri, diğer bazı suçlarla birlikte bu suç tipi açısından uygulanmaya başlanmıştır. Hatta bu tedbir, mağdurun yakın akrabaları, onunla birlikte yaşayan kimseler veya mağdura duygusal bağ ile bağlı olan kişilerin bulunduğu yerler bakımından da uygulanabilir. Bu "yaklaşma" yasağı herhangi türden bir iletişim aracı kullanmak suretiyle bu kişilerle temas kurulmaya teşebbüs edilmesi yasağını da içerebilecektir.

Yıllar içerisinde bu suçun *şüphelilerine* karşı çeşitli başka tedbirler de uygulanabilir hale gelmiştir. Bunların detayına girmek çalışmamızın kapsamını aşsa da; ısrarlı takip eylemlerinin yarattığı sosyal alarmın, salt bu suçu işlemekten şüpheli konumda bulunan kişilerin, orantılılık açısından meşruluğu şüpheli, birtakım kısıtlamalara tabi tutulmaları sonucuna yol açtığı eleştirisi yapılmıştır.[411]

CMK m. 392'ye ısrarlı takip suçunu dahil etmek suretiyle, çocuk yaştaki tanıkların ya da suçun mağduru olmaları durumunda yetişkinlerin ifadelerinin duruşma dışında alınmasına olanak sağlanmıştır. İfadenin duruşmada

---

[409] Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 28623, 08/06/2017.

[410] CASSANİ, s. 2.

[411] CASSANİ, s. 7.

alınması durumunda da, m. 498'te öngörülen özel bazı önlemlerin (mikrofon vasıtasıyla bir camın arkasından ifade vermek) çocuklar ve suçun mağduru olup psikolojik rahatsızlığa sahip olan yetişkinler hakkında da uygulanması mümkün kılınmıştır.[412]

İtalyan Hukukunda, şikayetin geri alınmasının mümkün olduğu şikayete bağlı suçlar açısından, fail tarafından zararı giderici davranışların ortaya konulması durumunda ceza ilişkisini sonlandırmak mümkündür (CMK m. 162-*ter*); bu çerçevede, iade, zararın giderilmesi veya mümkün ise, suçun tehlikeli veya zararlı sonuçlarının giderilmesi gibi davranışlar aracılığıyla muhakemenin hüküm aşamasına varmadan, bu telafi ve tazmin edici davranışlarla sonlandırılması mümkündür.[413] İlginçtir ki, fail tarafından önerilen tazminat miktarını mağdur kabul etmese bile, hakimin bu teklifi geçerli saymak konusunda takdir yetkisi mevcuttur. Söz konusu m. 612 *bis* hükmü açısından, en başından beri, birçok durumda suçun kovuşturulması re'sen yapıldığı için bu giderim prosedürünün uygulanması ihtimali kısıtlıyken, zaman içinde yapılan değişikliklerle suçun takibi şikayete bağlı olmayan halleri artırılarak bu imkan daha da kısıtlanmıştır.[414] 2017'de Torino'da bir hakim tarafından CMK m. 162-ter'deki bu usulün ısrarlı takip suçu bakımından uygulanmasının medyada haber yapılması sonrasında İtalyan kamuoyunun bir kısmının bu uygulamaya son derece olumsuz tepkisi söz konusu olmuş ve bir miktar paranın ödenmesiyle - hele mağdurun kabul etmemesine rağmen - davanın düşebilmesine ciddi itirazlarda bulunulmuştur.[415] Buna cevaben, aynı yılın Aralık ayında, söz konusu m. 162-ter'e ekleme yapılarak ısrarlı takip suçu bu uzlaşma benzeri usulün uygulama kapsamından çıkartılmıştır. Bu değişikliğin, söz konusu hükmün yürürlüğe girmesinden itibaren sadece 4 ay sonra yapılmış olması dikkat çekicidir.

Son bir not olarak, ısrarlı takip suçu, cezanın infazının geri bırakılmasına karar verilemeyecek suçlar arasına alınmıştır. Oysa CMK m. 656'da yer alan ve bu tür suçları sayan kataloga bakıldığında, çok daha ağır suçlar için bu kısıtlamanın öngörüldüğü eleştirisi yapılmaktadır.[416]

---

412 VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 25.

413 CASSANİ, s. 10-11.

414 CASSANİ, s. 11.

415 CASSANİ, s. 12.

416 CASSANİ, s. 13.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇLAR

Almanya'da 2007, İtalya'da 2009 yıllarında ilk defa müstakil bir suç olarak ceza kanunlarına dâhil edilen ısrarlı takip suçu, suç siyaseti açısından değerlendirildiğinde kişiler arasındaki ilişkilerin, tabiri caizse o kişilerin özeli olmaktan çıkarılıp (*entprivatisiert*), gittikçe artan bir şekilde ceza hukukunun temin ettiği sosyal kontrole tabi olması anlamına gelmektedir.[417] Bu olgunun ağır görünüm biçimlerinin hâlihazırda klasik suç tipleri marifetiyle korunmakta olduğunu savunan görüşe göre, hafif ısrarlı takip vakalarını kapsayacak bir ısrarlı takip suçu, medya toplumuna has bir cezai popülizm ve sembolik bir suç tipi örneği olacaktır.[418] Sembolik suçlar ise hürriyetin kısıtlanmasına, mağdurların uygulama yetersizlikleri nedeniyle hayal kırıklığına uğramalarına ve ceza hukukunun toplumsal normların istikrarını muhafaza etme işlevini bu norm enflasyonu nedeniyle yitirmesine neden olmaktadır.[419]

Gerçekten, daha önce kişilerin kendi özel hayatı olarak değerlendirilen alanların hukukileşmesi (*Verrechtlichung*) Frankfurt Okulu'nun önde gelen temsilcilerinden *Honneth* tarafından, hukuki hürriyetin patolojilerinden biri olarak tavsif edilmektedir.[420] Bunun sonucu olarak aile ve okul gibi daha önceleri enformel şekilde düzenlenmiş olan alanlarda, taraflar kendilerini gittikçe artan bir şekilde hak süjesi olarak görmeye başlamıştır.[421] *Honneth* özellikle "*Kramer Kramer'a Karşı*" filmini felsefi tahlile tabi tutmakta, bu filmde ebeveynlerin kendi aralarındaki ilişkinin ve bir velayet davası sırasında, çocuklarıyla kurdukları ilişkinin özel bir ilişkiden "tarafların" hukuki bir stratejisine dönüşmesini bu patolojiye çarpıcı bir misal olarak vermektedir.[422] Aşırı hukukileştirmenin patolojik sonuçlarından biri de kararsız ve eyleme geçme iradesinden yoksun pısırık bir kişilik tipinin ortaya çıkmasına sebebiyet vermesidir.[423]

---

[417] Bkz. NEUBACHER Frank, **Kriminologie**, 4. Bası, Nomos, Baden-Baden 2020, s. 46.

[418] Benzer değerlendirmeler için bkz. CASSANİ, s. 12-13.

[419] WEIGEND Thomas, "Mehr Strafrecht - und alles wird gut?", **Strafverteidiger**, Heft 10, 2016, s. I.

[420] HONNETH Axel, **Das Recht der Freiheit**, 2. Bası, Suhrkamp Verlag, Berlin, 2015, s. 157 vd

[421] HONNETH, s. 162.

[422] HONNETH, s. 164 vd.

[423] HONNETH, s. 167. *Honneth* bu karakter tipolojisine misal olarak *Benjamin Kunkel*'ın Kararsız (*Indecision*) adını taşıyan romanındaki *Dwight Wilmerding* karakterini örnek göstermektedir. Bkz. HONNETH, s. 169 vd.

Bu bakımdan, sorunun kapsamını ve vahametini anlamak açısından, Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve İtalya gibi birçok ülkede olduğu gibi, ısrarlı takip eylemleri açısından anketler yapılarak mağduriyet sayıları ve algısı ve fiilin mağdur üzerindeki etkileri ölçümlenmelidir.[424]

Sonra, ısrarlı takip konusunda bir suç tanımı yapılmadan önce ceza hukuku dışındaki tedbirlerin yeterli olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu hususta, Alman öğretisinde medeni hukuk korumasına öncelik verilmesi ve bu kapsamda mahkemece alınan ısrarlı takibin bırakılmasına yönelik tedbir kararının ihlalinin suç olarak tanımlanmasını öngören ikili bir sistemin daha yerinde olacağı ileri sürülmüştür. Böylece taraflar arasındaki çatışmanın uzlaşıyla giderilmesinin mağdurun korunması bakımından daha elverişli olduğu ifade edilmiştir.

İtalyan doktrininde ise ısrarlı takip suçunun Almanya'ya göre genelde daha olumlu ve hatta yer yer coşkulu bir şekilde karşılandığını söylemek mümkündür. İtalya'da da ceza hukuku dışındaki mevcut araçların etkili bir koruma sağladığı yönünde görüşler[425] olmakla birlikte, bunlar Alman doktrinine göre çok daha istisnaidir. Bilakis, İtalyan doktrininde ısrarlı takip suçunun bir cezai himaye açığını kapatacağı yönündeki görüşler ağırlıktadır.[426]

Israrlı takibin suç olarak tanımlanması konusundaki ihtiyacın ceza hukuku dışındaki diğer araçların yetersizliği nedeniyle gündeme gelmesi durumunda, *Honneth*'in işaret ettiği patolojik durumun ortaya çıkmaması bakımından, ısrarlı takip olgusuna ilişkin suç tanımının oldukça dikkatli ve özenli formüle edilmesi şarttır. Bu noktada üzerinde durulması gereken tehlike, haksızlık içeriği ve tipikliğin sarih olmadığı bir ısrarlı takip suçunun ceza hukukunun uygulama sahasını oldukça öne çekecek olması nedeniyle,

---

[424] İtalya'da sorunun ciddi boyutta olduğunu daha önce izah etmiştik; ABD açısından da veriler benzer yöndedir (bkz. VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 12-13). Fakat kavramın sosyolojik temeli ve her ülkenin kendine has özgün koşulları nedeniyle, Türkiye açısından sorunun boyutunu anlamak için kendi araştırmalarımızı yapmamız gereklidir. Ne var ki, İnsan Hakları Eylem Planı ve bundan sonra Adalet Bakanı tarafından yapılan açıklamalar çerçevesinde, böyle bir bilimsel çalışmayı ön ayak ve dayanak olarak icra etmeksizin, ısrarlı takibin suç haline getirilmesinin kuvvetle muhtemel olduğu anlaşılmaktadır. Ceza skalasının belirlenmesi açısından da öncelikle kriminolojik araştırmalarla veri toplanması gerektiğine dair bkz. SOYGÜT, 2020b, s. 2808.

[425] CASSANİ, s. 10.

[426] Ülkemiz uygulamasında özel hukuk korumasının neredeyse hiç işletilmediği görüşü için bkz. SOYGÜT, 2020b, s. 2811. Yine bkz. DOĞAN, s. 139: yazara göre araştırmalar müstakil bir suç tipi yaratma gerekliliğini ortaya koymuştur.

bir suç işlemekten her hâlükârda imtina etmek isteyen vatandaşların, bir kişiyle ilişki tesis etme veya bozulan ilişkilerini tamir çabalarına girmekten imtina etmesi sonucunu doğurabilecek olmasıdır. Bu nedenle, bu husustaki ceza normunun, yasak davranışları günlük hayattaki meşru davranışlardan ayıran ve ısrarlı takibe haksızlık içeriğini kazandıran unsurları açıkça içermesi gereklidir. Bu çerçevede; (i) suçta ısrar unsuruna yer verilmesi, (ii) suç neticeli suç olarak düzenlendiği takdirde, İtalyan normunda olduğu gibi, sosyolojik bir olgu olan ısrarlı takibin mağdur üzerinde yol açabileceği neticelerin seçimlik olarak açıkça düzenlenmesi; Alman normunda olduğu gibi suç tehlike suçu olarak düzenlendiğinde ise salt soyut bir tehlikenin yeterli olmaması ve buna ilave olarak failin hareketlerinin elverişliliği kıstasının suç tanımının gereksiz geniş uygulanmasına mani olacak şekilde düzenlenmesi, (iii) hukuka aykırılık unsuruna suçun kanuni tanımında yer verilmesi ve (iv) suç tanımında ısrarlı takip teşkil eden fiillerin mümkün olduğunca belirlilik ilkesine uygun olarak tanımlanması gereklidir. Suçun neticeli bir zarar suçu olarak düzenlenmesi ihtimalinde, yabancı doktrinde, anılan neticelerin nasıl tanımlanacağı çok tartışmalıdır: çoğunluğa göre mağdurda doğan korku veya kaygı gibi hisler esas alınmalı, azınlıkta gözüken görüşe göreyse mağdurun özel hayatı bakımından bir etki doğmuş olmalıdır[427] (hayat alışkanlıklarında değişikliğe yol açmak gibi). İtalyan yasakoyucusu bu tür neticelerin hepsine, seçimlik olarak yer vermiştir.

Bu çerçevede Alman ve İtalyan ısrarlı takip düzenlemeleri değerlendirildiğinde, Alman tanımının başlangıçta zarar suçu olarak düzenlenmesine rağmen, 2017 yılında bundan sarfınazar edildiği görülmektedir.[428] Israrlı takibin bir elverişlilik suçuna dönüştürülmesinde Alman Federal Mahkemesi'nin fail lehine yorum yapmak suretiyle, zarar unsurunu oldukça dar yorumlamasının hatırı sayılır bir tesiri olmuştur. Böylece, Alman tanımında suçun oluşması artık mağdur üzerinde ısrarlı takibin oluşturduğu etkiye göre değil, somut olayda gerçekleştirilen fiillerin ortalama bir mağdurun hayat tarzı üzerinde önemsiz sayılmayacak bir tesir oluşturmaya elverişli olup olmadığına göre değerlendirilecektir. Buna mukabil, ısrarlı takip olgusuna ilişkin yaptığımız izahlardan da anlaşılabileceği üzere, mağdurun ısrarlı takip fiillerine ilişkin yorum ve algılaması bu olgunun kurucu unsurudur. Dolayısıyla somut olayda, mağdurun durumundaki üçüncü kişi kıstasının uygu-

---

427 VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 12.

428 Karşılaştırmalı hukuktaki genel eğilimin de suçu tehlike suçu şeklinde düzenlemek yönünde olduğu belirtilmektedir (TÜRKOĞLU, s. 116).

lanması, somut olayda mağdurun aşırı hassas olarak değerlendirilmesiyle suçun oluşmaması sonucunu doğurabilecektir. Bu çerçevede, tipik neticeleri seçimlik olarak düzenleyen İtalyan tanımının daha yerinde olduğu kanaatindeyiz. Ancak bu tercih de bazı sorunları beraberinde getirmiştir: öyle ya da böyle, İt. CK.'da yer verilen tüm neticelerin mağdurun içsel dünyasıyla bağlantılı olması nedeniyle bu neticelerin doğduğunun hangi yöntemle tespit edileceği, ispatının nasıl yapılacağı ve failin kastının nasıl tespit edileceği sorunları doğmuştur. Genel olarak da, mukayeseli doktrinde, söz konusu türden neticelerin nasıl tespit edileceği tartışma konusu olmuştur: acaba somut olaydaki mağduru esas alan sübjektif bir yaklaşım mı benimsenecektir yoksa mağdurun bulunduğu konumda olan ortalama, makul bir vatandaş üzerinde doğacak etkiyi esas alan objektif bir yaklaşım mı benimsenecektir?[429] Bu tür belirsizliklerin hukuki güvenlik açısından sakıncalı bir durum ortaya çıkarması kaçınılmaz olmuştur. İtalyan doktrininde, neticede tümü failin içsel dünyasına dayalı olarak ortaya çıkan seçimlik neticelerin söz konusu olması nedeniyle, "mağdurun kişisel algılarının" ceza hukuku aracılığıyla korunur hale gelmesi riskine değinilmiştir. Öte yandan, doktrinde bazı yazarlarca ispat güçlüklerini aşmak amacıyla, suçun netice suçu değil, salt hareket suçu olduğu da öne sürülmüş ve hükümde sayılan seçimlik neticelere yol açabilecek nitelikte hareketlerin yapılmasıyla suçun tamamlanacağı görüşü de öne sürülmüştür. Yasakoyucu, güvenlik korkusunun "makul", kaygı veya korkunun da "süregelen ve ağır" nitelikte olmasını aramak suretiyle sübjektifliği gidermeye çalışmış olsa da neticede korkunun makul olanı ile olmayanını, kaygı veya korkunun ağır olanıyla hafif olanını somut olay bakımından ayırt etmek de hiç kolay olmamaktadır.

Gerek Alman gerekse İtalyan yasakoyucusu suçun oluşumu açısında failin saiki veya amacını suçun bir unsuru olarak görmemiştir. Karşılaştırmalı hukuktaki eğilim de bu yöndedir.[430]

İt. CK. m. 612 *bis*'te yer alan ısrarlı takip suçunu genel olarak değerlendirmek gerekirse, Alman uygulamasının aksine, İtalyan yargısal uygulamasında hükmün oldukça geniş biçimde yorumlandığı göze çarpmaktadır. Bu bakımdan, kanunilik ilkesine uygunluğu doktrinde tartışılan hükmün dar şekilde yorumlanması bir yana, İtalyan Yargıtayı'nın yaklaşımı hükme olabildiğince geniş bir uygulama alanı tanımaktan yana olmuştur. Mesela hü-

---

[429] VİLLACAMPA ESTİARTE, s. 12.

[430] TÜRKOĞLU, s. 103.

kümde yer alan "*molestia*" (taciz) kelimesi, amaçsal ve genişletici bir yorumla, mağdurun huzurunu bozabilecek her türlü rahatsızlık verici davranışı kapsar şekilde yorumlanmıştır. Doktrinde, ısrarlı davranışların belirli bir zaman dilimine yayılması gerekliliğine işaret edilmesine rağmen, içtihatlarda "çok kısıtlı" zaman içerisinde gerçekleştirilen, bağımsız iki fiilin bile bu suça vücut verebileceği kabul edilmiştir. Doktrinde bazı yazarlarca çok eleştirilen bir husus olarak, yargısal uygulamada kaygı veya korku durumlarının ortaya çıktığının tespiti için tıbbi raporlara dayalı bilimsel bir tespitin varlığı şart koşulmamış; mağdurun maruz kaldığı fiillerden önceki haliyle, bunlardan sonraki halinin dikkatli bir şekilde gözlemlenmesi suretiyle hakimin bu neticelerin doğmuş olduğunu tespit edebileceği kabul edilmiştir. Şüphesiz, böyle bir yaklaşım, mesela Türk ceza hukuku uygulamasında cinsel dokunulmazlığa karşı bazı suçlarda, ilgili netice sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemeleri ilga edilene dek gördüğümüz, mağdurun ruh sağlığının bozulup bozulmadığının adli tıp raporuyla tespit edilmesi gerekliliği nedeniyle yargılamada yaşanan gecikmeleri ve mağdurların yaşadığı ikincil mağduriyeti önleyebilecek niteliktedir. Buna karşılık, bu yaklaşımın hükmün uygulanmasını daha objektif ve bilimsel bir zemine çekme fırsatını ıskaladığı da söylenebilir. Son olarak, doktrin tarafından m. 612 *bis* hükmü kapsamında değerlendirilmesine olanak görülmeyen, "*cyberstalking*" ve/veya "intikam pornosu" adı verilen türden davranışların da Yargıtay tarafından ısrarlı takip suçu kapsamında değerlendirildiği olmuştur.

Öte yandan, İtalya'da suçun cezasının gitgide artırılması ve ceza muhakemesi ile infaz hukuku açısından ısrarlı takip suçunun failinin (ya da şüphelisinin veya sanığının) aleyhine tedbirlere ve sonuçlara da gitgide daha fazla yer verilmesi karşısında; m. 612 *bis* hükmünün fiilin haksızlık içeriği açısından çok farklı türden fiilleri kapsamına alabilecek nitelikte olduğu, çok daha ağır vakalar yanında bu niteliği haiz olmayan fiillerin de bu suçu oluşturabileceği gerçeğinin yasa koyucu tarafından göz ardı edildiği eleştirisi yapılmaktadır.[431]

Almanya'da ise tipik eylemler bakımından ise 2021 değişiklikleriyle birlikte, siber ısrarlı takip fiillerini de kapsama alan ısrarlı takip suçunun, daha açık hükümlere yer verdiği görülmektedir. Genel olarak, teknikteki ilerlemenin faillere bazı suçları daha kolay işleme imkânı verdiği bilinmektedir. Israrlı takip uygulamaları (*Stalking-Apps*) ve ısrarlı takip (*Stalkingware*) yazılımları, teknik bilgisi çok yüksek olmayan faillere bile mağdurun e-posta veya sosyal medya

[431] CASSANİ, s. 13.

hesaplarına ulaşmalarına imkân tanımakla kalmamakta, buna ilave olarak mağdurun hareketlerine ve sosyal hayatına ilişkin verilere ulaşmasını sağlamaktadır. 2021 değişikliğinden önce de bazı siber ısrarlı takip fiilleri mevcut norm çerçevesinde cezalandırılırken, bu değişikliklerle birlikte kişilerin hayatı üzerinde kimi zaman daha yıkıcı etki doğurabilecek olan özel resim ve görüntülerin yayınlanması gibi fiiller açıkça ısrarlı takip suçu kapsamına alınmıştır. Gerçekten siber ısrarlı takip mağdur üzerinde, klasik ısrarlı takibe nazaran daha yıkıcı ve kalıcı etkiler bırakabilmektedir. Siber ısrarlı takip fiilleri saldırının yoğunluğu, çoğu kez failin anonim olması, saldırı teşkil eden fiillerin çeşitliliği ve sınır aşan nitelikte olmaları bakımından klasik ısrarlı takibe göre haksızlık içeriği daha yoğun fiilleri ihtiva edebilmektedir. Bu noktada, Alman kanun koyucu klasik ısrarlı takip ile siber ısrarlı takibin temelindeki ısrar ve mağdurun huzur ve sükununa kayıtsızlık bakımından özdeş oldukları kabulünden hareket etmiştir. Bu değerlendirmenin sonucu olarak, siber ısrarlı takip fiilleri, ısrarlı takipte kendisine başvurulan özel yöntemler olarak tavsif edildiklerinden, Alman kanun koyucu tarafından klasik ısrarlı takip yöntemlerinin yerine değil; bunlarla birlikte düzenlenmeleri tercih edilmiştir. Bunun sonucunda 2021 değişiklikleriyle birlikte Alman ısrarlı takip normuna, siber takibin kendisine en sık rastlanan işlenme biçimleri eklenmiş bulunmaktadır.

Bu çerçevede Alman ısrarlı takip suçu tanımının bilhassa 2021 değişiklikleri neticesinde sosyolojik bir olgu olan ısrarlı takibin, ceza hukuku kavramlarıyla ifade edilmeye çalışıldığı ve tipik eylemlerin daha sarih bir şekilde tanımladığı sonucuna varılmaktadır. Buna karşılık İtalya'da ise, siber ısrarlı takibin *belirli ve sınırlı* bazı görünüş biçimleri doğrudan ısrarlı takip suçunun kapsamında, bu suçun nitelikli hâli olarak düzenlenmiş; fakat bütüncül olarak siber ısrarlı takip eylemlerini kapsamına alabilecek bir düzenleme müstakil olarak veyahut ısrarlı takip suçunun alt fiil unsuru olarak yapılmamıştır. Buna karşılık, yukarıda da değinildiği üzere, siber takip olarak nitelendirilebilecek birtakım davranışlar, aslında oldukça zorlama bir biçimde, Yargıtay tarafından m. 612 *bis* hükmü kapsamında değerlendirilmiştir.

Şayet, pek muhtemel gözüktüğü üzere, ülkemizde de ısrarlı takip suçuna ilişkin müstakil bir suç tipi ihdas edilecekse, Alman ve İtalyan yasa koyucularının ilgili kanun hükmünü formüle ederken benimsedikleri yasama tekniklerinin, her bir düzenlemenin zaman içinde geçirdiği değişikliklerin ve bunların arkasında yatan ihtiyacın, her iki ülkenin tercih ettiği ısrarlı takip tanımının getirdiği avantaj ve dezavantajların özenli bir şekilde değerlendirilmesi, kendi hükmümüzün kaleme alınmasına hatırı sayılır bir katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

ANTOLİSEİ Francesco, **Manuale di Diritto Penale - Parte Generale** (Yay. Haz. L. Conti), 16. Bası, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2013, s. 260-261

BARTSCH Tillmann / DAMHUIS Linda / W. SCHWEDER Katharina, "Der Straftatbestand der Nachstellung- § 238 StGB", in: **Stalking in Deutschland** (Ed. Deborah F. Hellmann), Nomos Verlag, Baden-Baden 2016, ss. 9-32.

BECK Susanne, "Was ist ein gutes Strafgesetz?" in: **Strafrechtspolitik** (Ed. Benno Zabel), Nomos, Baden-Baden 2018, ss. 45-77, s. 60-63

BRINGEWAT Peter, **Grundbegriffe des Strafrechts**, 3. Bası, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2018.

Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 53, ausgegeben zu Bonn am 17 August 2021, S. 3513, Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - effektivere Bekämpfung von Nachstellungen und bessere Erfassung des Cyberstalkings sowie Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes gegen Zwangsprostitution vom 10. August 2021

CASSANİ Carlotta, "Atti persecutori e recenti modifiche normative: spunti di riflessione", **Archivio Penale**, S. 1, 2018.

COCCO Giovanni / AMBROSETTİ Enrico Mario, **Manuale di Diritto Penale Parte Speciale - I Reati Contro Le Persone**, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 2010.

DELPİNO Luigi / PEZZANO Rocco, **Manuale di Diritto Penale - Parte Speciale**, 16. Bası, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2019.

DOĞAN Recep, "Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2014-2, 2014, ss. 137-154.

EISELE Jörg, "Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur effektiver Bekämpfung von Nachstellungen und bessere Erfassung des Cyberstalkings", **Kriminalpolitische Zeitschrift**, Heft 3, 2021, ss. 147-150 ("EISELE, 2021a").

EISELE Jörg, "Freiheitsberaubung und Nachstellung", in: **Handbuch des Strafrechts Band 4** (ed. Eric Hilgendorf / Hans Kudlich / Brian Valerius), C. F. Müller, Heidelberg 2019, ss. 307-350.

EISELE Jörg, **Strafrecht, Besonderer Teil I**, 6. Bası, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2021. ("EISELE, 2021b")

FROMMEL Monika, "Punitiver Populismus", in: **Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte, Gedächtnisschrift für Edda Wesslau** (Ed. Felix Herzog, Reinhold Schlothauer ve Wolfgang Wohlers), Duncker & Humblot, Berlin 2016, ss. 495-505.

GERHOLD Sönke Florian, "Entgrenzung des Nachstellungstatbestands", **Zeitschrift für Rechtspolitik**, Heft 4, 2021, ss. 118-121

GERICKE Jan, in: **Münchener Kommentar zum StGB** (Ed. Wolfgang Joecks / Klaus Miebach), Band IV, 4. Bası, Verlag C.H. Beck, München, 2021.

HILGENDORF Eric / VALERIUS Brian, **Strafrecht Besonderer Teil I**, C. H. Beck, München, 2021.

HONNETH Axel, **Das Recht der Freiheit**, 2. Bası, Suhrkamp Verlag, Berlin, 2015.

HÖFFLER Katrin, "Stalking - A Criminological Perspective", **Kyushu University Legal Research Bulletin**, C. 3, 2013, ss. 1-11.

JOECKS Wolfgang / JÄGER Christian, **Strafgesetzbuch, Studienkommentar**, 13. Bası, C.H. Beck, München, 2021.

KINDHÄUSER Urs / SCHRAMM Edward, **Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft**, 10. Bası, Nomos Verlag, Baden-Baden 2022.

KINZIG Jörg, "Stalking- Ein Fall für das Strafrecht?", **Zeitschrift für Rechtspolitik**, C. 39, S.8, 2006, ss. 255-258.

KUHLEN Lothar, "Stalking als kriminalpolitisches Problem", **Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft**, Heft 3, 2018, ss. 89-95.

KÜHL Kristian, **Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Bası, C. H. Beck, München, 2018.

LATTANZİ Giorgio, **Codice Penale Annotato con la Giurisprudenza**, 10. Bası, Giuffrè Editore, Milano, 2014.

MACRÌ Francesco, "Il Cyberstalking", in: **Cybercrime** (yay. haz. A. Cadoppi / S. Canestrari / A. Manna / M. Papa), UTET Giuridica, Vicenza 2019.

MAIWALD Manfred, "Die italienische Strafvorschrift gegen das Stalking im Vergleich mit § 238 des deutschen Strafgesetzbuches", in: **Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010** (ed. Dieter Dölling / Bert Götting / Bernd-Dieter Meier / Torsten Verrel), De Gruyter, Berlin 2010, ss. 531-548.

MANTOVANİ Ferrando, **Diritto Penale - Parte Speciale I, Delitti Contro La Persona**, 6. Bası, Wolters Kluwer - CEDAM, Vicenza, 2016.

MATTHIAS-BLECK Heike, **Stalking - ein neues gesellschaftliches Phänomen?**, Oldenburger Universitätsreden No. 167, Bis, Oldenburg, 2006.

MAVİŞ Volkan, "Ceza Hukuku Boyutuyla Siber Zorbalık", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 29, S. 3, 2021, ss. 2455-2500.

MITSCH Wolfgang, "Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch", **Neue Juristische Wochenschrift**, S. 60, 2007, ss. 1237-1242.

MULLEN Paul E. / PATHÉ Michael / PURCELL Rosemary, vd., "Study of Stalkers", **American Journal of Psychiatry**, C. 156, S. 8, 1999, ss. 1244-1249.

NEUBACHER Frank, "An den Grenzen des Strafrechts - Stalking, Graffiti, Weisungsverstöße", **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 118 S. 4, 2006, ss. 855-877.

NEUBACHER Frank, **Kriminologie**, 4. Bası, Nomos, Baden-Baden 2020.

NISCO Attilio, "Psychische Integrität als strafrechtlich zu schützendes Rechtsgut, Systematische und rechtsvergleichende Anmerkungen", **Zeitschrift für internationale Strafrechtswissenschaft**, Heft 1, 2021, ss. 1-10.

OEHMICHEN Anna, "Nachstellung", in: Gesamtes Strafrecht aktuell (Ed. Thomas C. Knierim / Anna Oehmichen / Susanne Beck / Claudius Geisler), Nomos, Baden-Baden 2018, ss. 125-136.

PORT Verena, **Cyberstalking**, Logos Verlag, Berlin, 2011.

RENGIER Rudolf, **Strafrecht Besonderer Teil I**, 23. Bası, C. H. Beck, München, 2021.

ROXIN Claus, "Der Stalking-Tatbestand, Zur Frage seiner Berechtigung und Auslegung", **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**, C. 167, 2020, ss. 460-469.

SOYGÜT M. Buket, "Ceza Hukuku Bakımından Israrlı Takip", **Kadına Yönelik Erk'ek Şiddeti ile Mücadele: Sorunlar ve Çareler** (yay.haz. M.Buket Soygüt / Aras Türay), Beta, İstanbul, 2020. ("SOYGÜT, 2020a")

SOYGÜT M. Buket, "Kadına Yönelik Erkek Şiddetinin Önlenmesi Bağlamında Stalking (Israrlı Takip) ve Cezasızlık Sorunu", **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, 2020, ss. 2781-2814. ("SOYGÜT, 2020b")

SPOHN Viola, **Zehn Jahre Anti-Stalking-Gesetz, Ein Resümee mit Blick auf die Reform durch das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017.

STEINBERG Georg, "Die missratene Änderung des § 238 StGB", **Juristen Zeitung**, Heft 13, 2017, ss. 676-680.

TÜRKOĞLU Selin, **Ceza Hukuku Açısından Israrlı Takip**, On İki Levha, İstanbul, 2020;

ÜNVER Yener, "Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri", **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 11, 2009, ss. 101-127.

VALERIUS Brian, in: **Bernd von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar StGB**, 51. Bası, Stand: 01.11.2021, C.H. Beck, München, 2021.

VİLLACAMPA ESTİARTE Carolina, "La introducción del delito de "atti persecutori" en el Código penal italiano", **InDret**, C. 3, 2009.

WEIGEND Thomas, "Mehr Strafrecht - und alles wird gut?", **Strafverteidiger**, Heft 10, 2016.

ZIMMERMANN Till, in: **AnwaltKommentar StGB** (Ed. Klaus Leipold / Michael Tsambikakis / Mark Alexander Zöller), 3. Bası, C. F. Müller, Heidelberg, 2020.

Mahkeme Kararları

BGB1. I S. 3513, 11.12.2001

BGH, Beschluss vom 19.12.2012 - 4 StR 417/12 (LG Bochum).

Cass, Sez. III, 14.11.2013, n. 45648

Cass., Sez. V, 15.5.2013, n. 20993

Cass., Sez. V, 16.04.2012, n. 14391.

Cass., Sez. V, 18.6.2012, n. 24315.

Cass., Sez. V, 28.3.2013, n. 14692

Cass., Sez.V, 7.5.2010, n. 17698

Cass., Sez.V, 8.10.2012, n. 19519

Cass.pen., Sez. III, sentenza n. 11920, 15/03/2018.

Cass.pen., Sez. III, sentenza n. 25889, 13/06/2013 (www.brocardi.it).

Cass.pen., Sez. III, sentenza n. 9222, 03/03/2015.

Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 10111, 06/03/2018 (www.brocardi.it).

Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 18646, 14/04/2017 (www.brocardi.it).

Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 20065, 14/05/2015 (www.brocardi.it).

Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 20993, 15/05/2013 (www.brocardi.it).

Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 22210, 08/05/2017 (www.brocardi.it).

Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 22475, 22/05/2019 (www.brocardi.it).

Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 26049, 12/06/2019 (www.brocardi.it).

Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 27615, 20/06/2019.

Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 28623, 08/06/2017.

Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 33842, 19/07/2018 (www.brocardi.it).

Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 48268, 16/11/2016 (www.brocardi.it).

Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 51718, 11/12/2014 (www.brocardi.it).

Cass.pen., Sez. VI, sentenza n. 3087, 23/01/2018 (www.brocardi.it).

Corte di cassazione, 10.1.2011- Nr. 16864.

Corte di cassazione, 26.9.2019, Nr. 46165.

Corte di cassazione, 28.2.2012, Nr. 14391.

Corte di cassazione, 9.5.2012, Nr. 24135.

İnternet Kaynakları

Brocardi.it Dizionario Giuridico, https://www.brocardi.it/dizionario/1090.html (Erişim tarihi: 21.01.2022).

Deutscher Anwalts Verein, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches- effektiver Bekämpfung von Nachstellungen und bessere Erfassung des Cyberstalkings, Stellungnahme Nr: 22/2021, Berlin, Mart 2021: https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-22-21-strafrechtliche-bekämpfung-von-cyber-stalking (Erişim Tarihi: 21.01.2022).

Dizionario Italiano De Mauro, https://dizionario.internazionale.it/parola/fare-la-posta (Erişim Tarihi: 21.01.2022).

Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), Stalking, 2020, https://www.ohsg.ch/wp-content/uploads/2020/11/b2_stalking-de.pdf (Erişim Tarihi 21.01.2022).

İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi, T.C. Adalet Bakanlığı, Nisan 2001, s. 80, 85, https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf (Erişim Tarihi: 21.01.2022).

Ministero della Giustizia, Direzione Generale di Statistica, **Stalking - Indagine statistica attraverso la lettura dei fascicoli dei procedimenti definiti con sentenze di primo grado**, Roma, 2014, https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/2014%20-%20Rilevazione%20procedimenti%20di%20Stalking.pdf (Erişim tarihi: 21.01.2022).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 377-410

CEZA MUHAKEMESİNDE DURUŞMANIN ALENİYETİ İLKESİNE YENİ BİR İSTİSNA OLARAK KİŞİSEL VERİLER(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Rahime ERBAŞ**(**)
Büşra Hazel ATEŞ SARIDAĞ(***)

Öz: Duruşmaların aleni yürütülmesi, Türk hukukunda temel bir ilke olarak Anayasal düzeyde güvence altına alınmıştır. Bununla birlikte, hem Anayasa'da hem de CMK'da bu ilkeye, genel ahlâk ve kamu güvenliği olarak iki istisna kabul edilmiştir. Türk hukukunda duruşmanın açıklığının istisnaları arasında bulunmayan yeni bir istisna *"kişisel veriler"* olarak, CMK'nın *"Duruşmada anlatılması zorunlu belge ve tutanaklar"* başlıklı 209. maddenin 2. fıkrasına eklenmiştir. Bu çalışmada temelde amaçlanan ise, kişisel veri nedeniyle duruşmada belge ve tutanakların anlatılmasına sanık ve mağdur lehine kısıtlama imkânı getiren CMK md.209/2 hükmünün *formüle edilişi* ve bu bağlamda eksikliklerine yönelik bazı noktalara dikkat çekmektir. Bu nedenle ilk olarak bu konudaki bir düzenlemeye ihtiyacın tespitiyle mevcut düzenlemenin *yerindeliği* ve *işlevselliği* ele alınacaktır. Sonrasında düzenlemede bu imkâna sahip süjeler ile talep edilebilmesinin şartları incelenecektir. Bu incelemeyi yaparken de mehaz Alman ceza muhakemesi hukukunun düzenlemeleri ile de karşılaştırılarak Türk ceza muhakemesinde özel yaşamın -bugünkü kavramsallaştırmasıyla kişisel verilerin- duruşmada korunmasına ilişkin meseleler ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Aleniyet İlkesi, Duruşmanın Açıklığı, Kişisel Veriler, Özel Yaşam, Ceza Muhakemesi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 28.03.2022 - Makale Kabul Tarihi: 16.06.2022.

(**) İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı
(ORCID no: 0000-0002-6257-4312; *rerbas@istanbul.edu.tr*).

(***) Cumhuriyet Savcısı;
İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Öğrencisi
(ORCID no: 0000-0002-0232-4629; *hazel.ats8@gmail.com*).

PERSONAL DATA AS A NEW GROUND FOR AN EXEMPTION FROM THE OPEN COURT PRINCIPLE IN THE TURKISH CRIMINAL PROCEDURE

Abstract: The open court principle stands as a fundamental principle in Turkish law system. The Constitution and the Criminal Procedural Code (CPC) both ensure the publicity of criminal procedures by recognizing two exemptions as *public moral* and *public safety*. In the meantime, a new exemption as *personal data* is introduced by art. 209, under the title of *"documents and records required to be disclosed at the hearing"*, of the CPC. This study firstly seeks to reach an accurate interpretation of this legal provision, that provides the possibility of a restriction in representing documents and records in the court session at the request of the accused or victim, which leads to an abandon the principle of the openness of the court session. To that end, the study analyzes of the legitimacy and functionality of introducing such exemption by arguing whether it is an outcome of a necessity or not. Thereafter, the study displays who and under which circumstances are entitled to request for such restriction. The issues arising from the protection of privacy, *personal data* in today's conceptualization, within the Turkish criminal procedure will be discussed by comparing them with the provisions of German CPC.

Keywords: The Open Court Principle, Publicity, Personal Data, Privacy, Criminal Procedure.

GİRİŞ

Cinsel saldırı sonucunda kendisine HIV tanısı konan mağdur, duruşmada söz alarak kendisinin HIV taşıyıcısı olduğundan aleni duruşmalarda söz edilmemesini mahkemeden talep eder[1]. Bir başka olayda mağdur, göğüs küçültme ameliyatı olmuş, fakat yapılan tıbbi müdahalenin hatalı olması sebebiyle ameliyatı gerçekleştiren hekimler hakkında taksirli yaralama suçundan kamu davası açılmıştır. Yargılamada mağdur, ameliyat öncesindeki göğsünün fiziksel bulgularının duruşma sırasında sesli dile getirilmemesini talep eder[2]. Bu talepler yerine getirilirse, duruşmanın aleniliğine istisna getirilmiş olacaktır. Davanın tarafı olan kişilerin kişisel yahut özel hayatlarına

---

[1] Bu olay, Anayasa Mahkemesi (AyM)'nin şu kararından esinlenerek tekrar kurgulanmıştır. Bu karar için bakınız (bkz).: AyM, İkinci Bölüm, T.A.A. Başvurusu, No: 2014/19081, Karar Tarihi (T). 01.02.2017, Resmi Gazete (RG). 10.03.2017, S. 30003.

[2] Bu olay, Anayasa Mahkemesi'nin şu kararından esinlenerek tekrar kurgulanmıştır. Bu karar için bkz.: AyM, Birinci Bölüm, B.K. Başvurusu, No: 2014/14189, T. 25.10.2017, RG. 16.11.2017, S. 30242.

ilişkin verileri hakkında gizlilik talep etmesi halinde, ceza muhakemesi faaliyetini yürütenler tarafından talebin nasıl karşılanacağı önemli bir sorundur.

Duruşmaların aleni yürütülmesi, Türk hukukunda temel bir ilke olarak kabul edilmiştir[3]. Adil yargılanma hakkının sağlanmasının temel bir koşulu olan[4] bu ilke, Türk hukukunda Anayasa'nın "*Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması"* başlıklı 141. maddesinde *"Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır"* şeklinde en başta anayasal düzeyde güvence altına alınmıştır[5]. Maddenin devamında *"Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir. Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur"* hükümleri ile bu ilkeye iki istisna getirilmiştir. Söz konusu ilkeyi ve istisnalarını, 2005 yılında yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) da birebir yinelemiştir[6]. Buna göre, ilk olarak 182. maddede *"Duruşma herkese açıktır"* şeklinde bu hususu teyit etmiştir. İkinci olarak da istisnalarını; aynı maddede genel ahlâk ve kamu güvenliği; 185. maddede ise sanık süjesinde çocuğun yer alması şeklinde tekrarlamıştır. Bunun temel koşulu ahlâkın veya kamu güvenliğinin, aleniyetin kaldırılmasını "*kesin olarak gerekli kılması"* olarak hem Anayasa'nın 141. maddesinde hem de CMK'nın 182. maddesinde belirtilmiştir[7]. Bundan başka CMK'da, genel

---

[3] Ayrıca bkz.: SOYER GÜLEÇ Sesim, "Ceza Yargılaması Hukukunda İnsan Haklarının Bir Güvencesi Olarak 'Halka Açıklık' İlkesi", **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 2, S. 5, 2008, s. 82; TANER, Fahri Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği**, Seçkin, Ankara, 2019., s. 126-129.

[4] GRABENWARTER Christoph, "Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılama Hakkı (İHAS Md.6)", Çev. Osman Can, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi**, No: 3, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Seçkin, Ankara, 2004, s. 219-220; SOYER GÜLEÇ, s. 96-97.

[5] Bkz.: SOYER GÜLEÇ, s. 76.

[6] Bu hükümlerle 04.04.1929 tarih ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)'nun 373. ile 377. maddeleri arasındaki düzenlemeleri büyük ölçüde CMK'da muhafaza edilmiştir. CMUK'un aleniyetin kaldırılmasına ilişkin konusu hükümleri için bkz.: YOKUŞ SEVÜK Handan: "Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi", **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, No: 32, 2004, s. 760-761. CMK'daki aleniyetin istisnalarına ilişkin hükümlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile uyumlu düzenlenmiş olduğuna dikkat çekilmektedir. Bkz.: KARAKEHYA Hakan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, 1.bs., Savaş Yayınevi, Ankara, 2008, s. 217. Ayrıca bkz.: TURAN Faruk, **Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması: Türk Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak**, Seçkin, Ankara, 2009, s. 85.

[7] Ayrıca bkz.: YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 8.bs., Ankara, Seçkin, 2020, s.718-719; CENTEL Nur/ ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 20.bs., Beta, İstanbul, 2021, s. 796 vd..; KARAKEHYA Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 4.bs., Eskişehir, Nisan, 2022, s.517 vd.; GÖKCEN Ahmet/ BALCI Murat/ ŞAHİN

ahlâk ve kamu güvenliği hallerinde gerekçeli karar ile hüküm açık duruşmada açıklanacağı (md.182/3) kabul edilmişken; sanık süjesinde çocuğun yer alması halinde hükmün de kapalı duruşmada açıklanacağı öngörülmüştür (md.185). Bunların dışında CMK'da *"duruşmalı olarak verilen hükümde açıklık kuralının ihlâl edilmesi"*, temyiz nedenleri arasında "*hukuka kesin aykırılık hâlleri"* (md.289/1-f) kapsamında mütalaa edilmiştir.

Anayasa'da duruşmanın açıklığının istisnaları arasında bulunmayan yeni bir istisna -*Ünver/Hakeri'ye* göre "*farklı bir istisna"*[8]- *"kişisel veriler"* olarak, CMK'nın *"Duruşmada anlatılması zorunlu belge ve tutanaklar"* başlıklı 209. maddenin 2. fıkrasında eklenmiştir[9]. Ancak Anayasa'ya 2010 yılında kişisel verilerin korunmasına yönelik özel hükümler 20. maddeye ilave edilmiştir. Anayasa 141. maddede duruşmanın açıklığının istisnaları arasında kişisel verileri belirtmemiş ise de 20. maddeye yapılan söz konusu ekteki temel anlayış, *"Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir"* şeklinde ortaya konulmuştur.

Kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması kapsamında özel hayatın gizliliğinin sağlanması ve kişisel verilerin korunması idarenin yükümlülüklerindendir. Bu yükümlülük kişisel verilerin temel insan hakları ilkelerine uygun olarak kaydedilmesini ve mevcut bilgilerin kişinin iradesine aykırı olarak açığa çıkmasının engellenmesini de kapsamaktadır. Kişisel verilerin kaydedilmesi, temel hak ve özgürlüklerin korunduğu uluslararası sözleşmeler göz önünde bulundurularak ulusal mevzuatımızda kanuni düzenlemelerle sınırlandırılmıştır. Bu nedenle Türk Ceza Kanunu (TCK)'da, kişisel verilerin üçüncü kişilere karşı korunmasına yönelik suç normları ihdas edilmiştir. Ancak ceza muhakemesi işlemleri kapsamında üçüncü kişilere karşı söz konusu kişisel veriler nasıl korunacaktır? Keza *Gilles'in* ifadeleriyle, *"özel yararları, devletin yargısından, yargılama faaliyetinden ve mahkemelerin veya mercilerin işlemlerinden doğan ihlâline karşı koruma, tüm dünyadaki insan hakları ve yargı ile sıkı sıkıya bağlıdır"*[10].

M. Emin/ ÇAKIR Kerim, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5.bs., Seçkin, Ankara, 2021, s.130-131; SOYER GÜLEÇ, s. 84-86.

8 ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt III**, 15. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 1404.

9 Bkz.: ŞAHİN Cumhur, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, 1.bs., Seçkin, Ankara, 2005, s.599. Ayrıca bkz.: ŞAHİN Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 12.bs., Seçkin, Ankara, 2022, s.112.

10 GILLES Peter, "Yargı Faaliyetinde Kişiliğin ve Kişilik Alanının Korunması", Çev. Hakan Pekcanıtez, **İzmir Barosu Dergisi**, C. 61, S. 1, 1996, s. 11.

Kişisel verilerin ceza muhakemesi aşamasında korunmasına ilişkin çalışmalar Türk hukukunda, ilk olarak medeni muhakeme alanında karşımıza çıkmaktadır[11]. Oysa Alman hukukunda tam tersi bir durumun söz konusu olduğu görülmektedir. Zira arama, elkoyma, tutuklama, moleküler genetik inceleme gibi bireylerin çeşitli temel hak ve hürriyetlerine müdahale imkânı veren araçlara sahip olan ceza muhakemesidir[12]. Hatta *Hassemer* ceza muhakemesini, *"toplum ve devlet içinde insan haklarının başka hiçbir yerde bu derece risk taşımadığı bir düzen"* olarak nitelendirmiştir[13]. Nitekim *Gilles*'e göre bu *"ürkütücü tablo"* nedeniyle, Alman hukukunda ceza muhakemesi dışındaki muhakeme dallarında kişisel verilerin korunmasına ilişkin gerekli önem gösterilmemektedir[14]. Benzer şekilde Avusturya hukukunda ceza muhakemesindeki kapalılığa ilişkin hükmünün (md. 229), medeni muhakeme için kıyas edilebileceği belirtilmektedir[15]. Bu bağlamda *Kunter'in* ceza muhakemesinin muhakemenin bir dalı olduğu görüşünün[16] önemine dikkat çekilmesi gerekmektedir. Nitekim Türk hukukunda duruşmaların aleniyeti ve istisnaları, Anayasa'da tüm yargı kollarını bağlayacak şekilde düzenlendiği görülmektedir. Keza Alman hukukunda da her ne kadar Anayasa'da düzenlenmemiş[17] olsa da duruşmanın aleniyeti meselesi hem medeni hem de ceza yargılamasını kapsayacak biçimde Mahkemelerin Teşkilat Kanunu'nda *(Gerichtsverfassungsgesetz- GVG)* ortak biçimde 171b maddesinde düzenlenmiştir. Buradan hareketle bu çalışmada yeri geldikçe hukuk muhakemeleri ile de mukayese edileceği belirtilmelidir.

Bu çalışmada temelde amaçlanan, kişisel veri nedeniyle duruşmada belge ve tutanakların anlatılmasına sanık ve mağdur lehine kısıtlama imkânı getiren CMK md.209/2 hükmünün *formüle edilişi* ve bu bağlamda eksikliklerine yö-

---

[11] Örneğin bkz.: KURT KONCA, Nesibe, "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S.2, MİHBİR Özel Sayısı, 2014, s.76.

[12] HASSEMER Winfried, "Menschenrechte im Strafprozeß", **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)**, C.3 [71], S. 4, 1988, s. 336-337.

[13] HASSEMER, s. 336. Ayrıca bkz.: GİLLES, s. 20-21.

[14] GİLLES, s. 9-10.

[15] SIMOTTA Daphne- Ariane, "Einige Probleme des Datenschutzes im Zivilverfahrensrecht", **Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ)**, C. 48, S. 24, 1993, s. 843.

[16] KUNTER Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9.bs., Beta, İstanbul, 1989, s. 5-6.

[17] Alman hukukunda söz konusu ilkenin, Anayasa'da düzenlenmemiş olduğuna; başta Mahkemelerin Teşkilat Kanunu olmak üzere yalnızca bir usul prensibi olarak görüldüğüne ilişkin açıklamaları için Bkz.: EXNER Thomas, "Die Öffentlichkeit gerichtlicher Strafverhandlungen de lege lata und de lege ferenda", **JURA- Juristische Ausbildung**, C. 39, S. 7, 2017, s. 770.

nelik bazı noktalara dikkat çekmektir. Bu nedenle ilk olarak bu konudaki bir düzenlemeye ihtiyacın tespitiyle mevcut düzenlemenin *yerindeliği* ve *işlevselliği* ele alınacaktır. Sonrasında düzenlemede bu imkâna sahip süjeler ile talep edilebilmesinin şartları incelenecektir. Bu incelemeyi yaparken de Alman ceza muhakemesi hukukunun düzenlemeleri ile de karşılaştırarak Türk ceza muhakemesinde özel yaşamın -bugünkü kavramsallaştırmasıyla kişisel verilerin- duruşmada korunmasına ilişkin meseleler ele alınacaktır. Gerçekten CMUK'un mehazının 1877 tarihli ve 1879 yılında yürürlüğe girmiş Alman Ceza Muhakemesi Kanunu olduğu[18] dikkate alındığında Alman ceza muhakemesi hukukunun düzenlemeleri ile de karşılaştırma zarureti hasıl olmuştur.

Çalışma kapsamında konunun sınırlandırma zorunluluğuna dikkat çekilmesi gerekmektedir. Buna göre en temelde, kişisel verilerin ceza muhakemesinde aleniyete istisna olması, ceza muhakemesinde çok yönlü ele alınılması gereken bir konudur. Gerçekten konunun, yalnızca duruşmada belge ve tutanakların okunması ile sınırlı ele alınılması ile yetinilemez. Buna göre, dava dosyalarına erişim ve örnek alma başta olmak üzere duruşmaların kaydedilmesi ve basın hürriyeti[19], konunun çok yönlülüğünü göstermektedir. Söz gelimi, aleniyetin bir kolu da medyada yargılamaya dair bilgilerin paylaşılabilmesidir. Aleniyetin amacı olarak mahkemelerin kontrolünün sağlanmasında, gerçekten geçmiş yüzyıla göre farklılıklar söz konusudur. Günümüzde, mahkemelerin işleyişini ve yargı mensuplarını denetleyen yüksek kurullar, ulusal ve uluslararası bireysel başvuru olanaklarının varlığı ile bireylerin başvurabilecekleri mekanizmalar mevcuttur. Bu mekanizmaların sağlamış olduğu bireylerin başvuru hakkı ve hak arama hürriyeti karşısında aleniyet ilkesi sonucu açığa çıkan özel hayata dair verilerin korunması arasında denge gözetilmelidir. Örneğin, Almanya'da yargılama sürecinin ses ve görüntü cihazlarıyla kaydedilmesi, 1964 yılında Mahkemelerin Teşkilat Kanunu değişikliği ile yasaklanmış[20]; fakat 2017 yılına gelindiğinde "*Yargıla-*

---

[18] TOSUN Öztekin, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt: I**, 4.bs., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 685, Acar Matbaacılık Tesisleri, İstanbul, 1984, s. 89; KUNTER, Nurullah, "Birinci Basıya Prof. Dr. Nurullah Kunter'in Önsözü", in **1 Şubat 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO)**, 2.bs., Beta, İstanbul, 2015, s. ix-xii. Ayrıca bkz.: ALACAKAPTAN Uğur, "1929'dan Bugüne Ceza Muhakemesi Yasası- Güncel Sorunlar", **CMUK Sempozyumu**, Marmara Üniversitesi İnsan Hakları, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, Beta, İstanbul, 1999, s. 12-13.

[19] *"Medyanın haber özgürlüğü de alenilik ilkesi kapsamındadır"* (GRABENWARTER, s. 219).

[20] SCHRADER Christian, "Aleniyet İlkesine İlişkin Almanya'daki Güncel Gelişmeler", Çev. İbrahim Aşık, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 23, S. 3, 2017, s. 509, dn.10.

mada Medya Aleniyetinin Genişletilmesi Hakkında Kanun"[21] Federal meclis tarafından kabul edilerek, tekrar sınırlı hallerde de olsa genişletilmiştir. Bunun nedeni ise gelişen teknoloji ile duruşmaların aleni görülmesi neticesinde yargılamayı izleyen bireysel ya da basın yayın kuruluşu çalışanlarının birebir içeriği paylaşabilmesinin olanaklı olmasıdır. Bu durumda ise korunan değerler ve koyulan yasaklar arasında tutarsızlık ortaya çıkmakta, kurallar nafile bir düzenleme haline gelmektedir. Kanun da bu dengenin nasıl gözetileceğine dair *"deneysel"* bir düzenleme olarak kabul edilmektedir[22]. Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki çok yönlü bir konu olarak yargılamaya dahil olan kişilerin kişisel verilerinin korunması, kişi haklarının kapsamlı bir değerlendirmesi sonucu ortaya konan denge kriteri ile sağlanabilir.

I. GENEL OLARAK

Kişisel verilerin kişinin iradesine aykırı olarak elde edilmesinin, kaydedilmesinin, işlenmesinin ve kullanılmasının önüne geçilerek Devlet tarafından koruma altına alınması gerekmektedir. Buna ilişkin düzenlemeler başlıca Anayasamızda yer alan *"özel hayatın gizliliği"* madde başlıklı 20. maddesinin üçüncü fıkrası[23], 6698 sayılı ve 24.03.2016 tarihli Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 5237 sayılı TCK'nın 135. ila 138. maddeleri ile uygulamada sıkça sulh ceza hakimliklerinden talep edilen 5651 sayılı ve 04.05.2007 tarihli İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun hükümleridir. Ceza muhakemesine yönelik kişisel verilerin korunması[24]

---

[21] SCHRADER, s. 515. Ayrıca bkz.: EXNER, s. 774-776.

[22] SCHRADER, s. 519.

[23] **Özel hayatın gizliliği- Madde 20:** *"Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir".*

[24] Ayrıca bkz.: 01.06. 2005 Tarih ve 25832 Resmî Gazete Sayılı Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin "**Soruşturmanın gizliliğinin uygulanması" başlıklı 27. maddesi. "*Madde 27 -*** *Suçluluğu bir yargı hükmüne bağlanana kadar kişinin masumiyeti esastır ve soruşturma evresi gizlidir. Bu nedenle, soruşturma evresinde gözaltındaki bir kişinin "suçlu" olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüne çıkartılmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürülmelerine, görüntülerinin alınmasına, teşhir edilmelerine sebebiyet verilmez ve soruşturma evrakı hiçbir şekilde yayımlanamaz"* (**Resmî Gazete**, T: 01.06.2005, Sayısı: 25832, (çevrimiçi) https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/06/20050601-10.htm, (Erişim Tarihi: 25.03.2022)).

denildiğinde ise genellikle kişisel verilerin yargılama esnasında delil niteliği taşıyıp taşımayacağı incelenmektedir. Ancak yargılama esnasında aleni olan duruşma içerisinde paylaşılan kişisel veriler veya yargılamaya ilişkin belge ve bilgilerin yer aldığı dava dosyalarına mahkeme kalemlerinden erişimi de muhakeme içerisinde kişisel verilerin korunması kapsamında sınırlandırılması gereken konulardır. Bu koruma için muhakemede temel alınabilecek madde ise sanık veya mağdurun kişisel verilerini içeren belgelerin kapalı oturumda açıklanmasını talep edebilme hakkının tanınmasına ilişkin CMK'nın 209/2. maddesidir[25]. Bu çalışmanın inceleme konusunu oluşturan söz konusu CMK md. 209. maddesi şöyledir:

> Duruşmada anlatılması zorunlu belge ve tutanaklar
>
> Madde 209 - *"(1) Naip veya istinabe yoluyla sorgusu yapılan sanığa ait sorgu tutanakları, naip veya istinabe yoluyla dinlenen tanığın ifade tutanakları ile muayene ve keşif tutanakları gibi delil olarak kullanılacak belgeler ve diğer yazılar, adlî sicil özetleri ve sanığın kişisel ve ekonomik durumuna ilişkin bilgilerin yer aldığı belgeler, duruşmada anlatılır.*
>
> *(2) Sanığa veya mağdura ait kişisel verilerin yer aldığı belgelerin, açıkça istemeleri halinde, kapalı oturumda anlatılmasına mahkemece karar verilebilir"*[26].

Söz konusu hüküm, CMK md. 282 gereği istinaf aşaması bakımından da geçerlidir. Buna göre, "*Duruşma açıldığında aşağıda gösterilen istisnalar dışında bu Kanunun duruşma hazırlığı, duruşma ve karara ilişkin hükümleri uygulanır".*

Bugün, Türk ceza muhakemesinde duruşmanın aleniyetine istisna getirilmesine imkân veren bir neden olarak kişisel veriler, ahlâk ve kamu düzeni nedenlerinin aksine kanıksanmış değildir. Bunda hem mülga CMUK'un içermediği[27] bir kapalılık hali olmasının hem de CMK'da düzenlemenin yerinin ve formüle edilişinin etkisi vardır. Bu nedenle incelememize kişisel verilerden kaynaklanan kapalılığın kanuni temeli olan 209. maddenin 2.

---

[25] Bkz.: YENİSEY/ NUHOĞLU, s.547; CENTEL/ZAFER, s.799.

[26] Madde gerekçesi için bkz.: ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 594.

[27] CMUK'un *"Duruşma sırasında okunacak sübut sebepleri"* başlıklı 242. maddesinde okunacak sübut sebeplerinde günümüz terminolojisiyle "kişisel veri" veya genel ifadesiyle "özel yaşam hakkı" ile ilgili bir kapalılık talebi bulunmamakta idi.

fıkrasını Türk hukukunda yeterince incelenmemiş olduğuna dikkat çekerek başlamamız gerekir. Halbuki, aleniyete bir istisna olarak ahlâkın pratik açıdan düşük bir öneme sahip olduğu belirtilmektedir. Zira halkın herhangi bir kesimi duruşma süreciyle doğrudan karşı karşıya kalmamakta, ancak isteğine bağlı olarak duruşmaya iştirak etmektedir[28]. Benzer şekilde kamu güvenliği istisnası için de aleniyeti kaldırmayı meşru kılacak düzeyde her zaman somut tehlikeler olmayabilir. Daha önemlisi, söz konusu tehlikelerde, başkaca güvenlik önlemlerinin alınmasıyla tehlikenin ortadan kaldırılması alternatifinin mevcudiyetine dikkat çekilmektedir[29].

"Kişisel veri" kavramının, 2005 yılında hem TCK hem de CMK ile kanuni düzenlemelerde *"özel yaşam"* ve *"sır"* kavramlarının birçok yerde yerini aldığı gerçeği[30] dikkate alındığında ceza muhakemesinde Devlet sırrı[31] nedeniyle temel ilkelere istisna getirilebildiği görülmektedir. Sözgelimi CMK'nın *"Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklık"* (md.47) ve *"İçeriği devlet sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemece incelenmesi"* (md.125) hükümleri böyledir. O halde yüksek hukuki değer olarak Devlet'e ilişkin sır, muhakeme ilkelerine istisna getirebilmekte iken; bireye ait sırbugünkü ifadesiyle kişisel veri, da somut olaya göre üstün bir hukuki değer olarak istisna getirebilir. İşte CMK'nın 209. maddesinin 2. fıkrası, bireyler bakımından kişisel verileri açısından bunun *kısmi nitelikte* bir karşılığıdır.

Buna karşılık *"kişisel yaşam alanı"*[32] aleniyete bir istisna olarak, Alman hukukunda hem medeni hem de ceza muhakemesinde duruşmanın kapalılı-

---

28 GRABENWARTER, s. 223.

29 GRABENWARTER, s. 224.

30 Buna göre, *bireylerin sırları* bağlamında 765 sayılı mülga TCK'da meslek sırrını ifşa suçunu (madde (md.) 198) düzenlenmiş iken; 2005 yılında TCK ile bu suç tipine yer verilmeyerek yerine kişisel verileri konusunu oluşturduğu muhtelif suçlara katalog olarak sıralamıştır (TCK md.135-139). Buna göre, bu katalogda yer alan suçların *"belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle"* işlenmesi, cezayı arttıran nitelikli hal olarak öngörülmüştür (TCK md.137/1-b)). Detaylı bilgi için bkz.: ERBAŞ Rahime**, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 35-36. Devlet bakımından ise *"sır"* kavramı muhafaza edilmiştir (Örn. TCK md.326-339). Bkz.: ERBAŞ, **Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, s. 37.

31 *"Devlet sırrı"* kavramı için bkz.: KAYA Cemil, **İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı**, 1. bs., Seçkin, Ankara, 2005, s. 52-55.

32 *"Kişisel yaşam alanı"* ifadesi, Almanca kanun hükümlerindeki *"persönlicher Lebensbereich"* ifadesinin *Gilles'in* eserini çeviren *Hakan Pekcanıtez'in* Türkçe ifade edişidir. Bizde bu çalışmada bu çeviriyi tercih edeceğiz. *Pekcanıtez'in* çevirdiği bu eserde ifadenin geçtiği yer için bkz.: GILLES, s. 22.

ğına imkân veren haller arasında ilk sıralanan nedendir. Hatta bu hukuk sisteminde duruşmanın kapalılığın ana ekseninin, kişisel yaşam alanı etrafında şekillendirildiği görülmektedir. Nitekim bu hususun, Alman ceza hukukçusu *Beulke'nin*, aleniyet ilkesi için *"... çoğu zaman özel alanın korunmasıyla, örneğin devletin gücünü tehlikeye atmaktan, ahlâkı veya korunması gereken özel hayatın dokunulmazlığını tehlikeye atmaktan veya buna benzer önemli sebeplerden dolayı birçok ihlallere uğrar"*[33] şeklindeki tespitinde de öne çıktığı görülmektedir. Alman hukukunda duruşmaların aleniyeti, temel bir ilke olarak Alman Mahkemelerin Teşkilat Kanunu'nun 169. maddesinde düzenlenmiştir[34]. Aleniyeti kaldıran istisnai haller ise bu Kanunu'nun 171b maddesinde sıralanmıştır[35]. Benzer şekilde Avusturya Ceza Muhakemesi

---

[33] BEULKE Werner, "Muhakeme İlkeleri", Çev. Sevim Ordueri, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi**, No: 3, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Seçkin, Ankara, 2004, s.453.

[34] Bunun dışında, maddede esas olarak duruşmada ses ve görüntü kayıtlarına ilişkin yasak düzenlenmektedir. Bkz.: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), § 169, (çevrimiçi) https://www.gesetze-im-internet.de/gvg/__169.html, (Erişim Tarihi: 25.03.2022). Ayrıca bkz.: SCHRADER, s. 509, dn. 10.

[35] **Madde 171b:** *"1.Yargılamanın taraflarının, tanıklarının ya da hukuka aykırı davranış nedeniyle zarar görenlerin (Ceza Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasının 5 numaralı bendi) kişisel yaşam alanından kaynaklanan haller söz konusu olması ve bunların aleni olarak ifade edilmesinin korunan değerlere zarar verecek nitelikte ise aleniyet, kaldırılabilir. Bu durum, aleni olarak ifade edilmesindeki menfaatin ağır bastığı hallerde geçerli değildir. Çocukların ve gençlerin yargılamasıyla bağlantılı hususi külfetler, bu bağlamda göz önünde bulundurulur. Aynı husus, çocuk veya genç iken bir suç nedeniyle zarar görmüş yetişkinler bakımından da geçerlidir.*

2.Ceza Kanun'da yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (Ceza Kanunu md.174 ile 184j arası), hayata karşı işlenen suçlar (Ceza Kanunu md.211 ile 222 arası), 'himayesi altında bulunan kişiye kötü muamele' (Ceza Kanunu md.225) veya 'kişisel hürriyete karşı işlenen suçlar' (Ceza Kanunu md.232 ile 233a) ile ilgili yargılamadaki tanık 18 yaşın altında ise aleniyetin kaldırılması gerekir. 1. fıkranın 4. bendi burada da geçerlidir.

3. 1. veya 2. fıkradaki koşulların var olması ve kendi kişisel yaşamı etkilenen kişi tarafından aleniyetin kaldırılması talep edilmiş olması şartıyla aleniyet, devre dışı bırakılır. 2. fıkrada belirtilen suçlarla ilgili yargılamadaki aleniyetin devre dışı bırakılmasına yönelik talepler açısından; duruşma 1. veya 2. yahut ta bu Kanun'un 172. maddesi gereğince kısmen veya tamamen kapalı yapılmış olması şartıyla bundan etkilenen kişilerin talebi aranmaksızın aleniyet kaldırılır.

4.1. ve 2. fıkralar ayrık kalmak üzere, yaşam alanı etkilenen kişilerin aleniyete yönelik itirazları olmadığı müddetçe aleniyet ortadan kaldırılamaz.

5. 1. fıkradan 4. fıkraya kadarki hükümlere dayanılarak verilen kararlara, itiraz edilemez" (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), § 171b, (çevrimiçi) https://www.gesetze-im-internet.de/gvg/__171b.html, (Erişim Tarihi: 25.03.2022). Ayrıca bkz.: Madde 170 ve 171a (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), (çevrimiçi) https://www.gesetze-im-internet.de/gvg/ (Erişim Tarihi: 25.03.2022)). Ayrıca bkz.: EXNER, s. 773. Türk hukukunda daha önce Alman hukukundaki bu maddeye değinen çalışma için bkz.: TURAN Faruk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 1.bs., Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s. 350.

Kanunu'nun 229. maddesinde[36] kamu düzeni ve ulusal güvenliğin[37] tehlikeye düşmesi nedenlerinden sonra üçüncü bir neden olarak "kişisel yaşam veya sır alanı" sıralanmıştır.

II. İSTİSNANIN CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA DÜZENLENİŞİNE DAİR İLK TESPİTLER

Kişisel verilerin aleniyete istisna olması (CMK md. 209/2), belge ve tutanakların duruşmada anlatılması açısından *sınırlı bir kapalılık hali* olarak kabul edilmiştir. Sanık ve mağdur şeklinde tahdidi belirtilenler tarafından talep edilmiş olmak şartına ve mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Bu yönüyle *nisbi bir kapalılık halini* ifade etmektedir. Günümüzde mağdur katılımlı bir ceza muhakemesi anlayışına yönelik bir eğilim mevcutken ve yine bu bağlamda mağdur hakları gelişirken[38] kanun koyucu mağdurları korumaya yönelik bir kapalılık imkânı toplumsallığı ifade eden genel ahlâk ve kamu güvenliği kapalılık nedenlerinin varlığının aksine kabul edilmemiştir[39]. Benzer şekilde tanığı korumaya yönelik de temel bir kapalılık nedeni kabul edilmemiştir[40].

---

36 **Madde 229:** *"(1) Yargılamanın aleniyeti,*

1. Kamu düzeninin ya da ulusal güvenliğin tehlikeye düşmesi nedeniyle,

2. Sanığın, mağdurun, tanığın veya üçüncü kişilerin kişisel yaşam veya sır alanının ifade edilmesine karşı,

3. 162. maddede [bu Kanun'un] belirtilen gerekçelerle tanığın veya üçüncü kişilerin kimliğinin korunması için,

re'sen veya yargılamanın taraflarının ya da mağdurun talebi üzerine; kaldırılır.

(2) 1. fıkraya göre aleniyetin kaldırılmasına mahkeme, yargılamanın her aşamasında karar verir. Kapalılıkla korunacak hukuki değerin ağır basması nedeniyle zorunlu olması koşuluyla (1.fıkra), kapalılık yargılamanın tamamını kapsayacağı gibi kısmi de olabilir.

(3) 2. fıkraya göre verilen kararın tüm gerekçeleri aleni duruşmada açıklanır; duruşmaların devamını engelleyici bu karar karşı kanun yolları mevcut değildir.

(4) Hüküm (§§ 259, 260), her zaman aleni duruşmada açıklanır" (**JUSLINE, StPO - Strafprozeßordnung 1975,** Berücksichtigter Stand der Gesetzgebung (çevrimiçi) https://www.jusline.at/gesetz/stpo/paragraf/229, (Erişim Tarihi: 25.03.2022)). Türk hukukunda daha önce Avusturya hukukundaki bu maddeye değinen çalışma için bkz.: TURAN, **Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması- Türk Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak**, s. 83-84.

37 Aleniyetin bir istisnası olarak "*ulusal güvenlik"* nedeni için bkz.: GRABENWARTER, s. 223- 224.

38 ERBAŞ Rahime, "Mağdur Katılımlı Bir Ceza Muhakemesi Anlayışına Doğru: ABD Hukukunda Mağdur Haklarının Gelişimi Üzerine Bir İnceleme", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 3, S. 1, 2015, s. 80-83.

39 TURAN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 350.

40 TURAN, **Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması: Türk Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak**, s. 82-83.

Madde formüle edilişi açısından incelendiğinde ilk dikkat çeken nokta, *maddenin odağının naip ve istinabeye hasredilmiş* bir hüküm izlenimi verecek şekilde ifade edilmiş olmasıdır. Oysaki CMK'nın tasarısının ilk halindeki ifadesiyle *"duruşmada okunması zorunlu belge ve tutanaklar"* 217. maddede en temel belgeden başlanmak suretiyle özel durum olan naip veya istinabe yoluyla oluşturulmuş sorgu tutanaklarına kadar tek tek sıralanma usulü benimsenmiştir. Hüküm şöyle idi:

> *"Delil olarak kullanılacak belgeler ve diğer yazılar, adlî sicil özetleri ve kişisel hâl sicillerinde yer alan bilgiler duruşmada okunur.*
>
> *Bu hüküm, keşif, muayene ve naip veya istinabe yoluyla dinlenen tanığın ifade tutanakları hakkında da uygulanır.*
>
> *Naip veya istinabe yoluyla sorgusu yapılan sanığa ilişkin sorgu tutanakları da duruşmada okunur"*[41].

Hükmün kanunlaşan son tasarı halinde, maddenin odak noktasının naip ve istinabeye yönelik olduğu izlenimi verecek şekilde maddenin yeniden formüle edildiği görülmektedir. Böylelikle yukarıdaki üç bent, tek bir fıkraya dönüştürülmüştür. Hüküm, CMK'nın 209. maddesi olarak *"Duruşmada okunması zorunlu belge ve tutanaklar"* başlığında iki fıkra olarak aşağıdaki şekilde kanunlaşmıştır:

> *"(1) Naip veya istinabe yoluyla sorgusu yapılan sanığa ait sorgu tutanakları, naip veya istinabe yoluyla dinlenen tanığın ifade tutanakları ile muayene ve keşif tutanakları gibi, delil olarak kullanılacak belgeler ve diğer yazılar, adlî sicil özetleri ve sanığın kişisel ve ekonomik durumuna ilişkin bilgilerin yer aldığı belgeler, duruşmada okunur.*
>
> *(2) Sanığa veya mağdura ait kişisel verilerin yer aldığı belgelerin, açıkça istemeleri halinde, kapalı oturumda okunmasına mahkemece karar verilebilir"*[42].

2017 yılında yapılan bir değişiklikle[43] maddedeki *"okunması"* ibareleri, *"anlatılması"* ibarelerine dönüştürülmüştür. Buna göre;

---

[41] **TBMM,** Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Sayısı: 698, (çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm, (Erişim Tarihi: 25. 03. 2022).

[42] **TBMM,** Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, S. Sayısı: 698.

"Duruşmada anlatılması zorunlu belge ve tutanaklar

Madde 209 - (1) Naip veya istinabe yoluyla sorgusu yapılan sanığa ait sorgu tutanakları, naip veya istinabe yoluyla dinlenen tanığın ifade tutanakları ile muayene ve keşif tutanakları gibi delil olarak kullanılacak belgeler ve diğer yazılar, adlî sicil özetleri ve sanığın kişisel ve ekonomik durumuna ilişkin bilgilerin yer aldığı belgeler, duruşmada anlatılır.

(2) Sanığa veya mağdura ait kişisel verilerin yer aldığı belgelerin, açıkça istemeleri halinde, kapalı oturumda anlatılmasına mahkemece karar verilebilir".

Bu şekilde maddenin hali hazırdaki formülasyonun *yeni bir meselesi* daha doğmuştur. Buna göre, kişisel verilerin okunması ile anlatılması arasındaki fark gözden kaçırılmıştır. Diğer bir anlatımla, kişisel veriler içeren bir belgenin birebir aktarıma yol açan okunması ile bunların bire bir ifade edilmeksizin dolaylı olarak aktarımını ve özetlenmesini ifade eden anlatılması arasındaki farka dikkat edilmemiştir. Bu şekilde kişisel veri nedeniyle kapalı oturum imkânı tanıyan söz konusu 2. fıkranın uygulanabilirliği ve böylece işlerliği de azalmıştır. Bu durum da esasında maddenin 1. ve 2. fıkrasının arasındaki bağlantının aynı maddede düzenlenecek kadar özdeş olmadığını da göstermektedir. Nitekim 2. fıkra, maddeye sonradan ilave edilmiştir. Oysa söz konusu fıkra, münhasıran düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu hususi düzenleme zaruretini gösteren bir diğer nokta da duruşmada bir oturuma ilişkin kapalılığa imkân veren bu durumda dosyanın da kapalı olup olmayacağına ilişkin belirsizliktir. Halihazırda kişisel veri nedeniyle sanık veya mağdurun açıkça istemeleri halinde ilgili belge ve tutanağın olduğu dosyanın kapalı olacağı düzenlenmemiştir. 19.03.1969 Tarih ve 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 46. maddesinin avukat ve stajyerlerinin dosya inceleme yetkisine ilişkin hükmü ile 06.08.2015 tarihli ve 29437 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Bölge Adliye ve Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve

---

[43] İbare, 2017 yılında 20.11.2017 tarih ve 696 sayılı KHK'nin 97. maddesiyle değiştirilmiştir. Bkz.: **Resmî Gazete**, Sayı: 30280, Tarih.24.12.2017, (çevrimiçi) https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/12/20171224-22.htm, (Erişim Tarihi: 25.03.2022). Söz konusu KHK hükmü, 01.02.2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanun'un 91. maddesiyle kanunlaştırılmıştır. Bkz.: **Resmî Gazete**, Sayı: 30354, Tarih: 08.03.2019, (çevrimiçi) https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180308M1-12.htm, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliği'ne[44] dikkat çekilmelidir. O halde duruşmanın belirli bir saat ve yerde erişilebilir olduğu, buna karşılık dava dosyasının her zaman erişilebilir olduğu gerçeği göz önüne alındığında, kişisel veriler nedeniyle duruşmadaki sınırlı kapalılığın işlevselliği tartışılabilir hale gelmektedir[45]. Örneğin duruşmanın aleniyetine istisnaları AİHS'nin *"adil yargılanma hakkı (md.6)"*[46] ve "*özel ve aile hayatına saygı hakkı (md.8)"*[47] açısından ele alan bir çalışmada özel yaşamın korunması için hükmün ilanında anonimleştirme yoluna gidilebileceği önerilmektedir[48].

En başta belirttiğimiz üzere, kişisel verilerin aleniyete istisna olması meselesi, dosya inceleme ve örnek alma hakkı ve yetkisi ile birlikte değerlendirilmesi gereken bir meseledir[49].

III. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU (HMK) İLE KARŞILAŞTIRMA

6100 sayılı HMK'da aleniyet ilkesini düzenleyen 28. maddesinin 2. fıkrasında *"Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir."* şeklinde gizli duruşma yapabilme halleri sayılmış ve tarafların talep edebilme hakkı olduğu belirtilmiştir. HMK'nın 2006 yılında yayınlanan tasarı metni 34. maddesinde ise düzenleme *"Genel ahlâk, kamu düzeni, millî güvenlik, küçüklerin korunması veya yargılama ile ilgili kişilerin özel hayatının gizliliği ya da taraflardan birinin ticarî sır gibi hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gerekçesiyle duruşmanın bir kısmının*

---

44 **Resmî Gazete**, Sayı: 29437, Tarih: 06.08.2015, http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/08/20150806-3.htm, (Erişim Tarihi: 25.03.2022)). Bundan sonra kısaca "Kalem Yönetmeliği" şeklinde anılacaktır.

45 ÜÇÜNCÜ Sümeyye Hilal, Medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, 2018, s. 140.

46 **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 9-10, (çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

47 **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 10.

48 GRABENWARTER, s. 231.

49 Örneğin Avusturya medeni muhakeme hukukunda kişisel verilerin korunmasını ele alan çalışmanın ana ekseni, dosyayı inceleyebilme ve örnek alabilme hususları oluşturmaktadır. Bu çalışma için SIMOTTA, s. 838-842.

yahut tamamının gizli olarak yapılmasına mahkemece karar verilebilir"[50] olarak yer almaktadır. Tasarı metninde gizli duruşma hallerinde mevcut düzenlemeye ek olarak "*küçüklerin korunması"*, *"yargılama ile ilgili kişilerin özel hayatının gizliliği"* ve *"ticarî sır gibi hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunması"* halleri sayılmıştır. Kişisel verilerin ve ticari sırların korunması, anayasal bir hak olan özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilerek, medeni hukuk yargılamalarında gizlilik kararı verilmesine dayanak yapılmaktadır[51].

Yargılama esnasında kişisel verilerin korunmasına ilişkin diğer bir mesele olan dava dosyalarına erişim hususunda; UYAP sistemi üzerinden erişim kısıtlı olmakla birlikte Kalem Yönetmeliği gereği fiziki olarak tutulması gereken dava dosyaları mahkeme kalemlerinde muhafaza edilmektedir. Dava dosyalarını inceleme yetkisine ve erişim hakkına sahip olanlar, dosyada taraf olan veya hakim yahut mahkeme kararı ile yargılamaya dahil olan kişilerdir. HMK'da açıkça düzenlenen dosya inceleme hakkı[52], CMK'da bir bütün olarak yer almamaktadır. CMK'da müdafi ve vekilin 153/3 ve 4. fıkraları ile mağdurun 234/b fıkrası ile dosyaya erişimleri düzenlenmiştir. Kanun'da dosyanın incelenmesi ve örnek alınması hakkına sahip olanlar, belirtildiği üzere müdafi, vekil ve mağdurdur. Şüphelinin dosyayı inceleme yetkisi ise Kalem Yönetmeliği'nin 137. ve 165. maddelerinde yer almaktadır. Yönetmeliğin 137. maddesinde soruşturma evresinde şüpheli ve müdafiin dosya içeriğini inceleyip harçsız olarak örnek alma hakkı düzenlenmekte birlikte, kovuşturmaya ilişkin 165. madde birinci fıkrasında ise dosya inceleme hakkına sahip olanlar olarak mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören ve katılanın vekilleri ile müdafi sayılmaktadır. Sanığın sadece, harçsız olarak dosyadaki tüm tutanak ve belgelerin örneğini alabileceği aynı maddenin dördüncü fıkrasında belirtilmektedir. Sanığın dosya incelemeye ilişkin hakkı net olarak ne CMK'da ne de Kalem Yönetmeliği'nde belirtilmektedir. Bu

---

[50] ALANGOYA Yavuz/ YILDIRIM Kamil/ DEREN YILDIRIM Nevhis, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, s. 30.

[51] AyM, Birinci Bölüm, B. K. Başvurusu, No: 2014/14189, T. 25.10. 2017, RG. 16.11. 2017, S. 30242, Para. 63. Bu karardan bahseden bir çalışma için bkz.: ÜÇÜNCÜ, s. 149, dn. 597. Ayrıca bkz.: KURT KONCA, s. 86.

[52] **Dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi- Madde 161-** *"(1) Zabıt kâtibinin gözetimi altında taraflar veya fer'î müdahil, dava dosyasını inceleyebilir. Dava ile ilgili olanlar da bunu ispatlamak kaydı ve hâkimin izniyle dosyayı inceleyebilir. (2) Gizli olarak saklanmasına karar verilen belge ve tutanakların incelenebilmesi hâkimin açık iznine bağlıdır".*

durum, CMUK yürürlükte iken de değerlendirilmiş ve sanığın müdafaa hakkının farklı hükümlerle sağlanmaya çalışıldığı ancak bizzat sanığa tevdiinin tehlikeli görüldüğü belirtilmiştir[53]. Dosyanın tarafı olan sanığın dahi dosyaya bizzat erişiminin tehlikeli görülmesine rağmen mevcut durumda aynı maddenin üçüncü fıkrasında Avukatlık Kanunu'na uygun olarak tüm avukat ve stajyerlerin vekaletname sunmaksızın her kovuşturma dosyasını inceleyebileceği belirtilmektedir. Kamuya açık yargılamaların yapılmasındaki maksat kamunun suça ve cezaya ilişkin bilgilendirilmesi ve kamuya denetleme imkânının sunulması olup, davanın taraflarının kişisel bilgi sayılabilecek tüm verilerinin gizlenmesi, aslında aleniyet ilkesini ihlal etmeyecektir[54].

Uygulamada 08.03.2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un[55] 8. maddesinde yer alan gizlilik kapsamındaki tedbire benzer şekilde dosyada yer alan belgelerde savunma hakkını kısıtlamayarak, dava ile ilgili olmayan kişisel bilgiler özel hayatın gizliliği yahut kişisel verilerin korunması gerekçe gösterilerek sembollerle gizlenebilir. Bilgilerin mevcudiyeti dava içeriğinden ayrılabilir durumda ise dava dosyasında muhafazası Yargıtay'ın bir kararında[56] yer aldığı hali ile mühürlü zarflar içerisinde sağlanmalıdır. Dolayısıyla her ne kadar kovuşturma evresinde yargılamanın aleniliği ilkesi söz konusu olsa da dava dosyasında yer alan kişisel bilgilerin üçüncü kişilere karşı korunması anayasal bir yükümlülüktür. Kişilerin kendilerine ait herhangi bir bilginin, kendi rızası olmaksızın üçüncü kişilerin ulaşımına sunulması tazmini gerektirir hak ihlallerine neden olacaktır[57]. CMK 187. maddesi gereği mahkeme tarafından kapalı duruşmada hazır bulunmasına izin verilen kişilerin de susma yükümlülükleri vardır.

---

53 KUNTER, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 457; GÜNAL Yılmaz H., "Bir Örnek Olay Nedeni ile Sanığın Dosyasını Tetkik Özgürlüğü", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, c. 29, S. 1, 1974, s. 83.

54 KURT KONCA, s. 69.

55 **Resmî Gazete**, Sayı: 28239, Tarih: 20.03.2012, (çevrimiçi) https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120320-16.htm, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

56 Y. 4 CD, E. 2014 / 3972, K. 2016 / 9894, 16.05.2016, (çevrimiçi) https://kisiselveri.com/yargitay-karari-kisisel-verilerin-dava-dosyasinda-saklanmasi, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

57 Y. HGK, E. 2014/4-56, K. 2015/1679, 17.06.2015 http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2014-4-56.htm (Erişim Tarihi: 25.03.2022), Y. 12 CD, E. 2015 / 13049 K. 2015/17584 https://karararama.yargitay.gov.tr/, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

IV. CMK BAĞLAMINDA KİŞİSEL VERİ

Kişisel veri kavramı 1970'li yıllarda uluslararası aktörler tarafından hukuksal düzenlemelere konu edilerek gündeme getirilmiştir. Buna göre, Türkiye 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu[58] ve 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi olan *"Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'nin"*[59] imzalanması ile kişisel verilerin korunmasına yönelik önemli adımlar atmıştır. Kişisel veri kavramının mevzuatımızda, Anayasamızın 20. maddesi üçüncü fıkrasında özel hayatın gizliliği hakkından bağımsız olarak yer bulması amacıyla 2010 yılında yapılan bir değişiklik ile kişisel verilerin korunmasını talep etme hakkı getirilmiştir. Bu hak, kişinin kişisel verilerinin üçüncü kişilere ve idareye karşı korunmasını kapsamaktadır. Anayasa'daki düzenlemede kişisel veri tanımı yer almamaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarıyla kapsam belirlenmiştir[60].

Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği hali ile kişisel veri "*belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, ho-*

---

[58] Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 7 Nisan 2016 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bkz.: **Resmî Gazete**, Sayı: 29677, Tarih: 07.04.2016, (çevrimiçi) https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/04/20160407-8.pdf, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

[59] Sözleşmenin onaylanmasının uygun bulunmasına ilişkin 30.01.2016 Tarih ve 6669 Sayılı Kanun için bkz.: **Resmî Gazete**, Sayı: 29628, Tarih: 18.02.2016, (çevrimiçi) https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/02/20160218-2.pdf, (Erişim Tarihi: 25.03.2022). Sözleşmenin 2. maddesinde kişisel veri, "*"kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi ('ilgili kişi') hakkındaki tüm bilgileri ifade eder"* şeklinde tanımlanmıştır. Bkz.: **TBMM**, 1/966 Esas Numaralı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı, 01.12.2015, s. 2 (çevrimiçi) http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0320.pdf, (Erişim Tarihi: 25.03.2022). Yine Sözleşme'nin *"özel veri kategorileri"* başlıklı 6. maddesinde "*iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırksal kökeni, siyasi düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel veriler ile sağlık veya cinsel hayatla ilgili kişisel veriler, otomatik işleme tabi tutulamaz. Aynı şey ceza mahkumiyetiyle ilgili kişisel veriler için de geçerlidir"* denilerek, belirtilen verilerin de kişisel veri kapsamında olduğu belirlenmiştir. Bkz.: **TBMM**, 1/966 Esas Numaralı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı, 01.12.2015, s. 4.

[60] AyM GK, E. 2013 / 122, K. 2014 / 74, 9.4.2014, R.G. 26.07.2014, S. 29072; E. 2014 / 149, K. 2014 / 151, 2.10.2014, RG. 01.01.2015, S. 29223; E. 2013 / 84, K. 2014 / 183, 4.12.2014, RG.13.03.2015, S. 29294; E. 2014 / 74, K. 2014 / 201, T. 25.12.2014, RG. 23.05.2015, S. 29364; E. 2014 / 180, K. 2015 / 30, 19.03.2015, RG. 03.04.2015, S. 29315.

biler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler" olarak tanımlanmaktadır[61]. TCK 135. ve devamı maddelerde yer alan kişisel veri kavramı ise TCK 135. madde gerekçesinde *"Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmektedir."* şeklindedir. TCK 134 ila 139. maddelerinin lafzından kişisel veri olarak *"kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesler", "siyasi, felsefi veya dini görüş", "ırk köken", "ahlâki eğilim", "cinsel yaşam", "sağlık durumu"* ve *"sendikal bağlantılar"*ın sayıldığı görülmektedir. Muhakeme alanındaki kişisel veri kavramı CMK 209/2. fıkrasında duruşmanın aleniliği istisnalarından sayılmasına rağmen kavram, madde metninde yahut gerekçesinde açıklanmamıştır. Anayasa Mahkemesi kararları açısından, 30.03. 2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun[62] 50. maddesi ikinci fıkrası gereği, incelemeye konu kararı veren mahkemeleri bağlayıcı niteliği, diğer mahkemeler için ise dayanak olması Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenen kişisel veri kapsamının muhakemede yol gösterici olmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla yargılama esnasında mağdur veya sanığın kişisel verilerini içeren belgelerin açıklanacağı oturumun kapalı yapılmasına yönelik talebi Anayasa Mahkemesi kararlarında yer aldığı şekli ile sınırlı olacaktır.

Yargı kararlarında da bu hususun benimsendiği görülmektedir. Nitekim Yargıtay da bu hususa şöyle dikkat çekmiştir: *"Suçun mağdurunun özel hayatına ilişkin cinsel içerikli görüntü, ses kaydı, fotoğraf gibi materyallerin* ***kişisel veri*** *niteliğinde olduğuna kuşku bulunmamakla birlikte, bunlar aynı zamanda kanıt niteliği de taşımaktadır. İstisnai düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla CMK'nın 206 ila 217 maddeleri gereğince kanıtların, davanın taraflarından gizlenmesi, erişiminin engellenmesi ya da zorlaştırılması veya kısıtlanması mümkün değildir"*[63]. Bununla birlikte kararın devamında "... *kanıtları inceleme hakkı ile Anayasanın 20/3. maddesindeki kişisel verilerin korunması gerekliliğine ilişkin emredici düzenleme uyarınca; mağdurunun özel hayatına ilişkin* ***kişisel veri*** *niteliğindeki materyallerin, davanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin erişimine karşı korunması arasında, savunma ve kanıtlama haklarını sınırlamayacak şekilde denge kurulması gerekir"* şek-

---

61 AyM E. 2015 / 32, K. 2015 / 102, 12.11.2015, RG. 02.12.2015, S. 29550, Para.9.

62 **Resmî Gazete**, Sayı: 27894, Tarih: 03.04.2011, (çevrimiçi) https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/04/20110403-1.htm (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

63 Y. 4. CD, E. 2014 / 3972, K. 2016 / 9894, 16.05.2016.

linde hukuki değerlerin tartılması suretiyle kişisel veri nedeniyle aleniyete istisna getirilebileceği vurgulanmıştır.

Yine de kişisel verilerin tanımlanmasındaki güçlüğe dikkat çekilmesi gerekmektedir. Bilhassa ceza muhakemesinde duruşmaların aleniyeti dahilinde duruşmanın sözlüğü, delillerin doğrudanlığı ve meramını anlatma ilkelerine istisna getirecek ölçüde bir kişisel veri kavramından ne anlaşılması gerektiği, halihazırda Türk hukukunda netlik kazanmamıştır. Örneğin, ceza muhakemesinin söz konusu ilkeleri nedeniyle sadece *"hassas kişisel veriler"*[64] ile mi anlaşılacaktır? Yoksa kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun düzenlendiği TCK md. 135'in gerekçesindeki kişisel veri tanımıyla bütünlük içerisinde olunması mı gerekmektedir? Eğer madde gerekçesindeki *"gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir"*[65] şeklindeki tanımla ceza muhakemesinde de uyumlu olunur ise duruşmalarda belge ve tutanakların anlatılması ile ilgili geniş bir istisna getirilmiş olacaktır. Kişisel verilerin ceza kanunu yoluyla üçüncü kişilere karşı korunması ile aleniyeti esas kabul ederek adil yargılamaya yönelmiş ceza muhakemesi bünyesinde kişisel verilerin üçüncü kişilere karşı korunması nasıl özdeş görülebilecektir veya neden farklı kabul edilecektir? Buna göre "kişisel veriler" kavramının duruşmanın aleniyetine yeni bir istisna olabilirliği, her somut olaya göre hakim tarafından yapılacak bir değerlendirmeye muhtaçtır. Nitekim CMK md.209/2'de "*mahkemece karar verilebilir*" şeklinde belirtilerek mahkemeye takdir hakkı tanınmıştır. Halihazırda buna cevap veren yargı kararlarına rastlanılmamaktadır. Ancak yukarıda belirtilen kararlarda görüleceği üzere kişisel verilerin ceza muhakemesinde korunmasına yönelik vurgu yapılmakta ve hukuki değerler arasında denge kurulmasına işaret edilmektedir. Bununla birlikte yine dikkat çekilmelidir ki; duruşmanın aleniyetine bir istisna olarak kişisel veriler kavramındaki güçlük, diğer istisnalar olan ahlâk ve kamu güvenliği için de aynı derecede geçerlidir. Hatta kişisel verilerin, gerçek bir kişiyle ilişkilendirilmesi vasfı nedeniyle, ahlâk ve kamu güvenliği şeklindeki aleniyetin diğer istisnalarına göre daha belirlenebilir mahiyettedir[66].

---

[64] *"Hassas kişisel veri"* kavramı için bkz.: KAYA Cemil, "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi", **İÜHFM**, C.69, 2011, S. 1-2, s. 318-321.

[65] ÖZGENÇ İzzet, **Gerekçeli Türk Ceza Kanunu**, 1. bs., Seçkin, Ankara, 2004, s. 243.

[66] Ayrıca bkz.: GRABENWARTER, s. 223- 224.

Kanun koyucu, neden kişisel veri ifadesini seçmiştir? Kişisel veri yerine özel yaşam hakkı sebebiyle aleniyete istisna getirildiği düzenlenmiş olsa idi kanun koyucu istisnanın kapsamını daha dar mı yoksa daha geniş mi düzenlemiş olurdu? AİHS'de 8. madde özel yaşam ibaresini kullanmaktadır. Ayrıca özel yaşamın gizliliği hakkı ifadesinin öne çıktığı Anglo-Sakson ülkelerinin aksine, *"kişisel veriler"*in güncel bir kavram olarak Kıta Avrupası ülkelerinde öne çıktığı tespiti yapılmaktadır[67]. Hatta kişisel veri kavramının anlamlandırılması açısından Alman hukukunda Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1983 yılında verdiği ünlü *Nüfus Sayımı*[68] kararına dikkat çekilmesi gerekmektedir. Buna karşılık, Türk hukukundaki duruşmanın aleniyetine istisna olarak kişisel veri kavramına karşılık; Alman ve Avusturya düzenlemelerinde *"kişisel yaşam alanı"* ibaresine yer verilmiş olduğu görülmektedir. Bu doğrultuda örneğin Alman hukukunda neyin kişisel yaşam alanına dahil olduğu neyin dahil olmadığı tartışması yapılmaktadır. Tıpkı AİHM'nin özel yaşam hakkı bağlamında kanıksamış olduğu iç alan-dış yaşam alanı ayrımından hareket edilmektedir[69]. Buna göre kişinin iç yaşam alanı, örneğin dini kanaatleri, dünya görüşü, sağlık durumu, aile ve cinsel yaşamının duruşmanın aleniyetine 171b maddesi uyarınca istisna olabilecek iken; dış yaşam alanı örneğin daha önce aldığı cezalar istisna olamayacaktır[70]. Bu şekilde tartışma, yargının kişisel alanın oluşturduğu çemberin (bkz. Tablo 1) hangi dairesine temas ettiği üzerinde yürümektedir. Yukarıda değindiğimiz üzere AİHM kararlarının taraf devletlere özel yaşam hakkının (madde 8) korunması bağlamında kanıksattığı da budur. Ancak Türk hukukunda duruşmanın aleniyetine istisna getirilmesinde *"alan"* fikrinden değil; o alanda yer alan *"veri"* olgusundan hareket edilmiştir. Bu durumda Alman veya Avusturya ceza hukukunun aksine Türk ceza hukukunda *"alanın dairelerinden"* değil; *"kişisel verilerin derecelerinden" (*bkz. Tablo 2) hareket edilmesi gerekmektedir.

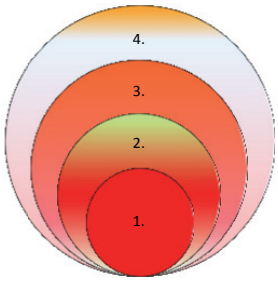
---

67 KÜZECİ, Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, 1. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 12-13, ayrıca s. 14.

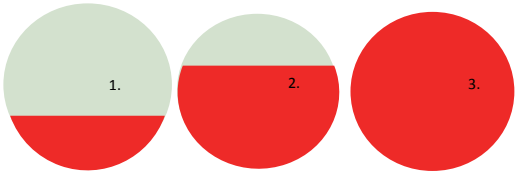
68 BVerfG, 1 BvR, E. 209/83, T. 15.12.1983, paragraf (1-215), (çevrimiçi) http://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

69 AİHM, Niemietz- Almanya davası, 16 Aralık 1992 tarihli karar, Aktaran: KİLKELLY Ursula, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz: İnsan Hakları El Kitapları**, No. 1, 1.bs., Almanya, Avrupa Konseyi, 2001, s.16-17, (çevrimiçi) https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019113948ozel_hayat.pdf, (Erişim Tarihi: 25.03.2022). AİHM'in aleniyet ilkesini ele alışını Türk ceza muhakemesi hukukunda inceleyen bir çalışma için bkz.: KARAKEHYA, s. 210-220.

70 EXNER, s. 773.



Tablo 1: *Özel Yaşam Alanının Dereceleri*



Tablo 2: *Kişisel Verilerin Dereceleri*

O halde kişisel verilerin aleniyete belge ve tutanakların anlatılması bağlamında bir istisna olabilmesi için Türk hukuku uygulamasının tıpkı AİHM'in özel yaşamın hakkı bağlamında ortaya koyduğu çemberler sıralamasında olduğu üzere bu kez kişisel verinin özel yaşam hakkını etkilemedeki yoğunluğunu tasniflendiren içtihatlar ortaya koyması gerekmektedir.

V. TALEP HAKKI: YALNIZCA SANIK VE MAĞDUR

Kişisel veri gerekçesiyle belge veya tutanakların anlatılmamasını talep hakkı, Türk hukukunda sadece sanık ve mağdura tanınmıştır. Sanık, ceza muhakemesinin bir süjesidir. Ancak mağdur, katılan olmadıkça süje değildir. Mağdur ceza normuyla korunan ve suçun konusuna ait veya bizzat suçun konusu olarak, suç işlenmesi suretiyle haksızlığa uğramış, menfaati zedelenmiş olan kişidir[71]. Katılan ise derdest bir kamu davasında Cumhuriyet savcısının yanında yer almakla birlikte ona bağlı olmaksızın özel bir takım haklarla donatılarak davaya müdahil olmasına izin verilen kişidir[72]. CMK 237. maddesi gereği yargılama konusu suç nedeniyle mağdur, suçtan zarar gören veya malen sorumlu olup, sanığın cezalandırılmasında ya da cezalandırılmamasında hukuki yararı

---

[71] KOÇ Ziya, **Ceza Muhakemesinde Katılan**, 1. bs., On İki Levha Yayımcılık, İstanbul, 2011, s. 91.

[72] **Koç,** s. 9.

bulunanın katılan olarak davada yer alma hakkı söz konusu olacaktır. Katılma müessesi ile kişi birtakım haklarla donatılır. Oysa CMK 209/2. maddesinde, kişisel veri nedeniyle kapalı oturum talep edebilme hakkı katılan olma ile sınırlandırılmamıştır. Kişisel veriler, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olarak değerlendirildiğinde bu çok anlamlı olabilir. Ancak yine de ceza muhakemesinde suçtan zarar gören veya malen sorumlu sıfatlarıyla ilişkisi olanların kapsam dışında tutularak, hakları muhtel olabilecek kişileri tamamıyla karşılamayan ve nitelik olarak daha çok maddi ceza hukukuna ait olan mağdur kavramıyla yetinilmesi, tartışılabilecek bir durumdur.

Karşılaştırmalı hukukta örneğin Avusturya hukukunda aleniyete tıpkı kamu güvenliği gibi kapalılık nedeni olarak kişisel yaşamı ve sır alanı etkilenenler olarak *"sanık"*, *"mağdur"*, *"tanık"* ve *"üçüncü kişiler"* olarak sıralamış ve kapalılığı talep hakkı olanlar "*yargılamanın tarafları" ve "mağdur"* olarak belirtilmiştir (m. 229). Yargılamanın tarafları ve mağdur olarak belirtilmesi, mağdurun yanı sıra suçtan zarar gören ve katılanı da içermesi itibariyle isabetlidir. Keza Alman hukukuna baktığımızda da aleniyete kaldıran bir neden olarak kişisel yaşam alanı nedeniyle talepte bulunabilecek kişilerin, *"yargılamanın tarafları"*, *"tanıklar"* ve *"yargılama konusu olan hukuka aykırı davranıştan etkilenmiş kişiler"* şeklinde geniş biçimde sıralanmış (m. 171b) olduğunu görmekteyiz[73]. Buna göre Türk ceza muhakemesi hukukunda duruşmada anlatılacak belge üçüncü bir kişinin hassas nitelikte bir kişisel verisi ise kişi, söz konusu verisinin aleni duruşmada anlatılmamasını talep edemeyecektir. Özellikle kişisel veri konusu, tanıklar bakımından önem arz eder. Ayrıca, sanık ve mağdurun -yargı sistemini meşgul edenler olarak- bu taleplerinin tanığa göre daha sınırlı olması beklenir. Yine tanıklar, duruşmaya gelmek, yemin etmek, doğruyu söylemek zorundadır. Doğruyu söylemek zorunda olmayan sanık ve mağdura kişisel verilerini koruma imkânı tanınmakta iken; tanığa tanınmaması anlaşılamamaktadır. Olması gereken, evleviyetle tanığın tanık koruma kapsamına girmeyen hallerde bu madde kapsamında korunmasıdır[74]. Hatta özellikle tanık süjesinde

---

[73] Ayrıca bkz.: TURAN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 350. Ayrıca *Turan*, Türk hukukunda da tanığı korumak için ahlâk ve kamu güvenliği nedenleri gibi duruşmanın aleniyetinin kaldırılabilmesine imkân verilmesi için Alman hukukundaki düzenlemelerden istifade edilebileceği kanaatindedir. Bkz.: TURAN, **Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması: Türk Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak**, s.84-85.

[74] TURAN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 350; TURAN, **Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması- Türk Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak**, s. 83-84.

çocuk olması durumunda çocuk tanığın kişisel verilerinin korunması için kapalılık imkânı öngörülmemiş olması daha büyük bir eksikliktir[75].

Tanığın kişisel verilerinin ceza muhakemesinde korunması, nitekim çoğu halde tanık koruma sisteminin dışında kalan bir durumdur. Buna göre tanık olarak yargılamaya dahil olunması halinde tanığın CMK 58 ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu[76] kapsamında korunmadan veya gizlilikten yararlanabilmesi *"kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa"* şartına bağlanmıştır. Oysaki tanık olarak dinlenecek kişiye sorulan sorular CMK 58. maddesinin birinci fıkrasında sayıldığı üzere adı, soyadı, yaşı, işi ve yerleşim yeri, işyerinin veya geçici olarak oturduğu yerin adresi, telefon numarası olup kişisel verilere dair önemli birçok bilginin ve aleni duruşmada bu bilgilerin öğrenilebilmesi sonucu kolay ulaşılabilirliğe de neden olunmaktadır. Ayrıca tanık katılanın aksine, tanık olarak addedilmesi sonucu Kanun'da sınırlı olarak yer alan çekinme hakları yok ise duruşmaya katılmak zorundadır, aksi halde CMK 60. madde gereği disiplin hapsi ile dahi karşılaşabilmektedir. Birçok kişi ise tanıklık yapmanın kendilerini açık bir hedef haline getirdiğini düşünerek tanıklık yapmak istememektedir[77]. Bunun yanı sıra, Tanık Koruma Kanunu'nun, tanıkları korumak için tedbirler sevk ettiği söylenebilir ise de burada amaç kişisel verileri korumak değil, onları korumaktır. Yukarıda belirttiğimiz üzere tanığın tanık koruma kapsamına girmesi, olağan bir durum değil, sıkı ve ağır şartlara tabidir. Tanıklık müessesesi esasında bir süje değil, ispat vasıtası, bir delil elde etme yöntemidir[78]. Maddi gerçeğin açığa çıkarılmasında tanık ile kamunun yararı karşılaştırılarak yine bir denge gözetilmesi gerekmektedir[79]. Dönemlere göre ise üstün tutulan değerler değişmekte ve dönüşmektedir. Denge gözetilirken korunması gereken haklar yirminci yüzyılın ikinci yarısında daha çok kişisel haklara evrilmiştir[80].

---

75 TURAN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 350.

76 **Resmî Gazete**, Sayı: 26747, Tarih: 05.01.2008, (çevrimiçi) https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/01/20080105-1.htm, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

77 **Hürriyet Gazetesi**, "Tanık olmam, dertsiz başa dert almam", 25.07.2008 https://www.haberturk.com/yasam/haber/87724-tanik-olmam-dertsiz-basa-dert-almam (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

78 ŞAHİN Cumhur, "Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1-2, 2002, s. 157.

79 ŞAHİN, "Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi", s. 156.

80 KURT KONCA, s. 73.

VI. *AÇIKÇA* İSTENMESİ ŞARTI

CMK 209. maddesinin ikinci fıkrasında, kanun koyucu sanığın veya mağdurun kişisel verilerinin yer aldığı belgelerin kapalı oturumda görülmesini kişinin açıkça istemesi şartına bağlamıştır. Bu şart ile şüpheli veya sanığın, duruşma esnasında kişisel verilerini içeren belgeler nedeniyle kapalı oturum talep etmesi gerekmektedir. Yani kişinin sadece lehine hükümlerin uygulanmasını talep etmesi halinde bu hüküm uygulanamayacaktır. Kanun koyucu kısmi kapalı duruşma hallerinden olan kişisel verileri içeren belgelerin okunması halini açık bir talebe bağlamış olup, diğer kapalı duruşma hallerinden farklı olarak hakim veya heyet resen bu konu hakkında karar veremeyecektir. Ancak bu durum mahkemenin kişilerin özel hayatına, onur ve saygınlığına yönelik bilgilerin açığa çıkmasını engellemeye yönelik Anayasa 20. maddesi, AİHS 8. maddesi gereği özen ve yükümlülüklerinin olmadığı anlamına da gelmemelidir[81].

Kişisel veri nedeniyle kapalılığın, yalnızca sanık veya mağdurun talebi ile sınırlandırılması, mahkemeye bu konuda re'sen hareket etme imkânı verilmemesi, haklı olarak öğretide *Ünver/Hakeri* tarafından eleştirilmektedir. Çünkü kişisel veriler ile korunan hukuki değerin daha yüksek bastığı hallerde mahkemenin bu imkânın olmaması, yüksek bir hukuki değerin daha düşüğü için feda edilmesi anlamına gelmektedir[82]. Bu noktada hükmün yalnızca talep olmadığını, bilakis *"açıkça"* isteme olduğuna da dikkat çekilmelidir. O halde sanık veya mağdurun her türlü talebi değil, açık bir biçimde yaptığı talebin dikkate alınacağı belirtilerek bu imkânın sınırlı hallerde uygulanabileceği kabul edilmiştir.

Yine de bazı sorular ortaya çıkmaktadır. Buna göre, mağdur duruşmaya gelmese bile bunu talep etme hakkı var mı? Duruşma hazırlığında belirtebilir mi? Mahkeme veya hakim, kişisel veri nedeniyle belge veya tutanakların kapalı oturumda yapılması yetkisi hükümde tanınmamış olduğundan gerçekten *re'sen* kapalılık kararı veremeyecek midir?[83]. Kişisel verilerin korunmasının ağır bastığı hallerde mahkeme kapalılığı neden re'sen değerlendiremeyecektir?

---

[81] Y. 12. CD, E. 2015 / 13049, K. 2015 / 17584, 11.11.2015, (çevrimiçi) https://kararararama.yargitay.gov.tr, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

[82] ÜNVER/HAKERİ, s. 1405.

[83] Y. 4. CD, E. 2014 / 3972, K. 2016 / 9894, 16.05.2016, (çevrimiçi) https://kararararama.yargitay.gov.tr, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

VII. TAKDİRİLİĞİ: HUKUKİ DEĞERLERİN TARTILMASI

Türk hukukunda aleniyetin istisnalarından genel ahlâk ve kamu güvenliği bakımından hem Anayasa md.141'de hem de CMK md.182'de kapalılığa karar vermede "*genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde"* şeklinde bir şart öngörülmüştür. Buna karşılık, CMK'nın 209. maddesinde duruşmada belge ve tutanakların anlatılmasına ilişkin istisnada böyle bir kayıt düşülmemiştir. Kanun koyucu sadece *"mahkemece karar verilebilir"* şeklinde mahkemenin takdirine bırakmıştır. Her ne kadar 182. maddedeki *"kesin olarak gerekli kılma"* şartı 209. madde bakımından kıyas edilebilirse de yine de söz konusu takdir hakkının nasıl kullanılabileceği sorusu ortaya çıkmıştır. Zira kanun koyucu, 209. maddede herhangi bir ölçüt öngörmemiştir. Ceza hukukunun hukuki değerleri korumaya yönelmiş olduğu gerçeği karşısında bir hukuk devletinde söz konusu takdir hakkı, duruşmanın aleniyetinin sağladığı başta adil yargılanma hakkı olmak üzere temel haklar ile kişisel verilerin korunmasıyla sağlanan bireyin özel yaşam hakkı arasındaki değerlendirilerek ağır basanın tercih edilmesi şeklinde kullanılabilir.

Duruşmada aleniyete istisna olarak kişisel verilerin kabul edilip edilmeyeceğine, gerçekten hukuki değerlerin karşılaştırılması ile karar verilmektedir. Hem Alman hukukunda[84] hem de Avusturya[85] hukukunda benzer bir anlayışa rastlanılmaktadır. Bu, esasında sınırsız bir aleniyetin söz konusu olamamasından kaynaklanmaktadır[86].

Belirtilen hukuk sistemlerinde aleniyetin kaldırılmasında temel bir şart olarak hukuki değerlerin tartılmasının kanunda açıkça belirtildiği görülmektedir. Örneğin Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 229. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde "*Kapalılıkla korunacak hukuki değerin ağır basması nedeniyle zorunlu olması koşuluyla (1.fıkra), kapalılık yargılamanın tamamını kapsayacağı gibi kısmi de olabilir"* şeklinde bu hususun şart koşulduğu görülmektedir. Benzer bir kayda Alman Mahkemelerin Teşkilatı Kanunu'nun 171b maddesinin 1. fıkrasında da rastlanılmaktadır. İlgili fıkra şöyledir:

---

[84] EXNER, s. 773.

[85] SIMOTTA, s. 843.

[86] EXNER, s. 770.

"Yargılamanın taraflarının, tanıklarının ya da hukuka aykırı davranış nedeniyle zarar görenlerin (Ceza Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasının 5 numaralı bendi) kişisel yaşam alanından kaynaklanan haller söz konusu olması ve bunların aleni olarak ifade edilmesinin korunan değerlere zarar verecek nitelikte ise aleniyet, kaldırılabilir. Bu durum, aleni olarak ifade edilmesindeki menfaatin ağır bastığı hallerde geçerli değildir. Çocukların ve gençlerin yargılamasıyla bağlantılı hususi külfetler, bu bağlamda göz önünde bulundurulur. Aynı husus, çocuk veya genç iken bir suç nedeniyle zarar görmüş yetişkinler bakımından da geçerlidir".

Türk ceza muhakemesi hukukunda da öğretide hukuki değerlerin tartılması gerektiği ifade edilmektedir[87]. Benzer şekilde Türk hukuku uygulamasında da hukuki değerler arasındaki dengeye işaret edilmektedir. Nitekim Yargıtay'ın bu hususa dikkat çektiği 2016 yılında verdiği bir kararı şöyledir:

"Kanıt niteliğinde olup dava dosyasında bulundurulması gereken kişisel veri niteliği taşıyan materyaller, hüküm kurulurken dosyada bulundurulmalı, temyiz/istinaf incelemesinde üst dereceli mahkemeler ya da itiraz halinde mercii tarafından da gerek görülürse incelenebilmelidir. Bunun yanında kanıtları inceleme hakkı ile Anayasanın 20/3. maddesindeki kişisel verilerin korunması gerekliliğine ilişkin emredici düzenleme uyarınca; mağdurunun özel hayatına ilişkin kişisel veri niteliğindeki materyallerin, davanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin erişimine karşı korunması arasında, savunma ve kanıtlama haklarını sınırlamayacak şekilde denge kurulması gerekir. Bu itibarla, mağdurunun özel hayatına ilişkin kişisel veri niteliğindeki materyallerin dava dosyasında kanıt olarak bulundurulması, ancak kişisel verilerin korunması gereğince davanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin erişimine karşı korunması için de mühürlü bir zarf içine bulundurma gibi tedbirlerin alınması isabetli olacaktır. Açıklanan gerekçelerle; mağdura ait kişisel veri niteliğindeki emanete alınıp dosyada delil olarak saklanmasına karar verilen CD ile CD içeriğine dair bilirkişi raporunun, mahallinde mühürlü zarf içine alınmak sureti ile muhafazasının mümkün olduğu,"[88].

---

87 ÜNVER/HAKERİ, s. 1405.

88 Y. 4. CD, E. 2014 / 3972, K. 2016 / 9894, 16.05.2016. Bu karardan bahseden çalışma için bkz.: ÜNVER/HAKERİ, s. 1489-1490.

SONUÇ

> *"Eşimin öldürüldüğü gün ben, liposuction (liposakşın) yaptırmaktaydım. Ben bir sahtekarım! Böyle bir vücut şekli, normal insanların sahip olabileceği türden değil. Eğer bunu hayranlarım öğrenecek olursa, her şeyimi kaybederim. Eşimi çoktan kaybettim. Şöhretimi kaybetmektense, hapishaneye girmeyi tercih ederim"*[89].

Bu ifadeler, 2001 yılında ABD'de çekilen *"Bu nasıl sarışın (legally blonde)!"*[90] isimli filmde eşini öldürmekle yargılanan *Brooke* isimli ünlü bir fitness eğitmenine aittir. Bu film, filmlerin insan davranışlarının bir yansıması olduğu gerçeği düşünüldüğünde[91] kişisel verilerin ceza muhakemesinde korunmasının sadece özel yaşamın gizliliği hakkını korumadığını; aynı zamanda ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına da hizmet ettiğini göstermektedir. Gerçekten kişisel verilerin korunmaması, maddi gerçeğin ortaya çıkmasına da mani olabilecek bir durumdur.

Medeni muhakeme hukuku perspektifinden mesele, *"kişilikle veya kişiye sıkı sıkıya bağlı ya da kişiliği ilgilendiren hangi işler önceden yargısal tedbirlerle örtülemez veya yargılama faaliyetinin çarkına sokulamaz veya sokulmamalıdır?"*[92] sorusunda oldukça isabetli biçimde somutlaştırılmıştır. Bu görüşe göre ceza hukukunda; zina davranışının Avrupa Birliği'nin birçok ülkesinde suç olmaktan çıkarılmasının nedenlerinden birinin; medeni hukukta ise boşanma nedeni olarak "kusurun" yerine "evlilik birliğinin temelinden sarsılması" nedenine yönelinmesinin temelinde eşlerin cinsel yaşamlarına dair özel bilgilerin yargılamanın çarkına sokulmaması amacı yatmaktadır[93]. Ancak maddi gerçeğin bulunmasına yönelmiş ceza muhakemesinin alanını, başta cinsel dokunulmazlık olmak üzere hukuki değerlerin en ağır ihlallerinin oluşturduğu dikkate alındığında mesele, bu soruda ortaya konulamamak-

---

[89] LUTZ McCullah/ SMITH Kirsten, **Legally Blonde, Shooting Draft**, July 31, 2000, Paragraf No: 94, The Internet Movie Script Database (IMSDb) (çevrimiçi) https://www.imsdb.com/scripts/Legally-Blonde.html, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

[90] Filmin "*Legally blonde"* şeklindeki İngilizce özgün isminin Türkçe'ye *"Bu nasıl sarışın!"* şeklinde çevrildiği görülmektedir. Bkz.: **Internet Movie Database (IMDb)**, "Bu nasıl sarışın!", (çevrimiçi) https://www.imdb.com/title/tt0250494/, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

[91] OKUMUŞOĞLU Sultan, "Bilişsel Bir Simülasyon Olarak Sanat; Edebiyat, Sinema, Bibliyoterapi ve Diğer Kesişimler", **Current Research in Social Sciences**, C. 5, S. 1, 2019, s.3, (çevrimiçi) http://dx.doi.org/10.30613/curesosc.438077, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

[92] GILLES, s. 14-15.

[93] GILLES, s. 14.

tadır. Diğer bir anlatımla ceza hukuku araçlarıyla korunmaya layık bir hukuki değer zarar gördüğünde, bundan bireyin özel yaşamı ne derece yükseklikte etkilenmiş olursa olsun ceza hukukunun özel yaşamı korumak için yargılamanın çarkına neyin girmemesi gerektiğine ilişkin bir değerlendirme serbestisi bulunmamaktadır. Bu açıdan mesele, ceza muhakemesi hukukunda medeni muhakeme hukukundan farklı bir yönde cereyan etmektedir.

Aleniyete istisna olarak kişisel veriler, Alman ve Avusturya ile karşılaştırıldığında Türk ceza muhakemesi hukukunda aleniyetin istisnaları içerisinde yenidir. Oysa Türk hukukunda ahlâk ve kamu düzeni kavramları yerleşmiştir. Ağırlıklı olarak toplumsallığa işaret eden iki halin aksine, kişisel veriler veya daha soyut ifadesiyle bireyin özel yaşamı Türk hukukunda kanıksanmış değildir. Sadece bir bireyi etkileyen halde bireysel hukuki değerlerin de duruşmanın aleniyetine istisna getirebileceğinin kabul edilmesi, 2005 yılında yürürlüğe giren CMK ile Türk ceza muhakemesine yeni bir anlayışın geldiğini de göstermektedir. Bu şekilde sadece etkilenen bir bireyin özel yaşamı korunmamakta; aynı zamanda maddi gerçeği ortaya koymaya odaklanmış ceza yargılamasının etkinliğini arttırdığı da belirtilebilir. Pek tabiidir ki adil yargılanma hakkının sağlanması başta olmak üzere ceza muhakemesinin temel ilkeleri göze alındığında aleniyete istisna getirilmesi, sıradanlaştırılabilecek bir uygulama mahiyetinde değildir. Ancak yine de yüksek hukuki değerlerin korunması için Devlet sırrı nedeniyle muhakemenin ilkelerine istisna getirilmesinin kanıksanmışlığı karşısında; bireyin sırları- kişisel verileri- nedeniyle de yüksek hukuki değerlerin korunması için muhakemede hukuki değerlerin tartılmasına imkân verilmesi, Türk ceza muhakemesi bakımından önemli bir gelişmedir.

Bu çalışma ile kişisel veri nedeniyle duruşmada belge ve tutanakların anlatılmasına sanık ve mağdur lehine kısıtlama imkânı getiren CMK md.209/2 hükmünün formüle edilişi başta olmak üzere temel meselelerine dikkat çekilmiştir. Özellikle talep hakkına sahip olanların neden sadece sanık ve mağdurla sınırlandırıldığı da anlaşılamamaktadır. Buna göre *Turan'ın* da dikkat çektiği üzere evleviyetle bu talep hakkına sahip olması gereken tanıklar ki bunların için de bilhassa çocuk tanıklar göz önüne alınmamış olduğu sonucu çıkmaktadır[94]. Bu husus, Alman ve Avusturya düzenlemeleri ile mukayeselerde daha açık bir biçimde göze çarpmaktadır. Diğer temel bir nokta da Kanun koyucunun, hükmün işlevselliğini uygulamanın takdirine

[94] TURAN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 350.

bırakmış olmasıdır. Bu halde en başta aleniyete istisna olabilecek ceza muhakemesi hukuku bağlamında "kişisel veri" kavramının içinin doldurulması zarureti mevcuttur.

Son olarak çalışmamızın girişinde verdiğimiz örnekleri inceleyecek olur isek; cinsel saldırı sonucunda kendisine HIV tanısı konan mağdurun duruşmada söz alarak mahkemeden kendisinin HIV taşıyıcısı olduğundan aleni duruşmalarda söz edilmemesi talebi[95] ile göğüs küçültme ameliyatı olan mağdurun ameliyat öncesindeki göğsünün fiziksel bulgularının duruşma sırasında sesli dile getirilmemesi talebi[96], CMK md. 209/2 kapsamında mahkemenin takdir ederek bunların anlatılmamasına karar verebileceği taleplerdir.

---

[95] Bkz.: dn. 1.

[96] Bkz.: dn. 2.

KAYNAKÇA

ALACAKAPTAN Uğur, "1929'dan Bugüne Ceza Muhakemesi Yasası- Güncel Sorunlar", **CMUK Sempozyumu**, Marmara Üniversitesi İnsan Hakları, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, Beta, İstanbul, 1999, ss. 11-17.

ALANGOYA Yavuz/ YILDIRIM Kamil/ DEREN YILDIRIM Nevhis, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006.

BEULKE Werner, "Muhakeme İlkeleri", Çev. Sevim Ordueri, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi**, No: 3, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Seçkin, Ankara, 2004, ss. 445-455.

CENTEL Nur/ ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 20.bs., Beta, İstanbul, 2021.

ERBAŞ Rahime, "Mağdur Katılımlı Bir Ceza Muhakemesi Anlayışına Doğru: ABD Hukukunda Mağdur Haklarının Gelişimi Üzerine Bir İnceleme", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 3, S. 1, 2015, ss. 75-118.

ERBAŞ Rahime**, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

EXNER Thomas, "Die Öffentlichkeit gerichtlicher Strafverhandlungen de lege lata und de lege ferenda", **JURA- Juristische Ausbildung**, C. 39, S. 7, 2017, ss. 770-776.

GILLES Peter, "Yargı Faaliyetinde Kişiliğin ve Kişilik Alanının Korunması", Çev. Hakan Pekcanıtez, **İzmir Barosu Dergisi**, C. 61, S. 1, 1996, ss. 9-28.

GÖKCEN Ahmet/ BALCI Murat/ ŞAHİN M. Emin/ ÇAKIR Kerim, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5.bs., Seçkin, Ankara, 2021.

GRABENWARTER Christoph, "Yargılama Güvenceleri- Adil Yargılama Hakkı (İHAS Md.6)", Çev. Osman Can, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi**, No: 3, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Seçkin, 2004, Ankara, ss. 181-243.

GÜNAL Yılmaz H., "Bir Örnek Olay Nedeni ile Sanığın Dosyasını Tetkik Özgürlüğü", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, c. 29, S. 1, 1974, ss. 83-89.

HASSEMER Winfried, "Menschenrechte im Strafprozeß", **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)**, C.3 [71], S. 4, 1988, ss. 336-343.

KARAKEHYA Hakan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, 1.bs., Savaş Yayınevi, Ankara, 2008.

KARAKEHYA Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 4.bs., Eskişehir, Nisan, 2022.

KAYA Cemil, **İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı**, 1.bs., Seçkin, Ankara, 2005.

KAYA Cemil, "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi", **İÜHFM**, C.69, S. 1-2, 2011, ss. 317-334.

KILKELLY Ursula, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz: İnsan Hakları El Kitapları**, No. 1, 1.bs., Almanya, Avrupa Konseyi, 2001, (çevrimiçi) http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozel_hayat.pdf, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

KOÇ Ziya, **Ceza Muhakemesinde Katılan**, 1. bs., On İki Levha Yayımcılık, İstanbul, 2011.

KUNTER Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9.bs., Beta, İstanbul, 1989.

KUNTER, Nurullah, "Birinci Basıya Prof. Dr. Nurullah Kunter'in Önsözü", in **1 Şubat 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO)**, 2.bs., Beta, İstanbul, 2015, ss. ix-xii.

KURT KONCA, Nesibe, "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, MİHBİR Özel Sayısı, 2014, ss. 65-96.

KÜZECİ Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, 1. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

OKUMUŞOĞLU Sultan, "Bilişsel Bir Simülasyon Olarak Sanat; Edebiyat, Sinema, Bibliyoterapi ve Diğer Kesişimler", **Current Research in Social Sciences**, C.5, S. 1, 2019, s. 1-8, (çevrimiçi) http://dx.doi.org/10.30613/curesosc.438077 (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

ÖZGENÇ İzzet, **Gerekçeli Türk Ceza Kanunu**, 1. bs., Seçkin, Ankara, 2004.

SCHRADER Christian, "Aleniyet İlkesine İlişkin Almanya'daki Güncel Gelişmeler", Çev. İbrahim Aşık, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 23, S. 3, 2017, ss. 507-519.

SIMOTTA Daphne- Ariane, "Einige Probleme des Datenschutzes im Zivilverfahrensrecht", **Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ)**, C.48, S. 24, 1993, ss. 838-844.

SOYER GÜLEÇ, Sesim, "Ceza Yargılaması Hukukunda İnsan Haklarının Bir Güvencesi Olarak 'Halka Açıklık' İlkesi", **Ceza Hukuku Dergisi**, C.2, S.5, 2008, ss.73-103.

ŞAHİN Cumhur, "Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1-2, 2002, ss. 155-188.

ŞAHİN Cumhur, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, 1.bs., Seçkin, Ankara, 2005.

ŞAHİN Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 12.bs., Seçkin, Ankara, 2022.

TANER, Fahri Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği**, Seçkin, Ankara, 2019.

TOSUN Öztekin, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt: I**, 4.bs., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 685, Acar Matbaacılık Tesisleri, İstanbul, 1984.

TURAN Faruk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 1.bs., Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.

TURAN Faruk, **Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması: Türk Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak**, Seçkin, Ankara, 2009.

ÜÇÜNCÜ Sümeyye Hilal, Medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, 2018.

ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt III**, 15. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 8.bs., Seçkin, Ankara, 2020.

YOKUŞ SEVÜK Handan: "Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi", **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, No: 32, 2004, ss. 747-764.

Elektronik Kaynaklar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 9-10, (çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), (çevrimiçi) https://www.gesetze-im-internet.de/gvg/ (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), § 169, (çevrimiçi) https://www.gesetze-im-internet.de/gvg/__169.html, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

(**Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), § 171b,** (çevrimiçi) https://www.gesetze-im-internet.de/gvg/__171b.html, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

Hürriyet Gazetesi, "Tanık olmam, dertsiz başa dert almam", 25.07.2008 https://www.haberturk.com/yasam/haber/87724-tanik-olmam-dertsiz-basa-dert-almam (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

Internet Movie Database (IMDb), "Bu nasıl sarışın!", (çevrimiçi) https://www.imdb.com/title/tt0250494/, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

JUSLINE, StPO - Strafprozeßordnung 1975, Berücksichtigter Stand der Gesetzgebung (çevrimiçi) https://www.jusline.at/gesetz/stpo/paragraf/229, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

LUTZ McCullah/ SMİTH Kirsten, **Legally Blonde, Shooting Draft**, July 31, 2000, Paragraf No: 94, The Internet Movie Script Database (IMSDb), (çevrimiçi) https://www.imsdb.com/scripts/Legally-Blonde.html, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

Resmî Gazete, T: 01.06.2005, Sayısı: 25832, (çevrimiçi) https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/06/20050601-10.htm, (Erişim Tarihi: 25.03.2022)).

Resmî Gazete, Sayı: 30354, Tarih: 08.03.2019, (çevrimiçi) https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180308M1-12.htm, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

Resmî Gazete, Sayı: 28239, Tarih: 20.03.2012, (çevrimiçi) https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120320-16.htm, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

Resmî Gazete, Sayı: 29437, Tarih: 06.08.2015, http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/08/20150806-3.htm, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

Resmî Gazete, Sayı: 29677, Tarih: 07.04.2016, (çevrimiçi) https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/04/20160407-8.pdf, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

Resmî Gazete, Sayı: 29628, Tarih: 18.02.2016, (çevrimiçi) https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/02/20160218-2.pdf, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

Resmî Gazete, Sayı: 30280, Tarih.24.12.2017, (çevrimiçi) https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/12/20171224-22.htm, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

Resmî Gazete, Sayı: 27894, Tarih: 03.04.2011, (çevrimiçi) https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/04/20110403-1.htm (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

Resmî Gazete, Sayı: 26747, Tarih: 05.01.2008, (çevrimiçi) https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/01/20080105-1.htm (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, S. Sayısı: 698, (çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

TBMM, 1/966 Esas Numaralı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı, 01.12.2015, s. 2 (çevrimiçi) http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0320.pdf, (Erişim Tarihi: 25.03.2022).

Kararlar

AyM, İkinci Bölüm, T.A.A. Başvurusu, No: 2014/19081, Karar Tarihi (T). 01.02.2017, Resmi Gazete (RG). 10.03.2017, S. 30003.

AyM, Birinci Bölüm, B.K. Başvurusu, No: 2014/14189, T. 25.10.2017, RG. 16.11.2017, S. 30242.

AyM, Birinci Bölüm, B. K. Başvurusu, No: 2014/14189, T. 25.10. 2017, RG. 16.11. 2017, S. 30242.

AyM GK, E. 2013 / 122, K. 2014 / 74, 9.4.2014, R.G. 26.07.2014, S. 29072.

AyM, E. 2014 / 149, K. 2014 / 151, 2.10.2014, RG. 01.01.2015, S. 29223.

AyM, E. 2013 / 84, K. 2014 / 183, 4.12.2014, RG.13.03.2015, S. 29294.

AyM, E. 2014 / 74, K. 2014 / 201, T. 25.12.2014, RG. 23.05.2015, S. 29364.

AyM, E. 2014 / 180, K. 2015 / 30, 19.03.2015, RG. 03.04.2015, S.29315.

AyM E. 2015 / 32, K. 2015 / 102, 12.11.2015, RG. 02.12.2015, S. 29550.

BVerfG, 1 BvR, E. 209/83, T. 15.12.1983.

Y. 4 CD, E. 2014 / 3972, K. 2016 / 9894, 16.05.2016.

Y. HGK, E. 2014/4-56, K. 2015/1679, 17.06.2015.

Y. 12 CD, E. 2015 / 13049 K. 2015/17584.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 411-445

PROTEGER LA DEMOCRATIE CONTRE LES GOUVERNEMENTS POPULISTES PAR L'INTERMEDIAIRE DES ARTICLES INTANGIBLES DES CONSTITUTIONS(*)(**)

Dr. Öğr. Üyesi **Serkan KÖYBAŞI**(***)

Résumé: Certains juristes et universitaires considèrent que les articles intangibles des constitutions sont contraires à la démocratie. Ils estiment que de tels articles créent une situation anti-démocratique en mettant certaines règles constitutionnelles hors de portée de la majorité populaire à un moment précis. Néanmoins, lorsque nous regardons ces articles intangibles en général, ils protègent souvent les principes et les structures de base sur lesquels les États sont construits. Ces principes suprêmes sont déterminés par le peuple constituant original et, en général, incarnent des valeurs démocratiques comme la forme républicaine de gouvernement ou les droits de l'homme fondamentaux. Par conséquent, la volonté de la majorité à un moment précis de ne pas être lié par ces principes signifie en fait qu'ils ont des tendances anti-démocratiques. Alors que les gouvernements populistes augmentent l'oppression et les discours discriminatoires envers l'opposition et les minorités, les articles intangibles pourraient plutôt être considérés comme des outils constitutionnels significatifs pour aider la démocratie libérale à survivre, plutôt qu'un moyen d'affaiblir la démocratie. Mais bien sûr, la fonction des articles intangibles dépend de la question de savoir si les cours constitutionnelles du monde entier trouvent en eux le pouvoir de les protéger et utilisent activement ce pouvoir dans leurs décisions.

Mots clés: Articles Intangibles, Cour Constitutionnelle, Démocratie, Populisme, Droits De L'Homme, Supra-Constitutionnalité, Amendement Constitutionnel, Principe De Mutabilité Constitutionnelle, Constitutionnalisme.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 07.12.2022 - Makale Kabul Tarihi: 13.06.2022.

(**) Cet article est une version révisée et mise à jour d'un travail présenté au IXème Congrès Mondial de Droit Constitutionnel organisé par l'Association International de Droit Constitutionnel et l'Institut de Droit Public et International de l'Université d'Oslo du 16 au 24 juin 2014 à Oslo. Remerciement à Dr Tolga Bilener de l'Université de Galatasaray pour la double relecture.

(***) Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Başkanı (ORCID no: 0000-0002-9681-8602; *serkan.koybasi@law.bau.edu.tr*).

POPÜLİST İKTİDARLARA KARŞI DEMOKRASİYİ ANAYASALARDAKİ DEĞİŞMEZ MADDELER ARACILIĞIYLA KORUMAK

Öz: Anayasalardaki değişmez maddeler bazı hukukçu ve düşünürler tarafından demokrasiye aykırı olgular olarak görülmektedir. Bunun nedeni, genel olarak, belli bir dönemdeki halk çoğunluğunun değiştiremeyeceği anayasal kurallar olmasının anti-demokratik bir durum yarattığı iddiasıdır. Genelde değişmez maddelere bakıldığında bunların, devletlerin üzerine kurulduğu ilkeleri ve temel yapıyı koruduğu görülmektedir. Söz konusu ilkeler, o devleti kuran aslî kurucu halkın belirlemiş olduğu üstün ilkelerdir ve genelde hükûmetin cumhuriyetçi yapısı veya temel insan hakları gibi demokratik değerleri içermektedir. Bu nedenle, belli bir dönemdeki çoğunluğun bunlarla bağlı olmama isteği aslında anti-demokratik eğilimleri olduğunu göstermektedir. Özellikle popülist iktidarların muhalefet ve azınlıklara yönelik baskıyı artırdığı ve ayrımcı söylemden beslendiği bir dönemde değişmez maddeler anti-demokratik değil, bilakis liberal demokrasinin ayakta kalmasına destek veren önemli anayasal araçlar olarak kabul edilebilir. Ancak elbette bu işlevi görebilmeleri, çeşitli ülkelerdeki anayasa mahkemelerinin kendinde değişmez maddeleri koruma yetkisi bulması ve bu yetkiyi kararlarında aktif olarak kullanmasına bağlıdır.

Anahtar Kelimeler: Değişmez Maddeler, Anayasa Mahkemesi, Demokrasi, Popülizm, İnsan Hakları, Anayasa-Üstülük, Anayasa Değişikliği, Anayasaların Değişebilme İlkesi, Anayasalcılık.

PROTECTING DEMOCRACY AGAINST POPULIST GOVERNMENTS THROUGH UNAMENDABLE ARTICLES OF CONSTITUTIONS

Abstract: Some lawyers and scholars see unamendable articles in constitutions as contradict to democracy. They reason that such articles create an anti-democratic situation by putting certain constitutional rules out of the reach of the popular majority at a specific time. Nonetheless, when we look at these unamendable articles in general, they often protect the principles and basic structures on which states are built. These supreme principles are determined by the original constituent people and, in general, embody democratic values like the republican form of government or fundamental human rights. Therefore, the will of the majority at a specific time to not to be bound by these principles in fact means that they have anti-democratic tendencies. As populist governments increase oppression and discriminatory discourse towards the opposition and minorities, unamendable articles could

instead be considered as meaningful constitutional tools to help liberal democracy stay alive, rather than a means to weaken democracy. But of course, the function of unamendable articles depends on whether constitutional courts around the world find in them the power to protect them and use this power actively in their decisions.

Keywords: Unamendable Articles, Constitutional Court, Democracy, Populism, Human Rights, Supra-Constitutionality, Constitutional Amendment, Constitutional Mutability Principle, Constitutionalism.

INTRODUCTION

Il existe plusieurs Etats dont la constitution contient un ou plusieurs articles intangibles.[1] Parmi eux, certains Etats ont connu ou connaissent encore des problèmes en matière de démocratie ou de droits de l'homme. Il s'agit notamment des Etats africains, et même à une époque de certains Etats démocratiques et développés comme l'Allemagne, l'Italie et la France. On peut alors parler d'une variété de parcours historique, de culture, de langage et de religion parmi les Etats qui ont des articles protégés d'éventuelles altérations dans leur constitution. Mais ces Etats ont aussi des points communs. Par exemple, la plupart de ceux-ci ont connu des périodes populistes dans leur histoire et ensuite leurs peuples ont compris que le pouvoir constituant dérivé devait être limité par des articles intangibles, afin d'éviter que l'histoire se répète. L'Allemagne dont la constitution écrite après la IIème Guerre Mondiale en 1949 contenant un article intangible qui empêche le pouvoir constituant dérivé de changer, parmi les autres, la structure d'Etat de fédérale à unitaire, ce qu'il avait été fait par Adolf Hitler, juste après sa succession au pouvoir, par la réquisition *de facto* du système de *Gau* au lieu du *Länder,* qui ont continué à exister pendant l'ère des Nazis mais perdu leurs pouvoirs régionaux[2], est un excellent exemple à ce type de précautions contre la répétition de l'histoire.

---

1 Selon nos recherches, le 09.11.2020, parmi les Etats qui sont membres des Nations Unis, il existait 60 Etats dont la constitution contient un ou plusieurs articles intangibles: l'Afghanistan, l'Algérie, l'Allemagne, l'Angola, l'Arménie, l'Azerbaïdjan, Bahreïn, le Benin, la Bosnie-Herzégovine, le Brésil, le Burkina Faso, le Burundi, le Cambodge, le Cameroun, le Cape Verdet, Chypre, le Congo, le Côte d'Ivoire, Cuba, Djibouti, l'Equateur, la France, la Dominique, l'El Salvador, la Grèce, le Guatemala, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée Equatoriale, le Honduras, l'Iran, la Jordanie, le Kosovo, le Koweït, la République Tchèque, les Iles de Comores, le Luxembourg, le Mali, le Maroc, la Moldavie, la Mauritanie, la Namibie, Nauru, le Niger, la Norvège, le Portugal, la République centrafricain, la Roumanie, le Rwanda, le Sénégal, la Somali, le Tadjikistan, le Tchad, la Thaïlande, le Togo, la Tunisie, le Turkménistan, la Turquie, le Timor oriental et l'Ukraine.

2 CAPLAN Jane, **Hitler Almanyası 1933-1945**, İnkılap, İstanbul, 2012, s. 72.

L'élimination des pouvoirs de l'organe législatif devant le gouvernement pendant le 20e siècle, phénomène que l'on appelle «la chute du parlement»,[3] a détruit l'équilibre entre différents pouvoirs. Surtout par l'intermédiaire des partis politiques disciplinés, non seulement dans les régimes parlementaires, mais aussi dans ceux présidentiels la majorité parlementaire sortante des élections forme l'organe exécutif par lequel elle est aussi dominée. C'est pour cela, le parlement ne peut plus être considéré comme un organe balançant l'exécutif, mais seulement comme un organe d'approbation du gouvernement sans discussion. Ceci est généralement qualifié de la fin de la séparation des pouvoirs. Les médias, les organisations non-gouvernementales et le respect de l'opposition ont établi un nouvel équilibre dans les Etats plus démocratiques où les libertés de penser et de s'exprimer sont encore respectées, comme aux Etats-Unis ou bien dans les pays occidentaux; mais dans les régimes populistes et autoritaires, puisque ces éléments sont oppressés, l'organe exécutif a trouvé un champ politique sans aucune limite comme en Turquie, en Russie ou bien en Hongrie; sauf peut-être si l'on ne compte pas les limites qu'il rencontre face à la constitution et surtout à la cour constitutionnelle. Par exemple en Turquie, surtout après l'introduction du système du gouvernement présidentiel en 2017, qui est en effet un système super-présidentiel unifiant les pouvoirs de l'organe exécutif chez le Président et éliminant l'effet du parlement dans le système, la Cour Constitutionnelle est devenue le seul espoir des partis politiques pour l'annulation des normes anticonstitutionnelles et des individus pour la compensation des violations de leurs droits et libertés. Les chiffres des applications individuelles qui augmentent régulièrement montrent clairement ce phénomène: en 2017, 610 applications; en 2018, 3,442 applications; en 2019, 7,776 applications et en 2020, 25,674 applications furent introduites devant la Cour.[4]

Dans un régime où il n'existe aucune limite pour le gouvernement, les droits de l'homme figurent toujours au plus haut de la liste des «espèces en danger». Contre un gouvernement populiste qui domine l'exécutif et le pouvoir législatif, le garde-fou est la Cour constitutionnelle qui se penchera sur la protection des droits de l'homme par l'intermédiaire de la

---

3 HEYWOOD Andrew, **Politics**, Palgrave, 4th edition, New York, 2013, s. 326.

4 Le rapport annuel de la Cour Constitutionnelle de 2020, p. 210, https://anayasa.gov.tr/media/7444/2020_yillik_rapor.pdf (visité le 27.04.2022)

suprématie de la constitution, parce que le parlement ne peut plus jouer dans ce cas son rôle historique d'empêcher le(s) gouverneur(s) de ne pas respecter les droits naturels de l'homme. Alors, le seul pouvoir qui pourrait arrêter l'organe exécutif de créer un Etat autoritaire serait judiciaire, notamment la cour constitutionnelle. C'est pour cela que les populistes n'aiment pas le constitutionalisme qui les empêche par l'intermédiaire des cours nationales et internationales d'agir comme ils veulent sans respecter rien. Mais parfois, même les constitutions peuvent être incapables d'y parvenir. Le populisme suggère que rien ne peut surpasser la volonté du peuple.[5] Un gouvernement qui bénéficie d'un soutien assez puissant dans le parlement peut aussi réviser la constitution afin de contourner l'obstacle du contrôle de constitutionnalité. Cependant, si celle-ci contient des articles intangibles sur les droits de l'homme ou bien sur les principes démocratiques, alors la cour constitutionnelle peut établir l'équilibre perdu pour faire survivre les droits de l'homme au fur et à mesure qu'elle les utilise activement pendant le contrôle de constitutionnalité des révisions constitutionnelles. On peut penser sur ce point à l'intangibilité de la Loi Fondamentale d'Allemagne qui protège la dignité humaine et les droits de l'homme entre les articles 1 et 20. Un pays qui a causé la mort des millions de gens dans des conditions atroces sous un gouvernement populiste et autoritaire pendant la II. Guerre Mondiale a voulu empêcher la répétition d'une telle chose à travers les articles intangibles.

Non seulement la première partie du siècle précédent mais aussi les premières années du 21e siècle sont marquées par le populisme. Dans plusieurs pays, les gouvernements contre l'ordre établi, en utilisant des politiques divisant la société en deux camps, «nous» la nation et «les autres»,[6] ont gagné le pouvoir pour un certain moment ou bien sont encore au pouvoir. Parmi eux se trouvent les Etats-Unis, le Royaume-Uni la Russie, la Hongrie, la Pologne, le Venezuela et la Turquie. On y voit des gouvernants et des gouvernements qui voudraient bien se débarrasser des encadrements constitutionnels et sont à la recherche d'une souveraineté sans limitation. Par conséquent, l'importance et la valeur des articles intangibles dans les constitutions et le rôle des cours constitutionnelles sont de plus en

---

5 SCHOLTES Julian, «The Complacency of Legality: Constitutionalist vulnerabilities to populist constituent power», **EUI Working Paper** Law 2018/07, ISSN 1725-6739, https://ssrn.com/abstract=3127402 (Consulté le 26.10.2020), p. 2.

6 MÜLLER Jan-Werner, **Popülizm Nedir?**, 4. baskı, İletişim, İstanbul, 2020, p. 13 et 36-41.

plus compréhensibles.[7] Dans la première partie de cet article dont le but est la contribution à cette discussion, l'intangibilité va être proposée comme un moyen à utiliser contre les gouvernements populistes afin de limiter leurs pouvoirs dans une ère de concentration des pouvoirs au sein de l'organe exécutif. Cette fonction, outre celles classiques comme représenter la volonté du pouvoir constituant original, protéger la structure de l'Etat ou bien le régime politique, va être considérée comme une nouvelle fonction des articles intangibles, dans la deuxième partie.

I. L'INTANGIBILITE COMME UN ELEMENT DE LA DEMOCRATIE PLURALISTE

La démocratie moderne exige la protection de la pluralité.[8] Au 21e siècle, l'opposition et les minorités sont considérées comme étant aussi importantes que la majorité pour la survie de la démocratie. Par conséquent, le vrai combat pour assurer cette survie est de délimiter la majorité. Surtout dans une période de populisme ascendant depuis le début du 21e siècle, laquelle n'accepte pas l'autorité du droit, la protection de l'opposition et des minorités est plus cruciale que jamais. Les populistes ne considèrent pas le droit public comme étant légitime, parce qu'ils pensent que la volonté du peuple prévaut à tout, voire à la constitution.[9] Sur ce point, les articles intangibles de la constitution, qui jouent un rôle de conservation[10] peuvent ériger des obstacles incontournables devant les gouvernements populistes qui désirent un pouvoir illimité.

1. Délimiter la majorité par la Constitution

La réapparition de la démocratie antique dans les temps modernes a provoqué de gros problèmes parce que nous ne vivions plus dans les Etats-cités

---

7 Pour les contributions remarquables les plus récentes voir: ROZNAI Yaniv, **Unconstitutional Constitutional Amendments,** Oxford University Press, New York, 2017; SUTEU Silvia, **Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism**, Oxford University Press, New York, 2021; **An Unamendable Constitution?,** ed. ALBERT Richard - EMRAH ODER Bertil, Springer, Cham, 2018.

8 La pluralité signifie la possibilité d'exister pour les minorités dans les mêmes circonstances que la majorité. Selon ce point de vue, exiger la limitation de la majorité afin de ne pas détruire la pluralité, donc la démocratie, ne peut pas être considéré comme "la tyrannie de la minorité contre-majoritairienne". Pour un regard contraire voir: ALBERT Richard, «Constitutional Handcuffs», **Arizona State Law Journal**, No. 42, January 2010, p. 664.

9 SCHOLTES, p. 3.

10 Selon la catégorisation de Richard Albert. Voir: ALBERT, pp. 678-698.

avec des millions d'habitants. Même Jean-Jacques Rousseau, partisan de la démocratie directe dans le *Contrat Social*,[11] avait ensuite accepté la nécessité de recourir à la représentation, même s'il l'a décrite comme une procédure du mandat impératif.[12] Après la Révolution française de 1789, Sieyès a eu la main haute avec sa théorie de la démocratie représentative.[13] Toutefois, on a cette fois-ci besoin d'une autre chose: délimiter la majorité pour la démocratie.

A. Le soutien du régime démocratique

La démocratie moderne exige que tout projet accepté par le parlement reflète le choix de la majorité, mais toutes les actions ne constituent pas une «loi». Cette dernière prend sa vraie valeur si et seulement si elle respecte la constitution, parce que la volonté ultime du peuple est déclarée pas seulement par la loi mais aussi par la constitution. De ce fait, la volonté des représentants reste obligatoirement secondaire / subsidiaire et elle doit être conforme à la volonté du peuple, telle qu'annoncée dans la constitution[14].

Le pouvoir constituant originaire, en d'autres termes, la volonté qui crée la constitution, selon Hans Kelsen, n'est pas seulement un pouvoir juridique mais politique[15] et les décisions politiques portent une valeur, au cas où il existe une institution protectrice ou régulatrice ayant la capacité de faire le contrôle de conformité constitutionnelle. De nos jours, la légitimité d'une décision ne découle pas seulement du fait d'être acceptée par une majorité démocratiquement élue, mais aussi de la conformité aux restrictions déterminées par la constitution.[16]

---

[11] ROUSSEAU Jean-Jacques, **Toplum Sözleşmesi**, Betik, İstanbul, 2004, p. 43.

[12] CRIGNON Philippe, «La Critique de la Représentation Politique Chez Rousseau», **Les Etudes philosophiques**, 2007/4 No. 83, p. 496.

[13] ESMEIN Adhémar, **Eléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé**, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et Du Journal du Palais, Paris, 1909, pp. 260-263.

[14] ROUSSEAU Dominique, **La Justice Constitutionnelle en Europe**, Montchrestien, Paris, 1992, p. 44.

[15] LOUGHLIN Martin, «On Constituent Power» *in* Michael W. Dowdle and Michael A. Wilkinson, **Constitutionalism Beyong Liberalism**, Cambridge University Press, 2016, p. 157, cité par: SCHOLTES, p. 5.

[16] FAVOREU Louis, «De la Démocratie à l'Etat de Droit», **Le Débat**, no. 64, 1991, p. 162. Cependant, ALBERT pense que le constitutionnalisme est une attaque aux principes les plus fondamentaux de la démocratie: le pouvoir de se définir et se redéfinir et de former et reformer les contours de l'Etat. Voir: ALBERT, p. 673. Il prétend même, dans les pages suivantes, qu'une constitution n'est pas une vraie constitution si elle n'offre pas aux citoyens la possibilité de se redéfinir par l'intermédiaire des révisions constitutionnelles. ALBERT, p. 676.

Il n'est plus suffisant, de nos jours, pour les gouvernés, seulement d'élire leurs représentants par l'intermédiaire des voies démocratiques. Il faut aussi contrôler ces derniers après les élections. L'examen de constitutionnalité des lois constitue un de ces moyens de contrôle.[17] Parallèlement, l'intangibilité est la quintessence du constitutionnalisme et donc, aucune majorité, même unanime, et aucun référendum, ne peut légitimer la violation du noyau non-modifiable de la constitution.[18]

L'Allemagne est un exemple historique important dans ce cadre. Hans-Ulrich Evers affirme que la restriction prévue dans l'article 79/3 de la Constitution de la République fédérale d'Allemagne est une réponse à l'expérience d'avoir écarté la Constitution de Weimar en utilisant des pratiques «légales».[19] Le cauchemar de Weimar a ainsi montré que le déni du constitutionnalisme libéral pourrait être obtenu par l'intermédiaire des moyens formels légaux.[20] Le normativisme peut être considéré comme la base des processus de constitutionnalisation qui ont eu lieu au cours des dernières décennies. La positivisation des droits et l'établissement de l'ordre transnational européen sont les deux exemples les plus éminents de ces processus. La positivisation des droits dans les ordres constitutionnels nationaux après la Seconde guerre mondiale, en réaction aux horreurs du totalitarisme, s'inscrivait dans le projet de retirer de la sphère politique certaines parties de la vie publique jugées «intouchables».[21]

Les rédacteurs de la Loi fondamentale allemande ont estimé que si une disposition intangible dans la Constitution de Weimar avait existé, Hitler aurait dû ouvertement violer la Constitution avant de prendre virtuellement le pouvoir dictatorial. Grâce au respect traditionnel d'ordre et de légalité du peuple allemand, cela aurait pu faire une différence.[22] Par conséquent, l'intangibilité et sa mise en vigueur institutionnelle peuvent donner du temps

---

17 FAVOREU, pp. 161-162.

18 FARAGUNA, Pietro, «Unamendability and Constitutional Identity in the Italian Constitutional Experience», **European Journal of Law Reform**, Issue 3, 2019, p. 344.

19 Cité par KLEIN Claude, «**Théorie et Pratique du Pouvoir Constituant**, PUF, Paris, 1996, p. 109.

20 FARAGUNA, pp. 329-330.

21 SCHOLTES, p. 6. ALBERT, p. 667.

22 FOX GH / NOLTE G, «Intolerant Democracies», **Harvard International Law Journal**, 36: 1, 1995, pp. 1, 19 cité par: ROZNAI Yaniv, «Necrocracy or Democracy ? Assessing Objections to Constitutional Unamendability», *in* **An Unamendable Constitution ?**, éd. ALBERT Richard et ODER Bertil Emrah, Springer, 2018, p. 44.

additionnel au peuple pour reconsidérer leur support pour un changement contraire à leurs valeurs fondamentales, entravant ainsi la victoire des mouvements révolutionnaires.[23]

Le droit constitutionnel constitue un frein et un équilibre à la majorité parlementaire ainsi qu'un moyen de protection de la minorité et de l'opposition. En réalité, c'est l'Etat de droit, démocratique et libéral qui est protégé.[24] Cependant, il est assez fréquent de voir des chercheurs dire que, l'annulation par les cours constitutionnelles des lois et des modifications constitutionnelles acceptées par les majorités démocratiquement élues est «contraire à la démocratie».[25] Cependant, il faut accepter qu'un gouvernement qui se plaigne des obstacles constitutionnels, refuse alors de travailler dans le cadre de l'Etat constitutionnel.[26] La responsabilité de la cour constitutionnelle qui déclare la volonté du peuple fondateur, est d'empêcher la violation de la constitution et d'obliger les pouvoirs qui exercent la souveraineté à agir conformément au droit. Naturellement, la protection des articles intangibles qui constituent le noyau dur de la volonté du peuple constituant fait partie de ce devoir.

B. Le rôle des articles intangibles à l'ère de la chute du parlement

Les constitutions peuvent être révisées souvent par des majorités parlementaires plus larges que celles nécessaires pour l'adoption de simples lois. C'est pourquoi, malgré le besoin d'avoir des majorités qualifiées, la constitution offre quasiment toujours une garantie seulement relative pour les droits et libertés fondamentaux. Ainsi, puisqu'ils interdisent toute modification les articles intangibles constituent des garde-fous indépendants de l'importance de la majorité parlementaire. Ils assurent donc une protection absolue contre d'éventuelles majorités populistes.[27]

---

[23] ACKERMAN B, **We the People: Foundations**, Harvard University Press, Cambridge, 1993, pp. 20-21, cité: ROZNAI, p. 44.

[24] DİKMEN CANİKLİOĞLU Meltem, **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, p. 295.

[25] Comme un exemple proéminent, voir: ALBERT, p. 667. Une liste non-exhaustive des auteurs contre l'intangibilité qui l'acceptent comme «la main morte des ancêtres» peut être trouvée dans l'article de ROZNAI. Voir: ROZNAI, pp. 32-33.

[26] DİKMEN CANİKLİOĞLU, p. 295.

[27] C'est vrai que, comme ALBERT le pointe, "l'intangibilité préservative est ancrée dans une philosophie de l'interprétation constitutionnelle en vertu de laquelle cette ancrage doit être interprétée à travers le point de vue des rédacteurs indépendamment de tout changement socio-

Le gouvernement, surtout dans les régimes parlementaires mais aussi dans la plupart des régimes présidentiels par l'intermédiaire de la discipline partisane, reléguant le législatif à un rôle d'apposer un tampon, convertit son programme politique aux lois par le biais de la majorité. Cette transformation observée dans la pratique du pouvoir normatif et sur la balance des pouvoirs met les cours constitutionnelles en confrontation, non pas avec le pouvoir législatif comme il est normalement attendu, mais avec le pouvoir exécutif. L'augmentation de la popularité de la juridiction constitutionnelle est donc un résultat de l'effondrement de la démocratie représentative.[28]

Aujourd'hui, il est admis que la majorité n'est pas l'unique condition de la démocratie mais elle en est qu'un moyen intermédiaire: le principe de la majorité dérivée de la souveraineté du peuple de Rousseau et la souveraineté de la Nation de Sieyès, ne veulent nullement dire une souveraineté illimitée et arbitraire de la majorité. Au contraire, il est conçu comme la formule d'une exécution majoritaire respectueuse des droits de la minorité.[29]

De ce fait, restreindre les révisions ou former des mécanismes garantissant le principe du pluralisme ne doivent pas être entendus comme la neutralisation des processus démocratiques, mais ils doivent au contraire, être appréhendés comme des garanties renforçant le principe de pluralisme.[30]

Il est évident que les articles intangibles constituent des restrictions et la cour constitutionnelle est au cœur du mécanisme qui prend ces restrictions sous garantie. Les articles et principes intangibles empêchent le despotisme de la majorité et deviennent, par le biais de la cour constitutionnelle, un instrument protégeant le pluralisme, un des caractéristiques les plus importants de la démocratie contemporaine.

---

politique pouvant justifier de s'écarter de cette vision fondatrice». ALBERT, p. 679. Mais ce qui manque chez ALBERT est l'analyse de la substance des articles intangibles. Si l'intangibilité protège les principes de démocratie et les droits de l'homme, ce qui est le cas dans plusieurs exemples, alors quel changement sociopolitique peut nous obliger à réviser ces articles, un gouvernement populiste qui veut supprimer la pluralité et la démocratie ? Dans ce cas, il ne faut pas reprocher les articles intangibles comme des menottes constitutionnelles mais il faut être reconnaissant de les avoir dans la constitution. Dans ce sens: ROZNAI, p. 37.

[28] DİKMEN CANİKLİOĞLU, pp. 257-258.

[29] DİKMEN CANİKLİOĞLU, p.194.

[30] Ibid.

2. L'importance des articles intangibles dans la conception de la démocratie contemporaine

Les articles intangibles des constitutions sont parfois considérés comme des obstacles devant la démocratie puisqu'ils empêchent la révision de quelques dispositions ou de principes malgré la volonté de la majorité dans le parlement. Il faut quand même voir que cette interprétation de la démocratie est désormais assez archaïque. Comme on l'a vu ci-dessus, la majorité du parlement n'est qu'une partie intégrante de l'organe exécutif. La démocratie s'est transformée et cette réalité a confié aux articles intangibles une nouvelle tâche: La survie de la démocratie.

A. Le reflet du changement de la démocratie sur les articles intangibles

Le contenu de la notion de démocratie continue de changer. Une démocratie définie seulement par des élections organisées à d'intervalles précises n'est plus pertinente aujourd'hui. Désormais, une démocratie est ce mode de gouvernement dans lequel la participation populaire devient plus importante, le contrôle par le peuple plus fréquent. Aussi, on avance vers une forme de démocratie par laquelle le peuple peut participer directement au processus de prise de décisions. Il ne s'agit pas de la "démocratie directe" mais d'une démocratie "participative" où le peule participe continuellement à la formation des décisions par le biais des médias, des réseaux sociaux et éventuellement de la "Rue". C'est pour cette raison que l'on utilise la qualification de «démocratie délibérative»[31] ou bien celle de «démocratie continue»[32], ce qui permet de distinguer cette version moderne de la démocratie de celle plus archaïque.

Les institutions établies à travers les élections, sont des moyens déficients de la démocratie parce qu'elles ne peuvent pas créer des opportunités réelles, afin de jouer une influence efficace sur la production de politique des citoyens.[33] Une démocratie puissante est définie par une politique participative: plus exactement, elle exige *l'auto-administration* des

---

[31] Voir: ELSTER Jon, **Deliberative Democracy**, Cambrige University Press, Cambridge, 1998; DRYZEK John S., **Deliberative Democracy and Beyond - Liberals, Critics, Contestations**, Oxford University Press, New York, 2000.

[32] Voir: ROUSSEAU Dominique, **La Démocratie Continue**, Bruylant-LGDJ, Paris, 1995.

[33] BUDGE Ian, **The New Challenge of Direct Democracy**, Polity Press, Cambridge, 1996; cité par: BOEDELTJE Mijke / CORNIPS Juul, "Input and Output Legitimacy in Interactive Governance", NIG Annual Work Conference working paper, Rotterdam, 2004, http://repub.eur.nl/res/pub/1750/NIG2-01.pdf (consulté le 01.12.2020), p. 4.

citoyens plutôt que *l'administration représentative* au nom de ces derniers. L'auto-administration est mise en pratique par le biais des institutions établies afin de faciliter la participation continue des citoyens aux processus du développement de l'ordre du jour, de la discussion, de la législation et de faire de la politique.[34] Le socle, dans une démocratie s'appuyant sur l'auto-administration ou d'une constitution qui s'y associe, est le citoyen et les droits et libertés fondamentaux.

Les constitutions aménagées par une appréhension ancienne de la démocratie dédient une importante partie de leur existence à prendre le pouvoir du peuple pour régulariser et légitimer l'existence et l'expression des représentants et par ricochet le silence et la non-existence des représentés.[35] Cette conception de démocratie représentative qui accorde plus d'importance à la volonté des représentants que celle du peuple n'est plus satisfaisante aujourd'hui. C'est une nécessité que les constitutions actuelles soient modifiées avec une nouvelle appréhension, avec la volonté d'aboutir à une démocratie plus participative et il faut insérer des mécanismes nouveaux qui serviront le peuple, pour que celui-ci participe de plus en plus directement aux processus de prise de décision. Les articles et les principes intangibles ont une fonction importante pour la continuité de la démocratie. Il s'agit de protéger la volonté du peuple constitutif contre les représentants. C'est pour cela que l'intangibilité et sa mise en vigueur ne doivent pas être vues comme des obstacles empêchant la délibération sur un sujet «non-modifiable», mais comme des moyens de participation démocratique de haut-niveau pour certains changements. Si elle est comprise de cette manière, la doctrine de l'intangibilité constitutionnelle peut être considérée comme le gardien du *pouvoir constituant original* du peuple.[36] Le contrôle de constitutionnalité exercé par la Cour constitutionnelle sur cette intangibilité avec une interprétation démocratique et libérale consistera en une garantie contre les gouvernements populistes et oppressifs.

Tout de même, Dominique Rousseau admet le contrôle de constitutionalité effectué par la Cour constitutionnelle comme une méthode

---

[34] BARBER Benjamin, **Güçlü Demokrasi**, Ayrıntı, İstanbul, 1995, pp. 195-196.

[35] ROUSSEAU Dominique, "De la Démocratie Continue", *in* **La Démocratie Continue**, sous la direction de ROUSSEAU Dominique, Bruylant-LGDJ, Paris, 1995, p. 6.

[36] ROZNAI, p. 53.

de contrôle du peuple sur les gouvernants hors des élections. Selon lui, «*la démocratie continue, dépasse la notion de la représentation, élargit et transforme la sphère de la participation du peuple en développant des méthodes nouvelles pour les idées de faire un travail politique: Le contrôle effectif et continu des gouvernants hors les temps des élections. Le plus fort de ces contrôles continus potentiels est le juge constitutionnel*»[37]. Il serait évident d'accepter qu'un des éléments de ce contrôle qui rend la démocratie plus participative est le contrôle des révisions constitutionnelles inconstitutionnelles.

Du point de vue des principes fondamentaux de l'Etat, La Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), dans certains arrêts sur la dissolution des partis politiques visant la modification des articles intangibles de la Constitution turque, fait une distinction, entre les principes fondamentaux strictement liés aux caractéristiques et à la protection du régime démocratique et ceux qui ne le sont pas.[38] La Cour EDH déclare que, les principes énoncés dans le premier group sont acceptés par la Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH) et il ne serait nullement possible de protéger les autres dispositions de la Convention EDH sans leur existence et que, les Etats parties peuvent limiter, à ces fins, la liberté d'expression et la liberté d'association et de réunion. En contrepartie, la discussion ou l'expression de la volonté d'une modification est entendue sous la garantie de la liberté d'expression et de l'association.[39]

Partant, aux termes de la Cour EDH, l'existence d'un article intangible est légitime si ce dernier est strictement lié à la protection des caractéristiques du régime démocratique et la restriction de modification de ces articles ne constitue pas une violation de la liberté d'expression ou d'association. Il est concevable, par la présente, que la Cour tolère tacitement, l'existence de ces articles dans les constitutions, pour la protection du régime démocratique. En effet, la Cour décide ainsi que, démêler une discussion sur ces articles, même ceux qui sont strictement liés aux principes du régime démocratique, conduits par les partis politiques,

---

[37] ROUSSEAU, "De la Démocratie...", p. 16.

[38] Comme exemple voir: Refah Partisi c. Turquie (Grande Chambre), No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, date: 13.02.2003, § 93.

[39] UYGUN Oktay, «Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bakımından Anayasaların Değiştirilemez Hükümleri», *in* **Prof.Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, p. 723.

n'est guère protégé par la Convention parce qu'elle peut nuire à la démocratie.[40]

En guise de conclusion, il s'agit que, les articles et les principes intangibles, garants de la démocratie et des droits et des libertés fondamentaux, démocratiquement déterminés par le peuple fondateur pour le bien-être de la société, constituent un mécanisme effectif vis-à-vis des majorités dans des parlements et de l'exécutif afin d'empêcher leurs comportements arbitraires. Selon Klein, «*il serait certes préférable de mettre des articles intangibles spéciaux dans des constitutions nouvelles. Ils accomplissent une fonction importante dans certaines limites à moins que leur effectivité ne soit pas exagérée*»[41].

L'application conforme à la démocratie de ce mécanisme effectif et fonctionnel serait assurée par l'interprétation de la cour constitutionnelle. Cette dernière, garante de l'institution de l'intangibilité, doit garder un équilibre très fragile, d'une part en respectant les décisions des représentants légitimes élus par le peuple, et d'autre part, en protégeant les principes et les droits et libertés fondamentaux déterminés encore par ce dernier.

B. La protection de la constitution contre la majorité parlementaire

La conception de «la violation de la constitution» est le résultat de sa suprématie. Les pouvoirs ayant une autorité limitée peuvent violer la constitution au fur et à mesure qu'ils veulent prolonger leur politique arbitraire. C'est cela qui crée le conflit entre l'autorité des gouverneurs et les droits des citoyens. L'augmentation des privilèges des gouvernants contre la restriction des droits des citoyens a forcé les législateurs à la rédaction des constitutions.[42] Par conséquent, Bülent Tanör affirme qu'il existe une corrélation directe entre la rigidité et la suprématie des constitutions: «La fermeté est la raison mais dans le même temps elle en est la conclusion de la suprématie des constitutions. Les constitutions deviennent strictespuisqu'elles contiennent des règles suprêmes et leur suprématie est

---

[40] Regarder comme exemple: Türkiye Birleşik Komünist Partisi et les autres c. Turquie, dossier no: 19392/92, décision: 30.01.1998, § 55-56; Sosyalist Parti et les autres c. Turquie, dossier no: 21237/93, décision: 25.05.1998, § 47; Özgürlük ve Demokrasi Partisi c. Turquie, dossier no: 23885/94, décision: 8.12.1999, § 41; Refah Partisi c. Turquie (Grande Chambre), dossier no: 41340/98, décision: 13.02.2003, § 117-129.

[41] KLEIN, p. 204.

[42] TURPIN Dominique, **Contentieux Constitutionnel**, Paris, PUF, 1986, p. 9.

soulignée puisqu'elles sont rigides.»[43] Les articles intangibles se constituent, dans le cadre de la suprématie des constitutions, le noyau dur qui reflète l'essentiel d'une constitution.

La réflexion sur les mécanismes qui garantissent la suprématie contre les violations des pouvoirs politiques s'est accélérée, une fois que la suprématie de la constitution fut acceptée.

Les pouvoirs politiques qui sont limités par la constitution, en cas d'annulation d'une loi par la cour constitutionnelle, essayent parfois de faire une révision constitutionnelle. Par exemple, la constitutionnalisation de la restriction de faire un recours contre les décisions du Conseil Suprême des Juges par le régime semi-militaire de 1971-73 en Turquie, qui avait été annulé précédemment par la Cour Constitutionnelle,[44] est l'une des illustrations de telles révisions. Alors, comme dans ce cas, la révision constitutionnelle devient une méthode pour surpasser les obstacles mis par la cour constitutionnelle devant les réformes que les autorités politiques veulent faire.[45] Les majorités parlementaires qui ne peuvent pas dépasser le contrôle de constitutionnalité veulent mettre en vigueur les lois contraires à la constitution en les transformant en loi constitutionnelle. Cette méthode peut susciter la perte de l'harmonie et provoquer des contradictions dans la constitution. Parce que dans ce cas, la constitution commence à contenir en même temps un principe fondamental et une régulation qui avait été précédemment trouvée en contradiction avec ce même principe. Finalement, l'harmonie dans la norme supérieure peut diminuer et cela peut affecter sa légitimité auprès du peuple.

Le premier auteur qui a systématisé l'idée de la protection de la constitution contre la majorité parlementaire est Carl Schmitt. Il a défendu que dans chaque constitution se trouvait un noyau dur plus protégé que les autres articles. Schmitt a fait une différence entre «la constitution» (*Verfassung*) et «la loi constitutionnelle» (*Verfassungsgesetz*).[46] L'auteur affirma que la première était une décision à propos de la forme et du style de l'union politique et que la deuxième ne serait valable que si et seulement si

---

43 TANÖR Bülent, **İki Anayasa**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, p. 148.

44 La décision de la Cour Constitutionnelle, 27.01.1977, Nos. 1976/43 E, 1977/4 K.

45 CANEDO Marguerite, «L'Histoire d'une Double Occasion Manquée», **Revue du Droit Public (RDP)**, no. 3-2003, 2003, p. 770.

46 SCHMITT Carl, **Théorie de la Constitution**, 1e éd., PUF (Quadrige), Paris, 2008, p. 151.

elle était conforme à la constitution. D'après Schmitt, l'essentiel de la Constitution de Weimar est la démocratie, la république, la structure fédérale et la représentation parlementaire, et la décision politique essentielle est l'Etat de droit. Ces normes forment l'essentiel de la constitution et sont hiérarchiquement plus haut que les «lois constitutionnelles». Par conséquent, ils ne peuvent pas faire l'objet d'une révision constitutionnelle. Avec une révision constitutionnelle, on peut modifier seulement les lois constitutionnelles. C'est pour cela qu'il faut distinguer «le fait de constituer» et «la révision constitutionnelle» ainsi que l'assemblée constituante et le parlement. De point de vue de l'article 76 de la Constitution de Weimar, une révision constitutionnelle signifie changer quelques articles des «lois constitutionnelles». Cela est possible seulement en protégeant l'identité et la continuité (*Identität und Kontinuität*) de la Constitution dans sa globalité.[47] On comprend alors que les articles intangibles sont des articles essentiels qui déterminent l'identité et la continuité d'une constitution.

S'il faut poursuivre cet exemple, le but de ceux qui ont élaboré la Constitution de 1949 de la République fédérale d'Allemagne a été d'empêcher la répétition de l'expérience négative de la Constitution de Weimar qui a été révisée essentiellement huit fois entre 1920 et 1932 et la création d'un système constitutionnel contenant des principes et valeurs hors d'atteinte possible de la part du pouvoir de réviser la Constitution.[48] En déterminant les articles intangibles, le pouvoir constituant désire la protection de l'essentiel de la constitution et de ces principes contre les futurs gouvernements populistes.

Certes, le moyen le plus important du mécanisme de protection est la Cour constitutionnelle. Selon Otto Bachof, surtout les constitutions préparées après la Seconde guerre mondiale ont reconnu des pouvoirs extraordinaires à la Cour constitutionnelle face à l'organe législatif au nom d'être «la garante de la constitution». Il a été présumé que les Cours constitutionnelles étaient les

---

[47] MURSWIEK Dietrich, «Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen», http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/ewigkeitsgarantie (visité le 21.08.2012), p. 10; cité par: SAĞLAM Fazıl, «AnayasaveDeğişmezKurallar» *in* **Prof.Dr Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, p. 586.

[48] NOHLEN Nicholas, «Germany: The Electronic Eavesdropping Case», **International Journal of Constitutional Law**, vol. 3, no. 4, October 2005, http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/680.full.pdf+html (visité le 21.08.2013), pp. 683-684.

gardiens des constitutions et qu'elles permettaient l'intégrité sociale.[49] Évidemment, l'un des plus importants éléments de l'intégrité sociale est celui formé par les articles intangibles qui sont déterminés par le pouvoir constituant originaire, l'auteur de la constitution.

II. LA NOUVELLE LISTE DES FONCTIONS DES ARTICLES INTANGIBLES DES CONSTITUTIONS

Tout comme l'expérience historique des pays à propos des gouvernements populistes et autoritaires, les fonctions des articles intangibles se trouvant dans leurs constitutions changent. De ce fait, les restrictions sur la révision de quelques articles des constitutions peuvent avoir des raisons rationnelles mais aussi politiques.[50] Quand on analyse les articles intangibles des constitutions on voit qu'il faut faire une distinction entre leurs fonctions traditionnelles et modernes.

1. Les fonctions traditionnelles des articles intangibles

Jusqu'à la fin du 20e siècle les articles intangibles ont été utilisés afin de protéger les attributs de l'Etat. On peut catégoriser ceux-ci en quatre sous-titres: la protection du régime politique, la protection de la forme de l'Etat, la protection des principes fondateurs de l'Etat et la préservation de la stabilité politique.

A. La protection du régime politique

La plupart des constitutions qui contiennent des articles intangibles les utilisent afin de protéger le régime politique, c'est-à-dire le système de gouvernement. Les constitutions, en général, rendent intangibles les articles qui déterminent le système politique qu'elles créent. C'est pour cela, le but de ce type de restriction est la protection de l'infrastructure essentielle du système.[51] En particulier, dans ce cas, on détermine des articles intangibles dans les constitutions pour que le pouvoir constituant dérivé ne puisse pas changer le régime déterminé.

---

[49] BACHOF Otto, **Verfassungswidrige Verfassungsnormen?**, Tübingen, 1951, pp. 7-11; cité par: TURHAN Mehmet, «Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri», **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, vol. XXXIII, no. 1-4, 1976, p. 63.

[50] KLEIN, p. 120.

[51] GÖZLER Kemal, **Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle**, t. I, Presses Universitaires de Septentrion, 1995, Villeneuve d'Ascq, 1997, p. 118.

D'ailleurs, on rencontre souvent dans les constitutions des Etats qui ont connu une période autoritaire comme le communisme ou bien le fascisme des articles intangibles qui protègent la continuité de l'ordre démocratique. En effet, ceux qui défendent que les articles intangibles ne seraient pas compatibles avec la démocratie, essaient de cacher cette réalité contrairement à l'éthique scientifique.[52] Les meilleurs exemples pour des Etats ayant des articles intangibles pour assurer la continuité de la démocratie sont l'Allemagne et l'Italie qui ont été gouvernés par les fascistes avant et pendant la Seconde guerre mondiale, et le Portugal et la Grèce qui ont été gouvernés à un moment donné par des gouvernements militaires. Par exemple en Allemagne, comme déjà cité dans la première partie, l'article intangible de la Constitution[53] est un résultat de la réaction à la victoire du parti Nazi formellement conforme, mais matériellement contraire aux dispositions démocratiques de la Constitution de Weimar. La logique de cet article est d'empêcher des tentatives de «coups d´État constitutionnels» ou, à défaut, de les priver de la légitimité découlant de la constitution.[54]

Par conséquent, parfois, les auteurs qui dénoncent l'existence d'articles intangibles ont été critiqués d'être contre la démocratie. Par exemple en Turquie, le refus de l'existence de l'intangibilité dans les constitutions peut être vu comme le rejet des principes républicains. Les auteurs qui pensent que le rejet de l'existence d'une intangibilité dans les constitutions a comme but la destruction des principes de laïcité, de la suprématie de droit et de l'État unitaire, défendent que la vraie raison de refuser l'intangibilité est la volonté de remplacer la suprématie de droit avec la souveraineté de la majorité.[55]

Alors il faut d'abord préciser ce qu'on comprend de la démocratie. Si on pense que la démocratie est le système dans lequel la majorité parlementaire démocratiquement élue a un pouvoir sans-limite, même hégémonique, puisqu'il est le seul représentant de la nation[56], comme disait Sieyès,[57] et

---

52 SAĞLAM, p. 572.

53 La Loi fondamentale de la Fédération allemande, article 79/3

54 Venice Commission, **Report on Constitutional Amendment**, adopted at its 81st Plenary Session, 11-12 December 2009, § 212.

55 SAĞLAM, p. 570.

56 DİKMEN CANİKLİOĞLU, p. 196.

57 BURDEAU Georges, **La Démocratie**, Seuil, Neuchâtel, 1956, p. 40-41.

donc qu'il a le droit de gouverner tout seul,[58] alors bien sûr que les articles intangibles ne peuvent pas être considérés comme démocratiques. Cependant, dans la démocratie moderne la seule source de légitimité n'est plus l'élection, mais aussi le respect dû au principe de l'Etat de droit. Le but réel de l'Etat de droit est l'empêchement d'un gouvernement arbitraire et celui d'assurer aux citoyens un futur sûr et protégé.[59] C'est un principe essentiel de la démocratie moderne de dire que le gouvernement élu par le peuple doit respecter les droits et les libertés de la minorité et de l'opposition, doit être transparent et contrôlable et il doit éviter les actions anti-démocratiques. Comme Burdeau le décrit parfaitement, «*les démocraties dites occidentales (...) entendent dégager la volonté populaire d'une société diversifiée où s'entrecroisent et parfois se heurtent les intérêts et les représentations de l'ordre souhaitable. Elles sont pluralistes en ce sens que, d'une part, elles considèrent comme naturelle - et au fond heureuse - la variété sociologique du milieu politique et que, d'autre part, elles tiennent pour une valeur éminemment respectable l'autonomie de chaque personne humaine.*»[60]

D'après Klein, un système juridico-constitutionnel dans lequel existent des normes sans possibilité d'annulation ou de révision est renfermé sur lui-même et il ajoute que «*dans la mesure où celui-ci repose sur une norme qui apparaît comme fondamentale (le caractère républicain ou monarchique), il peut interdire le remplacement de cette norme. De fait, il apparaîtra que si l'on modifie la norme malgré l'interdiction qui en est faite, on aboutira au remplacement d'un système de droit par un autre (alors même que la seule norme modifiée serait celle ayant trait précisément à ce caractère républicain ou monarchique)*»[61] C'est pour cela que dans les Etats où le régime est protégé par les articles intangibles une révision de régime est possible si et seulement si un nouveau système juridique commence à s'opérer. Dans ce cas, il faut accepter que le pouvoir constituant originaire soit apparu et qu'il est en train de créer un nouvel Etat.

---

58 LIJPHART Arend, **Çağdaş Demokrasiler**, Yetkin, Ankara, p. 25.

59 BİLİR Faruk, «Demokratik Meşruluk, Yargı Bağımsızlığı ve Yargı Tarafsızlığı Bağlamında Yargı Organının (Yeniden) Yapılanması», **Demokrtatik Anayasa**, ed. GÖZTEPE Ece et Çelebi Aykut, Metis, İstanbul, 2012, p. 369.

60 BURDEAU, p. 103-104.

61 KLEIN, p. 144.

BURDEAU arrive à la même conclusion en utilisant une autre voie. L'auteur écrit que l'interdiction de réviser le régime ne veut sans doute pas dire la protection éternelle des institutions de ce régime. Parce que, d'après l'auteur, «*(la constitution) refuse seulement à l'organe de révision, la faculté d'opérer des réformes qui, par leur nature ou leur importance, dépassent les possibilités d'un pouvoir institué. Mais ces mêmes réformes, il appartient toujours au pouvoir constituant originaire de les réaliser.*»[62] Donc BURDEAU pense que, dans un Etat où la révision du régime est interdite, c'est seulement le pouvoir constituant originaire qui peut changer le régime. Evidemment, un pouvoir théoriquement sans-limite a aussi le pouvoir de changer les articles intangibles.

B. La protection de la forme de l'Etat

Quelques constitutions déterminent la forme de l'Etat, c'est-à-dire la décision par rapport à laquelle les pouvoirs provenant de la souveraineté sont distribués parmi les organes publics, comme étant intangible.

L'article 3 de la Constitution de Turquie de 1982, par exemple, stipule que «L'Etat de Turquie, avec son pays et sa nation, est indivisible.». Là, on voit que la forme unitaire de l'Etat ne peut pas être révisée.[63] La Cour constitutionnelle a précisé que la révision de cet article intangible n'est pas possible et le programme politique d'un parti en ce sens est une raison de dissolution dudit parti politique.[64]

En France, une révision constitutionnelle qui accorde de nouveaux pouvoirs aux administrations locales a été le sujet d'un recours au Conseil constitutionnel. Ce dernier a rejeté la revendication des sénateurs qui soutenait que la décentralisation était contraire à l'article 89/5 de la Constitution de France qui protège la forme républicaine du gouvernement et qui est intangible.[65] Il convient de souligner que la raison donnée par le Conseil est le manque de pouvoir. Les juges constitutionnels ont déclaré que la Constitution leur donne seulement le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois ordinaires et organiques, mais pas des lois constitutionnelles.

---

62 BURDEAU; cité par: GÖZLER, Le Pouvoir de..., t. I, s. 89.

63 GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin, Bursa, 2000, p. 117.

64 Pour un exemple voir: La décision de la Cour constitutionnelle de Turquie, en date de: 23.11.1993, E. 1993/1, K. 1993/2. Mais c'est toujours un débat si cet article permetune forme régionale comme celle d'Espagne ou non.

65 La décision du Conseil constitutionnel, date: 26.03.2003, no. 2003-469.

Si on regarde l'article 79 de la Constitution de la République fédérale d'Allemagne, on voit que l'interdiction de changer la forme fédérale de l'Etat est assez évidente. D'après cet article, une révision constitutionnelle contraire au principe de division de l'Etat fédéral en land et à celui de la participation des Etats fédérés à la législation de l'Etat fédéral est impossible. L'article 79/3 de la Loi fondamentale qui protège la forme fédérale est une expression de la réaction au régime national socialiste. Parce qu'en 1933, après qu'Adolf Hitler ait obtenu le pouvoir, l'un de ses premiers actes a été de changer le système fédéral prévu par la Constitution de Weimar. Hitler a créé une forme unitaire autoritaire et totalitaire dans laquelle tous les pouvoirs se sont concentrés entre ses mains. C'est pourquoi, en Allemagne, un parti qui défend une politique de changement de la forme fédérale en révisant l'article intangible est considéré comme ayant le but de fonder un régime dictatorial comme celui d'Hitler.[66]

L'un des sujets importants du débat, surtout dans les pays européens, est de savoir si le caractère indépendant de l'Etat serait l'un des principes intangibles dans les constitutions. Si un jour l'Union européenne devient une fédération, est-ce que les pouvoirs constituants dérivés des Etats membres peuvent sacrifier l'indépendance de leur Etat fondé par le seul propriétaire de la vraie souveraineté, le peuple constituant ? Dietrich Murswiek soutient que, «même si ce n'est pas écrit directement dans la constitution, le statut d'indépendance de l'Etat constitue une pré-condition du pouvoir constituant issu de la constitution, par conséquent ce statut ne peut pas être supprimé par une simple révision. Donc, dans le cas de transformation de l'Union européenne en une fédération, les Etats ne peuvent pas devenir membres de cette fédération par une simple révision de leur constitution.»[67]

La décision de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne sur le Traité de Lisbonne[68] a confirmé cette idée de Murswiek. Dans cette décision, la Cour de Karlsruhe a décidé que le caractère indépendant de l'Etat allemand était un principe intangible de la constitution et transformer l'Etat indépendant en un membre d'une fédération était hors du pouvoir de Bundestag et que c'est seulement le pouvoir constituant originaire qui pouvait décider à la suppression de l'indépendance. La Cour a également

---

66 UYGUN, p. 730.

67 MURSWIEK Dietrich, «Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen», http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/ewigkeitsgarantie (consulté le 04.11.2020)

68 La décision en date de 30 juin 2009, BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1 - 421).

conclu que le Traité de Lisbonne ne transformait pas l'Union en un État fédéral, donc le signer n'était pas contraire à la Loi fondamentale.[69]

C. La protection des principes fondateurs de l'Etat

Dans certains Etats on voit que, à part le régime politique et la forme de l'Etat, le ou les principes acceptés comme essentiels par le pouvoir constituant originaire sont protégés d'une révision. Ce sont des principes auxquels on accorde plus d'importance que les autres dans la constitution. S'il faut donner un exemple, dans la Constitution du Portugal les principes de la laïcité, les droits des ouvriers et l'économie planifiée sont intangibles.

Pendant la préparation de la Constitution de 1949 d'Allemagne, on a voulu empêcher par les articles intangibles les crises constitutionnelles vécues pendant la Constitution de Weimar. Comme Olivier LEPSIUS l'indique, «*(e)n créant cette disposition, le Conseil parlementaire* (qui élaborait la Loi Fondamentale) *voulut prévenir une décomposition de la Constitution comme celle connue pendant la République de Weimar en 1933. La protection des éléments matériels centraux visés par l'article 79 alinéa 3 LF* (Loi Fondamentale) *s'explique par l'expérience faite en 1933 (mise au pas des Länder, système du parti unique, «dispense» du respect des droits fondamentaux, etc.). La norme de l'article 79 alinéa 3 LF a pour objectif d'empêcher que l'ordre constitutionnel puisse être supprimé dans sa substance et ses fondements par la voie purement légaliste et formelle de la révision constitutionnelle et serve à légaliser après coup un régime totalitaire.* »[70] Autrement dit, le but d'intangibilité en Allemagne est la protection de la dignité humaine et les autres valeurs de l'ordre constitutionnel essentiel déterminées dans les articles 1 et 20 de la Constitution.[71]

---

[69] La Cour constitutionnelle allemande a rendu une autre décision en mai 2020, en pleine crise provoquée par le coronavirus, dans laquelle elle estime que la Banque Centrale Européenne et la Cour de justice ont outrepassé leur mandat en adoptant en 2015 un programme d'achat de titres publics sur les marchés. Cette décision a montré une fois encore l'importance de la souveraineté nationale pour la Cour constitutionnelle de Karlsruhe.

[70] LEPSIUS Olivier, «Le Contrôle par la Cour Constitutionnelle des Lois de Révision constitutionnelle dans la République Fédérale d'Allemagne», **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, no. 27, Janvier 2010, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-par-la-cour-constitutionnelle-des-lois-de-revision-constitutionnelle-dans-la-republique-federale-d-allemagne.51426.html (consulté le 01.12.2020), p. (indéfini)

[71] QUINT Peter E., «60 Years of the Basic Law and its Interpretation: An American Perspective», **Jahrbuch des Öffentlichen Rechts des Gegenwart**, vol. 57, 2009, University of Maryland Legal Studies Research Paper, no. 2010-22, http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1940&context=fac_pubs (visité le 01.12.2020), p. 13.

Dans la Constitution turque de 1982, les principes comme la laïcité, l'Etat social et l'Etat de droit sont intangibles. Mais à part ces principes, l'article 2 qui ne peut pas être révisé contient aussi des concepts non-légaux comme la paix sociale, la solidarité nationale et le nationalisme d'Atatürk qui n'ont aucune liaison avec le fondement de l'Etat. Par conséquent, il faut admettre qu'il n'existe aucun besoin de rendre ces concepts intangibles. Le véritable objectif du pouvoir constituant originaire anti-démocratique formé après le coup d'Etat du 12 septembre 1980 était l'ingénierie sociale et politique de la volonté militaire. Élever ces principes au niveau d'intangibilité confère à la Cour constitutionnelle un moyen de contrôle sans limite sur l'Assemblée nationale et à l'Etat, un devoir de «sculpter les citoyens», ce qui ne peut pas être considéré compatible avec une démocratie pluraliste.[72] L'utilisation des articles intangibles comme un moyen d'oppression des citoyens est contraire à la raison d'être du concept d'intangibilité qui est la protection de la démocratie et des droits de l'homme. Alors, ceci constitue un abus du pouvoir par le constituant originaire obtenu par extorsion.

Le pouvoir constituant originaire obtenu par l'intermédiaire de la force militaire, quoi qu'il en soit la raison du coup d'État, doit respecter, pendant l'écriture de la nouvelle constitution, la volonté du peuple et les principes de la démocratie participative, comme on l'a vu pendant le processus de l'écriture de la Constitution de 1961 de Turquie.[73] Sinon, la légitimité de la constitution serait, tout au début, mise à mal. En plus, si le pouvoir constituant originaire dominé par les militaires utilise son pouvoir souverain afin de déterminer des articles intangibles à la recherche de créer un Etat et un peuple comme il l'imagine, cela serait une atteinte à l'autonomie politique de la nation. Les partis politiques et la société civile seraient emprisonnés, après la fin du gouvernement militaire et le passage à la normalité, dans un cercle de politique défini par quelques gens qui n'avaient aucune compétence démocratique à représenter la nation. Par exemple, le pouvoir constituant originaire de la Constitution 1982 de Turquie, visant un peuple nationaliste, Turco-musulman et conservateur, a introduit sa vision politique comme des concepts non-légaux dans le préambule et les articles intangibles. C'est pour cela qu'on peut dire que la contradiction de l'esprit de la Constitution à la démocratie et aux droits de l'homme est écrite au code génétique

---

[72] ŞİRİN Tolga, «Anayasanın Değiştirilemez Hükümlerini Tartışmak», **Güncel Hukuk Dergisi**, Nisan 2011/4-88, 2011, p. 26.

[73] TANÖR, p. 9-11.

de celle-ci.[74] La structure construite par ce pouvoir constituant anti-démocratique a fonctionné comme un régime de tutelle et a façonné la politique réelle.[75]

D. La préservation de la stabilité politique

Comme on l'a écrit ci-dessus, il est assez fréquent d'utiliser les articles intangibles afin de protéger le régime et la forme de l'Etat. Cela peut donner lieu à un conservatisme et à l'empêchement du progrès social. En vérité, les articles intangibles, avec un contenu large ou bien strict, sont mis dans les constitutions par les pouvoirs constituants originaux afin d'assurer la continuité du *statu quo*. Elles doivent plutôt être considérées comme une garantie pour la continuité des principes sur lesquels l'Etat est fondé.

Si on regarde l'Afrique, on voit que les articles intangibles constituent une autre sorte de «garantie de continuité». Après la fin de la colonisation, les nouvelles constitutions des Etats africains ont toujours été préparées par les Etats européens. Les constitutions remplies de concepts légaux issus de la culture et de l'histoire européenne n'étaient pas compatibles avec les sociétés n'appartenant pas à cette culture et histoire. En revanche, elles sont devenues des obstacles devant les dirigeants ayant obtenu le pouvoir pour leur intérêt personnel. Ces personnalités politiques, pour ne pas donner l'image d'ignorer la suprématie de la constitution, ont essayé d'atteindre leur but en révisant plusieurs fois la constitution. Cela créa une instabilité permanente dans ces Etats africains.

La solution trouvée contre cette instabilité a été la mise en place d'articles intangibles dans les constitutions écrites après les années 1990. Dans ces constitutions, il est assez probable de rencontrer des articles qui déterminent des restrictions pour les organes législatifs et exécutifs à propos des révisions constitutionnelles. La raison essentielle de ces dispositions est d'empêcher des dirigeants qui pensent surtout à leur intérêt personnel, et des majorités temporaires qui veulent rester éternellement au pouvoir, de détruire l'intérêt général du peuple mentionné dans les constitutions.[76]

---

[74] PAÇACI İrfan, "1982 Anayasasının Yönetim Mühendisliği Mimarisi ve Bozulan Şifreleri (Geçici 15. Maddenin Sistemde Yaşayan Ruhu)", **Demokrasi Platformu**, No. 8/30, 2012, p. 160 et suite.

[75] PAÇACI İrfan, "Türkiye'da Anayasa Mühendisliği", **Sosyal Bilimler Dergisi**, No. 5/31, Décembre 2018, p. 108.

[76] FOMBAD Charles Manga, «Limits on the Powers to Amend Constitutions: Recent Trends in Africa and Their Potential Impact on Constitutionalism», https://heinonline.org/HOL/Landing Page?handle=hein.journals/unbotslj6&div=4&id=&page= (consulté le 01.12.2020), p. 2.

C'est ce qui explique pourquoi la plupart des constitutions contiennent des articles intangibles en Afrique. Par exemple dans les constitutions de l'Algérie[77], du Cameroun, du Côte d'Ivoire, de la République centrafricaine, de la Guinée, du Gabon, du Sénégal, de la Somalie, de la Tunisie, de Madagascar, du Mali, du Togo, du Niger, de la Mauritanie, des Îles Comores et du Rwanda la forme politique de l'Etat est protégée par les articles intangibles. L'idéologie socialiste dans les constitutions de l'Algérie, du Madagascar et de la Somalie et la structure islamique de l'Etat dans celles de l'Algérie, des Îles de Comores et du Maroc sont intangibles. Parallèlement, les dispositions des constitutions à propos des droits de l'homme en Algérie et en Somalie où on rencontre des violations des droits assez souvent, ont un caractère intangible.

2. La nouvelle fonction des articles intangibles: la protection des droits de l'homme

Le plus important rôle de la justice constitutionnelle dans les démocraties modernes est la limitation du pouvoir. Les gouvernements et les organes législatifs ont le devoir de ne pas violer les dispositions de leur constitution. Dans les démocraties, ceux-ci sont d'ailleurs volontaires pour respecter les limites posées par la norme supérieure. Cependant, dans les régimes populistes, les gouvernements, et les assemblées qu'ils dominent, voient dans ces garde-fous constitutionnels des obstacles devant leur politique et essaient à chaque fois de les rendre inutiles. La méthode la plus simple pour se débarrasser de ces limitations est la révision des articles qui les contiennent. Sur ce point, les articles intangibles sont utilisables pour protéger au moins le noyau dur des principes constitutionnels contre les révisions des gouvernements populistes.

A. Les exemples d'utilisation d'articles intangibles pour la protection des droits de l'homme

Le résultat le plus important de la pratique des articles intangibles par les cours constitutionnelles apparaît dans le domaine des droits de l'homme. L'instrument le plus efficace entre les mains des cours constitutionnelles

---

[77] Au moment de la rédaction de cet article, les résultats du référendum du 1er novembre 2020 par lequel la nouvelle Constitution d'Algérie a été approuvée par un peu plus de deux tiers des suffrages (malgré une très forte abstention, seuls un peu plus de 23 % des électeurs s'étant rendus aux urnes) n'était pas encore validés par le Conseil Constitutionnel.

contre les pouvoirs politiques qui, par l'intermédiaire de leur majorité parlementaire, veulent changer la constitution afin de consolider leurs intérêts en violant les droits de l'opposition et des minorités, est les articles intangibles.

Comme Mesmin SAINT-HUBERT l'indique, «*si l'on se prononce dans le sens d'un pouvoir constituant illimité, les droits fondamentaux dont jouissent les citoyens ne dépendent que de la volonté de l'organe constituant; en revanche si l'on se prononce dans le sens d'une limitation du pouvoir constituant, alors les citoyens ont la garantie que les droits fondamentaux dont ils sont titulaires ne peuvent être supprimés par le constituant*».[78]

Parallèlement, d'après FAVOREU, «*l'essentiel aujourd'hui, dans les régimes démocratiques modernes, est de garantir un équilibre entre majorité et opposition (beaucoup plus qu'entre exécutif et législatif), cela afin que l'opposition ne soit pas écrasée par une majorité trop forte et qu'elle ait une chance de revenir au pouvoir. Cela ne peut se faire que si un arbitre veille au respect des règles du jeu sous le regard attentif de l'opinion qui tient notamment à ce que les droits fondamentaux soient respectés par la majorité.*»[79] Dans cette partie de son article, il est évident que l'auteur montre très clairement la corrélation entre l'existence d'une cour constitutionnelle et la diminution des violations des droits de l'homme.[80]

Avant la Seconde guerre mondiale, en Occident, le regard envers le contrôle de constitutionnalité était négatif. La plupart des théoriciens et surtout la gauche estimaient que le contrôle de constitutionnalité des lois est l'un des moyens du conservatisme et du déclin social. Notamment après la Seconde guerre mondiale, sous sa forme apparue en Europe, le contrôle de constitutionnalité a changé de contenu. Désormais, les cours constitutionnelles ont joué un rôle assez progressiste à propos de la

---

[78] SAINT-HUBERT Mesmin, «La Cour Suprême de l'Inde, Garante de la Structure Fondamentale de la Constitution - La Construction d'une Nouvelle Doctrine Visant à Limiter le Pouvoir Constituant Dérivé», **Revue Internationale de Droit Comparé**, no. 3-2000, Juillet-Septembre 2000, p. 632.

[79] FAVOREU, p. 162.

[80] Bien sûr que cela ne montre pas que seule l'existence d'une cour constitutionnelle empêche les violations des droits de l'homme. Par exemple, la Russie et la Turquie sont deux Etats où il existe une cour constitutionnelle mais, par contre, qui sont aussi les plus condamnés par la Cour européenne des droits de l'homme.

protection des droits et libertés fondamentaux et, par conséquent, elles ont montré le chemin à suivre aux organes législatifs.[81] Dans les Etats où les droits de l'homme sont protégés par des articles intangibles, les cours constitutionnelles ont plus de pouvoir d'appréciation et donc peuvent résister plus fortement aux violations des droits et libertés fondamentaux. Le pays précurseur dans ce domaine, après l'expérience infâme de la Seconde guerre mondiale, comme précédemment cité plusieurs fois, est l'Allemagne.

Selon l'article 79/3 de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, une révision touchant les principes relatifs aux droits et libertés fondamentaux dans les articles 1 et 20 n'est pas possible. Le 1er article de cette Constitution détermine que la dignité humaine est immuable, ce qui est l'un des principes essentiels qui prend sa source du droit naturel.[82] Autrement dit, la dignité humaine constitue la base de la Constitution d'Allemagne; tout l'ordre constitutionnel et tous les droits fondamentaux garantis sont fondés sur ce principe.[83]

D'un point de vue positiviste, on peut dire que seulement le 1er et le 20e article sont intangibles. Cependant, il faut admettre que l'effet d'intangibilité des ces deux articles se répand, pas absolument mais relativement, sur les 18 articles entre les deux dans lesquels les droits de l'homme sont cités. Le 3e paragraphe du 1e article se réfère aux 18 articles qui suivent sous cette formule: «*(l)es droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable*». Le 1er article protège non seulement la dignité humaine mais aussi les droits fondamentaux suivants. En raison de l'expression claire de l'article 79/3, on ne peut pas dire que ces articles soient aussi intangibles. La protection qu'on y évoque est contre l'annulation de ces articles. Le Parlement allemand peut réviser les articles entre le 1er et le 20e, mais ne peut pas les annuler, ni vider leur contenu ou bien changer leur essence. Sinon, cette révision serait contraire à la volonté du pouvoir constituant originaire selon le 3e paragraphe du 1er article.

En fait, depuis l'adoption de la Constitution en 1949, le Bundestag a modifié plusieurs articles qui soulignent les droits de l'homme et la Cour

---

81 FAVOREU, pp. 160-161.

82 HERZOG Roman, «La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux (Rapport Allemand)», **AIJC**, VI-1990, p. 16.

83 NOHLEN, p. 682.

constitutionnelle fédérale a contrôlé quelques-unes de ces lois constitutionnelles par rapport aux articles intangibles. Premièrement en 1970, dans sa décision appelée *Klass*[84], la Cour constitutionnelle fédérale a fait un contrôle de constitutionnalité d'une révision de l'article 10 de la Constitution fédérale qui détermine le droit au respect de la correspondance par rapport à l'article intangible. Dans cet arrêt, la Cour a décidé que la révision qui annule le devoir d'informer les gens qui sont mises sur écoute discrètement ne viole pas la dignité humaine protégée par le 1e article intangible de la Loi fondamentale.

En 2004, dans un autre arrêt[85], la Cour de Karlsruhe a eu l'occasion de faire un contrôle de constitutionnalité d'une autre loi constitutionnelle. La révision de l'article 13 de la Constitution sur le droit au respect du domicile qui permet aux autorités de faire une écoute électronique à distance des habitations a été vérifiée par la Cour par rapport à la dignité humaine. Les juges n'ont pas annulé la révision mais ils ont utilisé leur droit à interpréter pour qu'elle ne viole pas le 1e article de la Constitution.

On voit que, même si la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne accepte qu'elle détienne le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, jusqu'aujourd'hui elle n'a annulé aucune des révisions des articles entre 1 et 20. Au lieu d'annuler les révisions, elle a utilisé le moyen d'interprétation conforme à la constitution[86] et a choisi de se limiter soi-même[87]. La Cour fédérale accepte la disposition intangible comme une exception qui doit être interprétée d'une manière stricte en donnant une marge d'appréciation assez large au pouvoir de révision constitutionnelle.[88] Parce que la fin du principe d'autolimitation est la protection de l'autonomie politique des autres organes constitutionnels.[89] Par contre, il faut souligner que la Cour fédérale, bien qu'elle ait refusé d'annuler les révisions constitutionnelles disputées, elle a pu devenir la protectrice des droits de l'homme grâce aux interprétations dans ses décisions.

---

84 La décision datée 1970, no: BVerfGE 30, 1.

85 La décision datée 2004, no: BVerfGE 109, 279.

86 Pour en savoir plus, voir: ODER Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta, İstanbul, 2010, pp. 123-193; HEKIMOĞLU Mehmet Merdan, **Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları**, Detay Yayıncılık, Ankara, 2004, pp. 327-341.

87 LEPSIUS, p. (indéfini).

88 ARNOLD Rainer, «Les Dispositions inaltérables de la Constitution: La perspective allemande», **Anayasa Hukuku Dergisi / Le Journal du Droit Constitutionnel**, vol. 1, no. 2, 2012, p. 232.

89 CAN Osman, **Kurucu İktidar Anayasa ve Bekçi**, Alfa, İstanbul, 2013, p. 140.

B. Le rôle protecteur des articles intangibles dans un régime autoritaire: cas de la Turquie

La Constitution turque de 1924 ne contenait aucun instrument pour le contrôle de constitutionnalité des lois. Ce n'était alors pas possible de limiter la majorité dans la Grande Assemblée Nationale de Turquie (GANT) par les restrictions énumérées dans la Constitution. Suite à l'expérience de plusieurs violations des dispositions de la Constitution, des droits de l'homme et des principes fondamentaux entre 1950-1960 sous le gouvernement du Parti Démocrate, le pouvoir constituant originaire de la Constitution de 1961, conformément à la tradition de protéger la forme républicaine de l'Etat par un article intangible, a décidé cette fois-ci de créer une cour constitutionnelle. Dans cette Constitution, se trouvait aucune restriction à propos du contrôle des lois constitutionnelles. La Cour constitutionnelle a interprété ce silence comme un pouvoir de contrôler les révisions et dans sa décision en 1970[90], elle a accepté que les révisions constitutionnelles soient aussi faites par des lois. Dès lors, elle s'est reconnu la possibilité de contrôler leur constitutionnalité. Dans cette même décision, la Cour a aussi estimé qu'elle avait un «devoir» de contrôler matériellement les lois qui modifient les principes essentiels du régime républicain.

Dans une autre décision[91] qui suit cette dernière, la Cour constitutionnelle de Turquie a mentionné que «*les dispositions générales de la Constitution sont en harmonie. Le bouleversement du système et de l'ordre et la création des contradictions/ambiguïtés avec des révisions constitutionnelles pourraient agiter et détruire la structure juridique qui se présente dans l'intégrité. Dans ce cas, c'est conforme au Préambule et aux articles 2, 4 et 8 de la Constitution que la Cour constitutionnelle, en utilisant les devoirs et pouvoirs donnés par l'article 147 de la Constitution, protège la Constitution contre la souveraineté de la majorité.*» On pense que le raisonnement basé sur «la protection de la Constitution contre la souveraineté de la majorité» est en conformité avec l'idée dominante après la Seconde guerre mondiale de la suprématie de la constitution et des droits de l'homme que l'on défend dans ce travail.

La Cour constitutionnelle de Turquie, en 1977, bien que son pouvoir de contrôle au fond dans ce domaine ait été supprimé par les révisions

---

[90] La décision en date de 16.06.1970, no. E. 1970/1, K. 1970/31.

[91] La décision en date de 13.04.1971, no. E. 1970/41, K. 1971/37.

constitutionnelles de 1971 et 1973, a quand même contrôlé la révision constitutionnelle éliminant le recours contre les décisions du Conseil Suprême des Juges et des Procureurs par rapport aux principes intangibles du régime républicain et l'a annulé en estimant que la révision n'étaitpas compatible avec les droits de l'homme, l'Etat de droit et le principe d'égalité.[92]

Dans un autre arrêt en 2008[93], donc sous la Constitution de 1982 qui est toujours en vigueur, elle a décidé que les révisions des articles 10 et 42 de la Constitution qui ont été acceptées pour permettre les étudiantes voilées de participer aux cours dans les universités n'étaitpas conformes au principe de laïcité mais aussi aux droits des étudiantes qui ne sont pas voilées. La Cour a estimé que puisque la voile est un symbole prosélyte, il pourrait alors devenir un moyen d'oppression sur les étudiantes non-voilées. Cette décision, bien qu'elle trouve sa ressource dans la jurisprudence de la Cour EDH,[94] a été condamnée comme étant une violation de la liberté de conviction et de religion.[95] L'argumentation de la Cour dans cet arrêt a été aussi trouvé en contradiction avec la Constitution et les principes de démocratie.[96]

CONCLUSION

Le système parlementaire est en crise car la séparation des pouvoirs, chère à Montesquieu, n'est plus valable à cause de la fusion des organes législatif et exécutif par l'intermédiaire des partis politiques. L'émergence à partir de la fin du XIXe siècle des partis de masse a affaibli les assemblées à plusieurs égards. En premier lieu, la transition de factions lâches à des groupements de partis disciplinés a miné la capacité des membres individuels à représenter les électeurs en tant qu'administrateurs en exerçant leur propre jugement et leur propre conscience. Plus importante est la

---

92 La décision en date de 27.01.1977, no. E. 1976/43, K. 1977/4.

93 La décision en date de 05.06.2008, no. E. 2008/16, K. 2008/116.

94 Voir les décisions Karaduman contre la Turquie, No. 16278/90, date: 03.05.1993 et Refah Partisi contre la Turquie, Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, date: 13.02.2003 § 95.

95 Human Rights Watch, «Türkiye: Anayasa Mahkemesi Kararı Başörtüsü Yasağını Destekliyor», https://www.hrw.org/tk/news/2008/06/05/233660 (visité le 11.05.2022)

96 ÖZBUDUN Ergun, «Türban Kararının Gerekçesi», **Liberal Düşünce Dergisi**, Eté Automne 2008, No. 51-52, p. 79.

tendance de l'unité du parti à faciliter la domination de l'exécutif. Dans les systèmes parlementaires en particulier, la loyauté envers le parti signifie, pour la majorité des parlementaires, la loyauté envers le gouvernement en place, qui est formé, après tout, des dirigeants de leur propre parti.[97] Dans les Etats où il n'existe pas de tradition ou de culture démocratique, arriver au pouvoir signifie l'opportunité pour ceux qui gouvernent de pouvoir détruire l'Etat de droit, les droits de l'homme et enfin la démocratie, afin d'arriver à leurs objectifs personnels et partisans. C'est surtout valable pour les gouvernements populistes qui est un phénomène assez répandu dans le monde au début du 21e siècle.

Les articles intangibles, entre les mains de la cour constitutionnelle, deviennent dans ces circonstances le dernier rempart pouvant empêcher les gouvernements populistes et autoritaires d'anéantir les libertés, les droits et la démocratie pluraliste.

Il convient de souligner que les obstacles créés par les articles intangibles devant les pouvoirs politiques autoritaires ne peuvent être valables que si la cour constitutionnelle les utilise pendant le contrôle judiciaire des lois constitutionnelles. Sinon, ces dispositions des constitutions prévues comme articles intangibles ne sont que des vœux pieux sans aucun résultat juridique.[98] Pour que l'histoire ne se répète, que les droits de l'homme soient protégés contre les majorités autoritaires et que les principes fondateurs des Etats et l'esprit des pouvoirs constituants originaux soient respectés, les articles intangibles sont des instruments légaux assez fort. C'est probablement pour cela que l'intangibilité est une tendance croissante dans le constitutionnalisme global d'aujourd'hui.[99]

---

[97] HEYWOOD Andrew, p. 326-328.

[98] Commission de Venise, **Rapport sur l'Amendement Constitutionnel**, (11-12 Décembre 2009), CDL-AD (2010) 001, § 208.

[99] ROZNAI, p. 29.

BIBLIOGRAPHIE

ALBERT Richard, «Constitutional Handcuffs», **Arizona State Law Journal**, No. 42, January 2010.

ARNOLD Rainer, «Les Dispositions inaltérables de la Constitution: La perspective allemande», **Anayasa Hukuku Dergisi / Le Journal du Droit Constitutionnel**, vol. 1, no. 2, 2012.

BARBER Benjamin, **Güçlü Demokrasi**, Ayrıntı, İstanbul, 1995.

BOEDELTJE Mijke / CORNIPS Juul, "Input and Output Legitimacy in Interactive Governance", NIG Annual Work Conference working paper, Rotterdam, 2004, http://repub.eur.nl/res/pub/1750/NIG2-01.pdf (visité le 01.12.2020).

BURDEAU Georges, La Démocratie, Seuil, Neuchâtel, 1956.

CAN Osman, **Kurucu İktidar Anayasa ve Bekçi**, Alfa, İstanbul, 2013.

CANEDO Marguerite, «L'Histoire d'une Double Occasion Manquée», **Revue du Droit Public (RDP)**, no. 3-2003, 2003.

CAPLAN Jane, **Hitler Almanyası 1933-1945**, İnkılap, İstanbul, 2012.

CRIGNON Philippe, «La Critique de la Représentation Politique Chez Rousseau», **Les Etudes philosophiques**, 2007/4 No. 83.

DİKMEN CANİKLİOĞLU Meltem, **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

DRYZEK John S., **Deliberative Democracy and Beyond - Liberals, Critics, Contestations**, Oxford University Press, New York, 2000.

ELSTER Jon, **Deliberative Democracy**, Cambrige University Press, Cambridge, 1998.

ESMEIN Adhémar, **Eléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé**, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et Du Journal du Palais, Paris, 1909.

FARAGUNA, Pietro, «Unamendability and Constitutional Identity in the Italian Constitutional Experience», **European Journal of Law Reform**, Issue 3, 2019.

FAVOREU Louis, «De la Démocratie à l'Etat de Droit», **Le Débat**, no. 64, 1991.

FOMBAD Charles Manga, «Limits on the Powers to Amend Constitutions: Recent Trends in Africa and Their Potential Impact on Constitutionalism», https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/unbotslj6&div=4&id=&page= (consulté le 01.12.2020).

GÖZLER Kemal, **Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle**, t. I, Presses Universitaires de Septentrion, 1995, Villeneuve d'Ascq, 1997.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin, Bursa, 2000.

HEKIMOĞLU Mehmet Merdan, **Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları**, Detay Yayıncılık, Ankara, 2004.

HERZOG Roman, «La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux (Rapport Allemand)», **AIJC**, VI-1990.

HEYWOOD Andrew, **Politics**, Palgrave, 4th edition, New York, 2013.

KLEIN Claude, **Théorie et Pratique du Pouvoir Constituant**, PUF, Paris, 1996.

LEPSIUS Olivier, «Le Contrôle par la Cour Constitutionnelle des Lois de Révision constitutionnelle dans la République Fédérale d'Allemagne», **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, no. 27, Janvier 2010, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-par-la-cour-constitutionnelle-des-lois-de-revision-constitutionnelle-dans-la-republique-federale-d-allemagne.51426.html (consulté le 01.12.2020).

LIJPHART Arend, **Çağdaş Demokrasiler**, Yetkin, Ankara.

LOUGHLIN Martin, «On Constituent Power» *in* Michael W. Dowdle and Michael A. Wilkinson, **Constitutionalism Beyond Liberalism**, Cambridge University Press, 2016.

MURSWIEK Dietrich, «Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen», http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/ewigkeitsgarantie (visité le 04.11.2020).

MÜLLER Jan-Werner, **Popülizm Nedir?**, 4. baskı, İletişim, İstanbul, 2020.

NOHLEN Nicholas, «Germany: The Electronic Eavesdropping Case», **International Journal of Constitutional Law**, vol. 3, no. 4, October 2005, http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/680.full.pdf+html (consulté le 01.12.2020).

ODER Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta, İstanbul, 2010.

QUINT Peter E., «60 Years of the Basic Law and its Interpretation: An American Perspective», **Jahrbuch des Öffentlichen Rechts des Gegenwart**, vol. 57, 2009, University of Maryland Legal Studies Research Paper, no. 2010-22, http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1940&context=fac_pubs (visité le 01.12.2020)

ÖZBUDUN Ergun, «Türban Kararının Gerekçesi», **Liberal Düşünce Dergisi**, Eté Automne 2008, No. 51-52.

PAÇACI İrfan, "1982 Anayasasının Yönetim Mühendisliği Mimarisi ve Bozulan Şifreleri (Geçici 15. Maddenin Sistemde Yaşayan Ruhu)", **Demokrasi Platformu**, No. 8/30, 2012.

PAÇACI İrfan, "Türkiye'da Anayasa Mühendisliği", Sosyal Bilimler Dergisi, No. 5/31, Décembre 2018.

ROUSSEAU Dominique, "De la Démocratie Continue", *in* **La Démocratie Continue**, sous la direction de ROUSSEAU Dominique, Bruylan-LGDJ, Paris, 1995.

ROUSSEAU Dominique, **La Démocratie Continue**, Bruylant-LGDJ, Paris, 1995.

ROUSSEAU Dominique, **La Justice Constitutionnelle en Europe**, Montchrestien, Paris, 1992.

ROUSSEAU Jean-Jacques, **Toplum Sözleşmesi**, Betik, İstanbul, 2004.

ROZNAI Yaniv, «Necrocracy or Democracy ? Assessing Objections to Constitutional Unamendability», *in* **An Unamendable Constitution ?**, éd. ALBERT Richard et ODER Bertil Emrah, Springer, 2018.

SAĞLAM Fazıl, «Anayasa ve Değişmez Kurallar» *in* **Prof.Dr Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

SAINT-HUBERT Mesmin, «La Cour Suprême de l'Inde, Garante de la Structure Fondamentale de la Constitution - La Construction d'une Nouvelle Doctrine Visant à Limiter le Pouvoir Constituant Dérivé», **Revue Internationale de Droit Comparé**, no. 3-2000, Juillet-Septembre 2000.

SCHMITT Carl, **Théorie de la Constitution**, 1e éd., PUF (Quadrige), Paris, 2008.

SCHOLTES Julian, «The Complacency of Legality: Constitutionalist vulnerabilities to populist constituent power», **EUI Working Paper** Law 2018/07, ISSN 1725-6739, https://ssrn.com/abstract=3127402 (Consulté le 26.10.2020).

ŞİRİN Tolga, «Anayasanın Değiştirilemez Hükümlerini Tartışmak», **Güncel Hukuk Dergisi**, Nisan 2011/4-88, 2011.

UYGUN Oktay, «Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bakımından Anayasaların Değiştirilemez Hükümleri», *in* **Prof.Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

TANÖR Bülent, **İki Anayasa**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.

TURHAN Mehmet, «Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri», **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, vol. XXXIII, no. 1-4, 1976.

TURPIN Dominique, **Contentieux Constitutionnel**, Paris, PUF, 1986.

Autre

Le rapport annuel de la Cour Constitutionnelle de 2020, p. 210, https://anayasa.gov.tr/media/7444/2020_yillik_rapor.pdf (visité le 27.04.2022)

Human Rights Watch, «Türkiye: Anayasa Mahkemesi Kararı Başörtüsü Yasağını Destekliyor», https://www.hrw.org/tk/news/2008/06/05/233660 (visité le 11.05.2022)

Venice Commission, **Report on Constitutional Amendment**, adopted at its 81st Pleanry Session, 11-12 December 2009, § 212.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 447-509

HAPİS CEZASININ ERTELENMESİ(*) (TCK md. 51)

Dr. Av. **Rezan EPÖZDEMİR**(**)

Öz: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"Üçüncü Kısım"*, *"Birinci Bölüm"* 51. maddesinde düzenlenen *"Hapis Cezasının Ertelenmesi"* kurumu, cezanın bireyselleştirilmesi prensibi ve önleme teorileri neticesinde suçlunun topluma yeniden kazandırılması amacına hizmet eden, fail hakkında hükmolunan hapis cezasının, toplum içerisinde infaz edilmesine olanak sağlayan bir suç politikası aracıdır. Hiç şüphesiz, hapis cezasının ertelenmesi müessesesi ile hapishane hayatının getirdiği psikolojik tahribat ve olumsuzluklarla karşı karşıya kalması engellenen hükümlü, denetim süresi içerisinde cezaevine düşme tehdidi altında kalarak, suç işlemekten kaçınmakta ve rehabilite olabilmektedir. Bu yönüyle toplumsal yaşama düzeninin sağlanması amacına hizmet eden hapis cezasının ertelenmesi kurumu birçok farklı objektif ve sübjektif unsuru bir arada bulunduran kümülatif bir ceza infaz rejimidir. Çalışmamızda, öğreti görüşlerine ve ihtilaflı hususlara yer verilmek suretiyle, ceza yargılamasının temel, evrensel prensipleri ışığında hapis cezasının ertelenmesi müessesesinin özü ve amacı ortaya konulmuş, ihtilaflı uygulamalara müessesenin amacı ışığında çözüm üretilmiş, müessesenin tatbiki için öngörülen şartlar açıklanmış, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında kurumun iltisaklı müesseseler ile irtibatı irdelenmiş ve Yargıtay içtihatları ile konu pekiştirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hapis Cezasının Ertelenmesi, Erteleme, Hapis Cezası, Denetim Süresi, Denetim, Pişmanlık.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2022 - Makale Kabul Tarihi: 15.06.2022.

(**) Avukat, İstanbul Barosu
(ORCID no: 0000-0003-4038-9447; *rezanepozdemir@hotmail.com*).

DEFERMENT OF IMPRISONMENT

Abstract: In the light of principle of customization of punishment and crime prevention theory, the deferment of the prison institution as set out in Article 51, "Part 1", "Chapter 3" of Turkish Criminal Code No. 5237 is a crime policy tool which contributes to the purpose of regaining the offender and provides an opportunity to execution of penalty in public. It's an obvious fact that with deferment of the prison institution, the offender who protege from psychological disorders and other mental problems, can be rehabilitated and avoid from commit a crime in contemplation of being imprisoned within the supervision. From this aspect, the deferment of the prison institution is a cumulative penal system that includes lots of objective and subjective elements and contributes to the purpose of providing a social order. In our study, the essence and purpose of deferment of the prison institution had been explained, a solution for conflict application had been created in the light of the deferment institution, explanations about cretain conditions for application of the institution had been included, connection between deferment institution and cohesive institutions had been studied within the Turkish Criminal Code No. 5237 and the study had been corroborated with the court of cassation decisions in the light of the universal and fundamental principles of criminal procedural by including legal views and matters in disputed.

Keywords: Deferment of Imprisonment, Deferment, Imprisonment, Supervision Period, Supervision, Remorse.

GİRİŞ

Hukuk, adalete yönelmiş toplumsal yaşama düzenidir[1]. Hukukun esas amacı, toplum nezdinde ortaya çıkan uyuşmazlıklara etik değerler ve hakkaniyetli adalet anlayışı gözetilerek çözüm üretilmesi, toplumun birlik ve düzenin sağlanmasıdır. Toplum birliğinin korunması ve devamlılığının sağlanması için hukuk kuralları ile sosyal ilişkilerin düzeltilmesi, tamamlanması ve güçlendirilmesi gerekir[2]. Diğer bir deyişle hukuk, toplumun birleştirilmesine katkı sağlamaktadır. Hukuk biliminin genel amacına hizmet eden ve bireylerin suç teşkil eden fiillerini konu alan hukuk dalı ise ceza hukukudur. Ceza hukuku, birlikte yaşamın sağlanması ve korunabilmesi için hangi eylem ve fiillerin suç teşkil ettiğini ve bu fiiller neticesinde tatbik olunacak yaptırımları düzenleyen normatif bir disiplindir[3]. Nitekim, ceza hukuku, kişinin hak ve hürriyetlerine kısıtlamalar getirerek, toplumdaki çıkar uyuşmazlıklarını önlemekte ve top-

---

1 IŞIKTAÇ Yasemin, **Hukuk Başlangıcı**, 3. Bası, Seçkin, İstanbul, 2010. s.18.

2 İÇEL Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2021. s.45.

3 ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, Beta, Ankara, 2016. s.3.

lumun konsolidasyonunu sağlamaktadır. Ceza Hukuku'nun toplumsal birlik ve faydanın sağlanması yönündeki amacı, zaman içerisinde sanığın toplumdan uzaklaştırılmadan iyileştirilmesini ve ıslah edilmesini esas alan seçenek kurum ve yaptırımların ikame edilmesini ve uygulanmasını sağlamıştır. Bilhassa, kısa süreli hapis cezalarının suçluların topluma kazandırılmasında ve suçla mücadelede fonksiyonel fayda göstermemesi nedeniyle suçun, failin kişiliğine uydurulması ve cezanın bireyselleştirilmesi prensibi ışığında, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaların sakıncalarının önlenmesi ve ceza infaz kurumlarının getirdiği olumsuzlukların engellenmesi amacıyla hapis cezasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kamu davasının açılmasının ertelenmesi gibi çeşitli erteleme kurumları ikame edilerek hakkında nispeten kısa süreli hapis cezasına hükmedilen faillerin toplum içerisinde rehabilite edilmesi sağlanmıştır. Anlaşılacağı üzere, erteleme kurumlarının özünde, öngörülen süre boyunca belirli şartları sağlayan fail hakkında kovuşturma yürütülmesi ve/veya ceza infaz kurumlarına gönderilmesi yerine toplumla bütünleştirme ve ıslah etme düşüncesi yatmaktadır.

Çalışmanın konusunu oluşturan ve erteleme kurumlarından biri olan hapis cezasının ertelenmesi kurumu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Fail hakkında hükmolunan hapis cezasının ertelenebilmesi için yasa koyucu tarafından suça, faile ve cezaya ilişkin birtakım şartlar öngörülmüş, failin tekrar suç işlemeyeceğine yönelik davranışları ve duyduğu pişmanlık göz önüne alınarak mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır. Diğer taraftan, yasa koyucu, onarıcı adalet düşüncesinin etkisiyle erteleme kararının verilebilmesi için suçtan zarar gören kişi yahut kurumların zararların karşılanmasının şart koşulabileceğini öngörmüştür. Belirtmek gerekir ki, hapis cezasının ertelenmesi kurumunun hizmet ettiği amaç ve ulaşmak istediği hedef doğrultusunda tatbik edilebilmesi için yasa koyucu tarafından öngörülen şartların titizlikle değerlendirilmesi gerekir. Aksi halde, kurum, hizmet etmek istediği amaçtan uzaklaşarak zararlı bir müessese haline dönüşebilecek, fail ıslah edilemeyecek ve failin topluma yeniden kazandırılma düşüncesi etkisizleşebilecektir. Kanaatimizce, hapis cezasının ertelenmesi kurumunun zararlı bir müessese haline dönüşmemesi, fail ile topluma fayda sağlayacak şekilde tatbik edilebilmesi için kurumun ceza hukukunun amacı ışığında incelenmesi ve yasa koyucu tarafından öngörülen şartların detaylandırılması gerekir. Çalışmamızda, bu hususlar dikkate alınarak kurumun gelişimi ve amacı değerlendirilecek, yasa koyucu tarafından öngörülen şartlar ortaya konulacak ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan ihtilaflar çözüme kavuşturulacaktır.

I. CEZA HUKUKUNUN AMACI IŞIĞINDA HAPİS CEZASININ ERTELENMESİ

Ceza hukukunun hizmet ettiği *"toplumsal barışın"* sağlanabilmesi için birçok farklı teori ortaya atılmış, suç teşkil eden fiillerin cezalandırılması noktasında dönemsel konjonktür etkin rol oynamıştır. Zira ceza hukuku, ahlak kurallarından, örf ve adetten, teknolojik gelişmelerden, iktidarı elinde tutan siyasal anlayıştan, hak ve özgürlük konusunda dünyada yaşanan gelişmelerden etkilenmekte, suç teşkil eden fiil ve yaptırımlar belirlenirken mezkûr unsurlar dikkate alınmaktadır[4]. Nitekim, bir suç politikası aracı olan ceza hukuku, uygulandığı dönemlerde var olan fikir ve akımlardan etkilenmiş, toplumsal düzenin sağlanması noktasında farklı düşünceler ortaya atılmıştır.

Teokratik düşünce rüzgarlarının estiği Aydınlanma Öncesi Çağ'da ortaya atılan *"adaletçi teorilere"* göre kişinin gerçekleştirdiği eylem nedeniyle cezalandırılmasının tek amacı adaletin sağlanması olarak öngörülmüştür[5]. Bu teoriye göre, suç işleyen kişiye verilen ceza, yalnızca kişinin fiili karşılığında ödenen bir kefaret olarak nitelendirilmiş, kişinin kusurlu davranışı aynı zamanda günah ve sair kötülük olarak kabul edilmiş, belirlenen cezanın günahlardan arınmak için bir araç olduğu varsayılmıştır[6]. Bu yönüyle, dini kaygılarla ortaya atılan kefaret anlayışı, cezanın suçu önleme ve faili uslandırma amacına hizmet etmemekte, yalnızca gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemin karşılıksız kalmaması ve kişinin günahlarından arındırılması gerekliliğini benimsemektedir.

İlkel ceza hukuku prensiplerinin, Aydınlanma Çağıyla birlikte reforma uğraması sonucunda, bireyin varlığı; devletin karşısında önem kazanarak insan her şeyin üzerinde bir değer olarak tanınmış, adalet; şiddet eğilimindeki teolojinin elinden kurtarılmaya çalışılmıştır[7]. Bu gelişmeler ışığında, *"öç alma"* ve *"kefaret"* anlayışından uzaklaşılarak cezaların belirlenmesi noktasında, toplum ve birey yararı gözetilmiş; ceza hukuku failin ileride tekrar suç işlememesini temin eden bir araç haline gelmiştir[8].

---

4 **ZAFER**, s.42.

5 **İÇEL**, s.46.

6 KORUCULU Irmak**, Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,** 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2022. s.65; **ZAFER**, s.20.

7 **KORUCULU**, s.326; **ZAFER**, s.37

8 DOĞAN Duygu Çağlar, **Hapis Cezasına ve İnfazına Seçenek Kurumlar**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2021. s.40.

Cezanın meşruluğunu, toplumsal fayda amacı ile açıklayan ve döneminde etkili olan *"genel önleme teorisine"* göre ceza, toplumun huzur ve sükununun sağlanması için gerekli ve faydalı olarak görülmüş; toplumun huzur ve sükununu bozan hukuka aykırı eylemler cezalandırılarak bireyleri suç işlemekten caydırma amacı güdülmüştür[9]. Buna karşılık *"özel önleme teorisi"* ile ceza failin ıslahı ve resosyalizasyonu neticesinde topluma yeniden kazandırılması amacına hizmet eden bir araç olarak nitelendirilmiştir. Özel önleme teorisine göre ceza, tesadüfi suçluyu başkaca suç işlemekten caydırmalı, ıslah edilmesi olanaklı failleri cezanın infazı aşamasında eğiterek yeniden topluma kazandırmalıdır[10].

Dönemsel tartışmalara konu olan mezkûr teoriler, modern ceza hukuku anlayışının benimsenmesinde etkin rol oynamış, ortaya atılan *"karma teori"* ile cezanın amacının *"kefaret"* ile *"genel"* ve *"özel"* önleme olduğu kabul edilmiştir[11]. Cezanın, failin kusuru ile orantılı olması kefaret anlayışının gereği olarak görülürken, failin ıslahı ve toplumun suç önlemekten caydırılmaya çalışılması "*önleme*" teorilerinin gereği olarak görülmüştür[12]. Ayrıca, modern ceza hukukunda, failin topluma yeniden kazandırılması amacının gerçekleştirilebilmesi için failin kişiliğinin değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek, cezanın bireyselleştirilmesi prensibi benimsenmiştir[13]. Cezanın bireyselleştirilmesi prensibi ile, suç ve fiile ilişkin objektif değerlendirmeler yanında, faile ilişkin sübjektif değerlendirmeler ön plana alınarak, suç teşkil eden fiil yerine failin cezalandırıldığı bakış açısı özümsenmiştir[14].

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ("TCK") da bahsedilen teori ve prensipler ışığında normatif düzenlemeler ikame edilmiş, kötülük yapan kişinin iyileştirilmesi, toplumun korunması ve failin ıslah edilerek topluma yeniden kazandırılması amacıyla cezalar bireyselleştirilerek cezanın fail üzerinde etkin bir ceza siyaseti aracı olarak kullanılması hedeflenmiştir[15]. Nitekim TCK'nın 1. maddesinde kanunun amacının *"kişi hak ve özgürlükle-*

---

9 **ZAFER**, s.38-39; **İÇEL**, s.47.

10 **İÇEL**, s.47.

11 CENTEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Bası, Seçkin, İstanbul, 2020. s. 551.

12 **CENTEL ve diğ**., s.551.

13 **KORUCULU**, s.326.

14 **KORUCULU**, s.327.

15 Nitekim, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi" başlıklı 3. Bölümünde düzenlenen 62. Maddesi, cezanın bireyselleştirilmesi ilkesinin benimsendiğini tevsik etmektedir.

rinin, kamu düzen ve güvenliğinin, hukuk devletinin, kamu sağlığının, toplum barışının korunması ve suç işlemesinin önlenmesi" olduğu belirtilerek toplum düzeninin sağlanmasının hedeflendiği ortaya koyulmuştur.

Ceza hukukunun failin ıslah edilerek topluma kazandırılması amacı göz önüne alındığında, uygulamada nispeten kısa süreli hapis cezalarının infazının bu amaca hizmet edemeyeceği durumlar ortaya çıkabilmektedir. Nitekim, hapis cezasının miktarı, failin ıslah edilme hedefine ulaşılamayacak kadar kısa olabilmekte yahut tesadüfi olarak suç işlemiş olan failin cezaevinde profesyonel suçlularla teması neticesinde suç işleme tekniklerini öğrenmesi ve suç işlemeyi alışkanlık haline getirmesi gibi ıslah amacından uzak sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Yine, kısa süreli hapis cezalarının toplum nezdinde korkutucu etki yaratmadığı göz önüne alındığında benimsenen suçtan caydırma ve genel önleme amacının gerçekleşmediği tartışmaya mahal vermeyecek derecede aşikardır[16].

Diğer taraftan, kısa süreli hapis cezalarının infazı, infaz kurumlarında sınırlı kapasitenin üzerine çıkılması sonucunu doğurduğundan, failin ıslah edilmesi ve uslandırılması zorlaşmakta, hatta imkânsız hale gelmektedir[17]. Hal böyle olunca, uygulamada, kısa süreli hapis cezalarının infazının getirdiği olumsuz etkilerin bertaraf edilmesi amacıyla öngörülen şartlar altındaki mahkumların, hapis cezalarına seçenek yaptırımlar ikame edilmiş, kimi düzenlemeler ile faile adeta bir şans daha tanınırken kimi düzenlemeler ile failin toplum içerisinde ıslah edilmesi amaçlanmıştır.

Ceza hukukunun faili ıslah etme amacı ve cezanın bireyselleştirilmesi prensibinin tezahürlerinden biri olan hapis cezasının ertelenmesi, nispeten kısa süreli hapis cezalarının, ceza infaz kurumlarında çektirilmesinden doğan olumsuz etkileri önlemek adına kabul edilmiş bir müessesedir[18]. Müessese ile belirli şartlar altındaki hapis cezası, toplum içerisinde infaz edilmekte ve fakat hükümlüye, denetim süresinde uyması gereken belirli sorumluluklar yüklenmektedir. Bu yönüyle, hakkında kısa süreli hapis cezası hükmolunan hükümlü, cezaevinin getirdiği olumsuzluklardan vareste tutulmakta, işlediği suçtan pişmanlık duyması sağlanarak uslandırılmakta ve topluma yeniden kazandırılmaktadır.

---

16 **CENTEL ve diğ**., s.570.

17 **CENTEL ve diğ.,** s.570.

18 KAŞKA Hakan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hapis Cezasının Ertelenmesi Müessesesi, Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013. s.32.

II. KOŞULLARI

TCK'nın 51. maddesi ile düzenleme altına alınmış hapis cezasının ertelenmesi, fail hakkında hükmolunan hapis cezasının, kanunda yazılı kriterlere göre belirlenen denetim süresi boyunca infaz kurumlarında geçirilmesine engel olan ve bu sürenin hâkim tarafından öngörülmüş tedbirlere uyumlu ve iyi halli geçirilmesi durumunda ertelenen cezasının infaz edilmiş sayılmasını sağlayan, hapis cezasının infazına seçenek bir kurumdur[19].

765 sayılı mülga TCK'nın 89 vd. maddeleri ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un (CİHK) 6. maddesi ile önceki ceza hukuku düzeninde ikame edilen erteleme kurumu ile yalnızca hapis cezalarının ertelenmesine dair bir şart öngörülmemiş bilakis genel ceza yaptırımlarının tecili benimsenmişti[20]. Buna karşın, yürürlükteki TCK'da yeniden düzenlenen hapis cezasının ertelenmesi kurumu ile mülga TCK döneminde uygulanan kurum, netice ve kriterler açısından farklılaştırılmıştır. Çalışmamızda, müesseseye ilişkin objektif ve sübjektif şartlar aktarılırken, yeri geldikçe bu farklılıklara değinilecektir.

1. Cezaya İlişkin Koşullar

TCK'nın 51. maddesinin 1. fıkrası uyarınca hükmolunan hapis cezasının ertelenebilmesi için ilk olarak hükmolunacak cezanın türü açısından bir sınırlama öngörülmüş, ikincil olarak ise ertelenebilecek ceza miktarı azami olarak belirlenmiştir. Bahsi geçen maddeye göre fail hakkında hükmolunan cezanın erteleme müessesine tabi olabilmesi için ilk olarak hapis cezası niteliğini haiz olması ve ikincil olarak da bu ceza miktarının iki yıl veya daha az süreli hapis cezası olması gerekmektedir. Kanun koyucu, bu aşamada ertelenmesine karar verilecek suç fiilinin manevi unsuruna, diğer bir deyişle kasten ya da taksirle işlenmiş olmasına ilişkin herhangi bir koşul öngörmemiş; yalnızca hükmolunacak hapis cezası miktarını sınırlamakla yetinmiştir[21].

---

[19] **DOĞAN**, s.226.

[20] ARTUK Mehmet Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA Caner A., **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 2.Bası, Adalet Kitapevi, Ankara, 2014. s.1707.

[21] ÖZGENÇ İzzet, "Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 18, Sayı: 1, 2001, s.99-148. s.106.

A. Hükmolunacak Cezanın Türü

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ("CMK") 223. maddesinin 5. fıkrasına göre sanığın üzerine atılı suçu işlediğinin sübuta ermesi durumunda sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilir. Mahkûmiyet kararı neticesinde fail hakkında uygulanabilecek yaptırımlar, hapis cezası ve adli para cezasıdır (TCK, md.45). Hapis cezaları, kendi içerisinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olmak üzere tasnif edilmiştir (TCK, md. 46). Bununla birlikte, süreli hapis cezalarının kural olarak, bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamayacakları öngörülmüştür (TCK, md.49).

TCK'nın 51. madde 1. fıkrası ile, yürütülen yargılama neticesinde fail hakkında hükmedilen cezanın, erteleme ehliyetini haiz olabilmesi için bu cezanın hapis cezası olması gerektiği belirtilmiştir. Mülga TCK döneminde, cezanın türü açısından bir sınırlama getirilmemiş hem adli para cezaları hem de hapis cezalarının ertelenmesine imkân verilmişti. Keza, mülga TCK'nın 89. maddesini yürürlükten kaldıran 647 sayılı CİHK'in *"Cezaların Ertelenmesi"* başlığını taşıyan 6. maddesi ile de hem hapis hem para cezalarının ertelenmesi mümkün kılınmıştı[22]. Yapılan değişiklikle birlikte 5237 sayılı TCK'da fail hakkında hükmolunacak yaptırımlar tasnif edilmiş ve ertelenme kabiliyeti yalnızca hapis cezalarına tanınmıştır[23].

Belirtmekte fayda var ki, yasa koyucunun erteleme kabiliyetini yalnızca hapis cezalarına tanımış olması, seçenek yaptırımlara çevrilen kısa süreli hapis cezaları bakımından özellik arz etmektedir. Nitekim, TCK'nın 50. maddesi uyarınca adli para cezası ya da güvenlik tedbirine dönüştürülen kısa süreli hapis cezalarının ertelenip ertelenemeyeceği, yasa koyucunun hükmedilecek cezanın türü bakımından belirlediği kriter esas alınarak çözüme kavuşturulacaktır. Bu noktada, kısa süreli hapis cezalarını tanımlamak ve kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara dönüştürülmesi halinde hapis cezası niteliğini kaybedip kaybetmediğini belirlemek gerekir.

Kısa süreli hapis cezaları, TCK'nın 49. maddesinin 2. fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre, bir yıl ya da daha az süreli hapis cezaları kısa süreli hapis

---

22 **KAŞKA**, s.51.

23 *"... henüz yeni yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY'nın 51. maddesi esasen para cezalarının ertelenmesine olanak vermemesine karşın... yasada münhasıran hapis cezasının ertelenmesinden söz edilmiş bulunması karşısında..."* (YCGK, 21.11.2006, 2006/215 E., 2006/259 K., www.lexpera.com, E.T: 21/03/2022).

cezası olarak nitelendirilmektedir. Hiç şüphesiz, erteleme şartlarını haiz fail hakkında bir yıl ya da daha az süreli hapis cezasına hükmedilmesi durumunda erteleme kararı verilebilecektir. Zira, hükmedilen cezanın türü hapis cezası olduğundan erteleme kararı verilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Diğer taraftan, hakkında kısa süreli hapis cezasına hükmolunan fail, şayet kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesi şartlarını haiz ise hükmolunan hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilebilecektir. Bu durumda, fail hakkında hükmolunan ceza, hapis cezası niteliğini kaybeder. Nitekim, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi durumunda asıl mahkûmiyet, kısa süreli hapis cezasının dönüştürüldüğü seçenek yaptırımdır (TCK md.50/5). Hal böyle olunca, kişi hakkında verilen mahkûmiyet, hapis cezası niteliğini kaybettiğinden bu cezanın ertelenebilme kabiliyeti de ortadan kalkmaktadır[24].

Öte yandan, hapis cezasının ertelenmesi ile kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi kurumları arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile, fail hakkında kısa süreli hapis cezasına hükmeden mahkeme, koşulların bulunması halinde kurumlar arasında seçim yapmakta takdir yetkisine sahiptir[25]. Bununla birlikte, TCK'nın 50. maddesinin 3. fıkrası uyarınca daha önce mahkum edilmemiş olan fail hakkında otuz gün ve daha az süreli hapis cezasına hükmedilmesi durumunda yahut fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış ya da altmışbeş yaşını bitirmiş olan fail hakkında bir yıl veya daha az süreli hapis cezasına hükmedilmesi halinde kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesi zorunlu olduğundan, erteleme müessesesi işbu kısa süreli hapis cezaları bakımından tatbik edilemeyecektir[26,27].

---

[24] *"... Görüldüğü gibi 5237 sayılı Yasada, paraya çevirme, tedbire dönüştürme ve erteleme şeklinde üç atıfet müessesi kabul edilmiş ve ancak sanık hakkında bu atıfet müesseselerinden yalnızca birinin uygulanabileceği hüküm altına alınmış, bu kapsamda erteleme yalnızca hapis cezaları için kabul edilmiş, hükmolunan cezanın adli para cezasına veya tedbire çevrilmesi halinde erteleme olanağı ortadan kaldırılmış, bu şekilde bir taraftan cezanın sanığın ileriki yaşamı üzerindeki olası etkileri azaltılmaya çalışılırken, diğer taraftan da cezaların caydırıcılığı ilkesi hayata geçirilmiştir.."* (YCGK, 10.02.2009, 2008/265E., 2009/22 K., www.lexpera.com, E.T: 21/03/2022)

[25] **KORUCULU**, s.397.; ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 20. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2020. s.520.

[26] **ÖZTÜRK ve diğ**. Uygulamalı Ceza Hukuku, s.521.

[27] *"... Daha önce herhangi bir sabıkası bulunmayan ve suç tarihinde 65 yaşını da bitirmiş olan hükümlü hakkında yerel mahkemece 5237 sayılı TCY'nın 228/1, 62 ve 55. maddeleri uyarınca hükmedilen 30 günden az hapis cezasının aynı Yasanın 50/3. maddesine göre 1. fıkrada sayılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunluluğuna uyulmaması isabetsiz olup, Özel Dairece yasa yararına bozma isteminin kabulüne karar verilerek hükmolunan hapis cezasının seçenek yaptırımlar-*

B. Hükmolunacak Cezanın Miktarı

Yasa koyucu, ertelenebilecek hapis cezası miktarını sınırlamış, ceza miktarının ertelenebilmeye konu olabilmesi için belirli bir ağırlığı aşmaması gerektiğini öngörmüştür[28]. Buna göre, fail hakkında hükmolunan hapis cezasının ertelenebilmesi için bu cezanın iki yıl veya daha az süreli olması gerekmektedir.

a. Sonuç Ceza Miktarı

Hükmedilen hapis cezasının üst sınırı, *"fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından ise üç yıl olarak belirlenmiştir[29]."* Yasa koyucunun, madde lafzında *"mahkûm edilen"* tabirini tercih ettiği göz önüne alındığında, cezanın süresi açısından aranacak kriter, hükümler ile işaret edilen soyut ceza miktarından ziyade, sanığın suç teşkil eden maddi fiili ve somut olay göz önüne alınarak belirlenen sonuç ceza miktarıdır[30].

Sonuç ceza miktarı, Türk ceza hukukunda benimsenen *"cezanın belirlenmesi"* ve "*cezanın bireyselleştirilmesi"* prensiplerinin somut olay bazında incelenmesiyle TCK'nın 61. maddesinde öngörülen şekilde tespit edilen ceza miktarıdır. Belirtmekte fayda var ki, belirlenen sonuç cezanın hapis cezasının ertelenmesi şartlarını sağlayıp sağlamadığının tespiti noktasında, fail hakkında yürütülen yargılama aşamasında failin hürriyetini kısıtlayıcı tedbir sürelerinin mahsubu dikkate alınmaz[31]. Diğer bir deyişle, ceza yargılaması sırasında fail hakkında mahsup şartlarını doğuran bir tedbir uygulansın ya da uygulanmasın, yargılama sonunda fail hakkında hükmolunan hapis cezası iki yılı aşıyorsa ertelenemeyecektir. Erteleme kurumunun objektif şartları irdelenirken dikkate alınması gereken süre, infaz süresi değil, sonuç ceza miktarıdır[32].

---

dan paraya dönüştürülmesine karar verilmiş olması CYY'nın 309/4-d maddesi uyarınca yerinde bir uygulamadır. Ancak yerel mahkemenin kesinleşen hükmündeki bir hukuka aykırılığı bu şekilde gideren Özel Dairece, "yerel mahkeme kararında erteleme hükmünün uygulanmasının kazanılmış hak oluşturduğu" gerekçesiyle, yasal olanak bulunmamasına karşın hükmolunan adli para cezasının ertelenmesine karar verilmek suretiyle yeni bir hukuka aykırılık oluşturulmuştur. Bu uygulama yasa yararına bozma kurumunun amacına uymamaktadır..." (YCGK, 23/11/2010, 2010/181E, 2010/234 K., www.lexpera.com, E.T: 21/03/2022)

28 **ARTUK ve diğ**., s.1711.

29 TCK, md. 51/1.

30 GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, **Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi**, 8. Baskı, Kazanci Yayınları, İstanbul, 1988. s.1016.

31 **KORUCULU**, s.396.

32 KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2021. s. 596.

b. Cezaların İçtimaı

Uygulamada karşılaşılan diğer bir mesele, failin, gerçekleştirdiği birden fazla suç nedeniyle hakkında ayrı ayrı hapis cezasına hükmedilmesidir. Bu durumda, mahkeme hapis cezalarının ertelenmesini her bir ceza için ayrı ayrı değerlendirmelidir[33]. Nitekim, mülga TCK'da benimsenen gerçek içtima anlayışı, yürürlükteki TCK ile terkedilmiştir. Mülga TCK döneminde toplam ceza miktarı göz önüne alınırken, yürürlükteki TCK uygulamasında her bir ceza ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Keza, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Kanunu (CGTİK) 99. maddesi hükmü de yasa koyucunun, gerçek içtima anlayışını terk ettiğini gözler önüne sermektedir[34]. Zira, anılan madde uyarınca, her bir ceza bağımsızdır ve varlıklarını ayrı ayrı sürdürmektedir. Hal böyle olunca, mahkeme, her bir ceza açısından ayrı ayrı değerlendirme yapmalı, toplam ceza miktarını göz önüne alarak erteleme kurumunu etkisiz hale getirmemelidir[35]. Aksi halde farklı mahkemelerde yargılanan kişi hakkında hükmolunan hapis cezaları, şartlarını taşıması halinde ertelenebilecekken; failin aynı mahkemede yargılanması ve hükmolunan hapis cezalarının içtima ettirilmesi, erteleme hükümlerince belirlenen ceza miktarlarının aşılmasına sebebiyet verebilecek, bu vesileyle adil olmayan ve müessesenin amacına hizmet etmeyen bir sonuç ortaya çıkacaktır[36].

2. Faile İlişkin Objektif ve Sübjektif Koşullar

A. Faile İlişkin Objektif Koşul

TCK'nın 51/1 hükmünün (a) bendi uyarınca fail hakkında hükmolunan hapis cezasının ertelenebilmesi için failin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç

---

33 **ARTUK ve diğ.,** s.1712.

34 *"... Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerin yerleşik uygulamalarına göre; 765 ve 647 sayılı Yasalar döneminde, aynı kararla verilen hükümlerin ertelenmesi söz konusu olduğunda, erteleme sınırının belirlenmesi sırasında toplam ceza miktarının nazara alındığı... çok eski tarihli kararlarından beri ifade edilegeldiği gibi; bu uygulamanın en önemli nedeninin, önceki sistemde cezaların içtimaını gerektiren yasal düzenlemelerin bulunması olduğu, ... 5237 sayılı Yasa uyarınca tertip edilen cezalarla ilgili olarak Yasanın 51. maddesinde yazılı erteleme koşullarının oluşup oluşmadığı değerlendirilirken; sanığa verilen tüm cezaların toplamına değil, her bir suç için belirlenmiş cezalara ayrı ayrı bakılmalı ve erteleme keyfiyeti her suç için diğerlerinden bağımsız olarak ayrıca takdir edilmelidir..."* (YCGK, 10/04/2007 2007/3-63 E., 2007/87 K., www.kazanci.com, E.T: 21/03/2022)

Aynı yönde *Bkz*. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27/11/2007tarih, 2007/1-207 E., 2007/249 K.

35 **ARTUK ve diğ.,** s.1712.

36 **KAŞKA**, s.67; ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019. s.693.

aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması gerekir. Bu konuda ilk dikkat çeken husus, kanun koyucunun, fail hakkında evvelce hükmolunmuş hapis cezasını, nitelik, manevi unsur ve miktar açısından tasnif etmiş olmasıdır.

a. Daha Önce Mahkûmiyet Hükmü Kurulmuş Suçun Manevi Unsuru

Yukarıda zikredilen madde uyarınca, manevi unsur açısından yapılan tasnif, erteleme müessesine engel halin ancak kasten işlenen bir suç bakımından ortaya çıkabileceğini öngörmektedir. Bu doğrultuda, daha önce taksirle işlenen bir suç dolayısıyla süresi ve türü ne olursa olsun hakkında yaptırım uygulanan mahkûm, hapis cezasının ertelenmesi kurumundan istifade edebilecektir. Bilhassa, daha önce işlenmiş olan taksirli suç nedeniyle fail hakkında hükmolunan ceza miktarı, erteleme kurumu açısından önem arz etmemektedir[37]. Örneğin fail, taksirle öldürme suçu nedeniyle hapis cezası almış olsa dahi, tekrar kasıtlı bir suç işlediğinde ertelemeye ilişkin sübjektif koşulların gerçekleşmesi halinde ertelemeden yararlanabilecektir[38].

Erteleme kurumuna ilişkin mülga CİHK'nin 6. maddesinde adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmamak şartı öngörülmüştü. Diğer bir ifade ile, eski ceza hukuku düzeninde, daha önce işlediği bir suç hakkında bir gün dahi hapis cezasına hükmolunmuş kişi erteleme ehliyetini kaybetmekteydi. Buna karşın, 5237 sayılı TCK döneminde, bu anlayıştan vazgeçilerek kurumun kapsamı genişletilmiş, fail hakkında kasten işlediği bir suç nedeniyle hükmolunmuş üç aya kadar hapis cezaları erteleme müessesesinin kapsamına dahil edilmiştir[39]. Böylelikle, yasa koyucu, failin adli siciline ilişkin objektif şartları genişletmiş ve adli sicilinde üç aya kadar hapis cezası bulunan faillere, erteleme ehliyeti tanımıştır. Bu bağlamda, 5237 sayılı TCK ile kapsamı genişletilen erteleme kurumunun mülga edilen erteleme kurumuna nazaran fail bazında daha avantajlı olduğu söylenebilecektir[40].

b. Daha Önce Hükmedilmiş Yaptırımın Türü

Kanun koyucunun suçun niteliği açısından yaptığı tasnife göre, erteleme müessesine engel hal teşkil edebilecek tek yaptırım türü hapis cezasıdır. Fail hakkında daha önce hükmolunan adli para cezası veya güvenlik tedbiri yap-

---

37 **CENTEL ve diğ**., s.655.

38 **KORUCULU**, s.394.

39 TÖNGÜR Ali Rıza, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008. s. 80.

40 **TÖNGÜR**, s.80.

tırımlarının, erteleme müessesesinin tatbiki açısından engel hali bulunmamaktadır[41]. Nitekim, fail hakkında daha önce kasıtlı bir suçtan dahi olsa adli para cezası yahut güvenlik tedbirine hükmedilmiş olması, kural olarak erteleme kararı verilmesini engellemeyecektir.

Fail hakkında daha önce hükmedilmiş yaptırımın türü bakımından özellik arz eden mesele, tazyik hapsinin ertelemeye engel hal teşkil edip etmediği noktasındadır. Örneğin, fail, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi yoluyla hükmedilmemiş olmak kaydı ile hakkında verilen adli para cezasını, kendisine ödeme emri tebliğ edilmiş olmasına rağmen ödemiyor ise, CGTİK md. 106 hükmü uyarınca hakkında tazyik hapsi tatbik edilir. Bu tazyik hapsi zorlama amacıyla tatbik edildiğinden ve hapis cezası niteliğinde olmadığından fail hakkında hükmolunan adli para cezası varlığını korumaktadır[42]. Bu itibarla, hakkında hükmolunan adli para cezasını ödemeyen hükümlü tazyik hapsi ile ödemeye zorlanmış olsa dahi bu durum erteleme ehliyetini etkilemeyecek ve diğer şartların varlığı halinde fail hakkında hapis cezasının ertelenmesi kararı verilebilecektir. Diğer taraftan, halin icabından anlaşılacağı üzere, zorlama amacına hizmet eden tazyik hapsi cezaları, hapis cezası niteliğinde olmadığından seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve ertelenmesi mümkün değildir[43].

Uygulamada karşılaşılan diğer bir husus ise kısa süreleri hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesi[44] halinde, tekrar suç işleyen failin hapis cezasının ertelenmesi kurumundan yararlanıp yararlanamayacağı noktasındadır. Tekrar ifade etmek gerekir ki, TCK'nın 50. maddesinin 5. fıkrası gereğince asıl mahkûmiyet, kısa süreli hapis cezasının çevrildiği yaptırım olarak kabul edildiğinden tekrar suç işleyen kişi hapis cezasının ertelenmesi müessesinden yararlanabilecektir[45]. Diğer bir deyişle fail hakkında önceden

---

41 *"... sanığın önceki hükümlülüklerinin para cezalarına ilişkin olması nedeniyle bu son suçundan verilen cezanın ertelenmesine yasal bir engel bulunmadığı halde tefhim edilmekle hükmün esasını oluşturan kısa kararda erteleme hususunda bir karar verilmemesi de isabetsiz olup hükmün bu nedenle de bozulmasına karar verilmelidir..."* (YCGK, 29/02/2000, 2000/26 E., 2000/41 K., www.kazanci.com, E.T: 22/03/2022)

42 **ARTUK ve diğ**., s.1708.

43 GÖKÇAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, **Pratik Türk Ceza Kanunu**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021. s.276.

44 *Bkz*. TCK, md. 50.

45 *"... önceki hükümlülüğü para ya da hapisten çevrilen para cezası ise ertelemeyi engellemez..."* (YCGK, 14/11/1995, 1995/4-305E., 1995/537 K., www.lexpera.com, E.T: 22/03/2022)

işlemiş olduğu bir suçtan dolayı verilen kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilmiş olması halinde bu mahkûmiyet sonraki suç bakımından ertelemeye engel teşkil etmeyecektir[46]. Bununla birlikte, hakkında kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar verilen fail, Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içerisinde seçenek tedbirin gerekliliklerini yerine getirmeye başlamaz ya da başlayıp devam etmez ise tatbik olunan seçenek yaptırım ortadan kalkacaktır[47]. Bu durumda asıl mahkûmiyet tekrardan hapis cezasına dönüşeceğinden, fail hakkında hükmolunan kısa süreli hapis cezasının üç aydan fazla olması halinde failin erteleme müessesinden yararlanma şansı kalmayacaktır.

c. Cezanın Miktarı

TCK'nın 51/1-a fıkrasında yapılan son tasnif suçun miktarı açısındandır. Düzenlemeye göre failin, erteleme ehliyetinin ortadan kalkması için hakkında evvelce hükmolunan hapis cezasının üç aydan fazla olması gerekmektedir. Burada tarafımızca dikkat çekilmek istenen husus, işbu üç aylık sürenin netice itibarıyla hükmedilen hapis cezası miktarını işaret etmesidir. Diğer bir ifade ile, cezanın bireyselleştirilmesi prensibi nedeniyle fail hakkında takdiri indirim nedenlerinin uygulanması ve ceza miktarında indirim yapılması önem arz etmeyecektir. Mühim olan husus, fail hakkında hükmolunan sonuç ceza miktarıdır[48]. Madde lafzından çıkarılacak diğer bir sonuç ise fail hakkında hükmolunan üç aylık hapis cezasının kesinleşmiş olması gerektiğidir. TCK'nın 51. maddesinde *"mahkûm edilmeme"* şartı öngörüldüğünden kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle tayin olunan üç aydan fazla hapis cezası hükmünün de kesinleşmiş olması gerekir[49]. Nitekim, 5275 sayılı CGTİK'nın 4. maddesinde kesinleşmemiş mahkûmiyet hükmünün infaz edilemeyeceği düzenlenmiştir[50]. Bu itibarla fail hakkında yürütülen diğer bir yargılamada hükmolunan ancak kesinleşmeyen hapis cezası ertelemeye engel teşkil etmeyecektir.

Öğretide kimi yazarlar tarafından, fail hakkında aynı anda yürütülen birden fazla ceza yargılamasında kesinleşmemiş olsa dahi mahkûmiyet

---

46 **KORUCULU**, s.399; **ÖZTÜRK**, s.520.

47 *Bkz*. TCK 50/6.

48 Bu konuda *Bkz*. *"Hükmolunacak Cezanın Miktarı"* başlığı altında yapılan açıklamalar

49 **ARTUK ve diğ**., s.1709.

50 CGTİK, md. 4: *"... mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz"* denilmektedir.

hükmü verilmesinin, failin suça eğilimini gösteren takdiri neden olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir[51]. Bahsi geçen görüşe göre, fail hakkında hükmolunan hapis cezasının kesinleşmemesi objektif kriterler yönünden erteleme ehliyetine engel hal teşkil etmese de fail hakkında birden fazla mahkûmiyet hükmünün bulunması, mahkemenin takdir yetkisi bakımından değerlendirmeye alınabilecek ve mahkeme failin suça meyilli kişiliği nedeniyle hapis cezasının ertelenmesi kurumuna hükmetmeyebilecektir. Kanaatimizce, bu yaklaşım masumiyet karinesine aykırılık teşkil edecektir. Zira, hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmayan kişinin suçsuzluğu asıldır. Kişi hakkında kesinleşmemiş mahkûmiyet hükmü bulunması, failin suça meyilli olduğunu ve suçu itiyat haline getirdiğini göstermez. Bu bakımdan, mahkeme, takdir yetkisini kullanırken fail hakkında başka bir suçtan kesinleşmemiş mahkûmiyet hükmü kurulmasını dikkate almamalıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, failin daha önce mahkûm olduğu cezanın bütün hukuki sonuçlarıyla ortadan kalkması halinde veya fail hakkında bir mahkûmiyet hükmü bulunmaması halinde erteleme müessesesi uygulanabilmektedir[52].

d. Mülga TCK Döneminde Cezası Ertelenen Fail

Faile ilişkin objektif koşulların varlığının belirlenmesinde uygulamada sıkça karşılaşılan ve özellik arz eden bir mesele de mülga TCK ve 647 sayılı CİHK hükümleri uyarınca, cezası ertelenmiş failin, daha sonra tekrar bir suç işlemesi halinde yeniden erteleme ehliyetine sahip olup olmadığının belirlenmesi noktasındadır. Bu meselenin aydınlatılması açısından her iki döneme ait, farklı düzenlemelerin karşılaştırılması gerekmektedir. İlk olarak erteleme kurumu, her iki kanun karşılaştırıldığında neticesi açısından farklılık göstermektedir. Zira önceki düzenleme ile deneme süresinde iyi hal gösterildiği taktirde cezanın infazına engel olunabildiği kabul edilerek mahkumiyetin var olmamış sayılacağı öngörülmüştü[53]. Ancak, 5237 sayılı TCK'daki yeni düzenleme ile, denetim süresince kendisine yüklenen sorumluluklara uyan yükümlünün cezası infaz edilmiş sayılmıştır. Bu düzenleme ile erteleme koşullu bir af olmaktan çıkartılıp ceza infaz rejimi haline getirilmiş-

---

[51] ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 16. Bası, Seçkin Kitapevi, 2020. s.785.; **ARTUK ve diğ**., s.1709,

[52] **KORUCULU**, s.400.

[53] DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2020. s.705.

tir[54,55]. Diğer bir deyişle, yeni düzenleme ile hükmedilen hapis cezasının cezaevinde infaz edilmesi ertelenmiş olmaktadır[56]. Hal böyle olunca, kişinin daha önce işlemiş olduğu suç neticesinde mahkûm olduğu cezanın 765 sayılı TCK ve 647 sayılı CİHK hükümleri gereği ertelenmiş olması durumunda, daha sonra işlemiş olduğu suçtan dolayı verilen ceza diğer şartların sağlanması halinde ertelenebilir[57]. Nitekim, failin 765 sayılı TCK dönemindeki mahkumiyeti vaki olmamış sayılacağından ve netice itibarıyla ortada bir mahkûmiyet bulunmadığından, bu durum 5237 sayılı TCK döneminde işlenen suç bakımından engel hal teşkil etmeyecektir.

e. Dava ve Cezanın Düşürülmesi Halinde Mahkûmiyet Şartı

TCK'nın *"Dava ve Cezanın Düşürülmesi"* başlıklı *"Dördüncü Bölümü'nde"* hüküm altına alınan *"dava zamanaşımı*[58]*", "ceza zamanaşımı*[59]*", "genel af*[60]*", "özel af*[61]*"* kurumlarının neticeleri itibarıyla erteleme kurumunun *"mahkûmiyet"* şartına engel teşkil edip etmediği uygulamada sıkça karşılaşılan hallerdendir. Örneğin genel af halinde, mahkûmiyet tüm sonuçlarıyla ortadan kalkacak ve kamu davası düşecektir[62]. Özel af müessesesi ise yalnızca infaz edilen cezaya tesir ettiğinden mahkûmiyet hukuken varlığını devam ettirecektir. Bu durumda, genel af halinde ortada bir mahkûmiyet mevcut olmadığından erteleme müessesesi tatbik olunabilecekken, özel af halinde yalnızca cezanın infazının, infaz kurumunda çektirilmesine son verilebileceği öngörüldüğünden, yeniden suç işleyen fail erteleme müessesesinden yararlanamayacaktır. Yine dava zamanaşımı durumunda ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmamaktayken, ceza zamanaşımı durumunda ortada kesinleşmiş bir ceza hükmü bulunmakta ve fakat ceza zamanaşımı süresinin dolmuş olması bu mahkumiyetin infazına engel teşkil et-

---

54 TCK, md. 51, Gerekçe: *"... Bu düzenlemede, erteleme, bir koşullu af olmaktan çıkarılıp, ceza infaz kurumu haline getirilmiş ve erteleme sadece hapis cezası bakımından öngörülmüştür..."*

55 Nitekim, yeni düzenleme ile suçun niteliği bakımından yalnızca hapis cezalarının ertelenebilmesi, kurumun bir ceza infaz rejimi olarak kabul edilmesinin tezahürü niteliğindedir.

56 **TÖNGÜR**, s.68.

57 **KORUCULU**, s.400.

58 *Bkz*. TCK, md. 66.

59 *Bkz*. TCK, md. 68.

60 *Bkz*. TCK md. 65/1.

61 *Bkz*. TCK md. 65/2-3.

62 TCK, md. *65/1: "Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar."*

mektedir[63,64]. Hal böyle olunca, dava zamanaşımı erteleme müessesesine engel değil iken, ceza zamanaşımı failin erteleme ehliyetine engel olabilecektir.

f. Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Mahkûmiyet Kararlarının Değerlendirilmesi

"Faile ilişkin objektif koşul başlığı" sonlandırılmadan önce değinilmesi gereken diğer bir husus ise yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkûmiyet kararlarının erteleme kurumu açısından engel hal teşkil edip etmediğidir. Öğretide bu konuda farklı görüşler öne sürülmüş ancak bir görüş birliği sağlanamamıştır. Mahkumiyete ilişkin yabancı mahkemeler tarafından hükmolunan kararların ulusal düzeyde sonuç doğurabilmesi için uluslararası sözleşmelerin tanzim edilmesi yoluna gidilmektedir[65]. Örneğin, Türkiye'nin taraf olduğu *"Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi"* ("CYMDAS") sözleşen devletlerin, birbirlerinin mahkemelerini kendi mahkemeleri gibi göz önüne almalarını ve sözleşen devlet mahkemeleri tarafından verilen kararların, kendi mahkeme kararları gibi kabul edilmesini öngörmektedir[66]. Bahsi geçen uluslararası sözleşme akabinde yasa koyucu tarafından 3002 sayılı kanun ikame edilmiş ve yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilen mahkûmiyet hükümlerinin ülkemizde infaz edilmesinin usul ve şartları belirlenmiştir. Kanaatimizce, Türkiye'nin taraf olduğu ve Anayasa'nın 90. maddesi[67] uyarınca usulüne uygun olarak yürürlüğe giren CYMDAS hükümleri gereğince sözleşen ülke mahkemeleri

---

63 ÇOLAK Haluk / ALTUN Uğurtan, **Türk Ceza Hukukunda Ceza ve Güvenlik Tedbirleri,** 1. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara, 2007. s.168.

64 *Bkz*. TCK Md. 68, Gerekçe: *"Tasarıda ceza zamanaşımı sürelerinin geçmesiyle cezaların "ortadan kalkacağı" belirtilmekteydi. Ancak yapılan değişiklikle, ceza zamanaşımı sürelerinin geçmesinin, cezayı ortadan kaldırmadığı, sadece bir infaz engeli oluşturduğu kabul edilmiştir."* denilmektedir.

65 **TÖNGÜR**, s.87.

66 **ARTUK ve diğ**., s.1710.

67 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Resmî Gazete 17863 (09 Kasım1982), Kanun No. 2709, md. 90 - "*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.*

... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

tarafından verilen hapis cezaları erteleme kurumuna engel hal teşkil edecektir[68]. Zira, yasa koyucu, TCK'da yabancı mahkeme kararlarının sonuç doğurmayacağı halleri açık bir şekilde hüküm altına almıştır. Sözgelimi, TCK'nın 58. maddesinin 4. fıkrasına göre yabancı mahkeme kararlarının tekerrüre esas alınmayacağı öngörülmüştür. Bu bağlamda, 5237 sayılı TCK sistematiğinde yabancı mahkeme kararlarının sonuç doğurmayacağı haller açık olarak belirtilmiş, belirtilmeyen hallerde ise yabancı mahkeme kararlarının sonuç doğuracağı kabul edilmiştir[69]. Hal böyle olunca, usulüne uygun olarak yürürlüğe giren ve kanun hükmünde sayılan CYMDAS uyarınca, sözleşen yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilmiş mahkûmiyet kararları erteleme kararı verilirken göz önünde bulundurulacaktır. Buna göre, yabancı ülke mahkemesi tarafından hükmolunan hapis cezası üç aydan fazla ise fail hakkında hapis cezasının ertelenmesi kararı verilemeyecektir. Öte yandan, meseleye, hapis cezasının ertelenmesi kurumunun amacı göz önüne alınarak yaklaşılması gerekir. Nitekim, hapis cezasının ertelenmesi kurumu, cezanın bireyselleştirilmesi prensibi ve önleme teorileri neticesinde ortaya çıkmış bir kurumdur. Bu bakımdan, failin adli sicili kaydı değerlendirilirken hapis cezasının hangi ülke mahkemeleri tarafından verildiğinin bir önemi bulunmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki, fail hakkında daha önce hükmedilen hapis cezasının ertelemeye engel hal teşkil edebilmesi için söz konusu hapis cezasının adli sicil kaydında yer alması şarttır. Bu bakımdan, yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilen hapis cezalarının, erteleme kararına engel hal teşkil edebilmesi için adli sicil kaydında yer alması gerekir. Ne yazık ki, yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilen mahkûmiyet kararlarının, failin adli siciline kaydedilmesi noktasında mevzuatımızda yeterli düzenlemeler ikame edilmemiştir. Zira, 3002 sayılı kanunun uyarınca yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkûmiyet kararlarının failin adli siciline kaydedilebilmesi söz konusu cezanın infazının ülkemizde gerçekleşmesine matuf bırakılmıştır. Diğer taraftan Adli Sicil Kanunu'nun 4. maddesinin (f) bendi uyarınca, yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkûmiyet kararlarının, salt Türk Hukuku bakımından doğurduğu hak yoksunluklarının Cumhuriyet savcısının

---

68 ARTUK M. Emin / GÖKÇEN Ahmet, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, Adalet Yayınevi, 2021, Ankara, s.925., **HAKERİ**, s.641., **DEMİRBAŞ**, s.716.

69 **KORUCULU,** s.402., YENİSEY Feridun, **Milletlerarası Ceza Hukuku: Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı,** Beta Yayınevi, İstanbul, 1988, s.260., Benzer bir görüş için Bkz, **KAŞKA**, s.78., Tam tersi görüş için, **KOCA ve diğ.,** s.600.

istemi ile adli sicile kaydedileceği öngörülmüştür. Başka bir anlatımla, mevzuatımızda yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilen ve yabancı ülkede infaz edilen mahkûmiyet hükümlerinin adli sicile kaydedilmesine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce, yasa koyucu, ivedilikle bu konuda düzenlemeler ikame etmeli ve uluslararası sözleşme yükümlülükleri yerine getirilmelidir. Aksi halde, yabancı ülke mahkemelerince verilen ve infazı ülkemizde gerçekleştirilen mahkûmiyet hükümleri ertelemeye engel hal teşkil edecek iken, yabancı ülkelerde infaz edilen mahkûmiyet hükümleri ertelemeye engel hal teşkil etmeyecek ve hakkaniyetsiz bir durum ortaya çıkacaktır.

Yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilen mahkûmiyet kararlarının ertelemeye engel hal teşkil etmeyeceğini savunan görüş ise, mezkûr uluslararası sözleşmenin yürürlüğe girebilmesi için sözleşen devletlerin tatbik olunan hukuk normlarında hale uygun değişikliklerin yapılmasının şart olduğunu ancak mevzuatımızda bu konuda bir kanuni düzenlemenin henüz yapılmadığını belirterek yabancı mahkeme tarafından hükmolunan hapis cezasının ertelemeye engel hal teşkil etmeyeceğini savunmuştur[70,71]. Tarafımızca, yukarıda bahsi geçen nedenler ile bu görüşe iştirak edilmemiştir.

B. Faile İlişkin Sübjektif Koşul

TCK'nın 51/1-b maddesine göre *"suçlunun yargılama sırasında gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaat oluşması"* halinde erteleme ehliyetini haiz fail hakkında hükmolunan hapis cezasının ertelenmesine karar verilebilecektir. Bu özelliği itibarıyla erteleme kurumu hâkimin takdirine bağlı bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır[72]. Diğer yandan erteleme kurumunun, cezanın bireyselleştirilmesi prensibi ile suç ve suçlunun önlenmesi anlayışını benimsediği mezkûr düzenleme ile gözler önüne serilmektedir. Hapis cezasının ertelenmesi müessesesinin, ortaya çıkış amaçlarına hizmet edebilecek şekilde uygulanabilmesi için hâkimin takdir yetkisini kullanırken titizlikle hareket etmesi gerekmektedir. Zira, erteleme kurumunun diğer şartlarını

---

70 **TÖNGÜR**, s.89.

71 Bu görüş için **ÖZGENÇ İzzet**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, s.560., **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.835., MAHMUTOĞLU F. Selami / KARADENİZ Serra, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, 2.Bası, 2021, Beta Yayınevi, İstanbul, s.1262., **KOCA ve diğ.,** s.600.

72 **ARTUK ve diğ.,** s.1713.

haiz fail, pişmanlık duymamasına ve suçu itiyat haline getirmiş olmasına rağmen hakkında hükmolunan hapis cezası ertelenirse kurum amacına hizmet etme hedefinden uzaklaşacak ve toplum açısından zararlı bir kurum haline gelecektir.

a. Takdir Yetkisinin Kullanılmasında Dikkat Edilecek Hususlar

Hapis cezasının ertelenmesi kurumu için faile yönelik sübjektif değerlendirmede bulunan hâkim, failin suçu işledikten sonra pişmanlık gösterip göstermediği, yargılama sürecindeki tutum ve davranışları, suçun aydınlatılmasında gösterdiği çabayı, tek başına erteleme ehliyetine engel teşkil etmeyecek olsa da geçmiş adli sicilini ve benzer suçlardan yargılanıp yargılanmadığını dikkate alabilir[73]. Bu noktada değinilmesi gereken mesele, mülga CİHK ile yürürlükte olan TCK'nın faile ilişkin sübjektif değerlendirme noktasında farklılaşmasıdır. CİHK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasında belirlenen kritere göre hâkim failin geçmişteki hali ve suç işleme hususunda eğilimini göz önüne alarak takdir yetkisini kullanmaktayken TCK'da ise yargılama sürecinde gösterilen pişmanlık ölçütünü benimsenmiştir. Bu düzenleme ile failin salt adli geçmişinden dolayı erteleme müessesesinden istifade edememesinin önüne geçilmiş, failin ıslah edilme amacı göz önüne alınarak tekrar suç işlemeyeceği hususunda değerlendirme yapılması öngörülmüştür. Nitekim failin geçmiş hayatı ve suç işleme konusundaki eğiliminden ziyade suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık esas alınacak, salt failin kişiliği, sabıka kaydı ve suç işleme eğilimine dayanılarak ertelemeye yer olmadığına dair karar verilemeyecektir[74,75]. Yine, hâkim tarafından yapılacak değerlendirmede ceza miktarının belirlenmesi aşamasında esas alınan kriterler, erteleme müessesesine ilişkin yapılan sübjektif değerlendirmede

---

[73] *"..Yerel mahkemece, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olan sanık hakkında hükmolunan 1 yıl 8 ay hapis cezasının ertelenmemesine ilişkin olarak; "Sanığın geçmişteki kişiliği, suç işleme eğilimi dikkate alınarak, ileride bir daha suç işlemekten çekineceği yönünde olumlu yönde kanaat gelmediği" şeklinde gösterilen gerekçede, pişmanlık olgusuna açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte, sanığın yargılama sürecinde pişmanlığını gösteren söz ve davranışının bulunmadığı göz önüne alındığında, adli sicil kaydına göre üç tanesi erteli olmak üzere altı adet hırsızlık suçundan sabıka kaydı bulunan ve ısrarlı bir şekilde suç işlemeye devam ettiği anlaşılan sanığı bu süreçte bizzat gözlemleyen ve bir daha suç işlemeyeceği yönünde olumlu kanaate ulaşmayan yerel mahkemenin hapis cezasının ertelenmemesi yönünde gösterdiği gerekçenin "pişmanlık" ibaresini de kapsayacak biçimde yasal, yeterli ve dosya içeriğiyle de uyumlu olduğu kabul edilmelidir..."* (YCGK 26/03/2013, 2012/2-1390 E., 2013/100 K., www.kazanci.com, E.T: 22/03/2022)

[74] **CENTEL ve diğ**., s.659.

[75] *Bkz.* Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 14/01/2008 tarihli, 2007/9205 E., 2008/42 K.

göz önüne alınmayacaktır. Örneğin, yargılama konusu suçun niteliği, işleniş biçimi, kastın yoğunluğu, suçun işlendiği yer ve zaman gibi hususlar erteleme müessesesine engel teşkil etmemektedir.

Failin suçunu ikrar etmesi, yargılama sürecinde delillerin toplanılmasına yardımcı olması pişmanlık şeklinde değerlendirilebilirse de cezanın ertelenebilmesi için failin sadece pişman olması yeterli olmayıp aynı zamanda bir daha suç işlemeyeceği konusunda da mahkemenin kanaate ulaşması gerekmektedir[76]. Bilakis, pişmanlık unsurunun varlığı için failin suçu ikrar etmesi ve delillerin toplanmasına yardımcı olması da şart değildir. Zira bu durum failin ikrara zorlanması ve ceza hukukunun temel evrensel prensiplerinden *"susma hakkının"* ihlal edilmesine sebebiyet verebilecek bir anlayıştır[77]. Bu itibarla, hâkim, sübjektif değerlendirme yaparken, yetki sınırlarını gözetmeli ve fail üzerinde baskı kurma gayesi gütmeden onu gözlemlemelidir. Aksi halde, tespit edilen maddi vakıalar gerçeği yansıtmayabileceği gibi ceza muhakemesinin yegâne amacına[78] ulaşılmamış olunacaktır.

b. Takdiri İndirim Nedenleri ve Çifte Değerlendirme Yasağı

Cezanın bireyselleştirilmesi prensibinin tezahürlerinden bir diğeri ise *"takdiri indirim nedenleridir*[79]*."* Mezkûr düzenlemede takdiri indirim nedeni olarak failin, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları da göz önüne alınmıştır. Buna göre hâkim, yargılama süresini iyi halli geçiren fail hakkında kanun koyucunun belirlediği oranda takdiri indirim uygulayabilecektir. Öğretide, hâkimin aynı nedene dayanarak hem takdiri indirim uygulaması hem de erteleme müessesesini tatbik etmesi sıkça tartışılmıştır. Bir görüşe göre; bir neden yalnızca bir kez göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle fail hakkında hükmolunan sonuç cezanın belirlenmesinde tak-

---

76 **KORUCULU**, s.403.

77 **TÖNGÜR**, s.96.

78 *"... Ceza muhakemesinin amacı; sosyal düzenin korunması ile kişilerin hak ve özgürlüklerine saygı arasında bir denge kurulması suretiyle hukuken geçerli kanıtlarla hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır."* (Y. 19. CD, 12/09/2017- E. 2017/3699, K. 2017/6623, www.kazanci.com, E.T: 22/03/2022)

79 TCK, md 62: "*(1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir. (2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir."*

diri indirim hakkının kullanılmaması ve fail hakkında takdiri indirim uygulanmadan iki yıldan az süreli ceza miktarı belirlenmelidir[80]. Aksi halde çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olur. Diğer bir görüş ise hem takdiri indirimin hem de hapis cezasının ertelenmesi müessesesinin aynı gerekçeye dayandırılması önünde engel bulunmadığını iddia etmiştir[81]. Kanaatimizce, failin yargılama sürecindeki hareketlerinin hem takdiri indirim sebebi olarak değerlendirilmesi hem de hapis cezasının ertelenmesi müessesesine karar verilirken değerlendirilmesi çifte değerlendirme yasağı kapsamında bir ihlal oluşturmamaktadır. Nitekim, *"çifte değerlendirme yasağı"* suçun oluşabilmesi için gerekli unsurlar veya yasal olarak uygulanması gerekli olan cezayı ağırlatıcı veya hafifletici nedenlerin cezanın belirlenmesinde ikinci defa gerekçe olarak kullanılamamasını ifade etmektedir[82]. Zira, TCK'nın 61. maddesinin 3. fıkrası ile çifte değerlendirme yasağının temel cezanın belirlenmesi noktasında dikkate alınacağı öngörülmüştür[83]. Hal böyle olunca, cezanın belirlenmesi noktasında uygulanan takdiri indirim, hapis cezasının ertelenmesinin bir ceza infaz kurumu olduğu göz önüne alınarak, mükerrer değerlendirme yasağını ihlal etmeyecektir.

c. Suça İştirak ve Liyakat Değerlendirmesi

Hapis cezasının ertelenmesi müessesesi toplumsal düzenin sağlanması amacı doğrultusunda suçun önlenmesi prensibi ve failin kişiliğine yönelik sübjektif değerlendirme neticesinde tatbik olunacağından, iştirak halinde işlenen suçlar bakımından farklı erteleme kararları ortaya çıkabilmektedir[84]. Diğer bir ifade ile hapis cezasının ertelenmesi cezanın bireyselleştirilmesi prensibinin tezahürlerinden biri olduğundan her bir fail bakımından ertelemenin şartları ayrı ayrı incelenmelidir[85]. Bu itibarla, suçun kanuni tanımında yer alan maddi fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden biri hakkında hapis

---

80 HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, USA Yayıncılık, Ankara, 2021. s.460.

81 **ÖZBEK ve diğ**., s.697.

82 YERDELEN Erdal, "Çifte Değerlendirme Yasağı", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20 Sayı: 2, 2012, s. 105-136. s.125 / **CENTEL ve diğ**., s.567.

83 TCK, md. 61/3: "*Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz."*

84 **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s.787.

85 YENİDÜNYA Ahmet Caner, "5237 sayılı TCK'da Hapis Cezasının Ertelenmesi", **Hukuki Perspektifler Dergisi,** Sayı: 7 2006, s.62-69. s.11. (https://www.yenidunyahukuk.com/dosyalar/caner-yenidunya-hapis-cezasinin-ertelenmesi.pdf, E.T: 23/03/2022)

cezasının ertelenmesi kararı verilirken diğeri hakkında erteleme reddedilebilecektir[86,87].

d. Takdir Yetkisinin Gerekçelendirilmesi

Hapis cezasının ertelenmesine ilişkin kararlar gerekçeli olarak verilmelidir[88]. Ertelemeye ilişkin kararda takdir hakkının kullanılmasında esas alınan hususlar gerekçeli olarak açıklanmalıdır[89,90]. Nitekim, erteleme, cezanın infaz kurumunda çektirilmesine bir istisna teşkil ettiğinden mahkemenin bu istisnayı niçin uyguladığını belirtmesi gerekmektedir[91]. Zira Anayasanın 141. maddesinin[92] 3. fıkrasında bütün mahkemelerin her türlü kararında gerekçe göstereceği emredilmiştir. Gerekçeli karar hakkı, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve CMK'nın 34. ve 230/4. maddesi ile düzenlenmiştir. Kanun koyucu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 230. maddesinin 4. fıkrası ile hükmün gerekçesinde hangi hususların gösterileceğini belirlemiştir. Düzenlemeler ve müessesenin istisna mahiyetinde oluşu nazara alındığında hapis cezasının ertelenmesine ilişkin kararın muhakkak gerekçeli olarak açıklanması gerektiği ortadadır. Yine hâkim salt, sabıka geçmişi, zararın giderilmemiş olması, yeniden suç işlemeyeceğine kanaat gelmeyişi nazara alınarak yasal koşullar oluşmadığından bahisle üstün körü ifadeler ile karar

---

86 DENİZHAN Hüseyin, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Erteleme Kurumu Üzerine Bir İnceleme", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Sayı: 65, 2006, s. 214-245, s. 235.

87 *"... Dosyada mahkumiyetine karar verilen on üç sanık hakkında aynı gerekçe ile cezanın paraya çevrilmesine ve ertelenmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Sanıkların kişilikleri ile geçmişteki halleri, suç işleme eğilimleri ayrı ayrı değerlendirilmeden yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırı olup, itirazın değişik bu gerekçe ile kabulüne ve sanıklar HB, MÖ, Mİ hakkındaki Yerel Mahkeme kararının bu nedenle bozulmasına karar verilmelidir."* (YCGK, 09/06/1998, 4-56/209, www.kazanci.com, E.T: 23/03/2022)

88 HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022. s.643.

89 *"... ertelemeye ve seçenek yaptırımlara çevirmeye yer olmadığına karar verilirken "sanığın sabıkalı oluşu, ileride suç işlemekten çekineceği hususunda olumlu bir kanaat oluşturmadığından "şeklinde yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile sanık hakkında verilen cezanın paraya çevrilmesine veya ertelenmesine yer olmadığına karar verilmesi... bozmayı gerektirmiştir."* (Y. 12. CD. 13.06.2017, 2016/8855 E., 2017/5112 K., www.lexpera.com, E.T: 23/03/2022)

90 *Bkz*. Y. 12. Ceza Dairesi. 29.05.2012 tarih, 2012/13407 E., 2012/13382 K.

91 **KAŞKA**, s.102.

92 Anayasa, md. 141: *"Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.*

Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur.

Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.

Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir."

vermemeli, açıklama yapmalıdır[93]. Gerekçenin, failin kişilik özellikleri ile ilgili bilgi ve belgelerin isabetle değerlendirildiğini gösterir şekilde yasal, yeterli ve dosya münderacatı ile uyumlu olması gerekir[94].

3. Zararın Giderilmesi Koşulu

TCK'nın 51/2 maddesinde hapis cezasının ertelenmesinin belirli şartlara tabi tutulabileceği öngörülmüştür. Erteleme müessesesinin madde metnindeki son koşuluna *göre "hapis cezasının ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararı aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi şartına bağlı tutulabilmektedir."* Madde lafzı incelendiğinde kanun koyucunun, *"bağlı tutulabilir"* ibaresi ile zararın tazmini şartının mahkemenin takdir yetkisine bırakıldığı vurgulanmıştır. 5237 sayılı TCK ile getirilen bu yenilik 765 sayılı mülga TCK ile farklılaşmaktadır. Zira mülga TCK'nın 93. maddesi cezanın tecilinin koşula bağlanması için mağdurun rızasını ve şahsi hak isteminde bulunmasını[95] aranmaktayken yeni düzenleme ile

---

93 *"07.06.1976 gün ve 4-3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile bu karara uyum gösteren Ceza Genel Kurulunun yerleşmiş kararlarında belirtildiği üzere, "erteleme" cezanın doğrudan doğruya sanığın kişiliğine uydurulmasını öngören bir şahsileştirme kurumudur. Hapis cezasının ertelenmesine veya ertelenmesine yer olmadığına karar verilirken mahkemece gerekçe gösterilmeli ve bu gerekçe dosyada bulunan bilgi ve belgelerin isabetle değerlendirildiğini gösterir biçimde kanuni ve yeterli olmalıdır. Gerekçenin bu niteliği keyfiliği önlemek ve tarafları tatmin etmek özelliklerini de taşır. Zira kanuni, yeterli ve dosya kapsamıyla uyumlu bulunmayan bir gerekçeye dayanılarak erteleme hükmünün uygulanmaması, kanun koyucunun amacına uygun düşmeyeceği gibi, cezanın kişiselleştirilmesi ilkesine de aykırı olup, uygulamada keyfiliğe yol açabilecektir... sanıkla ilgili hapis cezasının ertelenmemesine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmamasına ilişkin olarak "sabıkalı geçmişi, zararın giderilmemiş olması, yeniden suç işlemeyeceğine kanaat gelmeyişi nazara alınarak yasal koşulları oluşmadığından" şeklinde gösterilen gerekçenin yasal ve yeterli olmadığı kabul edilmelidir..."* (YCGK. 11.04.2017, 2015/713 E., 2017/228 K., www.lexpera.com, E.T: 24/03/2022)

94 **KORUCULU**, s. 404.

95 *"Ertelemenin, şahsi hakların ödenmesi koşuluna bağlanabilmesi için; suçtan zarar görenin davaya müdahil sıfatıyla katılması ve şahsi hak isteminde bulunması gerekir. Öğretide de bu konuda bir görüş farklılığı bulunmamakta olup; Prof. Dr. A. Önder; "şartlı erteleme müessesesinde mağdurun tatmini de esas alınarak, talepte bulunmuş olması aranmalıdır", Prof. Dr. F. Erem; "Yargının tecili, hukuku şahsiyenin yerine getirilmesine talik edebilmesi için bu hakların tecil kararı zamanında talep edilmiş olması gereklidir" şeklindeki gerekçelerle şahsi hak isteminde bulunulması gerektiğini açıklamışlardır. Yargısal uygulamalar da bu yönde olup; Altıncı Ceza Dairesinin 10.31987 gün ve 592/2409 sayılı, Dördüncü Ceza Dairesinin 24.6.1997 gün ve 4333/4674 sayılı, Altıncı Ceza Dairesinin 19.2.1988 gün ve 92/2058 sayılı kararlarında; şahsi hak talebinde bulunmadığı halde, "ertelemenin şahsi hakkın ödenmesi koşuluna bağlanması" bozma nedeni sayılmıştır. İnceleme konusu somut olayda 24.11.1993 tarihli katılma dilekçesinde ve daha sonra yargılama aşamasında kişisel haklar yönünden katılanın bir isteğinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla yerel mahkeme direnme hükmü isabetsiz olup bozulmasına karar verilmelidir"* (YCGK, 29.06.1999, 1999/179 E., 1999/189K., www.kazanci.com, E.T: 24/03/2022)

mağdur veya suçtan zarar görenin bu yönde bir talebi olmasa dahi mahkeme re 'sen takdir yetkisini kullanabilecektir. Mahkeme re 'sen takdir yetkisini kullanırken failin sosyal ve ekonomik hali, müsebbip olduğu haksızlığın boyutu, verilen zararın niteliğini göz önünde bulundurmalıdır[96]. Ancak, öğretide aksi yönde ortaya çıkan bir görüşe göre failin, fiili dolayısı ile ortaya bir zarar çıkmış ise hapis cezasının ertelenebilmesi için zararın giderilmesinin şart olduğu belirtilmiştir[97]. Bu görüşe, müessesenin amacı ve maddenin lafzi yorumu ile çelişmesi nedeniyle katılmamaktayız. Zira müessese ile failin etkin bir pişmanlık duyması ve topluma yeniden kazandırılması amaçlanmış, kişinin cezaevinin olumsuz şartlarından ve psikolojik zorluğundan korunması istenmiştir. Gerçekten, müessesenin objektif ve sübjektif tüm şartlarını haiz olan failin fiili ile maddi bir zarara yol açması ve kendisinden bu zararın karşılanmasının beklenmesi ekonomik durumu yetersiz olan failler bakımından kurumun tatbikini imkânsız hale getirecek, erteleme müessesesi iyi bir ceza politikası aracı olmaktan uzaklaşacaktır. Diğer yandan, CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, suçun işlenmesi ile mağdur veya kamunun uğradığı zararın giderilmesini zorunlu unsur olarak öngörmüş ve kanun koyucu madde lafzında *"gerekir"* ibaresini kullanmıştır. Bu itibarla, kanun koyucunun hapis cezasının ertelenmesi kurumu için, zararın giderilmesi şartını mutlak şart olarak öngörmediği, bilakis *"verilebilir"* ibaresi ile açıkça bu konuda hâkime takdir yetkisi tanıdığı ortadadır[98]. Bununla birlikte, zararın giderilmesi koşulunun *ratio legisinin* onarıcı adalet anlayışına[99] dayandığı göz önüne alındığında, mağdur ve mağdurun haklarının önemsendiği tartışmaya mahal vermeyecek derecede aşikardır. Bu bakımdan, failin, fiili neticesiyle bir zarar ortaya çıkmışsa ve failin sosyal ve ekonomik durumu bu zararı gidermeye yetecek nitelikte ise zararın giderilmesi koşulunun aranması isabetli olacaktır[100,101].

---

96 **TONGÜR**, s.103

97 ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**,1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2005, s.657

98 ÖZKAN Faruk, "Hapis Cezasının Ertelenmesi", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 89, Sayı 2, 2015, s.440-470. s.455.

99 BAYTAZ, Abdullah. "Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 71 Sayı: 1, 2013. BAYTAZ'a göre: "*Onarıcı Adalet'in hareket noktası, mağdurun zararının giderilmesidir.*" Yine BAYTAZ'a göre, *"Onarıcı adalet, gerçekleşen ihlalden dolayı esas zarar görenin devlet olmadığını, burada fiile maruz kalan kişinin birinci derecede zarar gördüğünü, düzeltilmesi gereken hususun mağdurun zararı olduğunu ortaya koymaya çalışan bir kavramdır."*

100 **KAŞKA**, s.86.

101 Aynı yönde, TURHAN Faruk, "Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 3-4, 2006, s.27-54, s.38.

A. Zarar Kavramı

Türk Dil Kurumu'nun sözlük anlamıyla zarar, *"bir şeyin, bir olayın yol açtığı çıkar kaybı veya olumsuz, kötü sonuç, dokunca, ziyan, mazarrat"* anlamında kullanılmaktadır[102]. Hukuki anlamda zarar, eksilmeyi, kaybı ve tahribi ifade eder[103]. Dar anlamda zarar bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade etmekte, yani maddi zarar anlamına gelmektedir[104]. Geniş anlamda ise hukuken korunan maddi manevi varlıklara, saldırı yapılmadan önceki halleri ile saldırıdan sonraki halleri arasındaki farkı ifade etmektedir[105].

Fail gerçekleştirdiği fiil ile mağdurun veya kamunun maddi ve/veya manevi zarara uğramasını yol açar. 5237 sayılı TCK'nın 51/2 maddesine göre hapis cezasının ertelenmesi kurumundan yararlanmak isteyen fail veya fail adına herhangi bir kimse[106], hâkim takdir ettiği taktirde uğranılan bu zararı tamamen gidermek zorundadır. Ancak, failin gidermesi gereken bu zararın dar anlamda zarar mı yoksa geniş anlamda zarar mı olduğu madde lafzında belirtilmemiştir. Bu durum öğretide tartışmalara yol açmıştır. Kanaatimizce, yasada bahsi geçen "*zarar*" kavramı ile işlenen suç dolayısıyla mağdurun yahut kamunun uğradığı *"maddi zarar"* ifade edilmiştir.[107] Zira, maddi zarar somut gözle görülebilir nitelikte bir zarardır ve bu sebeple belgelenmesi, ispatlanması kolaydır. Nitekim Yargıtay'ın müstekar içtihatları da bu yöndedir[108]. Hâkim giderilmesini takdir ettiği maddi zararı nispi mu-

---

[102] Türk Dil Kurumu: Büyük Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr (E.T 11/03/2022)

[103] KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış "Genişletilmiş 14." Bası**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011. s.291.

[104] ÜNAL Mehmet, "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt: 35, Sayı: 1, 1978, s.397-437. s.398.

[105] **ÜNAL**, s.398.

[106] *"... Maddi zararın bizzat sanık tarafından yerine getirilmesi gerekmeyip, sanık adına onun bilgisi ve rızası tahtında üçüncü kişiler tarafından da tazmin, aynen iade veya eski hale getirme suretiyle giderilmesi de olanaklıdır..." (YCGK 03.02.2009, 2008/850E., 2009/13 K., www.kazanci.com, E.T: 24/03/2022)*

[107] Aynı yönde görüş için *Bkz*. **ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA**, s.1714.

[108] *"... 5237 sayılı TCK'nın 51/2. Maddesi gereğince, cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir ise de sözü edilen zararın maddi zarardan ibaret olduğu, dolayısıyla ertelemenin manevi zararın tazmini koşuluna bağlanamayacağı gözetilmeden..."* (Y 12.CD, 14/05/2012, 2011/19374 E., 2012/12024 K., www.kazanci.com, E.T: 24/03/2022)

Aynı yönde Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 03.02.2009 tarih, 2008/850E., 2009/13 K.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 01.10.2012, 2011/2219 E., 2012/19053 K.

Yargıtay 4.Ceza Dairesi. 05.10.2009, 2009/13696 E., 2009/15351 K.

hakeme yolu[109] ile belirlemelidir. Nispi muhakeme, mahkemenin, yargılama konusu olayın çözülmesi bakımından gerekli olan ancak kendi alanına girmeyen tali bir uyuşmazlığı, yargılama konusu olayı çözecek ölçüde, ceza muhakemesi kuralları çerçevesinde sonuca bağlaması olarak ifade edilebilmektedir[110]. Mahkemenin, manevi zararı basit bir yöntem yahut nispi muhakeme yoluyla tespit edemeyeceği göz önüne alındığında, ceza yargılamasının görev sahasının dışına çıkan manevi zarar tespitinin, erteleme kurumunun tatbiki için aranmadığı ortaya çıkacaktır.

Kamu zararı, kişinin kast, kusur, ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması anlamına gelmektedir[111]. Tanımdan anlaşılacağı üzere kamu zararı ancak somut/maddi nitelikte olabilmektedir. Failin gerçekleştirdiği fiil neticesiyle ortaya çıkan kamu zararı doğrudan olabileceği gibi dolaylı yoldan da ortaya çıkabilir. Bununla birlikte, hapis cezasının ertelenmesi için zararın giderilmesi şartına tabi tutulabilen kamu zararı ancak kamunun doğrudan uğradığı zarar olabilmektedir. Örneğin yaralama fiili neticesinde kamu doğrudan bir zarara uğramayacaktır. Ancak, mağdurun masraflarının Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından karşılanması halinde mezkûr kamu kurumu dolaylı yoldan zarara uğramış olacaktır. Hapis cezasının ertelenmesi kararı, SGK'nın uğradığı bu dolaylı zararın karşılanması şartına bağlı tutulamaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, failin karşılaması gereken zarar, suç nedeniyle ortaya çıkan zarardır. İşlenen suçtan kaynaklanan zarar niteliğinde olmayan, yargılama giderleri, kamu zararı tanımına girmemektedir. Yargıtay da yargılama giderlerinin erteleme müessesesinin tatbiki için karşılanması gereken zarar olmadığını kabul etmektedir[112].

---

[109] **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s.791.

[110] YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019, s.138.

[111] Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu 71. maddesine göre "*Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.*"

[112] *"... Ertelemenin koşula bağlanmasına ilişkin 5237 sayılı TCK'nın 51/2. Madde ve fıkrasında düzenlenen koşul kavramının, işlenen suçtan dolayı gerçek veya tüzel kişilerin ya da kamunun uğradığı bütün zararın ödenmesini kapsadığı gözetilmeden, sanık hakkında hükmolunan hürriyeti bağlayıcı cezanın, işlenen suçtan kaynaklanan zarar niteliğinde olmayan yargılama giderinin ödenmesi koşuluna bağlanması..."* (Y. 8. CD. 22.12.2008, 2007/6652 E., 2008/14516 K. www.kazanci.com, E.T: 24/03/2022)

B. Aynen İade

Zararın aynen iade edilmesi, *"sanığın işlediği suç nedeniyle haksız olarak ele geçirdiği şeyi aynen ya da satın almak suretiyle suçtan zarar görene iade etmesidir*[113]*."* Hakkında hükmolunacak hapis cezasının ertelenmesi kurumu zararın aynen iadesi şartına bağlanan fail, suç neticesinde mağdurun ya da kamunun malvarlığında eksilen eşyayı veya parayı tekrar mağdurun ya da kamumun malvarlığına kazandırması gerekmektedir. Uygulamada, hapis cezasının ertelenmesinin zararın aynen iadesi şartına bağlandığı haller, genellikle malvarlığına karşı işlenen suçlarda karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, fail, kol saatini veya değerli eşyasını çaldığı kişinin zararını, çaldığı ziynet eşyasını veya aynı marka ve nitelikteki bir benzerini geri vermek suretiyle giderirse aynen iade yöntemi tatbik edilmiş olmaktadır. Aynen iade yönetimi, tazmin yöntemine nazaran daha kolay uygulanmaktadır. Zira, mahkeme zararın tespiti konusunda nispi muhakeme yoluna başvurmamakta, hesaplanması gereken bir değer bulunmadığından hiçbir araştırma tatbik etmeden aynen iadeye karar vermektedir. Uygulamada karşılaşılan diğer bir mesele aynen iadesine karar verilen eşyanın misli ya da gayri misli nitelikte olup olmamasına ilişkindir. Misli eşya, *"kendisine has bir hususiyeti bulunmayan ve bu sebepten de aynı cinsten başka bir eşya ile değiştirilebilen eşya*[114]*"* olarak tanımlanabilir. Buna mukabil gayri misli eşya ise *"kendisine has bir vasfı bulunan ve yerine benzer başka bir eşya ikame edilemeyen dir*[115]*."* Mağdurun ya da kamunun malvarlığında eksilen eşya misli nitelikteyse, bir benzerinin aynen iadesi ile zarar giderilebilirken, gayri misli eşyaların kendisinin iade edilmesi gerekir.

C. Tazmin

Hapis cezasının ertelenmesi müessesesinin zararın giderilmesi şartına bağlı tutulduğu durumlarda zararın giderilmesi için kullanılabilecek diğer bir

---

[113] Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük, Resmî Gazete 26131 (06 Nisan 2006), Dayandığı Kanun No. 1721, md. 1: "*Zararın aynen iade edilmesi; hükümlünün işlediği suç nedeniyle haksız olarak ele geçirdiği şeyi aynen ya da satın almak suretiyle suçtan zarar görene iade etmesidir."*

[114] SAYMEN Ferit / ELBİR Halid, **Ayni Haklar**, 1. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul, 1954. s.7.

Hıfzı Timur'a göre misli eşya: *"Misli eşyadan maksat, birbirine müşabih ve birbirini diğeri ile her işte değiştirmek imkânını sağlayan eşyalardır."* (TİMUR, Paranın Hukuki Mahiyeti, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 14, Sayı: 1-2, 2011, s. 231-247, s.239)

[115] **SAYMEN / ELBİR**, s.7.

yöntem tazmindir. Zararın tazmin suretiyle giderilmesi, *"suç nedeniyle verilen zararın bedelinin suçtan zarar görene ödenerek tazmin edilmesi*[116]*"* anlamına gelmektedir. Başka bir ifade ile, failin icra ettiği hukuka aykırı fiil nedeniyle ortaya çıkan zararın parasal karşılığının, suçtan zarar görene veya kamuya ödenmesi durumudur[117]. Bu yöntem, zararın ortaya çıkması ile uygun nedensellik bağı bulunan fiil hiç işlenmemiş olsaydı, mağdurun içinde bulunacağı muhtemel durumun parasal karşılığının yeniden sağlanmasına yarar[118]. Bazı suç tiplerinde mağdurun ya da kamunun uğradığı zarar, aynen iade veya suçtan önceki hale getirme yöntemleriyle giderilememektedir. Bu noktada tazmin yolu gündeme gelmektedir.

D. Suçtan Önceki Hale Getirme

Suçtan önceki hale getirme kanun hükmünde sayılan zararın giderim yöntemlerinden üçüncüdür. Suçtan önceki hale getirme, suç nedeniyle verilen zararın, hükümlü veya bir başkası tarafından çalışmak, çalıştırılmak, tamir etmek veya buna benzer bir faaliyet ile giderilmesidir[119]. Örneğin, araba farının kırılması suretiyle işlenen mala zarar verme suçunda, fail tarafından farın tamir edilmesi gibi. Bu noktada tarafımızca dikkat çekilmek istenen husus, zarar gören eşyanın suçtan önceki hale getirildiği durumda dahi aleyhinde farklılıklar meydana gelmesi durumudur. Nitekim, ulaşılmak istenen muhtemel durum ile suçtan önceki hale getirme sonrasında ortaya çıkarılan fiili durum arasında önemli denebilecek miktarda bir farklılığın bulunmaması, suçtan önceki hale getirmede veya aynen iadede yeterli kabul edilmelidir[120].

E. Zararın Tamamen Giderilmesi Şartı

TCK'nın 51. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hapis cezasının ertelenmesinin meydana gelen zararın giderilmesine bağlı tutulduğu hallerde, zararın tamamen ve failin rızası ile giderilmiş olması gerekir[121]. Rıza şartının, failin,

---

[116] Bkz. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük, md. 51/2-a, bent. 3.

[117] BALIK Mehmet, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, 1. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara, 2015. s.116.

[118] **TÖNGÜR**, s.308.

[119] *Bkz.* Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük, md. 51/2-bent. 2.

[120] **TÖNGÜR**. s. 308.

[121] **KAŞKA**, s.90.

gerçekleştirdiği eylemin suç olduğunu idrak etmesi noktasında önemi büyüktür. Zira gerçekleştirdiği eylem nedeniyle hakkında hapis cezası hükmolunan fail, hakkında hapis cezasının ertelenmesi müessesesinin tatbik olunması nedeniyle gerçekleştirdiği fiilin hukuk normlarına aykırı olmadığını düşünebilecek, diğer bir ifade ile işlediği suçun cezasız kaldığı izlenimine kapılabilecektir. Bu izlenime kapılan fail, müessesenin tatbiki ile ıslah olmayacak ve suç işlemesi önlenemeyecektir. Bu nedenle belirlenen zararın giderilmesi failin rızası ile gerçekleştirilmelidir. Aynı mantıkla, failin sebebiyet verdiği zararın cebri icra yolu ile giderilmesi halinde zararın giderilmesi şartının gerçekleştiğinden bahsedilmesi mümkün değildir[122].

Kısmen giderim, suç neticesinde mağdurun uğradığı zararın bir kısmının karşılanması anlamına gelmektedir. Hapis cezasının ertelenmesi, zararın giderim şartına tabi tutulmuş fail, mağdurun zararını kısmen giderse dahi, hapis cezası ertelenemeyecektir. Madde lafzında, *"zararın... tamamen giderilmesi"* aranmıştır. Zararın tamamen giderilmesi zaman alacaksa, bu zamanda mahkûm cezasını ceza infaz kurumunda çekecektir.[123] Yine, zararın kısmen giderildiği durumda da zararın tamamı giderilene dek hapis cezası infaz olunacaktır. Zararın tamamen giderilmesi ile hükümlü, infaz hâkimi kararı ile infaz kurumundan derhal salıverilir.[124] Bu bağlamda, mahkemenin takdir yetkisini kullanarak hapis cezasının ertelenmesini zararın giderilmesi koşuluna bağlı tuttuğu hallerin, geciktirici nitelik taşıdığını vurgulamak gerekmektedir[125].

a. Suça İştirak Halinde Zararın Giderilmesi

Kanuna göre tek bir kişi tarafından işlenmesi mümkün olan bir suçun, birden fazla kişi tarafından, önceden iş birliği yapmak suretiyle işlenmesi suça iştirak olarak adlandırılmaktadır[126]. Suçun özel görünüş biçimlerinden olan suça iştirak halinde hapis cezasının ertelenmesinin zararın giderilmesi koşuluna bağlı tutulduğu durumlarda faillerden yalnızca birinin belirlenen zararı tamamen gidermesi, erteleme müessesesinin tatbiki için yeterli görül-

---

122 **ÖZGENÇ**, *Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme*, s.123.

123 **ÖZKAN**, s.456.

124 Bkz. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük, md. 53/2

125 **TÖNGÜR**, s.100.

126 TOPTİMUR İnan, Suça iştirak, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017. s.9.

müştür[127]. Her ne kadar, hapis cezasının tatbiki için mahkeme her bir fail için ayrı değerlendirme yapacak olsa da zararın yalnızca bir fail tarafından giderilmesi halinde, diğer failler açısından zararın giderilme koşulu takdir edilemeyecektir. Ancak, diğer fail veya failler hakkında hapis cezasının ertelenmesi müessesesinin tatbik edilebilmesi için zararı gideren fail ile anlaşarak kendilerine düşen payı ona ödemeleri gerekir[128].

b. Etkin Pişmanlık ve Zararın Giderilmesi Koşulu

Suçun bütün unsurlarıyla tamamlanmasından sonra failin pişmanlık gösteren birtakım hareketlerde bulunması sebebiyle faile ceza verilmemesini ya da verilecek cezada indirim yapılmasını sağlayan kuruma *"etkin pişmanlık*" adı verilir[129]. Suç nedeniyle zararın giderilmesi aynı zamanda etkin pişmanlık kurumu açısından da gündeme gelmektedir. Kanun koyucu bazı suçlara ilişkin etkin pişmanlık düzenlemesini *"etkin pişmanlık"* başlığıyla bağımsız bir madde hâlinde düzenlemişse de bazılarını ise suç tipinin düzenlendiği maddenin bir fıkrası şeklinde hüküm altına almıştır[130]. Etkin pişmanlık kurumunun usul ve şartlarının düzenlendiği TCK'nın 168. maddesi, mağdurun uğradığı zararın aynen geri verilmesi veya tazmini suretiyle giderilmesi halinde fail hakkında verilecek cezanın belirli miktarda indirilmesini öngörmüştür. Etkin pişmanlık kurumundan faydalanmak amacıyla gerçekleştirdiği fiil nedeniyle ortaya çıkan zararı aynen iade veya tazmin suretiyle gideren kişi, hakkında yürütülen yargılama sonucunda hapis cezası alırsa, mahkeme hapis cezasının ertelenmesini zararın giderilmesi şartına tabi tutamayacaktır. Diğer bir deyişle, etkin pişmanlık çatısı altında düzenlenen zararın giderilmesi şartı, kanuni bir indirim sebebi olduğundan, bu kanuni indirim sebebi aynı zamanda hapis cezasının infaz edilmiş sayılmasını gerektirecek şekilde erteleme şartı olarak belirlenemez[131].

---

[127] **TÖNGÜR**, s.91.

[128] ARTUÇ Mustafa, **Hükmün açıklanmasının geri bırakılması**, 2. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara, 2009. s.96.

[129] **HAKERİ**, s. 501.

[130] BAKİ Ensar, "Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Sayı: 2, 2016, s.27-55, s.43.

[131] *"... dosya kapsamına göre, hırsızlık suçu bakımından 5237 sayılı Kanun'un 51/2. maddesinde yer alan "Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hâkim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir" hükmünün, aynı zamanda etkin pişmanlık başlığı altında, 5237 sayılı Türk Ceza Ka-*

F. Zararın Giderilmesi Koşulunun Fonksiyonları

Zararın giderilmesine ilişkin hükmün iki fonksiyon icra edebilecek nitelikte olduğu ifade edilmiştir[132,133]. Bu fonksiyonlar, zararın giderilme zamanına göre farklılaşmaktadırlar. Failin, suçu işledikten sonra ancak hüküm verilmeden önce zararı gidermesi, failin ertelemeye layık[134] olduğunu diğer bir ifade ile erteleme müessesesinin liyakat koşulunun gerçekleştiğini göstermektedir[135]. Bu bakımdan, hakkında hapis cezası hükmolunmadan mağdurun veya kamunun uğradığı zararı gideren fail, ertelemeye layık ve liyakatli olduğunu kanıtlamış olacaktır. İkinci fonksiyon ise, meydana gelen zararın deneme süresi içerisinde giderilmesine hükmedildiği hallerde ortaya çıkar. Buna göre, fail deneme süresi içerisinde zararı gidererek, gerçekleştirdiği fiilin hukuka aykırı olduğunu idrak etmekte ve pişman olması sağlanmaktadır[136]. Bu şekilde, hukuk ve toplumsal yaşama normlarına adaptasyon sağlayan failin hapis cezası ertelenmektedir.

III. ERTELEME KARARININ VERİLMESİ

Yürütülen muhakeme neticesinde mahkeme failin suçluluğuna kanaat getirirse CMK 223/6. maddesi gereğince fail hakkında mahkûmiyet hükmü verilir. Fail hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün ardından mahkeme, somut olayın özelliklerine göre cezanın bireyselleştirilmesi enstrümanlarını değerlendirecek, failin en çok yararına olabilecek kurumların uygulanabilirliğini objektif ve sübjektif şartlar dahilinde irdeleyecektir. TCK'nın 51/1-b maddesi, faile ilişkin sübjektif değerlendirmeleri yapma ve takdir kullanma yetkisini mahkemeye vermiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirme sonucunda, failin hapis cezasının ertelenmesi müessesesi şartlarını haiz olduğu görülürse, fail hakkında hapis cezasının ertelenmesi kararı verilecek ve cezasının infazının cezaevinde icra edilmesi yerine belirlenen denetim süresince toplum içerisin-

---

nunu'nun 168. maddesi gereğince cezadan indirim sebebi olduğu, kanuni bir indirim sebebinin aynı zamanda hapis cezasının infaz edilmiş sayılmasını gerektirecek şekilde erteleme şartı olarak belirlenmesinin mümkün bulunmadığının gözetilmemesi ... bozmayı gerektirmiştir." (Y. 2.CD. 21.05.2019, 2018/6581 E., 2019/9261 K., www.lexpera.com, E.T: 25/03/2022)

132 **KAŞKA**, s.86.

133 ÖZBEK Veli Özer, **CMK İzmir Şerhi Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı,** 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2008, s.567.

134 **KAŞKA**, s.86.

135 **TÖNGÜR**, s.103.

136 ÖZBEK Veli Özer, **Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997. s.295.

de icra edilmesi sağlanacaktır. Bu açıklamalar ışığında hapis cezasının ertelenmesi kararı veren mahkemenin, somut olay hakkında değerlendirme yapan ve bir sonuç cezaya hükmeden ilk derece mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır.

Öğretide, erteleme kararı verme yetkisinin hangi devlet erki tarafından kullanılması gerektiğine ilişkin iki farklı görüş mevcuttur. İlk görüşe göre, erteleme kararı verme yetkisinin idari makamlarda yani savcılıklarda olması gerektiği savunulmuştur[137]. Bu görüşe göre savcılık makamının, hükmolunan cezayı infaz etme görevi bulunduğundan, failin kimliği, erteleme liyakati ve kişiliği konusunda müktesebatı daha geniştir[138]. Bunun yanında, cezanın ertelenmesine hâkim tarafından karar verildiği taktirde, müessesenin özü itibarıyla fail lehine bir düzenleme olması hasebiyle hâkim istemeden de olsa failin lehine hareket etme eğiliminde bulunacaktır[139]. Bu durum failin kusuru ve ceza miktarının belirlenmesi aşamalarında büyük problem teşkil edebilecektir. Keza, faille birebir temas edilen bir yargılamada, fail hakkında hapis cezasına hükmeden merciin aynı zamanda cezanın ertelenmesine karar verebilmesi de çelişkili bir durum ortaya çıkarmaktadır.

Öğretide egemen olan diğer bir görüş ise, TCK 51/1-b fıkrasında öngörüldüğü gibi fail hakkında yargılama yürüten mahkemenin erteleme kararı vermesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, ceza yargılamasının amacı, failin ıslahı ve topluma yeniden kazandırılması olduğundan işlenen suç nedeniyle uygulanacak tüm ceza ve ceza siyaseti enstrümanları mahkemenin kanaatine bırakılmalıdır[140]. Türk ceza hukuku uygulamasında her iki öğreti görüşünün de benimsendiği görülmektedir. Örneğin, maslahata uygunluk ilkesinin[141] bir gereği olarak kabul edilen kamu davasının açılması-

---

[137] **KAŞKA**, s.94.

[138] **KAŞKA**, s. 93.

[139] **TÖNGÜR**, s.105.

[140] **TÖNGÜR**, s.106.

[141] AYDIN Murat'a göre, Maslahata uygunluk ilkesi: *"Bir fiilin işlendiği haberinin alınması üzerine, bu fiilleri takibe yetkili makamlar tarafından derhal soruşturmaya başlayıp başlamamakta; soruşturmanın sonucunda ceza veya emniyet tedbiri takibini gerektirecek hususlarda fiilin ve failin belli olması, yeterli emareler teşkil edecek vakıaların bulunması yani şüphelerin ciddi olduğunun tespit edilmesi durumunda Cumhuriyet savcısının kamu davasını açıp açmamakta; ve nihayet kamu davasını yargılama sonuçlanıncaya kadar yürütüp yürütmemekte takdir yetkisini ifade eden ilkeye maslahata uygunluk ilkesi denir."* Bkz. AYDIN, Murat, *İddianamenin Unsurları ve İadesi,* (**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2006, s.367-416.

Aynı yönde *Bkz*. ÖZTÜRK Bahri, **Kovuşturma Mecburiyeti** s.14.

nın ertelenmesinde erteleme yetkisi savcıya verilmişken, hapis cezasının ertelenmesi yetkisi mahkemeye verilmiştir[142].

1. Erteleme Kararının Hukuki Niteliği

Öğretide, erteleme kararının hukuki mahiyeti konusunda görüş birliği sağlanamamış, bir taraf erteleme kararının *"idari bir tedbir*[143]*"* olduğunu savunurken, diğer taraf ise kararın nitelik itibarıyla "hüküm" olduğunu öne sürmüştür. İlk görüşe göre, esas yargılamayı yapan mahkeme, hapis cezasının ertelenmesine karar vererek, infaz süjelerine infazın tatbik edilmemesi hakkında "idari niteliği haiz" bir talimat verir. Bu anlamda erteleme kararı mahkumiyete değil infaza ilişkin olması hasebiyle idari tedbir niteliğindedir[144]. Diğer görüş ise, erteleme kararının bir son karar olması nedeniyle hüküm niteliğinde olduğunu savunmuştur.

Kanaatimizce, hapis cezasının ertelenmesi kararının hukuki mahiyeti belirlenirken öncelikle CMK'nın 223. maddesi göz önüne alınmalıdır. Zira mezkûr madde ile ceza yargılamasında hüküm niteliğini haiz kararlar tahdidi olarak sayılmış ve fakat hapis cezasının ertelenmesi kararı bu kararlar arasında sayılmamıştır[145]. Kanunun açık hükmü karşısında erteleme kararının hüküm niteliğinde olmadığı aşikardır. Hapis cezasının ertelenmesi kararı hüküm olmadığı gibi nihai bir karar da değildir. Failin denetim süresinde kendisine yüklenen yükümlülüklere uymaması halinde, infaz hâkimi erteleme kararını kaldıracak ve fail, ceza infaz kurumlarına gönderilecektir. (TCK 51/7) Bu haliyle, erteleme kararının idari tedbir mahiyetinde bir emir olmadığını düşünmekle işbu kararın *"sui generis"* bir karar olduğu kanaatindeyiz. Nitekim, iddia olunduğu üzere yargılamayı yürüten mahkeme tarafından infaz mercilerine verilen talimatın, yine bir infaz süjesi tarafından kaldırılmasının öngörülmesi, hapis cezasının ertelenmesi kararının idari nitelikte bir talimat olmadığını gözler önüne sermektedir.

---

142 **KAŞKA**, s.94

143 Bu yöndeki görüşler için *Bkz*. **EREM ve diğ.**, s.830.

144 EREM Faruk, "Cezaların Tecili Kararı ve Bunun Neticeleri", **Adalet Dergisi**, Sayı: 8, 1948, s.885, 902. s.888.

145 CMK, md. 223/1: *"Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür."*

2. Erteleme Kararı Vermeye Yetkili Mahkemeler

Kural olarak ceza yargılamasında ilk derece mahkemesi olarak görev yapan asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri hapis cezasının ertelenmesine karar verebileceklerdir. Yasa koyucu, faille birebir temas eden ve kişinin erteleme liyakatine sahip olup olmadığını değerlendiren ilk derece mahkemesinin, erteleme kararını ikame etmesini istemiştir.

Öte yandan, TCK'nın 51. maddesi lafzı nazara alındığında, ilk derece mahkemesi tarafından verilen erteleme kararının bir mahkeme kararı olduğu belirtilmiştir. Nitekim, madde lafzında açıkça, erteleme müessesesine mahkemenin karar vereceği öngörülmektedir. Yine, hapis cezasının ertelenmesi kararı, heyet ile incelenen uyuşmazlıklarda mahkeme tarafından verilmekte, yalnızca mahkeme başkanının iradesine göre karar verilmemektedir. Hal böyle olunca, hapis cezasının ertelenmesi kararının bir mahkeme kararı olduğu tartışmaya mahal vermeyecek derecede aşikardır. Sonuç itibarıyla erteleme kararının, bir mahkeme kararı olduğunun tespiti ile, bu karara karşı başvurulabilecek olağan kanun yolunun istinaf veya temyiz olacağı ortaya çıkmaktadır. Değinmek gerekir ki, öğretide, yerel mahkemenin ertelemeye ilişkin kararı fail açısından kazanılmış hak teşkil edeceğinden, yüksek mahkemenin bu kararla bağlı olduğu ifade edilmiştir[146]. Bizim de iştirak ettiğimiz bu görüşe göre erteleme kararına karşı *"aleyhe bozma yasağı"*[147] uygulanmalıdır[148].

---

[146] **ÖZGENÇ**, Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme, s.122.

[147] **ÖZTÜRK Bahri ve diğ. göre**; "*Aleyhe değiştirme yasağı ya da aleyhe hüküm verme yasağı olarak da adlandırılan "reformatio in peus" prensibi; yürütülen ceza yargılaması sonucu ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükme karşı, sanık lehine olarak kanunda belirtilen olağan ve olağanüstü kanun yollarından birine başvurulması halinde, sonradan verilecek ikinci hükmün ilk hükümden ağır olmamasını ifade eder."* (*Bkz. Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku,* s.894)

[148] *"... 5237 sayılı TCY'ndaki düzenlemeye göre, erteleme bir güvenlik tedbiri olmadığı gibi ceza da değildir. Bununla birlikte, infaz hukukundan daha çok maddi hukuka ait bir müessese olduğu görülmektedir. Nitekim, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 98 ve devamı maddeleri uyarınca erteleme ile ilgili olarak infaz aşamasında karar alınması mümkün değildir. Bu nedenlerle aynen tekerrürde olduğu gibi, hükümde yer alan ve "hapis cezasının ertelenmesine" ilişkin olan kısmın da aleyhe değiştirmeme yasağına konu teşkil edeceğinin kabul edilmesi gerekir. Buna karşılık, ertelemenin doğal sonucu olmasından ötürü zorunlu olarak hükmedilmesi gereken denetim süresine ilişkin hataların infaz aşamasında ve 5275 sayılı Yasa hükümleri uyarınca düzeltilmesi mümkün olduğundan, bu husus 'aleyhe değiştirmeme yasağına' konu oluşturmaz..."* (YGCK, 23/02/2010, 2009/6-230 E., 2010/32 K., www.lexpera.com, E.T: 25/03/2022)

Tam da bu noktada, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemelerinin hapis cezasının ertelenmesine karar verme yetkisinin bulunup bulunmadığı önem arz etmektedir. Bilhassa hapis cezasının ertelenmesine karar verme yetkisinin ilk derece mahkemelerinde olduğu göz önüne alındığında, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri ilk derece mahkemesi olarak görevlendirildiği uyuşmazlıklarda hapis cezasının ertelenmesi kararı verebilecektir[149]. Ancak, Yargıtay ve İstinaf mahkemelerinin, son derece mahkemesi olarak hareket ettiği hallerde mevzu, mahkemelerin denetim ölçütlerinin farklılaşması nedeniyle değişiklik arz edecektir.

İstinaf ve temyiz mahkemelerinin erteleme kararı verme yetkisi incelenirken başvurulan kanun yollarının çerçevesi yol gösterici olacaktır. Bu bağlamda, istinaf ve temyiz kanun yollarının değerlendirilmesi gerekir. Nitekim, CMK'nın 288. maddesine göre, temyiz kanun yoluna başvuru ancak, hukuk kuralının yanlış uygulanması yahut uygulanmaması nedenlerine dayanmaktadır. Aynı kanunun 294. maddesine göre ise temyiz kanun yoluna başvuran kişi, hükmün ne sebeple bozulmasını istediğini belirtmek zorunda olup, bu sebep ancak yerel mahkemece verilen hükmün hukuki yönüne ilişkin olabilmektedir. Kanun koyucu, mezkûr madde hükümleri uyarınca temyiz kanun yolunun denetim ölçütlerini belirlemiş, Yargıtay denetiminin ancak hukuk normunun tatbikine ilişkin olabileceğini öngörmüştür. Diğer bir ifade ile son derece mahkemesi olarak görevlendirilen Yargıtay, somut olayın maddi içeriğine ilişkin değerlendirme yapmayıp, yalnızca hukuk normlarının uygulanıp uygulanmadığı yahut doğru uygulanıp uygulanmadığını denetleyebilecektir. Hal böyle olunca, hapis cezasının ertelenmesi şartlarından olan, failin pişmanlık duyması ve bir daha suç işlemeyeceği yönünde mahkemede kanaat oluşması şartı, Yargıtay'ın temyiz mercii olarak görevlendirildiği uyuşmazlıklarda denetlenemeyeceğinden, mahkemenin hapis cezasının ertelenmesine karar verme yetkisi yoktur. Bu durumda Yargıtay ancak, hapis cezasının ertelenmesi kararının doğru ve hukuka uygun biçimde tatbik edilip edilmediğini yahut gerekçeli kararda değerlendirilmeyen kurumun değerlendirilmesi gerektiğine hükmederek, yerel mahkemenin hükmünü bozarak, geri gönderecektir.

İstinaf mahkemeleri açısından ise durum farklıdır. Zira, istinaf mahkemelerinde yapılan denetim hem hukuki hem de maddi denetimdir. Bu yönüyle istinaf denetiminin genişletilmiş temyiz niteliğinde olduğu kabul edilmekte-

---

[149] ARTUK Mehmet Emin / YENİDÜNYA Ahmet Caner, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan,** Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul, 1999. s.82.

dir[150]. Usulüne uygun yapılan istinaf başvurusu neticesinde istinaf mahkemesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 280/1-g fıkrası gereğince mahkemenin yeniden görülmesine ve duruşma hazırlıklarının yapılmasına karar verebilmektedir. Bu durumda istinaf mahkemesi ilk derece mahkemelerinde olduğu gibi, yeniden duruşma açacak, delil toplayacak, bilirkişi marifetine başvurabilecektir. Bu yönüyle istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesi gibi hareket ettiğinden, faili gözlemleyebilecek, bire bir temaslarda bulunup failin pişman olup olmadığına kanaat getirebilecektir[151]. İstinaf mahkemesinin, duruşma yoluyla sanığı gözlemleyebildiği bu halde hapis cezasının ertelenmesine karar verme yetkisi bulunmaktadır. Ancak, kanaatimizce, duruşma yapılmadan yalnızca dosya üzerinden denetim yapılması halinde, istinaf mahkemesinin de erteleme kararı verme yetkisi bulunmamaktadır. Zira, faile yönelik sübjektif değerlendirme ancak failin gözlemlenmesiyle gerçekleşebilmektedir.

Bu noktada özellik arz eden diğer bir mesele, genel ceza mahkemelerinden ziyade kanunla özel olarak yetkilendirilmiş ve belirli konularda ceza yargılaması yürütecek özel ceza mahkemelerinin erteleme kararı verip veremeyeceği noktasındadır. Zira, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 148. maddesinin 6 ve 7. fıkrası uyarınca, yüce divan sıfatı ile ceza yargılaması yürütmekte[152], İcra Mahkemeleri ise 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun sair maddeleri gereğince ceza yargılaması yürütebilmektedir. Belirtmekte fayda var ki, TCK'nın 5. maddesine göre TCK sistematiğinde öngörülen genel hükümler, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanabilecektir. Öte yandan, *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un* 57. maddesinin 1. fıkrasında Genel Kurul'un Yüce Divan sıfatıyla çalışırken yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapacağı ve hüküm kuracağı belirtilmiştir. Bu bağlamda, anayasa yargısında yer alan Anayasa Mahkemesi ve medeni yargıda yer alan İcra Mahkemeleri, ilgili kanunlarda ceza yaptırımı öngörülmesi halinde ceza yargılamasını genel hükümlere göre yürütmekte ve genel hükümler uyarınca hapis cezasına hükmetmektedirler[153]. Örneğin gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçu (İcra İflas Kanunu, md. 338) nedeniyle yürütülecek yargılamada görevli mahkemeler icra ceza mahkemeleridir. Ceza mahkemelerine dahil

---

[150] SARIGÜL Ali Tanju, **Ceza muhakemesi hukukunda istinaf**, 1. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2017. s. 7.

[151] **TÖNGÜR**, s.112.

[152] Bkz. Anayasa, md. 148/6-7.

[153] **KAŞKA**, s.96

olmayan bu mahkemelerde yürütülecek yargılamalarda, görevli mahkeme; TCK ve CMK hükümleri uyarınca hareket edecektir. Bu bağlamda, mezkûr mahkemeler her ne kadar genel mahkeme sıfatında olmasalar da genel hüküm mahiyetinde olan hapis cezasının ertelenmesi kurumu şartlarını değerlendirecek ve kuruma uyumlu failler hakkında hapis cezasının ertelenmesine karar verilebilecektir. Diğer taraftan, ceza yargı koluna dahil olan genel ve özel nitelikteki mahkemeler, halihazırda ceza uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturma göreviyle hareket ettiklerinden, hapis cezasının ertelenmesine karar verebileceklerdir.

IV. ERTELEME KARARININ SONUÇLARI

1. Erteleme Kararının Hak Yoksunlukları Açısından Sonuçları

Hapis cezasının ertelenmesi müessesesinin bir ceza infaz rejimi olduğu ve failin hapis cezası ertelense dahi sonuçlarının devam ettiği belirtilmişti. Müessesenin özü itibarıyla, hakkında hapis cezası hükmolunmuş ve fakat hapis cezası ertelenmiş fail hakkında mahkumiyetin bütün sonuçları devam etmektedir. Nitekim, hapis cezası ertelenmiş dahi olsa, fail hakkında güvenlik tedbirleri uygulanmaktadır. Güvenlik tedbiri, kişinin suç teşkil eden eylemi nedeniyle kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, fail hakkında ya da suçun konusu ile veya suç işlenmesi sırasında kullanılan araçla ilgili olarak tatbik edilen, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımıdır[154]. Cezanın ödetici olma özelliğine karşılık güvenlik tedbirleri kişinin iyileştirilmesine ve toplumun korunmasına hizmet eder[155]. Burada güvenlik tedbirleri açısından özellik arz eden mesele TCK'nın 53. maddesinde düzenlenen *"hak yoksunlukları"* meselesidir. Kanun koyucu, işlediği suç dolayısıyla toplumda faile karşı duyulan güvenin sarsıldığını göz önüne alarak failin özellikle güven ilişkisine dayanan bazı haklardan mahrum bırakılmasını öngörmüştür.

Hapis cezası ertelenen fail ise toplum içerisinde ıslah edileceğinden, bazı hak yoksunluklarının hükümlü nazarında uygulanma kabiliyetine istisna getirilmiştir. Buna göre, hapis cezası ertelenen hükümlü, kendi alt soyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlık yetkilerinden mahrum bırakılamamaktadır. Yine, hapis cezası ertelenen hükümlünün *"bir kamu kurumunun ya da bir kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi meslek ya da*

---

[154] **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s.722.

[155] **CENTEL ve diğ.,** s.671.

sanatı kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı ya da tacir olarak icra etmekten" yoksun bırakılmayacağına karar verilebilir.

Mezkûr madde metni ile öngörülen diğer bir istisna ise, fail hakkında hükmolunan ve ertelenen hapis cezasının kısa süreli hapis cezası olması durumudur. Buna göre fail hakkında hükmolunan ve ertelenen hapis cezasının kısa süreli hapis cezası niteliğini haiz olması durumunda, fail TCK'nın 53/1. fıkrasında tahdidi olarak sayılan hiçbir haktan yoksun bırakılamayacaktır. Keza, ertelenen hapis cezasının, kısa süreli olup olmadığına bakılmaksızın, failin fiili işlediği tarihte 18 yaşını doldurmamış olması halinde de hak yoksunluğuna hükmedilemeyecektir. Yapılan açıklamalar ışığında, kanun koyucunun hak yoksunluklarına hükmedilmesi açısından suçun faili ve ceza miktarına ilişkin bir sınıflandırma yaptığı ortadadır. Zira, kısa süreli olmayan hapis cezalarının ertelenmesi ve failin fiili işlediği sırada 18 yaşını doldurmuş ergin bir birey olması halinde, hak yoksunlukları uygulanabilecek yalnızca, kişinin velayet, vesayet hakları kısıtlanamayacak, yasanın 1. fıkrası (e) bendinde sayılan hak ise mahkemenin takdirine bağlı olarak kısıtlanabilecektir. Ancak, hapis cezasının kısa süreli olması halinde veya hapis cezası kısa süreli olsun ya da olmasın failin fiili işlediği tarihte 18 yaşını doldurmamış olması halinde hiçbir hak yoksunluğu uygulanamayacaktır.

2. Denetim

2005 yılında yürürlüğe giren yeni ceza adaleti sistemi ile, onarıcı adalet anlayışını temel alan bazı kurumlar hukuk düzenimizde yerini almıştır. Mahkemece belirtilen koşullar ve süre içerisinde, denetim ve denetleme planı doğrultusunda hükümlünün toplumla bütünleşmesi, psiko-sosyal sorunlarının çözülerek topluma kazandırılması açısından ihtiyaç duyulan hizmet, program ve kaynakların sağlandığı ve *"denetim dönemi"* ile *"denetimli serbestlik"* denilen toplum temelli uygulamalara yer verilmiştir[156]. Tam da bu noktada erteleme kararının hükümlü açısından doğurduğu etki, cezanın infaz kurumunda değil, toplum içerisinde serbest bir şekilde çektirilmesidir[157]. Faile tanınan bu imkânda, fail cezasını toplum içerisinde çekse de bunun bir sınırı olmak zorundadır. Zira kanun koyucu da bu amaçla hareket ederek, TCK'nın 51/3. fıkrası ile denetim süresinin alt ve üst sınırlarını belirlemiştir.

---

[156] ÖZDEMİR Metin, Denetimli Serbestlik Tedbiri olan Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulaması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 2011. s.3.

[157] **ARTUK ve diğ.**, s.1716.

Anılan hükümde, *"cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz*." denilerek denetim süresinin belirlenmesine ilişkin sınırlar belirlenmiştir. Madde lafzından anlaşılacağı üzere mahkeme, denetim süresinin belirlenmesinde mahkûm olunan cezanın süresini dikkate alacak ve denetim süresi mahkûm olunan ceza süresinden az olamayacaktır[158,159]. Yine mezkûr hükümde denetim süresinin maksimal düzeyde 3 yıl ile sınırlı tutulduğu görülmektedir. Bu konudaki düzenleme emredici nitelikte olup, mahkemenin 3 yıldan fazla ve 1 yıldan az sürede denetim süresini takdir etme şansı bulunmamaktadır.

Denetim süresinin belirlenmesi aşamasında, 5237 sayılı kanunun yeni düzenlemesi ile mülga TCK'da benimsenen sabit denetim süresi anlayışı terkedilmiştir. Yeni sistemde kanun koyucu, ertelenecek hapis cezasının miktarına göre değişiklik gösterebilecek bir alt sınır belirlemiş, üst sınır olarak ise üç yıllık denetim süresini öngörmüştür. Mahkeme, kanun koyucunun belirlediği alt ve üst sınır arasında, faile ilişkin sübjektif bir değerlendirme yaparak, denetim süresini belirleyecektir[160]. Bu şekilde, mülga TCK'da benimsenen *"kesin süre sistemi"* terk edilerek *"takdiri süre sistemi"* benimsenmiştir[161]. Denetim süresi belirlenmesi aşamasında failin kişiliğinin göz önüne alınması, kuşkusuz hapis cezasının ertelenmesi kurumunun amacına da hizmet etmektedir[162].

Belirtmek gerekir ki, denetim süresinin ne zaman başlayacağına ilişkin öğretide fikir birliği sağlanamamıştır. Kimi yazarlar denetim süresinin ilk derece mahkemesinin hükmü ile başlayacağını[163] savunurken kimi yazarlar ilk derece mahkemesinin hükmünün kesinleşmesi ile sürenin işlemeye baş-

---

158 **ARTUK ve diğ**., s.1716.

159 *"... 5237 sayılı TCY'nın 51. maddesinin 3. fıkrası, "Cezası ertelenen hükümlü hakkında, 1 yıldan az, 3 yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz" şeklinde olup; somut olayda, mahkûm olunan ceza süresinin 1 yıl 8 ay olmasına karşılık, denetim süresinin 1 yıl olarak belirlenmesi yasaya açıkça aykırılık oluşturduğu gibi..."* (YCGK, 23/02/2010, 2009/230E., 2010/32 K., www.lexpera.com, E.T: 25/03/2022)

160 CENTEL Nur, **Yeni Türk Ceza Yasasının Yaptırımlar Sistemine Eleştirel Yaklaşım, Prof.Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağanı,** 1. Baskı, Alkım Yayınevi**,** İstanbul 2007, s. 791-818. s.805.

161 **TÖNGÜR**, s.145.

162 **ÖZGENÇ**, Bir Ceza İnfaz Kurumu Olarak Erteleme, s.124.

163 **ÖZGENÇ**, Bir Ceza İnfaz Kurumu Olarak Erteleme, s.124.

layacağını savunmuşlardır[164]. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, mülga TCK döneminde vermiş olduğu bir kararda, denetim süresinin, kesinleşmesi şartıyla ilk derece mahkemesinin hüküm tarihinde başlayacağını kabul etmiştir[165]. Bununla birlikte, mülga TCK'da benimsenen denetim sistemi ile 5237 sayılı TCK'da benimsenen denetim sistemi uygulama açısından farklılık arz ettiğinden, kesinleşme şartı ile hükmün verildiği tarihten itibaren denetim süresinin işletilebilme kabiliyeti ortadan kalkmıştır. Diğer bir ifade ile mülga TCK ve 647 sayılı mülga CİHK hükümlüye denetim süresi içerisinde suç işlememekten başka bir yükümlülük getirmemişken 5237 sayılı TCK'nın 51/4. fıkrası, mahkemenin takdiri ile faile denetim süresi içerisinde birtakım kısıtlamalar getirilmiştir. Yasa lafzında tahdidi olarak sayılmış bu kısıtlamalar, hükümlünün temel hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunduğundan, hükmün kesinleşmesinden önce tatbik edilme yetenekleri bulunmamaktadır. Zira, 5237 sayılı TCK ile bir ceza infaz kurumu haline gelen erteleme müessesesi, CGTİK'ya tabidir. CGTİK'in 4. maddesi uyarınca mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamayacaktır. Ayrıca, ceza yargılamasının temel evrensel prensipleri ve anayasal güvence altına alınan masumiyet karinesi gereğince, failin temel hak ve hürriyetlerine kısıtlama getirebilecek niteliği haiz, hapis cezasının ertelenmesi kararının tatbiki için kesinleşmenin aranması daha doğru olacaktır. Aksi halde, hakkında verilen hüküm karşısında kanun yollarına başvuran fail, hüküm henüz kesinleşmeden mahkeme tarafından takdir olunan yükümlülüklerini ifa etmeye başlamış olacaktır. Yüksek mahkemeler tarafından, ilk derece mahkemesinin verdiği hapis cezası kararı bozulup kişinin beraat etmesi durumunda, kişi haksız yere yükümlülüklere tabi tutulmuş olacaktır[166]. Nitekim, Yargıtay'ın 5237 sayılı TCK döneminde konu özelinde verdiği kararlar da bu yöndedir[167].

---

164 **YENİDÜNYA**, 5237 sayılı TCK'da Hapis Cezasının Ertelenmesi, s.68.

165 *"TCY.nın 95. maddesinde yer alan "hüküm tarihinden itibaren" ibaresi, kararın kesinleşmesi şeklinde yorumlandığında, aynı kararda birden fazla sanık hakkında ve bir kısmının yüzünde, bir kısmının yokluğunda karar verilmesi halinde, hükmün tefhim veya tebliğ edilmesine, değişik tarihlerde kesinleşmesine göre ayrı ayrı deneme süreleri kabul edilmiş olacaktır. Bu durumda, kararın geç kesinleşmesi sanık aleyhine sonuç doğuracaktır. Böyle bir uygulama, erteleme müessesesinin bünyesine aykırı olup adaletsizliğine neden olacağından, deneme süresinin; kesinleşmiş olmak şartıyla hükmün verildiği tarihten itibaren başladığına karar verilmelidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun duraksamasız uygulaması da bu doğrultudadır."* (YCGK, 27.05.1997, 1997/98 E., 1997/126 K., www.kazanci.com, E.T: 26/03/2022)

166 **ZAFER**, s.579.

167 *"... TCK'nın 51/3. maddesi gereğince cezası ertelenen hükümlü hakkında öngörülen denetim süresinin karar tarihinde başlayacağına dair TCK'nın 51. maddesinde bir hüküm bulunmadığı gibi, aynı maddenin 4. fıkrası gereğince hükümlü aleyhine bazı kısıtlamalara karar verildi-*

A. Denetim Süresince Hükümlünün Yükümlülükleri

Hapis cezasının ertelenmesine karar veren mahkeme TCK'nın 51/4. maddesi uyarınca sanığa denetim süresi içerisinde belirli yükümlülükler yükleyebilmektedir. Bu yükümlülükler, mahkeme tarafından belirlenen denetim süresi içerisinde failin uyması gereken yükümlülüklerdir. Mezkûr madde metninde, mahkemenin sanığa yükleyebileceği bu yükümlülükler tahdidi olarak sayılmıştır. Diğer bir ifade ile mahkemenin, madde metninde sayılan yükümlülükler haricinde, failin yararına olsun ya da olmasın, başkaca bir yükümlülüğe hükmetme yeteneği bulunmamaktadır. Nitekim, ceza hukukunun genel evrensel prensipleri ve anayasal güvence altına alınan "*suçta ve cezada kanunilik*" ilkesi gereğince, yasada öngörülmeyen hiçbir yükümlülük, sanığa yüklenememelidir[168,169]. Diğer taraftan, mahkemenin denetim süresi içerisinde sanığa yönelik bir yükümlülüğe hükmetme zorunluluğu bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, bu yetki mahkemenin takdirine

---

ğinde bunların yerine getirilmesinin ancak kararın kesinleşmesiyle mümkün olacağı ve aynı maddenin 8. fıkrası gereğince denetim süresinin yükümlülüklere uygun veya iyi halli olarak geçirilmesi halinde cezanın infaz edilmiş sayılacağının düzenlendiği, bu nedenle ertelemenin bir infaz rejimi olduğu ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 4. maddesi gereğince de hükmün infazı için kesinleşmesi gerektiğine dair düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde; cezası ertelenen sanık hakkında TCK'nın 51/3. maddesi gereğince öngörülen denetim süresinin kararın kesinleşme tarihinde başlayacağı gözetilmeden, karar tarihinden itibaren başlayacağının belirtilmesi, bozmayı gerektirmiş..." (Y. 2.CD 13.10.2009, 2008/31535 E., 2009/38112 K., www.lexpera.com, E.T: 26/03/2022)

168 *"... 5237 sayılı TCK'nın "Hapis cezasının ertelenmesi" kenar başlıklı 51. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde, "İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir" hükmü ile aynı maddenin üçüncü fıkrasında, "Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkum olunan ceza süresinden az olamaz." hükmü ve dördüncü fıkrasında ise, "Denetim süresi içinde; a) Bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine, b) Bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, mahkemece karar verilebilir." hükmünün yer almasına rağmen, 5 ay hapis cezası ertelenen sanık hakkında, madde hükmünde yer almayan "alkollü içecek kullanmasının ve alkollü içki kullanılan yerlere girmesinin yasaklanmasına" şeklinde karar verilmesinde isabet görülmediğinden, 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozma talebine dayanılarak ihbar olunmuştur... Suçta ve cezada yasallık ilkesi uyarınca, yasada öngörülmeyen yükümlülükler kimseye yüklenemeyeceğinden, kanun yararına bozma istemindeki düşünce yerinde görüldüğünden.. bozulmasına..."* (Y.2CD, 07/05/2007, 2007/6390E., 2007/6303 K., www.lexpera.com, E.T: 27/03/2022)

169 *"Denetim süresince yüklenilecek yükümlülük ise, 51. maddenin 4. fıkrasında, sınırlı bir şekilde sayılmış olup, mahiyetleri itibariyle birden fazla yükümlülük belirlenmesi mümkün bulunmadığı gibi bu yükümlülüklerin değiştirilmesi veya ilave yükümlülükler hükmedilmesi de mümkün değildir."* (YCGK. 17/07/2007, 2007/169 E., 2007/170K., www.lexpera.com, E.T: 27/03/2022)

bırakılmıştır (TCK 51/6). Mahkeme bu aşamada hükümlünün kişiliği ve sosyal durumunu göz önüne alarak, yapacağı sübjektif değerlendirme ile kişinin ıslah edilmesi ve tekrar suç işlenmesinin önlenmesi için tedbir almayı gerekli görüyor ise takdir hakkını kullanacak aksi halde denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlenmeden geçirilmesine karar verebilecektir[170].

Mahkeme gerekli gördüğü taktirde:

a) "Bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine, (TCK 51/4)

b) Bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, (TCK 51/4)

c) Onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine, karar verebilir[171]." (TCK 51/4)

d) "Yine mahkeme uygun gördüğü taktirde denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir[172]." (TCK 51/5)

a. Eğitim Programlarına Katılma

Yürütülen yargılama neticesinde hakkında hapis cezasının ertelenmesine karar verilen fail hakkında denetimli serbestlik tedbiri olarak öngörülebilecek tedbirlerden biri failin eğitim programına katılmasıdır. Eğitim programlarına katılma TCK'nın 51/4. madde (a) ve (c) bentlerinde iki farklı durum için öngörülmüştür. Şayet, fail onsekiz yaşından büyük bir yetişkin ise ve bir meslek ya da sanat sahibi değilse mahkeme failin meslek ya da sanat edinmesini sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine karar verebilir. Diğer yandan, eğer fail onsekiz yaşını doldurmamış ise, failin gelecekte bir sanat veya meslek sahibi olması amacıyla eğitim programlarına katılmasına karar verilebilir.

---

[170] *Bkz.* Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 17/07/2007 tarih, 2007/169 E., 2007/170K.

[171] TCK, md.51/4.

[172] TCK 51/5.

Eğitim programına katılma yaptırımı failin mahkeme kararıyla eğitim ya da meslek ve sanat öğrenme amacıyla, kararda gösterilen süreyle ve gerektiğinde barınma imkânı da sağlanarak eğitim almaya mahkûm edilmesidir[173]. Yasa koyucu mahkemenin takdirine bıraktığı bu tedbir ile aldığı eğitim sonucunda failin iş sahibi olmasını ve bu itibarla suç işlemesinin önüne geçilmesini amaçlamaktadır[174]. Denetim süresinin, iyi halli ve hükmolunan yükümlülüklere uygun biçimde geçirilmesi ile, fail, uslanmış kabul edilerek, önce kendine daha sonra topluma faydalı bir hale gelir.

Mahkeme, failin katılacağı eğitim programına karar verirken, hükümlünün kişisel, sosyal ve eğitim durumunu dikkate almalıdır. (Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği md.66/1)[175] Zira belirlenen yükümlülüğün infazında failin yaşı, eğitim ve sağlık durumu, bilgi ve becerileri ile kurumların yürüttükleri eğitim programları dikkate alınır. Bu yükümlülük kararları, örgün eğitime devam eden çocuk ve gençlerin eğitimlerine, fiziksel ve duygusal gelişimlerine engel olmayacak şekilde yerine getirilir. (Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği md.58/2)

b. Ücret Karşılığı Çalışma

Türk Ceza Kanunu'nun 51/4-b bendinde sayılan diğer bir yükümlülük, failin bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda ya da özel olarak aynı meslekte veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasıdır. Mahkemenin takdir edeceği bu yükümlülükle birlikte, failin hem geçimini sağlaması hem de sosyal çevrisinin düzeltilmesi amaçlanır.[176] Sosyal çevresini düzelten ve suç işlemeye meyilli ortamından uzaklaşan fail, topluma yeniden kazandırılarak, suç işlemesi önlenmiş olacaktır. Failin günlük çalışma süresi, kurumun bu konuda tabi olduğu mevzuata göre belirlenecektir. Failin mevcut işi, eğitime devam durumu gibi hususlar dikkate

---

[173] NURSAL Necati / ATAÇ Selcen, **Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s.380.

[174] **TÖNGÜR**, s.340.

[175] Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nin *"Dördüncü Bölümünde"* yer alan *"Hapis Cezasının Ertelenmesi Halinde Hükmedilen Yükümlülüklerin Yerine Getirilmesi*" başlıklı *"Eğitim programına devam etme"* isimli 66. maddesi, aynı yönetmeliğin 58. maddesine atıf yaptığından, hapis cezasının ertelenmesine ilişkin denetimli serbestlik tedbiri, yönetmelikte yer alan *"Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Kapsamında Hükmedilen Denetimli Serbestlik Tedbirleri ve Bu Tedbirlerin Yerine Getirilmesi"* başlıklı ikinci bölümünde yer alan ilgili maddeler uyarınca tatbik edilecektir.

[176] KUMBASAR Enver, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, 1. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara, 2011. s.211.

alınarak kişinin çalıştırılacağı kurumla iş birliği içerisinde farklı çalışma rejimleri de uygulanabilir. Her halükârda fail günde en az iki, en fazla sekiz saat çalıştırılır. (Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği md.59/2)[177]

c. Rehberlik Edecek Uzman Kişinin Görevlendirmesi

Mahkemenin takdirine bağlı olarak, hükümlünün denetim süresince uzman bir kişinin yardım ve kontrolüne tabi tutulması mümkündür[178]. TCK'nın 51. maddesinin 5. fıkrasına göre görevlendirilen bu kişi, hükümlünün kötü alışkanlıklarından kurtulması, sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temini hususunda hükümlüye öğütlerde bulunur. Mahkeme aynı zamanda, hükümlü hakkında eğitim programlarına katılma yahut ücret karşılığı çalışması tedbirinin uygulanmasına karar vermiş ise uzman kişi kurum yetkilileri veya nezdinde çalıştığı kişi ile görüşerek istişarelerde bulunur. Diğer yandan, uzman kişi, hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişim hakkında infaz hakimine üç aylık sürelerle rapor düzenleyerek teslim eder. Burada ifade etmek gerekir ki, yasada denetim süresi içerisinde mahkemenin takdirine bağlı olarak öngörülen yükümlülükler ile uzman kişi görevlendirilmesi, birlikte uygulanmak zorunda değildir. Mahkeme bu iki tedbirden yalnızca bir tanesini öngörebileceği gibi, halin icabının her iki tedbirin uygulanmasını gerektirdiği kanısında ise her iki tedbire de birlikte müracaat edebilir[179].

B. Denetimli Serbestlik Tedbirinin Uygulanması ve İzlenmesi

Hükümlü hakkında eğitim programlarına katılma tedbirine başvurulması halinde, bu tedbir 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu ve bu kanunun delaletiyle çıkarılan Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nde belirtilen usul doğrultusunda denetimli serbestlik memurları ve sivil toplum fertlerinden oluşan gönüllü çalışanlar tarafından infaz edilir. Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nin 26. maddesine göre denetimli serbestlik memurları, failin yükümlülüklerine uyup uyumadığını tespit eder,

---

[177] Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nin *"Dördüncü Bölümünde"* yer alan *"Hapis Cezasının Ertelenmesi Halinde Hükmedilen Yükümlülüklerin Yerine Getirilmesi*" başlıklı *"Gözetim altında ücret karşılığında çalıştırılma"* isimli 67. maddesi, aynı yönetmeliğin 59 ve 65. maddelerine atıf yaptığından, hapis cezasının ertelenmesine ilişkin denetimli serbestlik tedbiri yönetmelikte yer alan *"Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Kapsamında Hükmedilen Denetimli Serbestlik Tedbirleri ve Bu Tedbirlerin Yerine Getirilmesi"* başlıklı ikinci bölümünde yer alan ilgili maddeler uyarınca tatbik edilecektir.

[178] **ARTUK ve diğ**., s.1718.

[179] **ARTUK ve diğ.**, s.1718.

yükümlülüklerin iyileştirilmesi ve topluma kazandırılması için projeler üretir, yükümlülerin boş zamanlarının yapılandırılmasına yönelik eğitsel ve sosyal çalışmaları diğer kurumlar ile iş birliği içinde yürütür.

Fail hakkında hapis cezasının ertelenmesine karar verilmesiyle, failin denetim süresi içerisinde yasada sayılan yükümlülükleri yerine getirilmesine karar verildiyse, bu durum mahkeme tarafından Cumhuriyet başsavcılıklarına bildirilerek en geç üç gün içerisinde UYAP bilişim sistemine kaydedilir[180]. Denetimli serbestlik kararlarının kaydedilmesi ile, hükümlüye üç iş günü içerisinde tebligat gönderilerek, on iş günü içerisinde müdürlüğe başvurması gerektiği bildirilir[181]. Bu tebligat içeriğinde, yükümlünün haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen bir mazereti olmadan müdürlüğe gelmemesi veya hakkında belirlenen yükümlülüklerin gereğini yerine getirmemesi halinde, denetimli serbestlik kararının niteliğine göre ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilebileceği, seçenek yaptırım veya tedbirin hapse çevrilebileceği ya da koşullu salıverilme kararının geri alınabileceği gibi gelmemenin hukuki sonuçları yer alır. (DSHY md.41/2) Usulüne uygun olarak yapılan tebligata rağmen yükümlü on gün içerisinde müdürlüğe müracaat etmezse uyarı ve tekrar tebligat yapılmaksızın komisyonun onayından sonra kayıt kapatılarak infaz dosyası Cumhuriyet başsavcılığına geri gönderilir. (DSHY md.40/3) Ancak, tebligatın usulüne uygun yapılmaması halinde failin yükümlülüklerine uymadığından bahsedilemez[182].

---

[180] Denetimli Serbestlik Hizmet Yönetmeliği (DSHY), Resmî Gazete 31655 (10 Kasım 2021), md. 40/1: "*Yargı mercileri tarafından Cumhuriyet başsavcılığına gönderilen denetimli serbestlik kararları en geç üç gün içerisinde UYAP bilişim sistemine kaydedilir.*"

[181] Denetimli Serbestlik Hizmet Yönetmeliği md. 41/1: "*Denetimli serbestlik kararlarının kaydedilmesinden itibaren yükümlülere üç iş günü içerisinde yapılacak yazılı veya elektronik tebligatta, tebliğden itibaren on gün içerisinde müdürlüğe başvurulması gerektiği belirtilir.*"

[182] Yargıtay 3. Ceza Dairesi, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu tatbik olunan çocuğa yapılan usulsüz tebligatın, hükmün açıklanması şartlarını oluşturmayacağına hükmetmiştir. Hapis cezasının ertelenmesi ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması, denetimli serbestliğin usulü açısından bu konuda farklılaşmadığından, Yargıtay 3. Ceza Dairesinin bu kararının hapis cezasının ertelenmesi kurumu nezdinde verilen denetimli serbestlik açısından da uygulanacağı aşikardır.

"5271 sayılı CMK'nin 231/11. maddesi uyarınca denetim süresi içerisinde denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranılması halinde, suça sürüklenen çocuğun yasal ve kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uymadığının sabit olması halinde açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanmasına karar verilebileceği, bu kapsamda Denetimli Serbestlik Müdürlüğü'nce çıkartılan çağrı yazısını 04.08.2011 tarihli kolluk araştırma tutanağına göre muhatapla aynı konutta daimi ikamet etmeyen kişiye tebliği nedeniyle usulsüz olduğu ve suça sürüklenen çocuğun çağrı yazısından haberinin olmaması nedeniyle yükümlülüğe uyamadığını iddia etmesi karşısında bu yönüyle hükmün açıklanması koşullarının oluşmadığı anlaşılmış.." (Y.3.CD 07.04.2015 2014/37904 E., 2015/12313 K., www.lexpera.com, E.T: 28/03/2022)

Usulüne uygun yapılan tebligatla birlikte, müdürlüğe başvuran yükümlülerin risk ve ihtiyaçları belirlenir ve yükümlü ile iş birliği içinde risk ve ihtiyaçlara uygun iyileştirme çalışmalarını içeren bir denetim planı hazırlanır. Bu süreçte yükümlü, *"yapılan çağrılara ve hazırlanan denetim planına, iyileştirme çalışmaları kapsamında belirlenen yükümlülüklere, kararın infazı ve denetim için belirlenen kurallara, denetimli serbestlik personelinin uyarı ve önerilerine uymak ve katlanmak zorundadır*[183]*."*

Denetimli Serbestlik Hizmet Yönetmeliği'nin 37. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendine göre TCK kapsamında hakkında hapis cezasının ertelenmesi kararı verilen ve rehberlik çalışmalarına katılma yükümlülüğü verilen fail hakkında üç ayda bir denetim raporu düzenlenir. Bu raporda, failin denetim programının nasıl geçtiği, uygulanan iyileştirme programı kapsamında topluma uyumdaki başarısı, olumsuz davranışlarını değiştirmek için gösterdiği çaba ve bu doğrultuda genel gelişiminin değerlendirilmesi yer alır. Yükümlülüğün yerine getirilmesi için uyulması gereken kurallar ile karara uygun olarak hazırlanan programa ve denetimli serbestlik personelinin bu kapsamdaki uyarı ve çağrılarına uyulmaması yükümlülüğün ihlali sayılır. Yükümlülüğün ihlal edilmesi durumunda vaka sorumlusunun teklifi üzerine yükümlü, komisyon tarafından veya Kanunda yazılı hâllerde komisyonun önerisi üzerine infaz hâkimi tarafından uyarılır (DSHY md.44). TCK'nın 51. maddesinin 7. fıkrası uyarınca, hükümlünün kendine yüklenen yükümlülüklere uymaması halinde, infaz hâkimi tarafından gerçekleştirilecek uyarı fonksiyonu, bu usule tabiidir. İnfaz hakiminin uyarısına rağmen, hükümlü yükümlülüklerini icra etmeye devam etmez ise, ertelenen ceza kısmen ya da tamamen infaz kurumunda çektirilebilecektir.

C. Denetim Süresinin Sonunda Verilebilecek Kararlar

Failin denetim süresi boyunca sergilediği tutum ve davranışlara, kendisine yüklenen yükümlülüklere uyup uymamasına göre denetim süresi sonunda verilecek karar değişiklik göstermektedir. Nitekim, "hükümlünün denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklere, infaz hakiminin uyarısına rağmen uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine infaz hakimliğince karar verilebilecektir[184]." Diğer ihtimalde, hü-

---

[183] DSHY, md. 42/1.

[184] TCK, md.51/7.

kümlü kendisine yüklenen yükümlülüklere uygun veya iyi halli geçirildiği taktirde ise ceza infaz edilmiş sayılacaktır. (TCK md. 51/8)

Denetim süresinin iyi halli olarak geçirilmesi, failin denetim süresini kasten suç işlemeden ve denetimli serbestlik tedbiri kapsamında kendisine yükümlülükler yüklenmiş ise bu yükümlülükleri ihlal etmeden geçirilmesini ifade eder. Hapis cezası ertelenen hükümlünün, erteleme kararı ile üzerine yükümlülük öngörülüp öngörülmediğine bakılmaksızın mutlak suretle uyması gereken yükümlülük, kasten suç işlememektir[185]. Bir başka ifade ile fail denetim süresi boyunca kasten suç işlememelidir, failin denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi halinde, erteleme kararı geri alınacaktır[186]. Keza erteleme kararının verilmesinden önce işlenmiş bir suç dolayısıyla mahkûmiyet hükmü, erteleme kararından sonraki deneme süresi içerisinde verilmişse bu da erteleme kararının geri alınmasına sebebiyet vermeyecektir[187]. Belirtmek gerekir ki failin denetim süresi boyunca taksirli bir suç işlemesi, hapis cezasının ertelenmesi kararının geri alınmasına sebebiyet vermez. Kanunun açık hükmü, erteleme kararının geri alınması için kasten işlenen bir suç aramaktadır. Bu noktada öğretideki bir görüşe göre kasıtlı suçun denetim süresi içerisinde işlenmesi yeterli olup, erteleme kararının kaldırılması için kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü aranmamalıdır[188]. Ancak, öğretide bu görüşe katılmayan yazarlar da bulunmaktadır. Aksi yönde düşünen yazarlara göre deneme süresi içerisinde kasıtlı bir suçun işlenmesi halinde, erteleme kararının kaldırılabilmesi için fail hakkında verilen hükmün kesinleşmesi gerekmektedir[189]. Kanaatimizce kesinleşmemiş bir hüküm dolayısı ile

---

185 Aynı yönde, İPEK, Ali İhsan, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 67, 2012, s.83-88.

186 *"... 5237 Sayılı TCY uygulamasında, anılan Kanun'un 51/8. maddesi uyarınca hakkındaki hapis cezasının ertelenmesine karar verilen hükümlünün, denetim süresini yükümlülüklere uygun ve iyi hâlle geçirmesi halinde, cezası infaz edilmiş sayılacaktır. Denetim süresi içerisinde kasıtlı suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklere aykırı davranması halinde ise, 5237 Sayılı TCY'nın 51/7. maddesi uyarınca ertelenen cezanın kısmen veya tamamen çektirilmesine karar verilebilecektir. Her iki halde de diğer koşulların varlığı hâlinde, erteli mahkûmiyet hükümlerinin tekerrüre esas alınmasında yasal bir engel bulunmamaktadır. Kesinleştikten sonra iyi halle geçirilme sebebiyle infaz edilmiş sayılan ya da denetim süresi içinde yükümlülüklere aykırı davranılması sebebiyle aynen çektirilmesine karar verilen bu hükümlülükler tekerrüre esas olabilecektir..."* (YCGK, 14/06/2011, 2011/6-100 E., 2011/127 K., www.kazanci.com, E.T: 27/03/2022)

187 **KAŞKA**, s.120; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, s.785.

188 Bu yöndeki görüş için *Bkz*. **ARTUK ve diğ.**, s.1719; **ÖZGENÇ**, *Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme*, s.130, PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, **Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007. s.863.

189 Bu yöndeki görüş için *Bkz*. **ÖZTÜRK / ERDEM**, s.375; **DEMİRBAŞ**, s.618.

hapis cezasının ertelenmesi kararının geri alınması ve hükümlünün cezasının infaz kurumlarınca infaz edilmesi hali masumiyet karinesine aykırılık teşkil eder. Bu bakımdan, kişinin denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi dolayısıyla verilen hüküm kesinleşmelidir. Zira, bu karar ile erteleme kararı geri alınır ve hükümlünün temel hak ve hürriyetleri kısıtlanır. Temel hak ve hürriyetlere halel getiren bu halin uygulanabilmesi için kişi hakkında verilen kararın kesinleşmesi gerekmektedir. Yargıtay'ın 5237 sayılı TCK döneminde istikrar kazanmış, müstekar kararlarına göre de kişi hakkında denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlediği yönünde verilen kararın kesinleşmesi gerekir[190].

TCK 51/4 ve 51/5 hükümleri uyarınca sanığa denetim süresi içerisinde birtakım yükümlülükler yüklenebileceğinden bahsetmiştik. Bu durumda, failin denetim süresi içerisinde kasten bir suç işlememe yükümlülüğü yanında, mahkemenin öngördüğü tedbirleri de ihlal etmemesi gerekmektedir. Zira, mahkeme tarafından failin topluma geri kazandırılabilmesi ve suç işlemesinin önlenmesi için başvurulan tedbirlerin de tatbik edilmesi gerekmektedir. Denetim süresince, kendisine yükümlülükler yüklenen fail, denetim serbestlik gözetim kurumlarınca gözetlenir ve failin yükümlülüklere uygun davranıp davranmadığı raporlar halinde yetkili mercilere bildirilir. Denetimli serbestlik tedbirlerine uygun davranmayan ve yükümlülüklerini ihlal eden fail, infaz hâkimi tarafından uyarılır. Bu uyarı, erteleme kararının geri alınabilmesi için kanun koyucunun aradığı bir ölçüttür. Zira kişinin infaz hâkimi tarafından uyarılmaması halinde erteleme kararı geri alınamayacaktır. (TCK 51/7)

En nihayetinde denetim süresi içerisinde, hükümlünün hakkında takdir olunan yükümlülüklere uyması ve denetim süresi içerisinde kasten başka bir suç işlememesi halinde failin ıslah edildiği ve topluma yeniden kazandırıldığı kabul edilir. Bu durumda, denetim süresini iyi halli geçiren fail hakkında hükmolunan hapis cezası infaz edilmiş sayılır. (TCK 51/8) Hükümlünün dene-

---

190 *"18.07.2008 tarihinde sanık hakkında hırsızlık suçundan mahkumiyet kararı verilip 5271 sayılı CMK'nın 231/5. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ve 5 yıl süre ile denetim süresine tabi tutulmasına karar verilmesinden sonra, denetim süresi içinde sanığın yeni bir suç işlediği ve hakkında dava açıldığının Cumhuriyet Savcılığı'nca bildirilmesi üzerine, mahkemece yapılan yargılamada, 5271 sayılı CMK'nın 231/10. maddesinde belirtilen "denetim süresi içinde yeni bir suç işlemesi" ibaresinin sanık hakkında denetim süresi içinde işlediği bir suçtan dolayı mahkumiyet kararı verilmesi ve kesinleşmiş olmasının anlaşılması gerektiği gözetilmeden karar verilmesi.. bozmayı gerektirmiştir."* (Y 2.CD, 15.12.2010, 2010/30121 E., 2010/33646 K, www.lexpera.com, E.T: 27/03/2022)

tim süresi içerisinde kasıtlı bir suç nedeniyle cezalandırılması veya erteleme kararı ile kendisine yüklenen yükümlülüklere riayet etmemesi durumunda, infaz hakiminin uyarısına rağmen yükümlülüklere uymamakta ısrar edilmesi halinde erteleme kararı infaz hakimliğince geri alınarak, hükümlü cezasını kısmen veya tamamen çekmek üzerine ceza infaz kurumlarına alınır. Belirtmek gerekir ki, TCK'nın 51 maddesinde 14.04.2020 tarihli değişikliğinden önce, madde metninde erteleme kararını "hâkim" kaldırır ibaresi yer almaktaydı. Bu durum öğretide tartışmalara sebebiyet veriyordu. Bir kısım yazarlar mahkûmiyet kararını veren mahkemenin erteleme kararını kaldırması gerektiğini savunuyorlardı. 14.04.2020 tarihli 7242 sayılı kanunun 9. maddesi ile bu tartışmalara son verilerek, hapis cezasının ertelenmesi kararının geri alınmasını işlemini infaz hakimliğinin tatbik edeceği öngörülmüştür. İnfaz hakimliği, ertelemenin geri alınması kararında, failin denetimli serbestlik tedbirlerine uymama nedenlerini, denetim süresi boyunca sergilediği tutum ve davranışları, sübuta eren suçun saiklerini, suçun ağırlığını, sanığın kişiliği gibi etkenleri göz önüne alarak cezanın kısmen ya da tamamen infaz edilmesine karar verir[191]. Öte yandan, mülga CİHK düzeninde, erteleme kararının ortadan kaldırılması durumunda fail hakkında hükmolunan cezanın tümü infaz edilmekteydi. Yasa koyucunun, bu yaklaşımından vazgeçerek failin kişiliğini ön plana aldığı bir uygulama benimsemesi, hiç şüphesiz failin denetim sürecindeki davranışlarına önem verdiğini göstermektedir.

IV. HAPİS CEZASININ ERTELENMESİ KURUMUNUN BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

1. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, CMK'nın 231. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Müessese, iki yıl ya da az süreli hapis cezaları yahut adli para cezalarını öngören mahkumiyetlerde, faile ikinci bir şans tanımakta, ilk defa suç işleyen faillerin hükümlü statüsüne girmesini engellemektedir[192]. Hapis cezasının ertelenmesi kurumunda olduğu gibi, müessesenin tatbiki için failin suç işlediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Suç işlediği tespit edilen fail hakkında verilen mahkûmiyet hükmü, kurumun uygulanması ile hukuki sonuçlarını doğurmayacaktır[193]. Diğer bir anlatımla,

---

[191] **TÖNGÜR**, s.151.

[192] ARTUK / GÖKÇEN, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 915.

[193] ARTUK / GÖKÇEN, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 916.

yargılaması yürütülen fail hakkında hükmolunan ceza, belirli şartlar altında geri bırakılmaktadır[194]. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, CMK'nın 231. maddesinde öngörülen şartların varlığı halinde verilebilecektir. Madde lafzına göre, fail hakkında hükmolunan sonuç ceza miktarı iki yıl veya daha az süreli hapis cezası yahut adli para cezası olmalıdır. Hakkında iki yıl ya da daha az süreli hapis cezasına hükmolunan failin, daha önce kasıtlı bir suç nedeniyle mahkûm edilmemiş olması gerekir. Bununla birlikte, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için mahkeme tarafından sanığın kişilik özellikleri ve duruşmadaki tutum ve davranışları değerlendirilerek tekrar suç işlemeyeceği konusunda kanaat oluşması gerekmektedir[195]. Diğer şartları taşıyan ve tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede kanaat oluşturan fail, işlediği suç nedeniyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararı, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi şartlarını yerine getirirse, yargılamayı yürüten mahkeme, failin de muvafakati ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını ikame edecektir[196]. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi durumunda, fail beş yıl süreyle denetime tabi tutulacaktır (CMK, md. 231/8). Ancak, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen kimsenin, suça sürüklenen çocuk olması halinde denetim süresi üç yıl olarak belirlenmiştir (Çocukları Koruma Kanunu ("ÇKK"), md. 23/1). Yasa koyucu tarafından öngörülen denetim süresi içerisinde, kasten yeni bir suç işlemeyen ve mahkemece belirlenen yükümlülüklere uyan kişinin mahkûmiyet hükmü ortadan kaldırılır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile hapis cezasının ertelenmesi müesseseleri, cezanın bireyselleştirilmesi prensibi ışığında ikame edilmeleri, uygulanabilmeleri bakımından sanığın kişiliğinin, tutum ve davranışlarının dikkate alınması, denetimli serbestlik sisteminin öngörülmesi, onarıcı adalet düşüncesi ışığında suçtan zarar gören mağdur yahut kamu zararının giderilmesini sağlamaları bakımından benzerlik gösterseler de birçok açıdan farklılık arz etmektedirler. Belirtmek gerekir ki, zararın giderilmesi meselesi, iki kurumun ortak özelliği niteliğini taşısa da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında zararın giderilmesi zorunlu şart olarak öngörülmüş, hapis cezasının ertelenmesinde ise zararın giderilmesi mahkemenin takdirine bırakılmıştır.

---

[194] **DEMİRBAŞ**, s.708.

[195] **KOCA ve diğ**., s. 578., DEMİRBAŞ, s.710., ARTUK / GÖKÇEN, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 917.

[196] **KOCA ve diğ**., s. 578.

İki kurum arasındaki en bariz fark, müesseselerin farklı kanunlarda düzenleme altına alınmış olmasıdır. Zira, hapis cezasının ertelenmesi kurumu TCK'nın 51. maddesinde düzenleme altına alınmış iken hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, CMK'nın 231. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Öte yandan hükmün açıklanmasının geri bırakılması her ne kadar CMK'da düzenleme altına alınmış olsa da karma yapıda bir kurumdur. Nitekim, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kurumunun maddi ceza hukukuna ilişkin sonuçları da bulunmaktadır. Ancak, hapis cezasının ertelenmesi kurumu salt ceza infaz kurumu olarak düzenleme altına alınmıştır.

Hapis cezasının ertelenmesi kararı, ancak iki yıl ya da daha az süreli hapis cezasına mahkûm olan fail hakkında uygulanabilirken, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, iki yıl ya da daha az süreli hapis cezası yahut adli para cezası alan fail hakkında uygulanabilecektir. Bir başka anlatımla, hükmolunan cezanın türü bakımından müesseseler arasında farklılık bulunmaktadır. Ayrıca, failin önceden kasten işlediği, bir suçtan dolayı üç aya kadar hapis cezasına mahkûm edilmesi daha sonra işlediği başka bir suç bakımından hapis cezasının ertelenmesi müessesesinin uygulanmasına engel değilken, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanabilmesi için daha önceden kasten işlediği bir suç nedeniyle mahkûm edilmemiş olması gerekmektedir. Bu yönüyle de iki kurum arasında farklılık bulunmaktadır.

Hapis cezasının ertelenmesinde hükümlü hakkında bir ile üç yıl arasında ve hükümlünün aldığı ceza süresinden az olmamak üzere bir denetim süresi belirlenirken, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında yetişkinler için beş yıl çocuklar için üç yıl denetim süresi öngörülmüştür. Bu bağlamda, hapis cezasının ertelenmesi kurumunda denetim süresini belirleme noktasında mahkemeye takdir yetkisi tanınmış iken, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında denetim süresi kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Belirlenen denetim süresi içerisinde hükmolunacak olan yükümlülükler, hapis cezasının ertelenmesinde tahdidi olarak sayılmış iken hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında ise kanunda sayılanlar dışında mahkeme tarafından belirlenebilmektedir. Diğer bir anlatımla, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde mahkeme takdir yetkisini kullanarak kanun lafzında sayılan yükümlülüklerden başkaca bir yükümlülüğe hükmedebilecektir. Ancak, belirtildiği üzere hapis cezasının ertelenmesi kurumunda bu yönde bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Özellik arz eden diğer bir fark ise, failin rızası bakımındandır. Zira, hapis cezasının ertelenmesi kararı verilebilmesi için failin rızası aranmamakta ve fakat hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun tatbik edilebilmesi için failin muvafakati gerekmektedir. Öte yandan, iki kurumun sonuçları bakımından da büyük farklıklar gündeme gelmektedir. Zira, hapis cezasının ertelenmesi kararının akabinde denetim süresinin iyi halli ve yükümlülüklere uygun olarak geçirilmesi halinde ceza infaz edilmiş sayılacak ve fail toplum içerisinde cezasını infaz etmiş olacaktır. Hal böyle olunca, fail hakkında mahkumiyete bağlanan tüm hukuki sonuçlar meydana gelecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunda ise, denetim süresini yükümlülüklere uygun olarak geçiren yahut denetim süresinde kasten suç işlemeyen hakkında açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kalkar ve davanın düşmesine karar verilir. Davanın düşmesi halinde ise mahkumiyete bağlanan hiçbir hukuki sonuç meydana gelmez, suç işlenmemiş sayılır. Son olarak belirtmek gerekir ki, mahkemenin önüne gelen olayda, aynı amaca hizmet eden ve cezanın bireyselleştirilmesi prensibi ışığında ikame edilen bu iki kurum arasında öncelikle değerlendirilecek olan kurum, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıdır. Zira, hükmün açıklanmasını geri bırakılması, failin daha lehinedir.

2. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

Kural olarak, suç şüphesi ihbarını alan Cumhuriyet savcısının ivedilikle gerçeği araştırmaya başlaması ve araştırma neticesinde suç işlendiğine dair yeterli şüpheye ulaşması halinde iddianame düzenlemesi gerekmektedir. Bu durum, kovuşturmanın mecburiliği ilkesinden kaynaklanmaktadır[197]. Bununla birlikte, kovuşturmanın mecburiliği ilkesinin istisnaları da bulunmaktadır. Cezaya mahkumiyete engel olan ve CMK'nın 171. maddesinde düzenleme altına alınan kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu, kovuşturmanın mecburiliği ilkesinin istisnalarından biridir[198]. Zira, Cumhuriyet savcısı, yeterli şüphenin varlığına rağmen öngörülen şartların varlığı halinde kamu davasının açılmasını erteleyebilmektedir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu, yürütülen soruşturma neticesinde, şüphelinin kişiliği, suçun niteliği ve önemi gözetilerek kamu davasının açılma zorunluluğunun bulunmadığı kanaatine varılması ile şüphelinin iyi haline bağlı olarak hakkında dava açılmasının ertelenmesini ifade eder[199]. Belirtmek gerekir ki, kurumun,

---

[197] ÖZTÜRK, **Kovuşturma Mecburiyeti**, s.1 vd.

[198] **ARTUK / GÖKÇEN**, s.913.

[199] **KUMBASAR,** s.62.

tatbik edilebilmesi için, ilk etapta uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir. Diğer bir ifade ile, uzlaştırma hükümleri uygulanmadan kamu davasının ertelenmesi kararı verilmesine imkân tanınmamıştır. Bununla birlikte, kamu davasının açılmasının ertelenebilmesi için soruşturması yürütülen suçun üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını öngörmesi gerekir. Yine kurumun tatbik edilebilmesi için, şüphelinin daha önce kasıtlı bir suç nedeniyle hapis cezası ile mahkum edilmemiş olması, kamu davasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten imtina edeceği yönünde kanaat oluşması, erteleme kararının şüpheli ve toplum açısından dava açılmasından daha yararlı olması, uğranılan ve Cumhuriyet savcılığı tarafından tespit edilen zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Görüldüğü üzere, yasa koyucu, hapis cezasının ertelenmesi kurumunda olduğu gibi, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunda da suçlunun kişiliğine yönelik sübjektif değerlendirme yapılmasını öngörmüş ve yetkili süjeye takdir yetkisi tanımıştır. Öte yandan, hapis cezasının ertelenmesi kurumu ile benzer şekilde suça, faile, cezaya ilişkin benzer düzenlemeler ikame edilmiş ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi için şart koşulmuştur.

Şüphelinin, öngörülen şartları taşıması halinde, Cumhuriyet savcısı, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verir. Erteleme süresi açısından kanun koyucu, çocuklar ve yetişkinler bakımından farklı süreler öngörmüştür. Buna göre, çocuklar hakkında verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı süresi, üç yıl, yetişkinler hakkında verilen karar süresi ise beş yıl olacaktır. Yasa koyucu, hapis cezasının ertelenmesi kurumundan farklı olarak bu süreçte şüphelinin uyması gereken bir yükümlülük belirlememiştir. Ancak, Çocuk Koruma Kanunu'nun ("ÇKK") 36. maddesi uyarınca, çocuk şüphelilerin denetim altına alınmasına karar verilebilecektir. Nihayet, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının ardından belirtilen sürelerde kasıtlı bir suç işlenmemesi halinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ("KYOK") verilir. Eğer, şüpheli öngörülen süre içerisinde kasıtlı bir suç işler ise kamu davası açılır.

Kısaca ifade edilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu ile hapis cezasının ertelenmesi kurumunun şüpheliyi/faili toplumla bütünleştirerek ıslah edilmesini amaçlaması, şüpheli/faile bir şans tanıması ve erteleme sürecinde kasıtlı bir suç işlemesi halinde tanınan bu şansın bertaraf edilmesi yönlerinden benzerlik gösterdiği ifade edilebilecektir. Öte yandan, iki kurumun uygulanması bakımından mukayesesinde suç nedeniyle mağdurun ya

da kamunun uğradığı zararının tamamen giderilmesi, savcılığın/mahkemenin şüphelinin/failin yeniden suç işlemeyeceği yönünde kanaate varılması noktalarında benzer hükümlere dayandığı söylenebilecektir. Yine, kişinin erteleme sürecinde kasıtlı bir suç işlememekle yükümlü tutulmaması ve bununla birlikte bu süreçte kasıtlı bir suç işlemesi halinde ertelemenin ortadan kaldırılması hususları iki kurumun ortak özelliklerindendir. Ancak, hapis cezasının ertelenmesi kurumunda erteleme süresi boyunca faile belirli yükümlülükler yüklenebilirken ifade edildiği üzere kamu davasının açılmasının ertelenmesi halinde şüpheliye herhangi bir yükümlülük yüklenemeyecektir. Bununla birlikte, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunda çocuklara sorumluluk yüklenebilmesi yine, iki kurumun benzeştiği hallerden biridir.

İki kurum arasındaki en bariz fark ise kurumların tatbik edildiği aşama ve düzenleme altına alındıkları kanunlar bakımından ortaya çıkmaktadır. Nitekim, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu soruşturma evresinde gündeme gelebilecek iken hapis cezasının ertelenmesi kurumu kovuşturma evresinde gündeme gelecektir. Yine, hapis cezasının ertelenmesi kurumu TCK'da düzenleme altına alınmış iken, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu CMK'da düzenleme altına alınmıştır. Bununla beraber, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunu düzenleme altına alan hüküm lafzında açıkça *"kamu davasının açılmamasının şüpheli ve toplum açısından daha yararlı olmasının"* aranması karşısında, yasa koyucu, hapis cezasının ertelenmesinde bu yönde bir irade göstermemiştir. Ancak, kanaatimizce, hapis cezasının ertelenmesi kurumu özünde toplum ve failin yararı amacını taşımaktadır. Yasa koyucu bu durumu her ne kadar açıkça ifade etmemiş olsa da kurumun amacı göz önüne alınarak bu yorum yapılabilecektir. Öte yandan, hapis cezasının ertelenmesi kararı verilebilmesi için failin daha önce kasten işlediği bir suç nedeniyle üç ay ya da daha fazla süreli hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması gerekir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesinde ise hapis cezasının süresi bakımından bir ayrım yapılmamış, daha önce kasten işlediği bir suç nedeniyle mahkumiyetine hükmedilmiş şüphelinin dava açılmasının erteleme kabiliyeti elinden alınmıştır. Bu noktada, her iki kurumun ortak özelliği açısından taksirli suçların erteleme kararına engel teşkil etmeyeceği ve yalnızca daha önce kasten işlenen suç nedeniyle hükmolunan hapis cezalarının erteleme kabiliyetine ortadan kaldırdığı ifade edilebilecektir.

V. SONUÇ

Ceza hukukunun, toplumsal düzeni sağlama ve failin topluma yeniden kazandırılması amacına hizmet eden hapis cezasının ertelenmesi kurumu, kısa süreli hapis cezasının infazı halinde cezaevinin, fail üzerindeki psikolojik tahribatı ile faile yönelik getirdiği diğer olumsuzlukların önlenmesi ve failin toplum içinde rehabilite edilmesi anlayışına dayanan etkili bir ceza infaz rejimidir. Müessesenin tatbik edilebilmesi için faile ilişkin sübjektif kriterlerin düzenlenmesi, kurumun cezanın bireyselleştirilmesi prensibi ışığında ikame edildiğini ve suç teşkil eden fiilin cezalandırılması anlayışından ziyade failin kişiliğinin ön plana alındığı bir infaz anlayışının benimsendiğini gözler önüne sermektedir. Bu noktada müessesenin; suçu ve suçluyu önleme amacını benimseyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genel amacına hizmet ettiği kabul edilmelidir.

765 sayılı TCK ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun düzenlemelerinde failin geçmişteki hali ve suç işleme hususunda eğilimini göz önüne alarak mahkeme takdir yetkisini kullanmaktayken 5237 sayılı TCK döneminde failin yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık ölçütü benimsenmiştir. Bu durum, ceza hukukun esas amacı dikkate alındığında daha isabetli olmuştur. Zira, eski düzenlemeler ile failin adli geçmişindeki rehabilite edilmemiş hali nazara alınarak; pişmanlık duyan ve bir önceki cezai müeyyide ile ıslah edilmiş olma ihtimali bulunan tesadüfi fail erteleme müessesesinden istifade edemezken, yeni düzenleme ile pişmanlık duyması takdir edilen fail, salt adli geçmişi ile değerlendirmeye tabi tutulmaksızın, kurumdan yararlanabilecektir. Öte yandan, hapis cezasının ertelenmesi kurumu, 765 sayılı mülga TCK ve 647 sayılı CİHK döneminde, bir koşullu af kurumu olarak düzenlenmiş olmasına karşın, 5237 sayılı TCK döneminde bir ceza infaz rejimi olarak ikame edilmiştir. Nitekim, 765 sayılı TCK ve 647 sayılı CİHK'nın yürürlükte olduğu dönemde, hapis cezası ertelenen kişinin mahkumiyeti vaki olmamış sayılmakta iken, 5237 sayılı TCK düzeninde ceza infaz edilmiş sayılmaktadır. Yasa koyucunun, hapis cezasının ertelenmesi kurumunu bir ceza infaz rejimi haline dönüştürmesi, hakkında erteleme kararı verilen fail bakımından aleyhe sonuçlar doğurmuştur. Zira, cezası infaz edilmiş sayılan failin, tekrar suç teşkil eden eylemlerde bulunması durumunda, tekerrür hükümleri uygulanabilecektir. Bunun yanında, cezası infaz edilmiş sayılan failin, ertelenen hapis cezası, adli sicil kaydına derç edilir. Bu durum, tekrar suç işleyen ve mahkumiyetine karar verilen failin adli geçmişi bakımından değerlendirmeye alınacaktır. Failin adli geçmişinde ertelemeye engel hal teşkil eden sürede hapis cezasının bulunması, ertelenme kararına ve-

rilmesine engel olacaktır. Kanaatimizce, yasa koyucu tarafından inceleme konusu kurumun bir ceza infaz rejimi haline dönüştürülmesi toplum adına doğru ve faydalı olmuştur. Nitekim, hapis cezasının ertelenmesi kurumunun esas amacı toplumsal barış ve düzenin sağlanması, failin kısa süreli hapis cezalarının getirdiği olumsuzluklardan vareste tutularak toplum içinde rehabilite edilmesidir. Esasen, kurum ile kişinin, ceza hukukunun temel amacı doğrultusunda suç işlemekten uzaklaştırılması hedeflenmiştir. 765 sayılı TCK döneminde, denetim sürecinin öngörülen biçimde geçiren failin mahkumiyeti vaki olmamış sayılacağından, bu kişinin tekrar suç işlemesi ve erteleme şartlarının gerçekleşmesi halinde yeniden erteleme kararı verilebilecektir. Bu durum, kurumun hizmet ettiği, toplumsal düzenin sağlanması ve suçun önlenmesi prensipleri ile bağdaşmamaktadır. Keza, failin tekrar suç işlemesi toplum içerisinde ıslah edilemediği anlamına gelmektedir. Toplum içerisinde ıslah edilemeyen ve suç işlemekten imtina etmeyen fail hakkında yeniden erteleme kararı verilebilecek olması, toplumsal fayda ve düzenin sağlanmasından çok toplumsal birlikteliğin bozulmasına yol açacaktır. Hal böyle iken, kurumun, 5237 sayılı TCK ile ceza infaz rejimi haline dönüştürülmesinin doğru ve faydalı olduğu aşikardır.

Hapis cezasının ertelenmesi kurumunun suç ve suçluyu önleme ve failin ıslah edilmesi amacına hizmet edebilmesi için, mahkemeye tanınan takdir yetkisinin titizlikle kullanılması gerekmektedir. Gerek failin tekrar suç işlemeyeceğine ve pişman olduğuna dair oluşan kanaat gerekse erteleme ehliyetine sahip fail hakkında denetim süresi içerisinde uygulanacak tedbirler, kurumun ulaşmak istediği hedef doğrultusunda değerlendirilmelidir. Aksi taktirde, salt genel geçer hal ve hareketlerin failin pişman olduğu yönünde değerlendirilmesi ve bu hareketlerin failin tekrar suç işlemeyeceği yönünde mahkemede kanaat oluşturması, doğru uygulandığı taktirde toplum barışına hizmet eden işbu kurumun, toplum adına zararlı hale dönüşmesine sebebiyet verecektir. Suç işleme konusunda eğilimli olan ve suç işlemeyi alışkanlık haline getirmiş faillerin, genel geçer değerlendirmeler ile pişman olduğuna kanaat getirilmesi, toplumun huzur ve sükununu bozacak, toplumun zarar görmesine vesile olacaktır. Diğer yandan, erteleme ehliyetini haiz faillerin gerçekten rehabilite edilebilmesi ve topluma yeniden kazandırılabilmesi için, mahkeme tarafından takdir edilen denetim tedbirleri de büyük önem taşımaktadır. Kanun koyucunun belirlediği kriterler dikkate alınarak, halin gerektirdiği durumlarda tatbik olunacak tedbir titizlikle belirlenmeli, hakkında hapis cezası hükmolunan failin denetim serüveni, fail ve toplum açısından faydalı hale dönüştürülmelidir.

Hapis cezasının ertelenmesi müessesesinin mahkemenin takdirine bırakıldığı diğer bir durum ise mağdurun ve kamunun uğradığı maddi zararın giderilmesi halidir. Madde lafzı dikkate alındığında uğranılan zararın giderilmesinin mutlak şart olarak öngörülmediği ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, zararın giderilmesi halini değerlendirirken failin sosyal ve ekonomik durumunu göz önünde bulundurmalıdır. Bu durum, toplum ve failin yararına olan müessesenin uygulanabilirliği açısından önem arz etmektedir. Nitekim, failin ekonomik durumunun elverişli olmadığı durumlarda zararın giderilmesinin şart koşulması ve failin ekonomik yetersizliği nedeniyle müessesenin tatbik edilmemesi hem toplum hem fail adına olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Diğer taraftan, ceza hukukunun evrensel prensiplerinden onarıcı adalet anlayışının da dikkate alınması gerekir. Bu bağlamda, mahkeme takdir yetkisini kullanırken failin sosyal ve ekonomik durumu ortaya çıkan zararı gidermeye yetecek nitelikte ise zararın giderilmesi koşulunu aramalı, aksi halde salt zararın giderilememesi müessesenin tatbikine engel hal teşkil etmemelidir.

Hapis cezasının ertelenmesi kararı verilirken, mahkeme gerekçesini açıklamalıdır. Müessesenin özü itibarıyla birçok noktada sanıkla bire bir temas eden mahkemeye takdir yetkisi tanındığından hem bu kararın denetlenebilmesi hem de mahkemenin takdir yetkisini hangi hususlara dayandırıldığının belirlenmesi açısından, gerekçenin her noktaya temas etmesi gerekir. Zira verilen erteleme kararı ile Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlenen *"gerekçeli karar"* hakkı da ihlal edilmemelidir.

Hakkında hükmolunan hapis cezasının ertelenmesine karar verilmiş fail, denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemiş veyahut kendisine yüklenen yükümlülüklere, infaz hakiminin uyarısına rağmen uymamakta ısrar etmiş ise ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine infaz hakimliğince karar verilecektir. Kanun koyucu ertelenen hapis cezası kararının ortadan kaldırılması için suç teşkil eden fiilin manevi unsurunun kast olması gerektiğini belirtmiş; taksirle işlenen suçlarda erteleme kararının ortadan kaldırılmasını öngörmemiştir. Diğer bir ifade ile kanun koyucu, tesadüfi olarak suç teşkil eden fillerde bulunan veyahut objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranan failin, ıslah edilebilme liyakatini haiz olduğunu kabul etmiş, ancak failin bilerek ve isteyerek suç teşkil eden fiillerde bulunması durumunda artık toplum içerisinde ıslah edilemeyeceğine kanaat getirmiştir. Diğer yandan, mahkeme tarafından denetim süresi boyunca kendisine yüklenen yükümlülüklere uymayan fail hakkında erteleme kararının

ortadan kaldırılabilmesi için infaz hâkimi tarafından uyarılması gerektiği öngörülmüştür. Bu durum kanun koyucunun, erteleme kurumuna ilişkin objektif ve sübjektif şartları taşıyan ve toplum içerisinde ıslah edilebileceği kabul edilen failin ancak son çare olarak ceza infaz kurumuna geri gönderilmesini istediği göstermektedir.

Failin cezasının infaz edilmiş sayılması için mahkemece belirlenen denetim süresini iyi halli geçirmesi, kendisine yüklenen sorumlulukları yerine getirmesi gerekir. Failin iyi ve uyumlu halinin gözetlenebilmesi için denetleme mekanizmaları oluşturulmuştur. Fail, denetimli serbestlik gözetim kurumlarınca gözetlenir ve failin yükümlülüklere uygun davranıp davranmadığına ilişkin raporlar düzenlenerek yetkili mercilere iletilir. Bu noktada, hapis cezası ertelenen fail, kendi haline bırakılmamakta bilakis rehabilite olması ve topluma kazandırılması için gözetlenmektedir. Bilhassa, hapis cezası ertelenen hükümlünün denetim süresince gözetlenmesi ve hakkında raporlar düzenlenmesi; faili tetikte tutmakta, toplum düzenine uyumlu bir birey olması için baskı oluşturmaktadır. Kanaatimizce, denetim mekanizması tarafından oluşturulan bu baskı hali, failin ıslah edilmesi ve topluma yeniden kazandırılması amacına hizmet eden esaslı bir unsurdur. Her ne kadar denetim süresi içerisinde yasada sayılan tedbirlerin tatbiki mahkeme takdirine bırakılmış olsa da bahsi geçen tedbirlerin gerek fail lehine sonuçlar doğuracak olması gerekse fail üzerinde sosyal düzene uyum sürecinde baskı oluşturması gerekçesiyle şartları oluştuğu taktirde işbu tedbirlere hükmedilmelidir.

Son tahlilde, hapis cezasının ertelenmesi kurumu birçok noktadan failin kişiliğine temas eden bir ceza infaz rejimidir. Müessese adeta cezaevine girme korkusu altında kalan failin, bu korku ile yüzleşerek toplum içerisinde ıslah edilmesini hedeflemektedir. Kısa süreli hapis cezalarının getirdiği menfi sonuçların engellenmesi ve toplum düzenin sağlanması açısından büyük önem arz eden kurum, suç ve suçluyu önleme teorileri ile cezanın bireyselleştirilmesi prensibinin görünümlerinden biri olduğundan müessesenin tatbiki aşamasında mahkemeye takdir yetkisi tanınmış; fail ile bire bir temas eden mahkemenin değerlendirmesi denetim sürecinin şekillenmesi açısından esas alınmıştır. Mahkeme, kendisine tanınan takdir yetkisini kullanırken kurumun toplum ve fail adına yararlı sonuçlar doğurması için hareket etmeli, titizlikle sübjektif değerlendirmelerde bulunmalıdır. Müessese tatbik edilirken, 5237 saylı Türk Ceza Kanunu'nun amacı dikkate alınmalı ve müessese bu amaç doğrultusunda şekillendirilmelidir. Diğer taraftan, ceza yargılama-

sının temel, evrensel prensipleri ve anayasal güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler göz önüne alınarak, uygulamada karşılaşılacak ihtilaflı meselelere çözüm üretilmeli, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına sebebiyet verecek kararlar ikame edilirken topluma kazandırılma amacı güdülen fail lehine düzenlemeler irdelenmelidir. Bilhassa, hapis cezasının ertelenmesi kurumu, özü gereğince Türk ceza hukukunun birçok müessesesi ile temasta bulunduğundan, sanık ve toplum lehine en çok fayda sağlayacak kurum ve uygulama tatbik edilmelidir. Ezcümle, amacı doğrultusunda tatbik edildiği taktirde gerek toplum gerek fail gerekse devlet adına birçok faydası bulunan hapis cezasının ertelenmesi kurumu, yanlış ve eksik değerlendirme neticesinde istenmeyen ve zararlı sonuçlara sebebiyet verebilecek bir ceza infaz rejimidir. Uygulayıcılar, bu durumu göz önüne alarak, gerekli araştırma, değerlendirme ve özverili çalışma sonucunda müesseseye ilişkin karar vermeli, üstün körü, matbu gerekçeler ile kurum tatbik edilmemelidir.

KAYNAKÇA

ARTUÇ Mustafa, **Hükmün açıklanmasının geri bırakılması**, 2. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara, 2009.

ARTUK Mehmet Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA Caner A., **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 2.Bası, Adalet Kitapevi, Ankara, 2014.

ARTUK Mehmet Emin / YENİDÜNYA Ahmet Caner, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan,** Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul, 1999.

ATALI Murat / ERMENEK İbrahim / ERDOĞAN Ersin, **Medeni Usul Hukuku**, 1.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

AYDIN Murat, "İddianamenin Unsurları ve İadesi", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2006, s.367-416.

BAKİ Ensar, "Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Sayı: 2, 2016, s.27-55.

BALIK Mehmet, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, 1. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara, 2015.

BAYTAZ Abdullah. "Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 71 Sayı: 1, 2013.

CENTEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Bası, Seçkin, İstanbul, 2020.

CENTEL Nur, **Yeni Türk Ceza Yasasının Yaptırımlar Sistemine Eleştirel Yaklaşım, Prof.Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağanı,** 1. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul 2007, s. 791-818.

ÇOLAK Haluk / ALTUN Uğurtan, **Türk Ceza Hukukunda Ceza ve Güvenlik Tedbirleri,** 1. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara, 2007.

DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2020.

DENİZHAN Hüseyin, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Erteleme Kurumu Üzerine Bir İnceleme", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Sayı: 65, 2006, s. 214-245,

DOĞAN Duygu Çağlar, **Hapis Cezasına ve İnfazına Seçenek Kurumlar**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.

EREM Faruk, "Cezaların Tecili Kararı ve Bunun Neticeleri", **Adalet Dergisi**, Sayı: 8, 1948, s.885, 902.

GÖKÇAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, **Pratik Türk Ceza Kanunu**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, **Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi**, 8. Baskı, Kazanci Yayınları, İstanbul, 1988.

HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, USA Yayıncılık, Ankara, 2021.

HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

IŞIKTAÇ Yasemin, **Hukuk Başlangıcı**, 3. Bası, Seçkin, İstanbul, 2010.

İÇEL Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2021.

İPEK Ali İhsan, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması" **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 67, 2012, s.83-88.

KAŞKA Hakan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hapis Cezasının Ertelenmesi Müessesesi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2013.

KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış "Genişletilmiş 14." Bası**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2021.

KORUCULU Irmak**, Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,** 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2022.

KUMBASAR Enver, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, 1. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara, 2011.

NURSAL Necati / ATAÇ Selcen, **Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006,

ÖZBEK Veli Özer, **Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.

ÖZBEK Veli Özer, **CMK İzmir Şerhi Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı,** 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2008.

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019.

ÖZDEMİR Metin, Denetimli Serbestlik Tedbiri olan Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulaması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 2011.

ÖZGENÇ İzzet, "Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 18, Sayı: 1, 2001, s.99-148.

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2005.

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 16. Bası, Seçkin Kitapevi, 2020.

ÖZKAN Faruk, "Hapis Cezasının Ertelenmesi", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 89, Sayı 2, 2015, s.440-470.

ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 20. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2020.

PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, **Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

SARIGÜL Ali Tanju, **Ceza muhakemesi hukukunda istinaf**, 1. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2017.

SAYMEN Ferit / ELBİR Halid, **Ayni Haklar**, 1. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul, 1954.

TOPTİMUR İnan, Suça iştirak, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.

TÖNGÜR Ali Rıza, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

TURHAN Faruk, "Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 3-4, 2006, s.27-54,

ÜNAL Mehmet, "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt: 35, Sayı: 1, 1978, s.397-437.

YENİDÜNYA Ahmet Caner, "5237 sayılı TCK'da Hapis Cezasının Ertelenmesi", **Hukuki Perspektifler Dergisi,** Sayı: 7 2006, s.62-69. (https://www.yenidunyahukuk.com/dosyalar/caner-yenidunya-hapis-cezasinin-ertelenmesi.pdf, E.T: 23/03/2022)

YENİSEY Feridun, **Milletlerarası Ceza Hukuku: Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı,** Beta Yayınevi, İstanbul, 1988

YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019.

YERDELEN Erdal, "Çifte Değerlendirme Yasağı", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20 Sayı: 2, 2012, s. 105-136.

ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, Beta, Ankara, 2016.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 511-561

JOHN RAWLS'UN SOSYAL ADALET ANLAYIŞI VE YAŞLI İSTİSMARI(*)(**)

Dr. **Muhammet KOÇAKGÖL**(***)

Öz: John Rawls'un adalet teorisi kırılgan grupların insan haklarının korunması kapsamında önemli görünmektedir. Kırılgan gruplardan biri olarak yaşlıların insan hakları ihlaline uğrama örneklerinden biri yaşlı istismarı olarak karşımıza çıkmaktadır. Yaşlılık Mengüşoğlu'nun belirttiği insanın varlık öğelerinden biri olarak görmek mümkündür. Yaşlı kişiye istismar edici davranmanın ne anlama geldiği bu bağlamda çelişki olarak değerlendirilebilir. Bu çelişkinin Rawls'un adalet teorisi bağlamında nasıl çözüme kavuşturulabileceğini tartışmak mümkündür. Bu kapsamda ulaşılan sonuçlar Mengüşoğlu'nun insan görüşü ve Kuçuradi'nin belirttiği insanın olanakları bağlamında değerlendirilebilir. Bu değerlendirme Rawls'un kişi anlayışı, adalet duygusu ve özerklik ve vatandaşların gözetme sorumluluğu kapsamında yapılabilir. Bunun sonucunda Rawls'un adalet teorisinin yaşlı istismarına çözüp getirip getiremeyeceği tartışılabilir. Ulaşılan sonucu Mengüşoğlu'nun insan görüşü ve Kuçuradi'nin belirttiği insanın olanakları kapsamında değerlendirmek mümkündür. Böylece Rawls'un adalet teorisinin Mengüşoğlu'nun insan görüşü ve Kuçuradi'nin insanın olanakları kavramlarıyla birlikte uygulandığında yaşlı istismarına çözüm getirebileceği iddia edilebilir.

Anahtar Kelimeler: Yaşlı İstismarı, Yaşlılık, Rawls, Mengüşoğlu, Kuçuradi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 26.08.2021 - Makale Kabul Tarihi: 11.03.2022.

(**) Tezden türetilmiştir

(***) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi
(ORCID no: 0000-0002-1406-2427; *mkocakgol@erzincan.edu.tr*).

JOHN RAWLS'S CONCEPTION OF SOCIAL JUSTICE AND ELDER ABUSE

Abstract: John Rawls's theory of justice is important in protecting human rights of vulnerable groups. Elder abuse is an example of human rights violations toward elderly people which is a vulnerable group. In Mengusoglu's view, it is possible to see elderliness as a being element of human. It may be seen as a conflict to exhibit abusive behaviours against elderly people. It is possible to discuss Rawls's theory of justice in the solution of this conflict. Results attained in this context may be assessed in Mengusoglu's human view and Kucuradi's view of human possibilities. This assessment may be made in the context of Rawls's person perception, sense of justice and autonomy, and citizens' reasonableness. As a result of this assessment it may be discussed whether Rawls's theory of justice can be a solution for the elder abuse or not. It is possible to evaluate the results attained in the context of Mengusoglu's human view and Kucuradi's conception of human possibilities. Thus, it may be claimed that Rawls's theory of justice can be a solution for elder abuse when it is applied with Mengusoglu's human view and Kucuradi's conception of human possibilities.

Keywords: Elder Abuse, Elderliness, Rawls, Mengusoglu, Kucuradi.

GİRİŞ

Yaşlılık insan varlığının bir öğesi olarak değerlendirilebilir. Yaşlı bir kişiye nasıl davranılabileceği de yine insanın seçenekler karşısında seçim yapıp eylemde bulunma, sevgi, saygı ve güven gibi değerleri duyabilen bir varlık olma gibi niteliklerinden hareketle ele alınabilir. Bu kapsamda insanın varlığıyla ve var olmasının getirdikleriyle ilgili 'insan nedir' sorusundan başlamak mümkündür. Bu soruya birçok açıdan farklı cevaplar verilmiştir. Bu çalışmada 'insan nedir' sorusu felsefi antropoloji bakımından Takiyettin Mengüşoğlu'nun görüşü kapsamında ele alınacaktır.

Mengüşoğlu 'insan nedir' sorusunu cevaplamaya bir tespitte bulunarak başlamıştır. Onun tespitine göre birçok düşünür insana dış görünüşüyle bakıp, benzetmeler kullanarak incelediler. Bu tespit bağlamında insana yönelik çeşitli görüşlerden bahsetmiştir. Bir görüşe göre insan, diğer canlılardaki yeteneklerin daha gelişmişine sahip bir varlıktır. Bu görüş sadece bedenle ilgili olarak düşünüldüğünde bir ölçüde yerinde ve fenomenlere uygunmuş gibi de görünebilir. Örneğin insan ile diğer canlılar birbirine benzemeseydi üretilen ilaçların önce hayvanlar üzerinde denenmeyeceği şeklinde örnekler vermek mümkündür. Ancak bunun yerindeliği insanın bedensel yapısıyla sınırlıdır.[1] Diğer taraftan gelişme psikolojisindeki anlayış bakımından insan

[1] MENGÜŞOĞLU, Takiyettin, **Felsefeye Giriş**, Doğubatı Yay., Ankara 2014a, s. 307 ve 308.

çok zeki bir canlı olarak görülür. Bu görüşe göre insan ile diğer canlılar arasında bir apayrılık yoktur.[2] Bu görüşe göre insan ile diğer canlılar arasında bir nitelik farkı değil, niceliksel fark vardır. Başka bir deyişle insanı diğer canlılardan ayıran mahiyet farkı değil, sadece bir derece farkıdır.[3] Dolayısıyla insan ile diğer canlılar arasındaki derece farkı ne kadar yüksek olursa olsun bir 'varlık farkından' söz etmek bu görüş bakımından mümkün değildir.[4]

İnsanı diğer canlılarla bir gören görüşlerin yanında onu 'beden ve ruh' şeklinde ayıran, temellerini dini görüşlerden alan ve insanı zeki hayvan gibi gören görüşlerle taban tabana zıt olan tin teorisinden de bahsedilebilir. Bu düşünce insanda hayvansal kimi yanların olduğunu kabul etmekte, fakat hayvan ile insan arasındaki sınırı göstermeye çalışmaktadır. Bu sınır ise insanı insan yapan özgürlük ve özerklik gibi başarılarının kaynağı olan tindir. İnsanın ruhu 'iyi olan' ve 'ölümsüz olan' iken, bedeni 'kötü olan' ve 'geçici olan' şeklinde insan ikili bir varlık olarak değerlendirilmektedir.[5] Buradaki ikiliği aşıp ruh ve beden dışında metafizik bir kavram ortaya koyarak Scheler, insan ile diğer canlılar arasındaki nitelik farkının olmadığına dair düşüncelerin karşısında durmak istemiştir. Bunun için ne ruha ne de bedene dayanan kendiliğinden var olan 'geist' alanından varlık alanı olarak söz etmiştir. Böylece ne biyologlar ne de psikologlar bu görüşe karşı çıkabilirlerdi. Onun için bu görüş zamanının düşünce dünyasındaki egemen koşullar bakımından tek çıkar yoldu.[6] Ancak Mengüşoğlu'na göre ontolojik bir görüş olmakla beraber bu düşünce de insanın varlığını ruh ve beden ikiliğiyle değil, ama geist (tin) kavramıyla dayanaksız bir şekilde parçalamış oldu.[7]

Mengüşoğlu'na göre insanı insan olduğu için değer sahibi görmek niyetinde olmak, insanı insan yapan özelliklerinin neler olduğunun ötesinde insanı insan yapan şeyin niteliği üzerinde durulmasını da gerektirir. Bu yüzden insanı niceliksel birtakım üstünlüklerle tanımak onu eksik tanımlamak anlamına gelebilir ve bu sayılan özellikler olmadığında veya eksik şekilde mevcut olduğunda insana insan demek zorlaşabilir. Tin teorisinin bu soruna çözüm getirebileceği

---

2 MENGÜŞOĞLU, 2014a, s. 309 ve 310.

3 MENGÜŞOĞLU, Takiyettin, "Ontolojik Esaslara Dayanan Felsefi Antropoloji Hakkında Düşünceler", **Yüzyılımızda İnsan Felsefesi Takiyettin Mengüşoğlu'nun Anısına** (Haz. İoanna KUÇURADİ), Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 1997, s. 2.

4 MENGÜŞOĞLU, Takiyettin, **İnsan Felsefesi**, Doğubatı Yay., Ankara 2015, s. 29.

5 MENGÜŞOĞLU, 2014a, s. 310.

6 MENGÜŞOĞLU, 2015, s. 31.

7 MENGÜŞOĞLU, 2015, s. 56.

iddia edilebilir, çünkü insan ile diğer canlılar arasında kesin bir sınır getirmektedir. Ancak Mengüşoğlu'na göre tin teorisinin insanı insan yapan özellikleri metafizik kurgulara dayandırdığı da görülmektedir. Bu teori diğer görüşlerle benzer biçimde insanı bütün olarak değil, tin ve bedenden oluşan ikili bir varlık olarak görmektedir. Oysa insanı bu şekilde alanlara ayırmak yanlışlara sürükleyebilir. Diğer canlılar ile insan arasında benzetmeler yapmaya kadar götürebilir. Mengüşoğlu'na göre bu nedenle tüm parçalayıcı görüş açılarını terk edip, insanı ontolojik bir bütün olarak görmek gerekmektedir.[8]

Yaşlılık bakımından insanı neden parçalayıcı görüşler ekseninde değil de, bütün olarak değerlendirmek gerektiği sorusu sorulabilir. Buna cevap olarak 'insanı ontolojik bir bütün olarak değerlendirmek onun varlık yapısında yer alan 1) başarılarını, 2) başarılarını besleyen edimlerini ve 3) insanla birlikte ortaya çıkan ölüm fenomeni gibi problemleri incelemeyi gerektirmektedir' şeklinde cevap verilebilir. Burada ölüm, başarılar ve başarılar için gerçekleştirilen edimlerin yanında varlık öğelerinden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.[9]

Ölüm nasıl ki insanın varlık öğesi olarak karşımıza çıkıyorsa, çoğu kez ölümden bir adım öncesi olan yaşlılık da varlık öğelerimizden biri olarak değerlendirilebilir. Bu tarz bir değerlendirme ise bize insanın varlık farkını ortaya koyup nitelikleri üzerinde durmayı olanaklı kılabilir. Böylece, insanın insan olmakla değer sahibi bir varlık olduğu ve insan haklarının bir ihlali olarak yaşlı istismarı karşısında 'neden insan hakları' sorusuna verilebilecek bir cevap bulmak da mümkün olabilir. Bununla ilgili İoanna Kuçuradi, Mengüşoğlu'nun insan görüşüne dayanan ve onun görüşüne ek olarak insanın olanaklarından söz etmektedir. Başka bir deyişle Kuçuradi, insanın nitelikleri yanında olanaklara sahip olduğunu belirtmektedir. İnsan olanaklara sahip bir varlık olarak diğer canlılar arasında özel bir yere sahiptir ve bu yer onun değerini oluşturmaktadır.[10] İnsan hakları da insanın değerini oluşturan olanakların gerçekleştirilmesini sağlayabilecek nesnel koşullar olarak karşımıza çıkmakta ve bu olanakları gerçekleştirebilmek için birbirimize nasıl muamele edeceğimizi göstermektedir.[11]

---

8 MENGÜŞOĞLU, 2014a, s. 310-312.

9 MENGÜŞOĞLU, 2014a, s. 312-314.

10 TEPE, Harun, "İnsan Haklarının Antropolojik Temelleri", **İnsan Hakları Konferans Panel ve Sempozyumlar**, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yay., Ankara 2006, s. 160 ve 161.

11 KUÇURADİ, İoanna, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2011, s. 72.

Yaşlı istismarı en kaba tabiriyle yaşlı birinin güven beklentisinin olduğu bir ilişkide, bakımından sorumlu kişi tarafından dövülmesi, aşağılanması ve tecavüze uğraması gibi davranışları ifade eder. Bu davranışlar kişiden kişiye yönelen davranışlar olup her biri kişiden kişiye yönelen insan hakları ihlali niteliğindedir. Birçok başarının sahibi olan insan türünün üyelerinin kendi varlığının bir öğesi olan yaşlılığa karşı tutumu onun bir çelişkisi olarak ele alınabilir. Çünkü kişi burada kendi türünün olanaklarına zarar verici şekilde davranmakta ve kendi onurunu zedelemektedir. 'Bu çelişki insan hakları perspektifinden nasıl çözüme kavuşturulabilir? Adalet anlayışları bu tür soruna nasıl bir çözüm sunabilir?' gibi sorular sormak mümkündür. Esasen bu sorulara cevaplar veren birçok düşünür yaşamış veya yaşamaktadır. Bunlardan biri olarak John Rawls, siyaset felsefesi alanında getirdiği adalet anlayışıyla dezavantajlılar bakımından ortaya koyduğu düşüncelerle çağımızın önemli düşünürlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Rawls sosyal adalet teorisinde kişiyi makul, rasyonel, eşit ve özgür kimseler olarak tasarlamaktadır. Burada kişiler ahlaki yetilere sahip bireyler olarak iyi anlayışına ve adalet duygusuna sahiptirler. Kişilerdeki adalet ve güven duygularının gelişmesi ise adil kurumların varlığıyla ilgili görülmektedir. Adil kurumların olduğu yerde yetişecek kişiler de adil olacak, başkalarını gözetebilecektir. Yaşlılar bakımından onları gözetmek, güven beklentisine karşı yıkıcı davranmamak için Rawls'un sunduğu görüşlerin yaşlı istismarı problemine önemli ölçüde çözüm sunacağı düşünülebilir. Çünkü değer duyan bir varlık olarak insanın olanaklarının geliştirilmesi onun insanı koruyacak davranışlarda bulunmasına yol açabilir. Kurumların adil olması da bu olanakları geliştirecektir. Dezavantajlı gruplardan biri olarak yaşlıların avantajına olacak ilkelerin uygulanması da istismarın önüne belirli ölçüde geçebilecektir. Ancak bu konuda etik ilişki içerisinde kişilerin nasıl davranmalar gerektiği tartışmalı olacaktır.

Bu nedenle Rawls'un adalet anlayışı en dezavantajlı gruplardan olan yaşlıların korunması bakımından yol gösterici olabilir. Ancak yaşlı istismarının dönüp dolaşıp etik bir ilişkiyle ilgili olması onun sosyal adalet teorisinin bu sorunun çözümü bakımından ne ölçüde yeterli olabileceği sorusunu da doğurur. Bunun için de her tek durumu değerlendirme ihtiyacı ortaya çıkabilir. Dolayısıyla adil kurumların adil insanlar doğuracağı tezi etik teoriler bakımından eleştirilebilir. Bu eleştirilerden biri olarak Kuçuradi'nin etik görüşü temel alınarak değerlendirmede bulunmak mümkündür.

Bu çalışma bakımından yaşlı kimsenin güven beklentisi içinde olduğu bir ilişkide şiddete uğraması veya ihmal edilmesi Rawls'un sosyal adalet teorisi bakımından değerlendirilecek, Mengüşoğlu ve Kuçuradi'nin insan görüşü bakımından ulaşılan değerlendirmelere yer verilecektir.

I. YAŞLI İSTİSMARI KAVRAMI VE İLİŞKİLİ KAVRAMLAR

Yaşlı istismarının farklı biçimlerde tanımlandığı söylenebilir. Bununla birlikte kabul edilebilecek bir tanım kapsamında istismara ve ilişkili olduğu benzer kavramlara değinilmelidir. Bu kapsamda yaşlı istismarıyla yaşçılık, yaş ayrımcılığı ve yaşlıya kötü muamele kavramlarının aralarındaki ilişkiye ve farklarına değinmek mümkündür. Çünkü yaşlı istismarıyla bu kavramlar benzer şekilde veya birbirlerinin yerine kullanılabilmektedir. Bu nedenle yaşlı istismarıyla ilgili yapılmış çeşitli tanımlara bakıp birisini temel almak ve istismarla ilişkili kavramlara ayrı ayrı değinilebilir.

Yaşlının içinde bulunduğu herhangi bir durumda ve herhangi bir sosyo-ekonomik düzeyde karşımıza çıkabilen ve yaşlıya yöneltilmiş her türlü şiddet içerikli davranış olarak kabul edilen yaşlı istismarı, 1970'li yıllardan itibaren literatürde yer almaya başlamış ancak tanımı ve unsurları hakkında tam bir fikir birliği sağlanamamıştır. Özellikle bütün meslek grupları tarafından anlaşılır ve kapsamlı bir tanımın yapılması da zor görünmektedir. Çünkü yaşlı istismarına ilişkin kriterler toplumlara ve kültürlere göre farklılaşabilmektedir. Mesleki müdahale ve yaklaşım farklılıkları, siyasi farklılıklar ortak bir tanım yapılmasını güçleştirmektedir. Bu konuda en çok kabul edilen ve kullanılan tanım, Dünya Sağlık Örgütü'nün yaptığı tanımdır.[12]

Dünya Sağlık Örgütü yaşlı istismarını *'Yaşlı kişinin güven beklentisinin olduğu bir ilişkide, yaşlı kişiye acı veren ya da strese sokan bir kez yapılan ya da tekrar eden davranışlar veya uygun davranışta bulunma eksikliği'* şeklinde tanımlamaktadır.[13] Bu çalışma bakımından da bu tanım temel alınmaktadır. Ancak bu tanım dışında yapılan tanımlara bakmak neden Dünya Sağlık Örgütü'nün yaptığı tanımı kabul etmek gerektiği konusunda fikir verebilir. Jonathan Herring bu konuda standart bir tanımın yapılamayacağını

---

[12] DAŞBAŞ, Serap, "Yaşlı İstismarının Önlenmesi", **Modern Hayat ve Yaşlılık** (Ed. Harun CEYLAN), Nobel Akademik Yay., Ankara 2015, s. 209 ve 210.

[13] The Toronto Declaration on the Global Prevention of Elder Abuse, 2002, https://www.who.int/ageing/projects/elder_abuse/alc_toronto_declaration_en.pdf (erişim tarihi: 25/07/2017).

belirtmekle birlikte istismarcının yabancı biri de olabileceğini belirtmektedir. Yaşlı istismarının tek bir tanımını yapmak zor olduğu gibi problemin karmaşık yapısından dolayı istismar edici her tür davranışı yaşlı istismarı altında değerlendirmenin de anlamsız olacağını ifade etmektedir.[14] Dolayısıyla Herring'in her durumun farklı dinamikler içerebileceği için tanım yapmaktan kaçındığı belirtilebilir. Tanım yapmamakla birlikte Herring popüler bazı tanımlara yer vermektedir. Herring'in belirttiği bu tanımlar aşağıdaki gibidir:

1. Yaşlı kişinin güven beklentisinin olduğu bir ilişkide, yaşlı kişiye acı veren ya da strese sokan bir kez yapılan ya da tekrar eden davranışlar veya uygun davranışta bulunma eksikliği,
2. Yaşlı kişinin yaşam kalitesini negatif yönde etkileyen kişinin kendisinin veya bir başkasının neden olduğu acı (tedavi gibi zorunlu nedenlerle yapılan acı verici davranışlar bu kapsamda değerlendirilmemekte),
3. Bilerek, kasıtlı olarak veya ihmal edici davranışla kırılgan bir yetişkinin bakıcısı veya başka biri tarafından zarar verici davranışa veya ciddi riske maruz bırakılması,
4. İstismar bireyin insan haklarının veya medeni haklarının herhangi bir kişi veya kişiler tarafından ihlal edilmesidir. Fiziksel, sözel veya psikolojik olabileceği gibi yapılması gereken bir davranışın yapılmaması şeklinde de olabilir. Kırılgan bir kişinin ekonomik veya cinsel bir işe girmesi için rıza göstermediği halde veya rıza gösteremeyecek durumda olduğu halde ikna edilmesi şeklinde de meydana gelebilir. İstismar her tür ilişkide meydana gelebilmekte ve uğrayanın sömürülmesine veya ciddi zarara uğramasına yol açabilmektedir.[15]

Herring istismarın tanımında doğru bir cevap bulunamasa da yukarıdaki tanımlardan dördüncüsünün insan haklarını iskelet olarak alması nedeniyle bu iskelet etrafında bir tanım yapmayı mümkün kıldığını düşünmektedir. Bu tanımın en azından sorunun ne olduğunu ortaya koyduğunu ifade etmektedir.[16] Ayrıca diğer tanımların da artılarından ve eksilerinden söz etmektedir. Örneğin Dünya Sağlık Örgütünün kabul ettiği birinci tanımın çok geniş olduğu eleştiri-

---

[14] HERRING, Jonathan, **Older People in Law and Society**, Oxford Universitesi Yay., Oxford 2009, s. 134 ve 135.

[15] HERRING, 2009, s. 141 ve 142.

[16] HERRING, 2009, s. 142.

sini yapmakta, anneler gününde annesine tebrik kartı göndermeyen kişinin de, eşcinsel birinin anne babasını ziyaret ederek onları strese sokmasının da bu tanıma göre istismar olacağını söylemektedir.[17] Ancak bu yaklaşımda en azından hukuki bakımdan şöyle bir problemin olduğu iddia edilebilir. Bilinçli yapılmadığı takdirde -tebrik kartı göndermeme örneğinde olduğu gibi- istismardan söz etmek mümkün değildir. Öyle olsa herhangi güzel bir davranış birçok yaşlı insanın canını sıkabilir, psikolojik olarak onları stres altına sokabilir. Zaten istismarın bilerek mi yapılması gerektiği konusunda Herring bir davranışın istismar olup olmadığı konusunda anketlerin ve kamunun istismarın varlığı için kasıt veya bu yönde bir motivasyonu aradığını ifade etmektedir. Ancak istismarın tanımında bunlara yer vermeye gerek olmadığı, sadece hangi hukuki yaptırımın uygulanacağı konusunda kasıt veya saike yer vermekten bahsedilebileceği de belirtilmektedir.[18] Bu durumda eğer hukukta yer verilecekse yaşlı istismarını benzeri eylemlerden ayırmaya çalışan bir tanıma ihtiyaç olduğu söylenebilir. Herring'in belirttiği tanımlara bakıldığında Dünya Sağlık Örgütü'nün kabul ettiği ilk tanımın bu işlevi yerine getirdiği belirtilebilir. Çünkü ayrımcı, yaralanmaya, psikolojik şiddete sebep olan birçok eylem arasından hangisinin yaşlı istismarı olacağının sınırlarını belirtmektedir. Ancak bu tanıma ek olarak insan haklarını iskelet olarak aldığı için Herring'in görüşleriyle birlikte istismar için hangi şartların bir arada bulunması gerektiğine değinilebilir:

1. Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımına göre yaşlı birinin istismara uğramasında yaşlılığı nedeniyle istismara uğraması gibi bir şart bulunmamaktadır. Oysa Herring, yaşlı istismarından söz etmek için yaşla alakalı olması gerektiğini savunmaktadır. Örneğin otoparkta aracı çalınan yaşlı biri olması durumunda eğer hırsız araba sahibinin yaşlı olduğunu bilmiyorsa istismar da olmayacağını iddia etmektedir.[19] Malvarlığına karşı işlenen bir suçu örnek vermenin hukuki açıdan sorunlu olduğu iddia edilebilir. Çünkü fail, eğer mağdurun yaşlı olduğunu bilmiyorsa ve bilmemesi için makul sebepler varsa böyle bir durumda hatadan faydalanabilir. Yoksa eylemin kendisini yaşlı istismarı olmaktan çıkarmaz. Bu nedenle suçun malvarlığına karşı olması yanıltıcı olmaktadır. Çünkü beden bütünlüğüne yönelik bir eylem olsa fail bunu mutlaka bilecekti. Eylemin kendisi yaşlı istismarı olmaktan çıksa denilirse, çocuk istismarında da failin eylemi mağdur sırf çocuk olduğu için yapması gerekirdi. Oysa fail sırf ço-

[17] HERRING, 2009, s. 141.

[18] HERRING, 2009, s. 139 ve 140.

[19] HERRING, 2009, s. 139.

cuğun ailesine acı vermek için, öç almak için veya salt cinsel tatmin için de bu suçu işleyebilmektedir. Dolayısıyla böyle bir yaklaşımın hukuki korumayı daralttığı için Dünya Sağlık Örgütünün tanımındaki sırf yaşlı olmanın mağdur olma açısından yeterli olmasının kabul edilmesi gerekir. Ayrıca istismarda güven beklentisinin olduğu bir ilişkinin varlığı şart olarak aranırsa, istismarın yaşla alakalı olup olmaması gerektiği sorununu tartışmaya da gerek kalmamaktadır.

2. Fail ile mağdur arasında güven beklentisinin olduğu bir ilişki aranmaktadır. Yani mağdurun failden bu davranışı beklememesini gerektiren bakım hizmeti, aile bağı gibi bir ilişki aranmaktadır. Herring bu konuda yabancıların da fail olabileceğini belirtmektedir.[20] Bu bakımdan Herring'in görüşünün yerinde olduğu söylenebilir. Çünkü yabancı birisi de çok kısa sürede yaşlı birinin güvenini kazanıp dolandırma, cinsel istismarda bulunma gibi eylemlerde bulunabilir.

3. Sayılan iki özelliğe ek olarak istismarın bir insan hakları ihlali olduğunu görmek gerekmektedir. Bu nedenle Herring'in savunduğu dördüncü tanımın bu bakımdan işlevsel olduğu belirtilebilir. Dolayısıyla her ne kadar istismar eylemi yakın çevreden gelse de istismar için temel alınması gereken kriterlerden birinin sadece eylemi yapan kişinin yakınlığı değil Herring'in belirttiği 'insan hakları ihlali' niteliği olmalıdır.

Yaşlı istismarının farklı şekillerde ortaya çıkabildiği görülmektedir. Klinik raporlarda ve uluslararası hukuki belgelerde yaşlı istismarının beş tipi üzerinde durulmaktadır. Bunlar fiziksel istismar, cinsel istismar, psikolojik istismar, ekonomik istismar ve ihmaldir.[21]

Yaşlı kişiye karşı kasıtlı olarak acı verici her tür bedensel uygulama fiziksel istismar olarak kabul edilmektedir.[22] Vurmak, dövmek, tokat atmak ve itip kakmak gibi bedensel yaralanmalara neden olan her tür davranış fiziksel istismardır. Fiziksel istismarın bazı tanımları cinsel istismarı da içermektedir.[23] Ancak cinsel istismar karşı tarafın rızası olmadan meydana gelen her türlü cinsel amaçlı davranış olarak tanımlanmaktadır. Cinsel taciz, cinsel

---

[20] HERRING, 2009, s. 134.

[21] LACHS, Mark S./ PILLEMER, Karl, "Elder Abuse", **Lancet**, S. 364, Yıl 2004, s. 1264.

[22] KALINKARA, Velittin, **Temel Gerontoloji Yaşlılık Bilimi**, Nobel Akademik Yay., Ankara 2014, s. 143.

[23] KLEINSCHMIDT, Kurt C. "Elder Abuse: A Review", **Annals of Emergency Medicine**, Sayı 30: 4, Yıl 1997, s. 464.

saldırı, çıplaklığa zorlama, cinsel içerikli fotoğrafını çekmek veya rıza gösterme kapasitesi olmayan yaşlıya karşı yapılan her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak kabul edilmektedir. Yaşlılar bakımından cinsel istismarın hakkında en az tespiti yapılan, raporlanan ve bilinen istismar türü olarak karşımıza çıktığı da belirtilmelidir. Örneğin Amerika'da yaşlıya yönelik cinsel istismar vakalarının yüzde birinden azı ilgili resmi makama bildirilmektedir.[24] Yaşlı kimseye karşı kasten ruhsal bakımdan acı vermek psikolojik ya da duygusal istismar olarak adlandırılmaktadır.[25] Acı verme, sözel saldırı yoluyla strese sokma, tehdit etme, korkutma, aşağılama, küçük düşürme[26], sevgi, şefkat, ilgi, destek, onay gibi duygusal ihtiyaçları inkâr etme, görmezden gelme veya küçümseme psikolojik istismar kapsamındadır.[27] Malvarlığını kötüye kullanılması, çalınması, yaşlının haklarının baskı yoluyla devralınması ve mali kaynakların yaşlının isteği dışında kullanılması ise ekonomik istismar olarak ele alınmaktadır.[28] Emekli maaşının çalınması, vasiyetname gibi hukuki belgelerin imzalanması veya değiştirilmesi için tehdit edilmesi gibi finansal bütün zorlamalar ekonomik istismara örnek olarak verilebilir.[29] İhmal kişiyi yiyecek, giyecek, ısınma gibi temel ihtiyaçlardan mahrum etmek olarak tanımlanabilir. Yaşlının bedensel temizliği veya giyinmesine yardım etmede yetersizlik ve bedensel veya ruhsal sağlık ihtiyaçları gidermedeki yetersizlik, sağlık ve güvenliği tehdit eden nedenlerle mücadelede yetersizlik yaşlı ihmaline örnek olarak gösterilmektedir.[30]

Sonuç olarak yaşlı istismarını tanımlamak zor olmakla birlikte farklı biçimlerde ortaya çıkabildiği görünmektedir. Bu bakımdan türleri konusunda uzlaşılsa da tanımının yapılması zor görünmektedir. Ancak bu çalışma kapsamında hukuki korumayı daraltmamak bakımından ve yaşlı istismarını benzer kavramlardan ayırarak farkını ortaya koyabilmek bakımından Dünya

---

24 TEASTER, Pamela B. / ROBERTO, Karen A., "Sexual Abuse of Older Adults: APS Cases and Outcomes" **The Gerontologist**, Cilt 44, Sayı 6, Yıl 2004, s. 788.

25 UYSAL, Aynur, "Dünyada Yaygın Bir Sorun: Yaşlı İstismarı ve İhmali", **Aile ve Toplum**, Cilt 2, Sayı 5, Yıl 2002, s. 3.

26 CHOI Namkee G./ MAYER, James, "Elder Abuse, Neglect, and Exploitation", **Journal of Gerontological Social Work**, Cilt 33, Sayı 2, Yıl 2000, s. 8.

27 KALINKARA, 2014, s. 144.

28 DAŞBAŞ, 2015, s. 211.

29 LACHS, Mark S./ PILLEMER, Karl, "Abuse and Neglect of Elderly Persons", **The New England Journal of Medicine**, Cilt 332, Sayı 7, Yıl 1995, s. 437.

30 AKDEMİR, Nuran/ GÖRGÜLÜ, Ülkü/ ÇINAR, Fatma İlknur, "Yaşlı İstismarı ve İhmali", **Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Hemşirelik Dergisi**, Cilt 15, Sayı 1, Yıl 2008, s. 71 ve 72.

Sağlık Örgütü'nün tanımı ve Herring'in görüşleri birlikte ele alınabilir. Herring de bu konuda çok geniş olması dışında bu tanımı ilişkiselliği ele aldığı için olumlu bulmaktadır. Ayrıca istismarın tek bir tanımından ziyade belli özelliklerinden bahsetmeyi önermektedir. Buna göre istismar belli bir ilişkisel bağlamda meydana gelmelidir. İstismar edici eylem zarar verici olmalıdır. Çevresel yapının yani sosyal yalıtılmışlık, yalnızlık, uygun olmayan sosyal olanaklar gibi birçok başka faktör de yaşlı istismarının oluşmasında etkili olabilmektedir.[31] Bu çalışmada da yaşlı istismarının ilişkisel olma özelliğine vurgu yapan Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımı ve Herring'in belirttiği 'insan hakları ihlali' olma şartlarının birlikte bulunması temel alınacaktır. İstismarı benzer kavramlardan ayırırken de bu tanımlama dikkate alınacaktır.

1. Yaşlı İstismarı *(Elder Abuse)* ve Yaşçılık *(Ageism)*

Yaşçılık kavramı Robert Butler tarafından ortaya atıldığında yaşçılığın birbiriyle bağlantılı üç özelliğinden söz edilmiştir. Bunlar (1) yaşlılara, yaşlanma sürecine ve yaşlılığa karşı yaşlıların kendileri tarafından da sergilenebilen önyargılı tutumlar, (2) yaşlı kişilere karşı sergilenen ayrımcı uygulamalar, (3) yaşlılara yönelik klişelerin devamını sağlayan, onların yaşamdan doyum almasını azaltan, onurlarını zedeleyici kurumsal uygulamalar ve politikalar şeklindedir.[32] Bu özelliklerine bakıldığında yaşçılık belli bir kişi veya grubun yaşından dolayı önyargılı düşünme, davranma, tutum sergileme veya hareketlerde bulunmaya maruz kalması olarak tanımlanmaktadır.[33] Bu şekilde yaşlılar, sırf ten renginden ötürü ırkçılığa ve cinslerinden ötürü seksizme maruz kalan insanlarda olduğu gibi sırf yaşlarından ötürü ayrımcılığa ve klişelere (stereotypes) maruz bırakılma sürecini yaşamaktadırlar.[34]

Yaşçılık, yaşlı istismarının bir nedeni ya da pekiştiricisi olarak sayılabilir. Çünkü yaşçılık, yaşlı bireyleri gereksiz, bağımlı ve güçsüz olarak görmektedir. Toplum da gençliğe değer verdikçe ve yaşlıları güçsüz gördükçe yaşlı nüfus kırılgan bir grup olarak belirmekte ve mağdur olmaya itilmekte-

---

[31] HERRING, Jonathan, **Vulnerable Adults and the Law**, Oxford Üniversitesi Yay., 2016, s. 136-138.

[32] CLARK, Angela, **Ageism and Age Discrimination in Social Care in the United Kingdom a review from the Literature**, CPA Press, 2009, s. 10.

[33] DAHMEN Nicole S. ve COZMA, Raluca, **Media Takes: On Aging, International Longevity Center**, 2009, s. 11.

[34] BYTHEWAY, Bill, "Ageism and Age Categorization", **Journal of Social Issues**, Cilt 61, Sayı 2, Yıl 2005, s. 361 ve 362.

dir.[35] Yaşçılığın yaşlı istismarının bir nedeni olduğuna medyada, dilde veya reklamlarda görmek mümkündür. Çünkü bunlar aracılığıyla yaşçı önyargıların pekiştirilmesi, yaşlıların kapasitesinin eksik sunulması gibi etkenler yaşlıların kamusal alanlardan çekilmesine neden olmakta, onların toplumdaki rollerini yerine getirmemesi sonucuna neden olabilmektedir. Bu da yaşlıların az sayıda sosyal ortamlarda bulunmalarına veya sadece evlerinde zaman geçirmelerine sebep olmaktadır. Dolayısıyla evde daha çok zaman geçirildikçe yakından gelebilecek istismar ihtimali de artmaktadır.[36]

Robert Butler'ın belirttiği tanımda yaşçılığın istismarı da kapsadığı görünmektedir. Çünkü ayrımcı uygulamaların somutlaşmış hali olarak istismarın bütün biçimleri Butler'ın belirttiği onur zedeleyici ve ayrımcı olma özelliklerini barındırmaktadır. Ancak bunun tersini söylemek, yani bütün yaşçı tutum veya davranışların aynı zamanda istismar olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Çünkü istismarda somut olarak acı ve zarar verici olma gibi kişiden gelen bir davranışın olması gerekmektedir. Bu durumda önyargılı tutumların istismarı ve ayrımcılığı pekiştirdiği iddia edilebilir. Ancak yaşlılığa karşı önyargılı olmanın kendisi istismar anlamına gelmemektedir.

2. Yaşlı İstismarı *(Elder Abuse)* ve Yaş Ayrımcılığı *(Age Discrimination)*

Yaş ayrımcılığı kavramı literatürde yaşçılıkla birlikte yaşlı kişilere karşı sergilenen negatif tutumlar anlamında kullanılmaktadır.[37] Ancak yaşçılık, yaş ayrımcılığından daha geniş bir kavram olarak da değerlendirilmekte, yaşlı insanlarla ilgili kökleşmiş negatif inançlara denk gelmekte ve yaşlanma süreciyle ilgili bu negatif düşünceler de yaş ayrımcılığında artışa neden olabilmektedir.[38] Dolayısıyla yaş ayrımcılığı yaşçılığın bir sonucu olarak karşımıza çıkmakta, sırf yaşlı olmasından ötürü kişiye yönelik davranışları ifade etmektedir. Yaş ayrımcılığı ailede, topluluk içerisinde veya iş yaşamında karşılaşılan bir sorun olarak ele alınmaktadır. Yaşlı istismarı da yaş ayrımcılığının bir sonucu olarak değerlendirilmektedir. Bunun sonucunda kırılgan bir grup olarak yaşlılar artan bir biçimde kırılgan hale gelmekte ve istismarın çeşitli biçimlerine maruz kalmaktadırlar.[39]

---

35 CRICHTON, BOND, HARVEY ve RISTOCK, 2008, s. 125.

36 HERRING, 2009, s. 159 ve 160.

37 KYDD, Angela ve FLEMING, Anne, "Ageism and Age Discrimination in Health Care: Fact or Fiction? A Narrative Review of the Literature", **Maturatis**, S. 81, Yıl 2015, s. 432.

38 CLARK, 2009, s. 10.

39 ISLAM, Rabiul, "Ageism and Age Discrimination in Old Age: An Overview", **Philosophy and Progress**, Sayı 55-56, Yıl 2014, s. 92, 97 ve 104.

Ayrımcılık konusunda Herring doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılıktan bahsetmektedir. Bu ayrım da ayrımcılığın somut birtakım davranışlar dışında da olabileceği konusunda fikir verebilir ve yaşlı istismarının hangi tür içerisinde değerlendirilmesi gerektiği konusunda aydınlatıcı olabilir. Doğrudan ayrımcılık yaş gibi yasaklanan bir kriter temelinde benzer durumda bulunanlardan (birbiriyle karşılaştırılabilir kişiler ve durumlarda) birine daha kötü muamele edilmesi şeklinde meydana gelmektedir. Doğrudan ayrımcılık aşikâr biçimde görünmektedir. Örneğin sadece belli bir yaşın altındaki kişilerin bir işe başvuru yapabilmesi doğrudan ayrımcılığı apaçık gösteren örneklerden birisidir. Dolaylı ayrımcılık durumunda ise görünüşte eşit davranılmasına rağmen, bu davranışın etkilerinin yaş nedeniyle bir grupta daha ağır bastığı görülmektedir. Varsayımsal bir örnek verilecek olursa belli bir işe saçları ağarmış olanların başvurusunun engellenmesi dolaylı olarak yaşlı kişilere ayrımcılık anlamına gelebilmektedir.[40]

Bazı metinlerde veya internet sitelerinde yaşlı istismarının türlerinden biri olarak ayrımcı istismar *(discriminatory abuse)* kavramı da kullanılmaktadır. Ancak yaşlı istismarını yaşlıya karşı ayrımcılığın özel bir türü veya yaş ayrımcılığının bir sonucu olarak ele alındığında bu tür bir istismardan söz etmek yerinde olmayabilir. Çünkü ayrımcı olmayan yaşlı istismarından bahsetmek pek mümkün değildir. Yaşlı istismarını oluşturan bütün eylemler ayrımcı olmakla birlikte, güven beklentisinin ihlali varsa yaşlı istismarından söz edilmektedir. Bu tür eylemleri istismar yerine kötü muamele kapsamında değerlendirmek daha yerinde olabilir.

3. Yaşlı İstismarı *(Elder Abuse)* ve Yaşlıya Kötü Muamele *(Elder Maltreatment)*

Kötü muamele sözlükte bir kişiye veya hayvana karşı sergilenen şiddet içerikli veya zalimane davranışlar olarak tanımlanmaktadır.[41] *Türk Ceza Kanunu*nda ise Aile Düzenine Karşı Suçlar içerisinde düzenlenmiştir. Bu başlık altında daha çok çocuklara yönelik hükümler bulunmakla birlikte kötü muamele suçu bakımından yaşlıların hukuki korumaya dâhil edildiği söylenebilir. 232. Maddede bu suç *'(1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İdaresi altında bulunan veya büyütmek, okut-*

---

[40] HERRING, 2009, s. 29 ve 30.

[41] https://en.oxforddictionaries.com/definition/maltreatment (erişim tarihi: 12/11/2017).

mak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir'[42] şeklindedir ve birinci fıkra yaşlı kimseler bakımından uygulanabilir. Ayrıca 233. maddenin ilk fıkrasında da aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçu kapsamında *'Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.'*[43] ifadesi yer almaktadır ve bu suç bakımından da yaşlı mağdurlar hukuki korumadan her zaman olmasa da faydalanabilir. Kötü muamele suçuna benzer biçimde daha sonra bahsedilecek olan terk suçunda da *Ceza Kanunu* bakımından olmasa da kötü muamelenin tanımı bağlamında ihmal etmek suretiyle kötü muamelede bulunmaktan söz edilebilir. Bu suçlar dışında vücut bütünlüğüne yönelen yaralama, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve cinsel özgürlüğe karşı işlenen cinsel saldırı ve cinsel taciz gibi birçok suç bakımından da mağdur yaşlıysa yaşlıya yönelik kötü muameleden söz etmek mümkündür.

Yaşlıya kötü muamele birçok kaynakta yaşlı istismarıyla aynı anlamda kullanılmaktadır. Örneğin Ben Natan ve Nili Tabak kötü muameleden bahsederken istismarın türlerine yer vererek yaralamaya neden olan fiziksel kötü muamele, cinsel kötü muamele, ekonomik kötü muamele, ihmal ve psikolojik kötü muameleden bahsetmişlerdir. Devamında ise kötü muamele eylemlerinin üçte ikisinin yakın akraba tarafından yapıldığını, geriye kalan kötü muamelelerin ise genellikle kurumlarda meydana geldiği vurgulanmaktadır.[44] Benzer şekilde Jaclynn M. Miller de kötü muameleden bahsederken istismarın karşılığı olacak şekilde kötü muamele kavramını kullanmaktadır. Örneğin yaşlıya kötü muameleyle karşılaştırma yaparken çocuk istismarıyla karşılaştırma yapmakta, çeşitli eyaletlerde yaşlı istismarına yönelik çıkarılan hukuki düzenlemelerden söz etmektedir.[45] Bu örneklerden hareket edildiğinde yaşlıya kötü muamele ve yaşlı istismarı kavramları arasında bir fark bulunmamaktadır. Çünkü istismar eyleminin kimden geldiği önemsenme-

---

42 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 2004.

43 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 2004.

44 NATAN, Merav Ben/ TABAK, Nili, "Combating the Maltreatment of Older Persons by Staff in Long-Term Care Nursing Homes: Legal Aspects", **Medicine and Law**, S. 32, Yıl 2013, s. 54 ve 55.

45 MILLER, Jaclynn M., "International Human Rights and the Elderly", **Marquette Elder's Advisor**, S. 11, Yıl 2010, s. 361.

mektedir. Oysa güven beklentisinin yaşlı istismarında aranması durumunda geriye kalan eylemlerin kötü muamele kapsamında değerlendirilmesi mümkün olabilecektir. Örneğin *Yaşlı İstismarına İlişkin Eylem (Action on Elder Abuse)* bunun farkında olarak sadece güven beklentisinin olduğu ilişkilerde meydana gelen kötü muameleleri istismar saymaktadır. Eğer yabancı birisinin güven beklentisine yönelik sömürüsü varsa bu eylemler de istismar kapsamında değerlendirilmektedir.[46]

4. Değerlendirme

Yaşlı istismarını benzer olduğu ve bazen birbiri yerine kullanılabilen yaşçılık, yaşa dayalı ayrımcılık ve yaşlıya kötü muamele kavramları arasında genelden özele giden bir ilişki kurmak mümkündür. Yaşçılık ve yaş ayrımcılığı herkes tarafından, hatta kurumlar ve toplum tarafından pekiştirilebilecek bir durum iken, kötü muamele ve yaşlı istismarı bakımından bunu söylemek mümkün değildir. Çünkü kötü muamelede ve istismarda artık somutlaşan zarar verici bir eylem aranmaktadır. Yaşlı istismarında kötü muameleden farklı olarak yaşlı kimse ile istismarcının arasında güvenle alakalı bir ilişki vardır. Kişi ile kişi arasında bir ilişki söz konusudur. Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımında da belirtildiği gibi istismarda 'güven beklentisinin olduğu bir ilişki*' türü mevcuttur. Bu nedenle yaşlı istismarından söz ederken bu ilişkinin varlığı mutlaka aranmalıdır. Ayrıca *Herring*'in belirttiği gibi bir insan hakları ihlalinin de olması gerekmektedir. Dolayısıyla kendini ihmal, yaşçılığın eyleme dökülmemiş hali, hiçbir güven beklentisinin olmadığı yabancı birinden gelen zarar gibi örnekler yaşlı istismarının kapsamı dışında tutulmalıdır. Güven beklentisinin olduğu bir ilişkisinin ve bakım hizmetinin görüldüğü (aile üyeleri veya profesyonel bakım hizmeti sunanlar) kişiler arası bir ilişkinin varlığı varsa yaşlı istismarından söz edilebilir.[47] Bunun dışında eğer güvenle ilgili bir ilişki varsa ve bu kötüye kullanılmışsa yani istismar edilmişse yaşlı istismarından yine söz edilebilir. Ancak her iki durumda da istismardan bahsetmek için insan hakları ihlalinin varlığı bu çalışma bakımından kabul edilen tanımlama gereği aranmaktadır.

---

[46] https://www.elderabuse.org.uk/Pages/Category/what-is-it (erişim tarihi: 10/11/2017).

* Beklenti sözcüğü 'gerçekleşmesi beklenen şey' olarak tanımlanmakta, dolayısıyla doğru değerlendirmenin yapıldığı güven değerine dayalı bir ilişki olmasa da güven beklentisinin olduğu yaşlı-bakıcı ilişkisinde bu beklentinin ihlalini istismar saymak mümkündür.

[47] BIGGS, Simon/ HAAPALA, Irja, "Elder Mistreatment, Ageism, and Human Rights", **International Psychogeriatrics**, Cilt 25, Sayı 8, Yıl 2013, s. 1300 ve 1301.

Bu durumda yaşçılığın yaş ayrımcılığına neden olan inançlardan oluştuğunu, yaşlı istismarının ise yaş ayrımcılığının eyleme dökülen bir sonucu olduğu belirtilebilir. Eğer eyleme dökülen kısım güven beklentisinin olmadığı bir ilişkide söz konusuysa bu durum yaşlıya kötü muameleyi oluştururken, güven beklentisinin ihlal edildiği durumlarda istismar meydana gelmektedir. Çünkü yaş ayrımcılığının ve yaşlıya kötü muamelenin aksine yaşlı istismarında bu çalışmada kabul edilen tanım gereği ve benzer kavramlardan ayrılabilmesi için güven beklentisi aranmaktadır. Dolayısıyla yaşçılık-yaş ayrımcılığı-yaşlıya kötü muamele (özel bir görünümü olarak yaşlı istismarı) şeklinde genelden özele ve nedenden sonuca giden bir ilişkiden söz edilebilir. Bu durum özetle şöyle açıklanabilir. Toplumda yaşlıların yük olarak görülmesi, tüketici olması, işe yaramaması, yaşlı olmanın kendi başına kötü görülmesi gibi düşünceler yaşçılık; bu düşüncelerin kurumlarca veya kişilerce uygulanması yaş ayrımcılığı (örneğin yaşlılık aylığının yetersiz olması ve yaşlıların desteklenmemesi onların istismar karşısında güçsüz kılmakta, yeterli personel verilmemesi onların bakım evlerinde ihmal edilmesine neden olabilmektedir.); yaş ayrımcılığı sonucunda yaşlı kişiyle arasında güven beklentisi olsun veya olmasın kişilerin yaralayıcı veya zarar verici birtakım davranışlarda bulunması yaşlıya kötü muamele iken aralarında güven beklentisi olan birinin yaşlıya kötü muamelede bulunması ortada bir kötüye kullanma olduğu için istismar olarak değerlendirilebilir. Burada yaşlı istismarı kötü muamelenin bir sonucu olmaktan ziyade kötü muamelenin özel bir görünümü olarak ele alınabilir.

II. İNSANLIK DURUMU OLARAK YAŞLILIK VE YAŞLI İSTİSMARI

Yaşlılık ve yaşlılara yönelen istismar edici davranışları tanımlamak, sınıflandırmak, kimlerin daha çok risk altında olduğunu belirlemek, kimlerin daha çok yaşlılara yönelik istismarda bulunduğunu tartışmak birtakım önlemlerin alınması ve yaşlıların korunması için faydalı veriler olarak kabul edilebilir. Ancak genç yaşta hayatını kaybetmeyen herkesin bir gün yaşlanmış olmaktan kaçamayacağını görmek, yaşlılığın kendisini bir sorun olmaktan ziyade yaşlılığın bir insanlık durumu olduğunu kabul etmeyi de beraberinde getirebilecektir. Bu nedenle yaşlılığı insanın bütünlüğünü oluşturan varlık fenomenlerinden biri olarak, yaşlı istismarını ise yapıp eden varlık olarak insan ve onun olanakları bakımından değerlendirmek mümkündür.

1. İnsanın Bütünlüğünü Oluşturan Fenomenlerden Biri Olarak Yaşlılık

Giriş bölümünde Mengüşoğlu'nun insan görüşü kapsamında insanın başarıları, edimleri ve ölüm gibi varlık öğelerinden oluşan ontolojik bir bütün olduğu ve yaşlılığın da insanın bir varlık öğesi olarak kabul edilebileceği belirtilmişti. Yaşlılığı bir sorun olarak görmekle varlık öğesi olarak görmenin ne fark yaratacağını bu bağlamda tartışmak mümkündür.

Tartışmaya 'sorun' kelimesinin anlamından hareket ederek başlanabilir. Türk Dil Kurumu 'sorun' kelimesini iki anlamda tanımlamaktadır. Bunlar *'Araştırılıp öğrenilmesi, düşünülüp çözümlenmesi, bir sonuca bağlanması gereken durum, mesele, problem'* ve *'Sıkıntı veren durum, dert'* şeklindedir.[48] Oxford Yaşayan Sözlükler de 'sorun'un bir anlamını TDK ile benzer biçimde *'Üstesinden gelinmesi veya halledilmesi gereken zarar verici veya istenmeyen bir mesele veya durum'* şeklinde tanımlamaktadır.[49] Yaşlılık üstesinden gelinmesi arzulanan bir sorun olarak düşünülürse mevcut bilimsel gelişmişlik düzeyinde yaşlılığın ölüm dışında sonlandırılması mümkün değildir.

Dolayısıyla yaşlılığı bir problem olarak görmek yaşlılıktan kaynaklıymış gibi görünen yaşlı istismarı gibi gerçek anlamda problemlerin çözümünde insanın bütün olarak görülmeyip parçalanması sıkıntısına yol açabilir. Bunun nasıl olabileceğine Mengüşoğlu'nun görüşlerinden hareketle ulaşmak mümkündür. Mengüşoğlu insanın ontolojik bakımdan parçalanamayan bir bütün olduğunu belirtmekte, bu bütünlüğü anlamanın olanaklı olduğunu ifade etmektedir. Ancak insanın bütünlüğü hakkındaki bilginin onun gelişigüzel bir yanını veya hareketini incelemekle elde edilemeyeceğini de söylemektedir. Bunun için insanın bütün olduğunu ifade eden fenomenlere, yani insanın 'insan olarak' anlaşılmasını sağlayacak fenomenlere bakmak gerekmektedir.[50] Bu fenomenlerden bazıları insanla birlikte ortaya çıkan dil, ölüm, ölüm bilinci gibi fenomenlerdir.[51] Yaşlılık da insanın varlığıyla birlikte ortaya çıkan bir fenomen olarak kabul edilebilir. Bu durumda istismar edilerek yaşlılığın kabul edilmemesi, yaşlılığın insan olmayla ilgisinin göz-

---

48 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59e3c7f1ef61c8.72359197 (erişim tarihi: 15/10/2017).

49 https://en.oxforddictionaries.com/definition/problem (erişim tarihi: 15/10/2017).

50 MENGÜŞOĞLU, Takiyettin, **Kant ve Scheler'de İnsan Problemi**, Doğubatı Yay., Ankara 2014b, s. 87.

51 MENGÜŞOĞLU, 2014a, s. 312.

den kaçırılması Mengüşoğlu'nun ifade ettiği insanın başarıları ve bu başarıları için sergilediği edimlerle birlikte insanın ontolojik bütünlüğünü oluşturan fenomenlerden birini görmeme anlamına gelir. İstismar eylemlerini istismarcı ve mağdur açısından Mengüşoğlu ve Kuçuradi'nin görüşleri kapsamında ayrıca değerlendirmek mümkündür.

2. Yapıp-Eden Varlık Olma ve İnsanın Olanakları Bakımından Yaşlı İstismarı

Yaşlı istismarının faili olma açısından insanın nitelikleri, mağdurla birlikte ele alındığında ise insanın olanakları kapsamında değerlenme yapılabilir.

Mengüşoğlu *İnsan Felsefesi* adlı kitabında insanın çeşitli niteliklerinden bahsetmektedir. Eserde yer verdiği 18 niteliği tek tek irdeleyerek insanın somut bütünlüğünde incelemeyen insan görüşlerini eleştirmektedir.[52] Yaşlı istismarı bakımından bu niteliklerin hepsiyle dolaylı veya doğrudan ilişki kurmak mümkünken, yapıp eden varlık olarak insandan söz etmek insan olma haliyle ilgisi bakımından yerinde ve yeterli olabilir. Mengüşoğlu, yapıp eden bir varlık olarak insanın bütün eylemleriyle birlikte bütün olarak aynı insan olduğunu belirtmektedir. Bu haliyle yapıp etme veya aktif olma insan olmanın bir özelliği olarak görülmektedir. İster iyi bir şey yapsın ister kötü bir şey yapsın veya yapmaya çalışsın, sonuçta insan yapıp eden bir varlık olarak görülmektedir. Felsefi problemleri çözmeye çalışan, tarihsel belgeleri inceleyen, atölyede çalışan veya biriyle polemiğe giren kişi de bu anlamda yapıp edendir.[53]

Verilebilecek örneklere bakıldığında yapıp etmelerin sayısız olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak bütün yapıp etmeler Mengüşoğlu'na göre üç grupta toplanabilir. Birinci grupta doğrudan veya dolaylı insandan bir karar bekleyen yapıp etmeler yer alır. Bir projenin, niyetin, amacın, değerin veya benzerlerinin gerçekleştirilmesi gibi örnekler bu gruptaki yapıp etmelere dâhildir. Bilim, etik, felsefe, sanat-teknik, politik ve ekonomik alanlarla ilgili bütün önemli eylemler bu gruba girmektedir. İkinci grup eylemlere üçüncü grup eylemlerden sonra değinmek yaşlı istismarıyla ilgisi bakımından daha yerinde olabilir. Üçüncü grup eylemlerde insanın yükünü hafifleten, otoma-

---

[52] ÖZLEM, Doğan, "Takiyettin Mengüşoğlu'da İnsan Kavramı", **Yüzyılımızda İnsan Felsefesi Takiyettin Mengüşoğlu'nun Anısına** (Haz. İoanna KUÇURADİ), Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 1997, s. 12.

[53] MENGÜŞOĞLU, 2015, s. 147-149.

tikleşen eylemleri yer almaktadır. Odanın kapısını açmak, atölyede bir iş yapmak, teknik bir aracı kullanmak ve benzeri eylemler başlangıçta öğrenilmektedir. Ancak daha sonraları bu eylemleri düşünerek, daima kontrol altında sergilemek söz konusu olsaydı insanın bu yük altında ezileceği belirtilmektedir.[54]

Yaşlı istismarıyla ilgili sayılabilecek ikinci grup eylemler birinci grup eylemlerle sıkı ilişki içinde bulunmakta ve gerçekleşmeden insanın yaşamasına olanak olmayan yapıp etmeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu eylemler günlük hayata ve günlük hayat kaygılarına yönelik olan önemli eylemlerdir. Beslenme, barınma, giyinme gibi eylemler bu gruptaki yapıp etmelere örnek olarak verilebilir. Bu eylemler sayesinde yaşamak ve sağlık olanaklı hale gelmektedir.[55] Ancak yeni doğan bir bebekte olduğu gibi çoğu kez yaşlı kimselerin de yaşamak ve sağlıklı olmak için bu olanakları kendi başlarına yaratma şansları yoktur. Aslında sağlıklı, genç ve güçlü bireyin de tek başına böyle bir olanağından bahsetmek güçtür. Mengüşoğlu bunu destekler nitelikte insanın bilinen tarih itibariyle hep bir toplum içinde yaşadığını ve sadece bireylerden söz etmenin soyutlayıcı olduğunu söylemektedir. Çünkü tek başına yaşayan insanın varlığından söz etmek mümkün değildir. Aksine bahsi geçen eylemleri gerçekleştirmek için birlikte yaşamak söz konusudur ve bu insanın sahip olduğu bir ayrıcalıktır. Bu ayrıcalık insan olmanın bir özelliğidir ve hayvanların yığın hayatından farklı olarak sosyal hayata işaret etmektedir. Bu sosyal hayat içerisinde hayvana bolca verilenler ise insandan esirgenmiştir.[56] Dolayısıyla insanın varlık bütünlüğünü oluşturan fenomenlerden biri olarak yaşlılık halinin de beslenme, giyinme ve barınma gibi birtakım yaşamak için olmazsa olmaz ikinci grup yapıp etmelere çoğu kez gençlerden daha fazla muhtaç olduğu belirtilebilir. Bu durumda özellikle bakıma muhtaç yaşlı için gerekli eylemlerin yerine getirilmemesi insanın varlık niteliklerinden yapıp eden varlık olma niteliğini inkâr anlamına gelebilir. Çünkü olanağı olsa yaşlı kişinin bu eylemleri kendisi yapacak ve hayatta kalacak iken, olanağı olmadığı için onun yerine başkasının söz konusu hayati eylemleri gerçekleştirmesi insan olma açısından beklenebilir. Bu beklenti yerine getirilmediğinde ise sadece kötü eylemde bulunmadan değil, insan olmayı görmeme durumundan söz edilebilir.

---

[54] MENGÜŞOĞLU, 2015, s. 149 ve 150.

[55] MENGÜŞOĞLU, 2015, s. 149.

[56] MENGÜŞOĞLU, 2015, s. 150 ve 151.

İnsanın olanakları kapsamında bakıldığında yaşlı istismarının nasıl bir eylem olduğuna Mengüşoğlu ve Kuçuradi'nin görüşlerinden hareketle cevap vermek mümkündür. Mengüşoğlu insanın niteliklerinden birinin de değer duyan varlık olması şeklinde açıklamaktadır. Yapıp etmelerinin değer duymaya dayandığını belirtmekte ve değerlerin eylemlerimize yön verip yönettiği düşüncesine katılmaktadır.[57] Kuçuradi insanın niteliklerine ek olarak insanın olanaklarından bahsetmektedir. Böylece Mengüşoğlu'nun sıraladığı insanın özelliklerinin yanında insanın aynı zamanda olanak sahibi bir varlık olduğunu belirtmektedir.[58]

Kuçuradi, insanın olanaklarının geliştirilmesiyle insan hakları arasında ilişki kurmaktadır. İnsan sanat veya teknik yaratma olanağına sahipse, bu olanakların geliştirilebileceğini belirtmekte ve insanın değerini koruma ve tanıma istemeleri olarak insan hakları fikrine başvurmaktadır. Burada insanın değerini onu diğer canlılardan ayıran kimi olanaklara sahip olması olarak açıklamaktadır. Bu anlamda insan etik davranabilir. İnsan başkalarına saygılı davranabilir, teknik yaratabilir. Yeni bir bilgi yaratabilir. Eğer insana kötü muamelede bulunulursa, temel haklar ihlal edilirse insanın bu tür olanakları gerçekleştirmesi engellenmiş olur.[59]

Kuçuradi'nin insanın değer sahibi varlık olması düşüncesinden hareketle neden yaşlıların da insan hakları korunsun sorusuna cevap bulunabilir. Kuçuradi'ye göre insan hakları insanın sadece insan olmasından ötürü insanın değerini tanıma ve koruma istemeleridir. Bu da insanın olanaklarını her kişide istisnasız korumak anlamına gelmektedir. Kişinin kim olduğu burada önemli değildir.[60] Dolayısıyla daha önemli gözüken çocukların ve gençlerin insan hakları ne kadar önemliyse, yaşlı insanların da insan haklarının korunmasını istemek aynı derecede önemlidir.

3. Değerlendirme

Yaşlılığın bir 'sorun' olarak görülmesini ortalama ömürdeki artış gibi birtakım nedenlerle açıklamak, yaşlılığın gençliğe yük olması şeklinde anlaşılmaya neden olabilir. Çünkü gençlik, kadınlık, erkeklik, çocukluk gibi

---

57 MENGÜŞOĞLU, 2015, s. 152 ve 156.

58 TEPE, 2006, s. 160.

59 TEPE, 2006, s. 161 ve 162.

60 KUÇURADİ, İoanna, "Felsefe ve İnsan Hakları", **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri** (Yay. Haz. İoanna KUÇURADİ), Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2009, s. 73 ve 74.

üzerinde çalışılan birçok konuda 'çocukluk sorunu', ve 'gençlik sorunu' gibi kullanımlar pek görülmemektedir. Buna neden olarak çocukluğun veya gençliğin kendi başına sorun olarak görülmediği ama yaşlılığın kendi başına sorun olarak görüldüğü gösterilebilir. Çünkü insan genç olabilir, çocuk olabilir, yetişkin olabilir. Bu özellikler insanın bir varlık fenomenlerinden biri olarak kabul edilirken çok da zorlanılmaz. Çocukların ve gençlerin geleceğimiz olduğunun vurgulanması ve bu yüzden önemsenmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Mengüşoğlu'nun insan görüşünden hareketle insanın bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir. Bu yapılmazsa önemsenen aynı çocuklar ve gençlerin insan olma bağlamından koparıldıklarında yaşlılıkta önemsenmeme, değer görmeme riskinin oluşabileceği iddia edilebilir. Çünkü çocuğa veya gence insan olduğu için değil, 'geleceğimiz' olduğu için değer verilmekte, bu durumda yaşlının geleceği ölüm olduğuna göre değer verilmemesi de daha olağan karşılanabilecektir. Buna örnek olarak çocukları korumak için detaylı düzenlemelerin ve mekanizmaların olmasına rağmen yaşlılar için aynı ölçüde koruma mekanizmalarının olmaması gösterilebilir.

III. GENEL OLARAK RAWLS'UN GÖRÜŞLERİ

Rawls *Bir Adalet Teorisi* kitabının önsözünde Locke, Rousseau ve Kant tarafından sunulan geleneksel sosyal sözleşme teorilerini genelleştirmek ve üst seviyeye taşımak niyetinde olduğunu belirtmiştir.[61] Bu bakımdan kurduğu varsayımsal sözleşmeyle ilgili bu çalışma bakımından üç noktaya değinilebilir:

1. Rawls'a göre siyaset felsefesinin öncelikli görevi adalet ilkelerini bulmaktır. Rawls'un genel adalet kavrayışının toplumda temel hak ve özgürlüklerin nasıl düzenleneceği ile sosyal hayatın fayda ve yükümlülüklerinin nasıl dağıtılacağına ilişkin olduğu düşünülebilir.[62] Daha açık bir ifadeyle Rawls keyfi ayrımların nasıl önleneceği ve çatışan taleplerle ilgili dengenin nasıl belirleneceğine yer vererek adalet ilkelerini düzenlemektedir. Buna göre sosyal işbirliği ile ortaya çıkan nimetler ve külfetlerle ilgili çatışan taleplerin nasıl uygun bir şekilde dengeleneceği,

---

[61] RAWLS, John, **A Theory of Justice** (Revised Edition), Harvard University Press, 1999, s. xviii.

[62] http://web.utk.edu/~acureto1/wp-content/uploads/2011/09/Cureton-A-Rawlsian-perspective-on-justice-for-the-disabled.pdf (erişim tarihi: 27/03/2017).

temel hak ve özgürlüklerin nasıl düzenleneceği ele alınmaktadır.[63] Bununla ilgili Rawls orijinal durum düşüncesinden hareket etmektedir.[64] Burada Rawls sosyal sözleşmeci gelenekten ayrılarak doğa durumundan bahsetmeyip, bilmezlik perdesini ortaya koymaktadır. Bununla orijinal durumda ahlaki bakış açısının rastlantısallığın etkisinden kurtarmayı amaçlamaktadır. Hak ve özgürlükler ile sosyal işbirliğinden doğan yararların dağıtılmasına ise Rawls'un iki adalet ilkesi denk gelmektedir. Bunlar 1) bütün vatandaşların temel özgürlüklere eşit sahipliği ve buraya daha sonra eklenen eşit siyasi özgürlüklerin hakça değerinin güvenceye alınması[65] 2) sosyal işbirliğinden doğan nimetlerin nasıl dağıtılacağıyla ilgilidir. Burada adilane fırsat eşitliğinden ve farklılık ilkesinden bahsetmektedir.[66]

2. Rawls'a göre, kişi kendisini ve başkalarını sorumlu ve özgür varlıklar olarak görmektedir. Özgür ve eşit vatandaşların iki ahlaki yetiye, yani iyi anlayışına ve adalet duygusuna ilişkin kapasiteye sahip olduklarını belirtmektedir. Bunlardan ilki makul olma kapasitesi iken diğeri rasyonel olma kapasitesi olarak karşımıza çıkmaktadır.[67]

3. Değinilmesi gereken diğer bir nokta da Rawls'un adalet ve kişi anlayışının siyasal olduğudur. Yani onun kişi idesi siyasal olanla sınırlıdır ve adalet anlayışı kapsayıcı değildir. Adalet anlayışı bu durumda insan yaşamında değerli olan kişisel ideal ve değerler, aile ve arkadaşlıkla ilgili örgütlenmelerle ilgili değildir. Kişi ise ahlaki kişiliğin bütün görünümlerini değil siyasal olanla ilgili görünümlerini yansıtmaktadır.[68]

Rawls, sosyal sözleşme geleneğini takip ederek adalet ilkelerinin seçildiği ve adil anlaşmalara ulaşıldığı bir *status quo* olarak orijinal durumu tasarlamaktadır. Orijinal durumda hakkaniyete uygun şartlar altında adil anlaşmalara ulaşılacağı düşüncesine başvurulmaktadır.[69] Buna göre eşit, özgür,

---

63 ÖZKÖK, Gülriz, "İnsan Hakları Açısından Adalet Teorisi", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, Ankara 2000, s. 84.

64 UYGUR, Gülriz, "John Rawls", **Siyaset Felsefesi Tarihi** (Ed. Ahu TUNÇEL ve Kurtul GÜLENÇ), Doğubatı Yay., Ankara 2014, s. 713.

65 UYGUR, 2014, s. 721-723.

66 UYGUR, 2014, s. 726.

67 UYGUR, 2014, s. 716 ve 717.

68 UYGUR, 2014, s. 713, 716 ve 717.

69 UYGUR, 2014, s. 721.

makul ve rasyonel kişiler hakkaniyete uygun işbirliği sisteminin koşullarını belirleyeceklerdir. Ulaşılan sonuçlar, yani işbirliğinin hakça koşulları da hakkaniyete uygun olacaktır, çünkü tasarlanan orijinal durum da hakkaniyete uygundur.[70]

Neticede orijinal durum Rawls'un tasarladığı varsayımsal durum olarak adil karar alma süreçlerinin alınmasını sağlamak için ideal olarak görülen bir model şeklinde karşımıza çıkmaktadır.[71] Burada orijinal durum bir temsil aracıdır ve tarafların ulaştığı anlaşmalar da tarihsel değil varsayımsaldır.[72] Varsayımsal bir anlaşma geçerli olmayacağına göre neden bağlayıcı olsun sorusunu Rawls eşit ve özgür vatandaşların adil koşullar altında müzakere ettiğini ve kimin hangi grupta yer aldığı ve dolayısıyla avantajına ya da dezavantajına olacak bir durumda olup olmadığını bilmediği için bağlayıcı olacağı şeklinde açıklamaktadır. Bunun ise mecazi olarak ifade edilen bilmezlik perdesi ile mümkün olduğunu söylemektedir.[73]

Orijinal durumun önemli bir öğesi olarak bilmezlik perdesi genel anlamıyla orijinal durumdaki grupların temsil ettikleri kişiler ile ilgili belli türde bir bilgiden yoksun oldukları anlamında kullanılmaktadır. Örneğin kişilerin uygarlık düzeyi, iyi anlayışı, hangi kuşağa ait oldukları, kültür düzeyi, ekonomik durumu, risk alma eğilimi, sosyal durumu, ırkı, cinsiyeti, vb. özellikleri ile kişilerin dini, ahlaki, felsefi kapsayıcı doktrinlerine yönelik hiçbir konuda gruplar, temsil ettikleri kişilerin özelliklerini bilmemekteler. Böylece adalet ilkelerinin keyfi ve rastlantısal olarak belirlenmesi, temsil edilen kişilerin özel yararına olacak şekilde ilkelerin seçilmesi önlenmiş olmaktadır.[74] Ancak taraflar sosyal bilimler hakkında genel bir bilgiye sahiptirler. Bunun dışında gruplar, temel yapıda uygulanabilir ve adil anlaşmalara sahip oldukları iki ahlaki yeti sayesinde adil anlaşmalara ulaşma görevlerinin olduğu bilgisine ve rasyonel olma özelliğine sahiptirler.[75]

---

70 ÖZKÖK, Gülriz, **John Rawls'un Adalet Görüşü Bakımından Devlet Problemi**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 1999, s. 79 ve 80.

71 POGGE, Thomas, **John Rawls His Life and Theory of Justice**, Oxford University Press, 2007, s. 76.

72 UYGUR, 2014, s. 721.

73 RAWLS, John, "Justice as Fairness: Political not Metaphysical", **Philosophy and Public Affairs**, Cilt 14, Sayı 3, Princeton University Press, Yıl 1985, s. 236 ve 237.

74 ÖZKÖK, 1999, s. 81-84.

75 POGGE, 2007, s. 63 ve 64.

Gruplar tıpkı vatandaşlar gibi eşit, özgür ve rasyoneldir, ancak vatandaşların aksine makul olma özelliğini barındırmazlar, ancak gruplar yine de makul olanla sınırlandırılmaktadır. Bu kapsamda müzakere ederken gruplar adalet ilkelerini birincil iyiler olarak adlandırılan aşağıdaki listeye göre belirlemeye çalışacaktır:[76]

a. "Bir liste halinde sunulan düşünce özgürlüğü ve vicdan özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlükler,

b. Seyahat özgürlüğü ve farklı fırsatlar çerçevesinde iş seçimi özgürlüğü;

c. Siyasal ve ekonomik kurumlardaki makamların güç ve yetkileri ve sorumluluk konumları,

d. Gelir ve varlık,

e. Özsaygının toplumsal temelleri."[77]

Bu listeye dayanarak temsil edilen vatandaşların en çıkarına olacak şekilde müzakere edilecektir. Ancak, bu listenin yetersiz olduğu eleştirisi yapılabilmektedir.[78] Bu eleştiriye karşı listenin istenirse genişletilebileceği ve ihtiyaç halinde listeye eklemeler yapılabileceği şeklinde cevap verilebilir.[79]

Orijinal pozisyonda hiç kimse istediği her şeyi elde edemez, çünkü başkalarının varlığı buna engeldir. İşbirliğinin şartları hakkında anlaşmazlığa düşme konusunda ise iki adalet ilkesi makul bir çözüm sunmaktadır.[80] Çünkü orijinal durumda bilmezlik perdesi sayesinde gruplar benzer konumda olup makul olma ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle temel yapıyı oluşturan kurumların temel hak ve ödevler ile sosyal işbirliğinden doğan avantajları nasıl dağıtacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu da aşağıda belirtilecek olan iki adalet ilkesinin işlevine karşılık gelmektedir.[81]

Bu noktalardan hareketle aşağıda Rawls'un sosyal adalet anlayışıyla ilgili olarak kaderin keyfiliği, kişi anlayışı, iki adalet ilkesi, özerklik ve adalet duygusu ve gözetme sorumluluğundan bahsedilecektir. Varsayımsal sözleş-

---

76 ÖZKÖK, 1999, s. 87, 95 ve 96.

77 RAWLS, 2007, s. 216; RAWLS, 2003, s. 58 ve 59.

78 ÖZKÖK, 1999, s. 96.

79 RAWLS, 2007, s. 216; ÖZKÖK, 1999, s. 96 ve 97.

80 RAWLS, 1999, s. 103.

81 UYGUR, 2014, s. 723.

me durumunda karar süreçlerine katılan kişilerin ahlaki yetileriyle özellikleri-nden söz edilecektir. Ancak yaşlı istismarının değerlendirilmesi bakımından adaletin ikinci ilkesi, gözetme sorumluluğu, özerklik ve adalet duygusuyla sınırlı kalınacaktır.

1. Rawls'da Sosyal Adaletle İlgili Temel Kavramlar

Rawls, *Bir Adalet Teorisi (A Theory of Justice)* kitabında hakkaniyet olarak adalet kavramını kullanmış ve sosyal sözleşme geleneğini genelleme ve daha yüksek bir soyutlama seviyesine çekme arzusunda olduğunu belirtmiştir. Buna göre toplum orijinal durumla yer değiştirmiş ve bu ilk durumda adaletin ilkelerini oluşturma prosedürlerinde karşılaşılan zorlukların nasıl aşılabileceği üzerinde durulmuştur. Rawls burada sosyal sözleşme geleneğindeki doktrinlere bir alternatif oluşturma çabasında olduğunu söylemektedir.[82] Burada Rawls'un hakkaniyet olarak adalet *(justice as fairness)* terimini kullanmasının nedeni orijinal duruma dayanmaktadır. Rawls bu durumu adil bir durum olarak kabul ettiği için bu durum neticesinde ulaşılan sözleşmelerin da adil olacağı düşüncesindedir. Orijinal durumdaki anlaşmada eşit ve özgür kabul edilen vatandaşlar arasındaki sosyal işbirliğinin adil koşulları belirlenmektedir. Bu sebeple de adı hakkaniyet olarak adalettir, çünkü adil bir ilk seçme durumu söz konusudur.[83]

Çeşitli adalet görüşlerine rağmen Rawls'un adaletle ilgili ortak ilkelerin olabileceğini düşündüğü söylenebilir. Çünkü neyin adil neyin adaletsiz olduğu doğal olarak tartışmalı olsa da kurumların adil olması konusunda anlaşmanın mümkün olduğunu belirtmektedir. Farklı adalet anlayışlarına rağmen kişilerin keyfi ayrımlar ortadan kaldırıldığında, temel hak ve özgürlüklerin dağıtılması ve sosyal hayatın nimetlerinin paylaşılması konularında anlaşabileceğini iddia etmektedir.[84]

Rawls, adalet anlayışıyla toplumun temel yapısını oluşturan politik yapılanma, ekonomik yapı ve sosyal düzenlemeleri kastetmekte ve düşünce özgürlüğü, rekabetçi ekonomi, üretimde özel mülkiyet ve monogami gibi sosyal kurumlardan bahsetmektedir.[85] Ona göre temel yapı adaletin öncelikli konusunu oluşturur, çünkü bu yapı içerisinde çeşitli sosyal konumlar bulunmakta

---

[82] RAWLS, 1999, s. 3.

[83] UYGUR, 2014, s. 713.

[84] RAWLS, 1999, s. 5.

[85] RAWLS, 1999, s. 6.

ve kişi buna bağlı olarak hayattan farklı farklı şeyler beklemektedir. Toplumdaki kurumlar kimilerinin lehine olacak şekilde derin eşitsizliklere neden olmaktadır. Bu eşitsizlikler her toplumun temel yapısında kaçınılmaz şekilde bulunmaktadır.[86] Bununla ilgili, yani eşitsizlikler içinde doğuyor olmanın adil olup olmadığıyla ilgili kaderin keyfiliği kavramından söz edilebilir.

A. Kaderin Keyfiliği

Rawls, belli bir çevrede ve toplumsal konum içerisinde doğmuş olabileceğimizi, ancak bunun bize bağlı olmadığını ve rastlantısal bir durum olduğunu kaderin rastlantısallığı kavramıyla açıklamaya çalışmıştır.[87] Bunu şu şekilde ifade etmektedir:

> *'... Doğal paylaştırma ne adildir ne de adaletsiz; insanların dünyaya geldiklerinde belli bir konumda olmalarında bir adaletsizlik yoktur. Bunlar doğal gerçeklerdir...'*[88]

Neticede **Rawls**'un eşit olmayan koşullarda bulunmayı tek başına adaletsizlik olarak görmediği söylenebilir. Neyin adil olup olmadığıyla ilgili ise kurumların bu gerçeklerle başa çıkma biçimine başvurmaktadır:

> *'... Adil veya adaletsiz olan, kurumların bu gerçeklerle başa çıkma biçimleridir. Aristokrasi veya kast sistemi üzerine kurulu toplumlar adil değildir çünkü onlar bu özellikleri kapalı ve ayrıcalıklı toplumsal sınıflara ait olmanın temeli yapmaktadırlar. Bu toplumların ana yapısı doğadaki keyfiliği içselleştirmektedir. Oysa insanların bu durumu kabullenme zorunluluğu yoktur. Toplumsal sistem insanın kontrolünde olmayan değişmez bir düzen değil, insan davranışlarının bir örgesidir. Adil olmak, insanların birbirlerinin kaderini paylaşması demektir...'*[89]

Rawls kaderin keyfiliğinin kendi başına adaletsiz olmadığını ama bunu değiştirmek gerektiğini böylece ifade etmektedir. Bunu yapabilmek için kurumların iki adalet ilkesine göre düzenlenmesi gerekmektedir.[90] Çünkü

---

86 RAWLS, 1999, s. 7.

87 UYGUR, 2014, s. 715.

88 RAWLS, John, "İki Adalet İlkesi", **Siyasal Düşünce** (Der. Michael ROSEN ve Jonathan WOLFF), Dost Yay., Ankara 2006, s. 324.

89 RAWLS, 2006, s. 324.

90 UYGUR, 2014, s. 715.

Rawls'a göre *'... Bu iki ilke kaderin keyfiliğini karşılamanın adil bir yoludur; kuşkusuz başka açılardan kusurlu olmalarına karşın, bu ilkeleri karşılayan kurumlar adildir...'*[91]

Rawls'ta bu ilkelerden birincisi temel hak ve özgürlükler ile siyasi özgürlüklerin hakça değeri ile ilgili iken, ikinci adalet ilkesi sosyal ve ekonomik eşitsizliklerle ilgili olup kendi içerisinde iki ilkeye yer vermektedir.[92] Ancak bu ilkenin anlaşılabilmesi için Rawls'un kişi anlayışından söz etmek gerekir.

B. Rawls'ta Kişi Anlayışı

Rawls, adalet anlayışı siyasal olduğu için bireyden değil vatandaştan söz etmektedir. Bu nedenle ahlaki kişiliğin siyasi görünümüyle ilgili bir kişi düşüncesi ortaya koymaktadır. Siyasi kişiden ise toplumda işbirliği üyesi olan ahlaki kişi anlamına gelen vatandaş olarak söz edilmektedir. Dolayısıyla vatandaşların kişisel yaşamları ve siyasi yaşamları birbirinden ayrılmakta, özel yaşamda özel anlama yetisi, siyasi yaşamda kamusal anlama yetisi devreye girmektedir. Bununla ilgili kamusal alan - özel alan ayrımı yaptığı sonucuna ulaşılabilmekte, ancak tüm görüşü incelendiğinde kişi düşüncesinin ahlaki olduğu da iddia edilmektedir.[93]

Ahlaki kişi Rawls'ta iki ahlaki yetiyle tanımlanmaktadır. Bu yetiler vatandaşların eşit, özgür, makul ve rasyonel olmalarını sağlamaktadır.[94] Rawls'un belirttiği ahlaki yetiler adalet duygusu ve iyi anlayışına sahip olma kapasiteleridir.[95] Bu yetilerden adalet duygusuna sahiplik adaletin ilkelerine uygun şekilde davranma ve bu ilkeleri ilkelere uygun şekilde anlamak ile iyi anlayışına sahip olmak neyin iyi olduğuna dair kapasiteye sahip olma, bu anlayışı rasyonel şekilde gözden geçirmeye ilişkindir.[96] Adalet duygusuna ilişkin kapasiteyle sosyal işbirliğinin hakça koşullarını belirleyen kamusal adalet anlayışını anlamak, uygulamak ve bu anlayışa dayanarak hareket etme kapasitesi kastedilmektedir. İyi anlayışına ait kapasitede ise rasyonel avantajı ya da bir iyi anlayışını oluşturma,

---

91 RAWLS, 2006, s. 324.

92 ÖZKÖK, 2000, s. 88 ve 89.

93 ÖZKÖK, 1999, s. 61-63.

94 ÖZKÖK, 1999, s. 64 ve 65.

95 RAWLS, John, **Siyasal Liberalizm**, (Çev. Mehmet Fevzi Bilgin), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2007, s. 78.

96 RAWLS, John, **Justice as Fairness a Restatement** (Edited by Erin Kelly), Harvard University Press, 2003, s. 18 ve 19.

gözden geçirme ve bunu rasyonel olarak sürdürme kapasitesi kastedilmektedir. Sosyal işbirliğinde bulunmak için toplum üyeleri en azından bu kapasitelere sahip olmak zorundadır. İki ahlaki yeti ayrıca vatandaşların eşit-özgür, makul-rasyonel olmalarına da yol açmaktadır.[97]

Rawls'a göre vatandaşlar iki ahlaki yetiye ve akıl yetilerine minimum düzeyde sahip oldukları için, yani normal sosyal işbirliğine katılmalarını sağlayan yetilere sahip oldukları için eşit vatandaştırlar. Böylelikle sırf vatandaş oldukları için herkes aynı temel haklara, özgürlüklere, fırsatlara ve adalet ilkelerinin aynı korumalarına sahiptirler. Rawls'un bu görüşünün Kantçı eşit değerde olma fikrine dayandırılabileceği belirtilmektedir.[98] Ancak Rawls'un kişi anlayışı politik olanla sınırlandırılmıştır.[99]

Minimum ahlaki yetilere sahip olup sosyal işbirliğine eşit katılmanın yanında vatandaşların nasıl eşit oldukları sorusuna Rawls daha önce bahsedilmiş olan orijinal durumdan hareketle cevap vermektedir. Çünkü orijinal durumda vatandaşları temsil eden temsilciler eşit konumdadır ve anlaşmaya ulaşırken eşit haklara sahiptirler.[100]

Özgür olmayla ilgili Rawls vatandaşların üç açıdan kendilerini özgür olarak algıladıklarını ifade etmektedir:

1. "... Vatandaşlar hem kendilerini, hem de birbirlerini bir iyi anlayışına sahip olmayı sağlayacak ahlaki yeteneğe sahip olarak gördüklerinden özgürdürler...

2. ... vatandaşlar kendilerini geçerli iddiaların doğrulayıcı kaynakları olarak gördüklerinden özgürdürler...

3. ... üçüncü nokta vatandaşların kendi amaçları doğrultusunda sorumluluk alabilmeleri ve bunun çeşitli iddiaların değerlendirilmesinde nasıl etkili olduğu ile ilgilidir..."[101]

Birinci özellikte Rawls, vatandaşların iyi anlayışını oluşturma, gözden geçirme ve değiştirmeye kendilerini yeterli gördüklerine vurgu yapmakta-

---

97 ÖZKÖK, 1999, s. 64 ve 65.

98 ÖZKÖK, 1999, s. 65.

99 UYGUR, 2014, s. 716; SANDEL, Michael J., "Political Liberalism by John Rawls New York Columbia University Press 1993", **Harvard Law Review**, Sayı 107: 1765, Yıl 1994, s. 1773.

100 RAWLS, 2003, s. 20.

101 RAWLS, 2007, s. 74, 76 ve 77.

dır.[102] Örneğin bir kimse din değiştirebilir ancak bu kişinin iyi anlayışını oluşturma, rasyonel gözden geçirme ve değiştirme yetisine sahip olduğu düşünüldüğünde bu kişinin kamusal kimlik anlayışı bu değişiklikten etkilenmez.[103] İkinci özelliğe göre vatandaşlar özgürdürler, çünkü taleplerinin geçerliliği kendilerinden kaynaklanıyor diye düşünmektedirler. Yani vatandaşlar rastlantısal etkenlerden bağımsız taleplerde bulunmaktalar ve bulundukları sosyal duruma göre değerlendirmede bulunmamaktadırlar.[104] Üçüncü özellik bakımından vatandaşların özgür olma nedeni vatandaşların kendi amaçları ve başkalarının amaçları doğrultusunda sorumluluk alabilmeleriyle açıklanmaktadır.[105] Neticede Rawls, eşit ve özgür vatandaş düşüncesinin Eski Yunan'dan beri üzerinde durulan bir konu olduğunu, buna göre kişi kavramının çeşitli hakları ve ödevleri kullanan ve bunlara saygı gösteren anlamında kullanıldığını söylemekte, kendi teorisi bakımından da işbirliği yapan üyeler olarak eşit ve özgür kişiler düşüncesinin adil bir işbirliği sistemi olarak toplum düşüncesine eşlik ettiğini belirtmektedir.[106]

Rawls eşit-özgür vatandaş tanımında olduğu gibi makul ve rasyonel vatandaş olmayı da iki ahlaki yetiye dayandırarak açıklamaktadır. İki ahlaki yetiden adalet duygusuna ilişkin kapasite makullükle ilişkili iken, iyi anlayışına ilişkin kapasite rasyonellikle ilgilidir.[107] Rasyonel olma vatandaşın kendi iyi anlayışına ilişkin kapasiteye sahip olması ve bu anlayışa uygun hareket etmesi anlamına gelmektedir. Kendi iyi anlayışını oluşturma ve kendi ahlaki yetilerini geliştirme de rasyonellik kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak bunu yaparken vatandaşların sadece kendi çıkarlarını gözeten, amaçları için uygun araçları seçen kişiler olarak değerlendirilmemekte, 'kendi çıkarı' kapsamına kişilere, ülkelere ve topluluklara bağlı çıkarlar da dâhil edilmektedir.[108] Yani rasyonel kişiler başkalarına, başka mekânlara yönelik, mesela vatana ya da doğaya yönelik sevgi ve bağlılık duyabilirler ve amaçlarını değişik şekillerde sıralayabilirler.[109]

---

[102] UYGUR, 2014, s. 720.
[103] RAWLS, 2007, s. 74; RAWLS, 2003, s. 21 ve 22.
[104] ÖZKÖK, 1999, s. 66.
[105] RAWLS, 2007, s. 77.
[106] UYGUR, 2014, s. 721.
[107] ÖZKÖK, 1999, s. 67.
[108] UYGUR, 2014, s. 719.
[109] RAWLS, 2007, s. 94.

Makul olmayla ilgili ise Rawls kişi eğer diğerlerinin de aynı şekilde davranacağını düşünerek işbirliğinin hakça şartlarından olmak üzere standartlar ve prensipler öne sürüyor ve bunlara uymaya hazır ise makuldür demektedir. Burada makul kişi genel faydaya yönelik hareket etmez ama eşit ve özgür vatandaş olarak başkalarının da kabul edeceği koşullarda işbirliğine gidilebilecek sosyal bir dünyayı arzular.[110]

Rawls, makul ve rasyonel olma özelliklerinin biri diğerinden çıkar şeklinde değerlendirmemekte, birbirini tamamlayan özellikler olarak incelemektedir. Bunu *'Hakkaniyet olarak adalet böyle bir düşünceyi reddeder. Makûliyeti rasyonellikten elde etmeye çalışmaz... adil işbirliği fikri içerisinde makûliyet rasyonellik birbirlerini tamamlayan düşüncelerdir... Tamamlayıcı düşünceler olarak, ne makûliyet ne de rasyonellik birbirleri olmadan ayakta duramazlar...'*[111] şeklinde ifade etmektedir.

Dolayısıyla birbirine benzeyen ama farklı olan makul ve rasyonel olma arasındaki farklar şu şekilde sıralanabilir:

- Rasyonellik kişilerin kendilerine ait iyi anlayışıyla ilgili iken, makul kişileri hareket ettiren sadece kendi uğurlarına gerçekleştirmek istedikleri bir sosyal dünya arzusudur.
- Rasyonellikte ahlaki duyarlılığın bir formu eksik iken, hakkaniyete uygun işbirliği düşüncesiyle ilgili olan bu form makullükte mevcuttur.
- Makul, rasyonelin aksine kamusaldır. Yani, eşitler olarak başkalarının kamu dünyasına girmeyi ve onlarla hakkaniyete uygun işbirliğinin hakça koşulları düşüncesini ortaya çıkarmayı mümkün kılmaktadır.[112]

Sonuçta Rawls makul ve rasyoneli birbirini tamamlayan öğeler olarak görmektedir. Sadece makul olanın adil bir işbirliği içerisinde amaçsız olacağı, sadece rasyonel olanın ise adaletli olmayacağı ve başkalarının iddialarının bağımsız geçerliliklerini göremeyeceğini söylemektedir.[113] Ancak Rawls her ne kadar bu iki özelliği birbirini tamamlayan olarak görse de orijinal duruma bakıldığında rasyonelin makul olana bağımlı olduğu iddia edilmektedir.[114] Makul vatandaş tasarımına 'vatandaşların özerkliği ve adalet duygusu' başlığı altında ayrıca yer verilecektir.

---

[110] RAWLS, 2007, s. 93.
[111] RAWLS, 2007, s. 95.
[112] RAWLS, 2007, s. 93, 94 ve 97; ÖZKÖK, 1999, s. 70 ve 71.
[113] RAWLS, 2007, s. 95 ve 96.
[114] ÖZKÖK, 1999, s. 71.

C. İki Adalet İlkesi

Rawls iki adalet ilkesinde değişiklikler yapmakla birlikte adaletin birinci ilkesi temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi ile ilgiliyken ikinci adalet ilkesi sosyal işbirliğinden doğan avantajların dağıtılması ile ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır.[115] Bu ilkeler Rawls'un son formüle ettiği haliyle (a) temel hak ve özgürlüklerin herkese eşit dağıtılması (b) Sosyal ve ekonomik eşitsizliklerin kabul edilebilir olma şartları (i. Fırsat eşitliğinin hakça sağlanması ii. Farklılık ilkesi) başlıkları altında detaylandırılabilir.

a. Birinci İlke: Temel Hak ve Özgürlüklerin Herkese Eşit Dağıtılması

Rawls birinci ilkeyi son eseri olan *Justice as Fairness: A Restatement* kitabında '*Her bir kişi tamamıyla yeterli eşit temel haklar ve özgürlükler düzenine sahip olmak konusunda aynı vazgeçilemez taleplere sahiptir ve bu düzen eşit siyasal özgürlükler bakımından herkes için aynıdır.*'[116] şeklinde ifade etmiştir. Bu ilkeyle Rawls 'özgürlük'ten değil, 'temel özgürlükler'den bahsetmektedir. Bunu yaparken kimi özgürlüklerin veya hakların daha önemli olduğu düşüncesine başvurmaktadır. Örneğin inanacağı dini seçmek, düşüncelerini ifade etmek, arkadaş edeceği kişileri seçmek gibi özgürlükler emniyet kemeri kullanmadan araç kullanma ya da kişinin kendi faydasına olacak finansal ilişkilere girme özgürlüğünden daha önemlidir.[117] Saydığı temel özgürlükler beş grup halinde şu şekildedir:

- Düşünce ve vicdan özgürlüğü *(liberty of conscience and freedom of thought)*,
- Örgütlenme özgürlüğü *(freedom of association)*,
- Eşit politik özgürlükler *(equal political liberties)*,
- Kişi bütünlüğünü ve özgürlüğünü koruyan meslek-kariyer seçme, özel mülk edinme gibi hak ve özgürlükler *(the rights and liberties that protect the integrity and freedom of the person -including freedom of occupation and choice of careers and a right to personal property-)*,
- Hukuk devletince korunan hak ve özgürlükler *(the rights and liberties covered by the rule of law)*.

---

[115] ÖZKÖK, 1999, s. 107.

[116] RAWLS, 2003, s. 42.

[117] FREEMAN, Samuel, **Rawls**, Routledge Press, 2007, s. 45 ve 46.

Bu beş gruptaki özgürlükler soyut şekilde tanımlanmıştır. Somutlaştırıldığında oy kullanma ve makamlara gelme hakkı, siyasal ifade ve müzakerede bulunma özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, hükümete karşı şikâyetlerini dile getirme ve eleştirme özgürlüğü, siyasal parti kurma ve siyasal partilere katılma hakkı, din seçme ya da dinleri reddetme ya da hayatın amacı, gerçekliğin doğası gibi konularda inanç özgürlüğü, inancı ifade etme özgürlüğü, her konuda fikrini beyan etme özgürlüğü, toplanma-bir araya gelme özgürlüğü, seyahat özgürlüğü, özel mülk edinme hakkı gibi somut haklar karşımıza çıkmaktadır. Rawls'un bu hakları neden temel olarak gördüğü basitçe diğer haklardan önemli olduğundan ibaret değildir. Aynı zamanda vazgeçilemez *(inalienable)* ve ihlalinin baştan itibaren geçersiz olacağı anlamlarına da gelmektedir. Benzer şekilde vatandaşlar da bu haklar üzerinde pazarlık yapamaz, bu haklardan vazgeçemez ve başkasına devredemezler. Ancak bu temel özgürlüklerin daha geniş bir özgürlükler uğruna, sadece özgürlüğün önceliği için kısıtlanması kabul edilebilir.[118]

Rawls kişinin bütünlüğü ve dokunulmazlığıyla ilgili bahsettiği özgürlükleri kişinin fiziki ya da psikolojik şiddete uğramamasını da içermektedir ve bütün olarak temel özgürlüklerle amaçladığı ahlaki kişiliği korumaktır. Bununla ilgili Rawls'un güvenlik haklarına yer vermediği belirtilse de Gülriz Uygur bu konuda Rawls'un temel özgürlükler düşüncesinin bütün olarak kişiye zarar verme fiilleriyle bağdaştırılamaz olduğunu belirtmektedir.[119]

Rawls temel özgürlüklerin kullanılma olanakları olmadan anlamsız olacağını ifade etmektedir. Birinci ilkeyle siyasal özgürlükler sağlanırken diğer özgürlükler için ikinci ilke devreye girmekte ve özgürlüğün değerini sağlama işlevini görmektedir.[120]

b. İkinci İlke: Sosyal ve Ekonomik Eşitsizliklerin Kabul Edilebilir Olma Şartları

İkinci ilke son haliyle *Justice as Fairness a Restatement* ve *Siyasal Liberalizm* kitabında *'Toplumsal ve ekonomik eşitsizlikler şu iki şartı karşılamalıdır: Birincisi, eşitsizlikler herkese adil bir fırsat eşitliği altında açık olan konumlara ve makamlara bağlanmalıdır ve ikincisi, bu eşitsizlikler toplumun en dezavantajlı üyelerinin en çok yararına olacak şekilde olmalı-*

[118] FREEMAN, 2007, 51-53.

[119] ÖZKÖK, 1999, s. 152 ve 153.

[120] UYGUR, 2014, s. 725 ve 726.

dır.'[121] şeklindedir. Bu ilke sosyal işbirliğinden kaynaklanan avantajların nasıl dağıtılacağı ile ilgilidir ve kendi içerisinde iki ilkeyi barındırmaktadır.[122]

aa. Fırsat Eşitliğinin Hakça Sağlanması

Bu ilke görev ve mevkilerin herkese açık olması ve sosyal rastlantıların etkisiz kılınması ile ilgilidir. Böylece yetenekleri, motivasyonları ve uzmanlıkları benzeşen kişiler eşit fırsatlara sahip olabileceklerdir ve sosyal sistemdeki başlama noktaları ve sosyal sınıfların görev ve mevkileri elde etme konusunda etkili olmasına müsaade edilmemektedir. Bu ilke aynı zamanda doğal rastlantıların etkisini azaltan farklılık ilkesiyle birlikte düşünülmektedir.[123]

bb. Farklılık İlkesi

Sosyal ve ekonomik eşitsizlikler ile gelir refah ve kendine saygıyla alakalı olarak farklılık ilkesi, toplumun en az avantajlı kesiminin yararına olacak şekilde söz konusu eşitsizliklerin düzenlenmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır.[124] En az avantajlının tanımına bakılırsa gelir ve refahtan hareket edildiğinde ortalamanın yarısından azına sahip olanlar şeklinde tanımlanabilirken Rawls'un sonraki tanımında doğal, tarihsel ve sosyal rastlantılar nedeniyle avantajlı durumda bulunmayanlar şeklinde de tanımlanabilmektedir. Ancak son haliyle en az avantajlı grup ailesi-sınıfsal kökenleri, şansı-talihi, doğal donanımları bakımından diğerlerinden daha az avantajlı konumda bulunanlar olarak tanımlanmaktadır. Burada bir grubun en az avantajlı sayılabilmesi için ise bu üç şartı (aile-sınıfsal köken, şans-talih, doğal donanımlar) da bünyesinde barındırması gerekmektedir.[125] Kimlerin en dezavantajlı olduğuyla ilgili ölçüt birincil iyilerin nasıl paylaşıldığıyla ilgilidir. Buna göre en dezavantajlılar bütün hayatı boyunca birincil iyiler bakımından en az makul beklentiye sahip olanlardır. Burada birincil iyiler kapsayıcı doktrinler arasında denge mekanizması kurarak adilliği sağlayan değil, eşit ve özgür vatandaşların iyi anlayışlarını geliştirmelerine olanak sağladığı için adildir.[126]

---

[121] RAWLS, 2003, s. 42 ve 43.
[122] ÖZKÖK, 1999, s. 116.
[123] ÖZKÖK, 1999, s. 116-118.
[124] UYGUR, 2014, s. 726.
[125] ÖZKÖK, 1999, s. 119 ve 120.
[126] RAWLS, 2003, s. 59 ve 61.

c. Öncelik Kuralları

İki adalet ilkesinin çatışması durumunda hangi ilkenin diğerine göre öncelikli olduğuyla ilgili Rawls aşağıdaki sıralamayı belirtmektedir:

aa. Birinci Öncelik Kuralı (Özgürlüğün Önceliği)

Temel özgürlükler ancak özgürlük uğruna kısıtlanabilir. Bu durumda daha az özgürlük herkes tarafından paylaşılan toplam özgürlüğü güçlendirici nitelikte olmalıdır. Eşit özgürlükten daha azı şeklinde bir kısıtlama olabilir ancak daha az özgürlüğe sahip kişiler bakımından bu kabul edilebilir olmak zorundadır.[127] Bu kurala göre birinci ilke ikinci ilkeden önce gelecek şekilde uygulanmalıdır ve birinci ilkenin gerektirdiği eşit özgürlük daha fazla toplumsal ve ekonomik fırsatlar uğruna ihlal edilmemelidir.[128] Eğer özgürlükler sınırlanacaksa da öncelikli oldukları için yine kendileri uğruna sınırlanabileceklerdir, kamu yararı ya da mükemmeliyetçi değerler gibi nedenlerle kısıtlanamayacaktır.[129]

bb. İkinci Öncelik Kuralı (Adaletin Etkililik ve Refaha Önceliği)

Bu kural ikinci adalet ilkesinin etkililik ve avantajların maksimize edilmesinden öncelikli olduğuyla ve fırsat eşitliğinin hakça sağlanmasının farklılık ilkesine göre öncelikli olduğuyla ilgilidir. Buna göre bir fırsat eşitsizliği daha az fırsata sahip olanların olanaklarını arttırmalıdır. Aşırı tasarruf edilecekse bu durum bundan dolayı yük altında olanların yoksulluğunu/sıkıntısını *(hardship)* azaltmalıdır.[130]

2. Vatandaşların Özerkliği ve Adalet Duygusu

Rawls'ta özerk vatandaş kavramını tanımlamak için öncelikle rasyonel özerklik kavramından bahsedilebilir. Rasyonel özerklik için yapay özerklik kavramını kullanan Rawls *'... Rasyonel özerkliği sadece özgürlüğün bir boyutu olduğunu ve tam özerklikten farklı olduğunu görmek gerekir. Sadece rasyonel özerk olarak taraflar, bir temsil aracı olan başlangıç durumuna bizim yerleştirdiğimiz yapay kişilerdir... Burada yapay... aklın bir temsili gibi... kullanılmıştır...'*[131] demektedir. Burada orijinal durumdaki gruplar

[127] RAWLS, 1999, s. 266.
[128] RAWLS, 2006, s. 322.
[129] ÖZKÖK, 1999, s. 112 ve 115.
[130] RAWLS, 2006, s. 322 ve 323.
[131] RAWLS, 2007, s. 117 ve 118.

vatandaşların temsilcileri olarak kişilerin avantajına olanı gerçekleştirmeyi ve kullanmayı sağlayan adalet ilkelerini iki ahlaki yeti ve bu iki ahlaki yeti uğruna kısıtlanabilir olan belirli iyi anlayışına göre seçmek durumundadırlar. Rasyonel özerk olmanın bir diğer özelliği bilmezlik perdesi sayesinde grupların neyin kendi avantajlarına olduğunu bilmesine rağmen bu avantajların nasıl değerlendirileceği konusunda bilgi sahibi olmamalarıdır. Ayrıca rasyonel özerklik, bir grubun çıkarına olanın başka bir grubun çıkarına olmayacağını ve uygulanması ya da uyulmasında büyük engeller olacağını bildikleri anlaşmalara girilmeyeceğini temin etmektedir.[132]

Siyasi özerkliği ahlaki değil tam özerklik olarak nitelendirerek ve vatandaşlarca sahip olunacağını vurgulayarak[133] Rawls vatandaşların özerk olduğunu ama bunun ahlaki değil siyasal bir özerklik olduğunu ifade etmektedir. Bu, vatandaşların kendi koydukları ilkelere dayanarak hareket etmesi anlamına gelmekte ve bu yönüyle Kant'ın yasa koyucu olma ve kişinin kendi koyduğu yasaya uygun davranma şeklindeki özerklik anlayışıyla benzerlik göstermektedir. Ancak benzerliklerine rağmen Kant'ın anlayışı kapsayıcı doktrine ait iken Rawls'un özerklik kavramı siyasal olanla sınırlıdır. Vatandaşlar siyasi yaşamlarında koydukları ilkelere dayanarak hareket ettiklerinde siyasi özerkliği gerçekleştirmiş olurlar.[134] Böylece siyasi özerklik, makul şartların rasyonel taraflara empoze edilmesiyle temsil edilmektedir.[135]

Özkök, Rawls'un siyasi özerklik kavramının özellikle adalet duygusuna ilişkin kapasiteye dayalı olduğunu, çünkü bu kapasite sayesinde adalet ilkelerini önermenin, anlamanın ve bu ilkelere göre hareket etmenin mümkün olabileceğini ifade etmektedir.[136] Bu nedenle vatandaşların özerkliğinin yanında sahip oldukları adalet ve adaletle ilişkili olarak güven, arkadaşlık gibi duygulara değinmek gerekmektedir. Rawls'un adalet ve güven duygusunu birlikte ele aldığını, güven duygusunu adalet duygusunun gelişimi için ön şart olarak gördüğü söylenebilir. Bu nedenle güven duygusu olmaksızın adalet duygusunun tek başına geliştirilemeyeceğini belirtmektedir.[137]

---

[132] ÖZKÖK, 1999, s. 88 ve 89.
[133] RAWLS, 2007, s. 120.
[134] ÖZKÖK, 1999, s. 71 ve 72.
[135] RAWLS, 2007, s. 121.
[136] ÖZKÖK, 1999, s. 72.
[137] ÖZKÖK, 1999, s. 187.

Rawls şu düşünceye katılmaktadır: toplumdaki düzenin devamı için herkesin kurallara uyulması gerektiği konusunda bir garantiye ihtiyaç vardır ve bunun için politik zorlayıcı gücün varlığı gereklidir. Ancak Rawls'a göre istikrarın teminatı için buna ek olarak kişilerin adalet duygusuna sahip olması ve/veya dezavantajlı konumda olanlar için kaygı duyması gerekmektedir. Eğer bu duygular kuralları ihlal etme arzusunu bastıracak kadar güçlüyse adil düzen istikrarlıdır denilebilir.[138]

Rawls ahlaki varlıklar olarak adalet duygusunu geliştirdiğimizi söylemektedir. Bu gelişim sürecini tamamen varsayımsal olarak ele alabileceğimizi, ancak bunun yanında bu gelişimin akla yatkın bir biçimde açıklanabileceğini belirtmektedir.[139] Vatandaşlardaki adalet duygusunun gelişimi ile ilgili bahsettiği ve dostluk, vefa ve sevgi gibi duyguların da geliştiği üç aşama şu şekildedir:

İlk aşamada çocuk adil olarak varsayılan ailede başkalarına karşı güven ve inanç duyma duygularının nasıl elde edildiğini ilk kez öğrenmektedir. Bu aşamada ailelerin çocuklarını sevmesi kendilik değeri duygusunun öğrenilmesi bakımından önemli görülmektedir. Böylece çocuklarda aileyi örnek alma isteği oluşmaktadır. Sevgiye ek olarak çocuğun seviyesine uygun açık, anlaşılır, kolay ve haklı gösterilebilir kuralların konması ve çocukların bu kurallara uymadığında suçluluk hissedecek biçimde uymalıdır.[140] Bu aşamadaki suçluluk duymayı Rawls otoriteye karşı suçluluk *(authority guilt)* duygusu olarak adlandırmaktadır. Otoriteye ise anne ve baba denk düşmektedir. Bu aşamada çocuk anne ve babaya karşı sevgi, güven ve inanç duymaktadır ve kendisine ait değerlendirme standartlarına sahip değildir. Dolayısıyla anne ve babayı sevdiği ve güvendiği sürece onların söylediklerine de uymaktadır.[141] Ayrıca anne ve baba da bu kurallara uyarak çocuğa örnek olmalıdır. Böylece sadece sevgi ve güvenden kaynaklı değil, kuralı koyanlar da koydukları kurallara uyduğu için çocuğun kurallara uyması söz konusu olacaktır.[142] Çocuk kurallara uymadığında ise otoriteye karşı suçluluk duygusu hissedecektir, çünkü kuralların ihlali otorite ile olan sevgi ve güven ilişkisinin ihlali anlamına gelmektedir.[143] Rawls'a göre bu aşamada çocuk için meşru otorite ebeveynlerdir. Onlar çocuğu koruyarak, onun

---

[138] FREEMAN, 2007, s. 248.

[139] RAWLS, John, "The Sense of Justice", **The Philosophical Review**, Cilt 72, Sayı 3, Duke University Press, Yıl 1963, s. 285 ve 286.

[140] ÖZKÖK, 1999, s. 185.

[141] RAWLS, 1963, s. 286 ve 288.

[142] ÖZKÖK, 1999, s. 185.

[143] RAWLS, 1963, s. 286-288.

için bir şeyler yaparak, çocuğun mevcudiyetinden keyif alarak sevgilerini belli ederler. Çocuğun kendi yerlerine gelecek olmasını varsayarak memnun olurlar. Bu yönüyle de sevmek aynı zamanda kişinin kişi olarak değerini onaylamak anlamına gelmektedir. Rawls bu sevginin sonunda ebeveynlere geri döndüğünü varsaymaktadır.[144]

İkinci aşama birlik aşaması olarak adlandırılmakta ve aile dışında okul gibi farklı birliklere katılımla ilgilidir. Bu aşamada başkalarının neler yaptığından hareketle amaçları ve planları hakkında fikir sahibi olunmaktadır. Bu şekilde kendimizi başkasının yerine koymayı öğrenmiş oluruz. Sonuçta karşılıklı dostluk ve güven bağları oluşmaktadır. Ayrıca bu aşama başkalarına inanma duygusunun gelişimi için önemli görülmektedir.[145] Bu aşamada birlik içerisinde işbirliği yapma konusunda başarısız olunursa kişi birliğe karşı suçluluk duygusu hisseder. Bu suçluluk duygusu eski hale getirme, zararın giderilmesi, cezanın kabul edilmesi, itiraf etme ve özür dileme, vb. şekillerde kendini gösterir. Kişinin üzerine düşeni yapmaması ise arkadaşlık ve karşılıklı güven duygularının ihlali anlamına gelecektir.[146] Dolayısıyla adalet duygusunun gelişimi birlik ahlakı bağlamında ele alınmakta, kişinin bu aşamadaki gelişimi çeşitli erdemlerin kazanılmasıyla ilişkilendirilmektedir. Bu aşamada artık otorite ahlakındaki kurallar toplamı değil birliklerin bireylere rollerine uygun şekilde verdiği standartlar söz konusudur. Komşuluk ve okul gibi birliklerde kişi iyi bir komşu veya sınıf arkadaşı olmanın erdemlerini öğrenebilmektedir. Birliğin ahlakını öğrenme sürecinde ise kişi başkalarının kendisiyle aynı olmayan değişik bakış açılarını tanıması ve kişinin kendi tutumunu düzenlerken başkasının referansına uygun hareket etmesi mümkün olabilmektedir. Bu da arkadaşlık ve karşılıklı güven bağlarını geliştirmektedir. Kişi birliğin düzenlemelerini adil olarak tanınıncaya kadar bütün üyelerin yararını temin eder ve her bir kişinin üzerine düşeni yapmasının her birinin yararına olduğunu bilir. Neticede birlik aşamasında adalet, vefa, güven gibi erdemler birlik ahlakının içeriğini oluşturur. Kişi ahlaki davranışlara uyduğunda ise adil düzen içerisinde işbirliği yapanlara da bağlanmış olmaktadır.[147]

---

[144] RAWLS, John, **Bir Adalet Teorisi** (Çev. Vedat Ahsen Coşar), Phoenix Yay., Ankara 2017, s. 493 ve 494.

[145] ÖZKÖK, 1999, s. 185 ve 186.

[146] RAWLS, 1963, s. 289.

[147] RAWLS, 2017, s. 498-503.

Son aşamada ise, adalet duygusuna ilişkin kapasitenin nasıl geliştirildiği ile ilgilidir. Toplumun temel kurumları adildir ve bu kamusal olarak bilinmektedir. Vatandaşlar kamusal adalet anlayışı bilgisine sahip oldukları için kurumlara yönelik bağlayıcı adalet duygusu geliştireceklerdir. Böylece adalet ilkelerine uygulama ve bu ilkelerden hareket etme arzusu gelişecektir.[148] Rawls ilk iki aşamada duyulan suçluluk duygularının bazı ahlaki özellikleri içermekle beraber tam bir ahlakiliği içermediğini belirtmektedir. Ancak, son aşamada adalet ilkelerini karşılayan kurumların ihlal edilmesi söz konusu olduğunda hissedilen suçluluk duygusunun *(principle guilt)* ahlakiliği tam olarak içerdiği söylenebilir. Çünkü bu aşamada hissedilen suçluluk duygusu birliğe karşı hissedilen suçluluk duygusunun bir adım ötesinde yer almaktadır ve adalet ilkelerinin kabul edilmesi ile ilişkilidir.[149] Son aşamada artık ideal vatandaşlık söz konusudur. Birliğin daha karışık biçimlerine ulaşan kişinin adalet anlayışına sahip olduğu düşünülmektedir. Bu aşamada tam bir ahlaki gelişme oluşmaktadır. Bu bağlamda adalet duygusu kişilerin adalete olan ortak bağlılıkları yoluyla kendini gösterir. Kişilerin farklılıkları konusunda karar vermeye yarayacak ortak bir perspektif sunarak da adalet duygusu kendini gösterir.[150]

Neticede vatandaşların makul olmasından hareketle Rawls, onların makul ahlaki psikolojiye sahip olduklarını, vatandaşların adalet duygusuna sahip olduklarını peşin olarak kabul ederek açıklamıştır. Burada ilk aşamada iyi çocuk idealine, ikinci aşamada ideal birlik üyeliğine ve son aşamada ideal vatandaşlığa yer vermiş ve adil kurumların varlığının bu aşamalarda adalet duygusunun gelişmesinde etkili olduğunu söylemiştir.[151] Adalet duygusunun yanında arkadaşlık, güven ilişkisi, sevgi gibi duyguların da bu aşamalarda gerçekleştiği belirtilebilir. Adalet duygusuna ilişkin kapasiteye sahip vatandaşların başkalarını gözetmeyle ilgili sorumluluklarına ise ayrıca değinilmesi gerekmektedir. Çünkü bu başlıkta belirtildiği üzere toplumdaki düzen veya istikrar için kişilerin dezavantajlı olanlar için kaygılanmaları gerekmektedir. Bu kaygılanma hali de gözetme sorumluluğu ile ilişkilidir.

---

[148] ÖZKÖK, 1999, s. 186 ve 187.

[149] RAWLS, 1963, s. 292.

[150] RAWLS, 2017, s. 503-505.

[151] ÖZKÖK, 1999, s. 184-187.

3. Gözetme Sorumluluğu

Makullük Kavramına Rawls'un kişi anlayışı kısmında değinilmişti. Ancak başkalarını gözeten kişi olarak makul kişinin özelliklerinden daha detaylı bahsedilebilir. Çünkü dezavantajlı gruplardan biri olarak yaşlılar bakımından başkalarını gözetme ve onlar için kaygılanmanın anlamına değinilmelidir.

Rawls'un tasarladığı kişi anlayışının sadece kendi çıkarını düşünen bireylerden oluşmadığı, kişilere yüklediği birtakım ödevlerin veya kişi tasarımının kendisinin de başkalarını gözetmeyi kapsayacak biçimde olduğundan söz edilebilir. Müzakereye giren temsilcilerden farklı olarak kişilerin makul de olduğuna değinilerek bu durum açıklanmaya çalışılmıştır. Zaten rasyonel olmada bile 'kendi çıkarları' kapsamına kişilerin, ülkelerin veya toplulukların çıkarlarının dâhil edildiği belirtilmişti. Bu yönüyle rasyonel kişi de sırf kendi çıkarını düşünen değildi. Ancak yine de makul olmadan rasyonel olmak mümkün olabilmektedir.[152] Bu nedenle özellikle makullük bağlamında gözetme sorumluluğundan söz edilebilir. Çünkü makul kişi başkaları tarafından önerilen ilkeleri kendi çıkarları pahasına olsa bile kabul eden kişi anlamına gelmektedir. Eğer adil işbirliğinin koşulları bunu gerektiriyorsa, kişi sırf çıkarına olduğu için önerilen ilkelere uymamazlık edememektedir. Hatta önerilen ilkeleri kabul ediyor gibi görünüp kendi çıkarı için onları ihlale hazır olmayı Rawls 'makul olmamaktan da daha kötü' olarak nitelendirmektedir.[153] Bu nedenle makul olanın rasyonel olana her zaman kesin önceliği bulunmaktadır.[154]

Gözetme sorumluluğu hakkında değinilecek diğer bir nokta makullüğün kararlara, standartlara, ilkelere ve kapsayıcı doktrinlere uygulanabildiği gibi kişilere ve onların eylemlerine de uygulanabilir olmasıdır.[155] Dolayısıyla makul kişiler koşullar gerektirdiğinde kendi çıkarlarına ters düşse de işbirliğinin hakça koşullarını sağlamak için belli ilkeleri öne sürmeye hazırdırlar.[156] Burada kişilerin neden kendi çıkarı pahasına ilkeler süreceği veya bu tür ilkeleri kabul edeceği sorusu sorulabilir. Bu soruya Rawls 'karşılıklılık fikri' ile açıklamaktadır. Karşılıklılık ne fedakârlık ne de bencillik anlamına

---

[152] RAWLS, 2003, s. 6.
[153] RAWLS, 2003, s. 6 ve 7.
[154] RAWLS, 2003, s. 82.
[155] RAWLS, 2003, s. 82.
[156] RAWLS, 2003, s. 191.

gelmektedir. Karşılıklılık, makul bir toplumda herkesin başkalarının makul olarak kabul edebileceği adil şartları öne sürmeye hazır olması, böylece herkesin fayda elde edebilmesi ve kendi başına yapabileceklerini geliştirmesi anlamındadır.[157] Makullüğün gözetme sorumluluğuyla ilgili diğer bir görünümü kişilerin toplumdaki adil işbirliğinin koşullarına saygı göstermesi ile ilgilidir. Bu durum da iki ahlaki yetiye asgari ölçüde sahip olmakla açıklanabilir. Çünkü bu yetiler sayesinde kişiler düşünme ve yargıda bulunmayla ilgili benzer yetileri ve ortak bir insan aklını paylaşacaklardır. Makullüğün dini, ahlaki veya felsefi konuda meydana gelmesi durumunda kapsayıcı doktrinler söz konusu olacağı için başkalarına haklı göstermenin sınırı da çizilmiş olmaktadır. Bu sayede kişilerin düşünce ve inanç özgürlüğünü kabul etmeleri sağlanmaktadır.[158]

IV. RAWLS'UN GÖRÜŞLERİNDEN HAREKETLE YAŞLILAR VE YAŞLI İSTİSMARI

Rawls'un siyaset anlayışının kapsayıcı bir doktrine ait olmadığı belirtilmişti. Benzer şekilde kişi anlayışının ve özerklik düşüncesinin de siyasal olanla sınırlı olduğu belirtilmişti. Ancak adalet anlayışının siyasal olması Rawls'un teorisinin özel alana uygulanamayacağı anlamına gelmemektedir. Bu nedenle aile içerisinde meydana gelen veya diğer güven beklentisinin olduğu ilişkilerde hak ihlalleri olarak karşımıza çıkan yaşlı istismarıyla ilgili onun adalet teorisinin uygulama bulacağı iddia edilebilir. Orijinal durum ve bilmezlik perdesi dâhil birçok kavramın dezavantajlı olmaları bakımından yaşlı kişilere koruma sağlamaya yönelik fikir olduğundan bahsetmek mümkündür. Ancak bu bölümde adaletin ikinci ilkesi, gözetme sorumluluğu ve özerklik ve adalet duygusu olmak üzere sadece üç başlığa yer verilmiştir. Bu başlıklar kapsamında yaşlı istismarı probleminde Rawls'un teorisinin çözüm getirip getiremeyeceği konusuna yer verilecektir. Bu yapılırken kendisine yöneltilen eleştirilere yer verilecek, doğrudan yaşlılık ve Rawls'un teorisi bağlamında referans vermek mümkün olmadığında dezavantajlılık veya kırılganlık bağlamında tartışmalara yer verilecektir.

---

[157] RAWLS, 2007, s. 97.

[158] ÖZKÖK, 1999, s. 68 ve 69.

1. Adaletin İkinci İlkesi Bakımından

Rawls adaletin ikinci ilkesini son kitabında *'Toplumsal ve ekonomik eşitsizlikler şu iki şartı karşılamalıdır: Birincisi, eşitsizlikler herkese adil bir fırsat eşitliği altında açık olan konumlara ve makamlara bağlanmalıdır ve ikincisi, bu eşitsizlikler toplumun en dezavantajlı üyelerinin en çok yararına olacak şekilde olmalıdır.'*[159] şeklinde ifade etmiştir. Adaletin ikinci ilkesini temel haklar ve özgürlüklerin ifade edildiği birinci ilkeden bağımsız düşünmek mümkün değildir. Çünkü adaletin birinci ilkesinin ikinci ilkeye önceliği söz konusudur. Ancak birinci ilkeyle yarışan bir durumun olmadığı varsayılırsa ikinci ilkeyi kendi içerisinde değerlendirmek mümkündür. Yaşlılıkla ilgisi bakımından bu ilke iki başlık altında tartışılabilir: 1) Fırsat eşitliğinin yaşlı kişiler ve istismar bakımından anlamı 2) En dezavantajlılar içinde yer almanın anlamı bakımından yaşlılar ve istismar.

A. Fırsat Eşitliğinin Yaşlı Kişiler ve İstismar Bakımından Anlamı

Fırsat eşitliğinin çeşitli anlamları bulunmakla birlikte burada Rawls'un ifade ettiği anlamı bakımından yapılabilecek tartışmalara yer verilecektir. Rawls, fırsat eşitliğinden liberal anlamda fırsat eşitliğini kastettiğini ifade etmektedir. Bu nedenle fırsat eşitliğinin serbest piyasa ve eğitimde fırsat eşitliği gibi faktörlerle birlikte düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir.[160] Ancak özellikle muhtaçlık riski altındaki yaşlılar bakımından böyle bir ilkenin anlamsız olabileceği düşünülebilir. Çünkü bu ilke tam olarak uygulansa dahi aile veya bakım kurumlarında izole şekilde yaşayan ve şiddetin birçok türüne maruz kalabilen biri fırsat eşitliğinden ziyade insanca yaşam koşullarını veya insanca muamele görmeyi beklemektedir. Bir adım sonrasında ölümü karşılayacak olan birisi için gerçekten de belli konum veya makamlara ulaşma anlamındaki liberal fırsat eşitliğinin bir anlamı olmadığı iddia edilebilir.

Bu çalışmanın ilk bölümünde istismarın nedeni olarak yaş ayrımcılığından söz edilmişti. Buradan hareketle ikinci adalet ilkesinin ayrımcılığa yönelik önlem getirip getirmediğinden bahsedilebilir. Bununla ilişkili olarak orijinal duruma bakılabilir. Çünkü yaş da ırk, cinsiyet ve engellilikte olduğu gibi keyfi bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla bilmezlik perdesinin arkasındakiler yaşlarını bilmemektedirler.[161] Bu durumda yaşlılık gibi durumlarda yaşlıları Rawls'un teorisi bakımından dezavantajlı sayıp

---

[159] RAWLS, 2003, s. 42 ve 43.

[160] RAWLS, 2003, s. 44.

[161] JAMMO, Caitlein Jayne, "Rawlsian Support of Elder Law", **The Journal of International Aging Law & Policy**, Sayı 6, Yıl 2013, s. 133.

korumaya dâhil etmek mümkündür. Zira sağlık koşulları, ekonomik güç ve işe alım süreçlerinde gençlere oranla gördükleri ayrımcılık nedeniyle dezavantajlı konumda bulunmaktadırlar.[162] Bu durumda bazı istismar olayları için bu ilke bakımından koruma sağlamak mümkün olmayabilir. Ancak istismarın nedenlerini azaltma bakımından fırsat eşitliğiyle ilgili getirilen ilkenin yaşlı istismarını önleyici olduğu söylenebilir. Örneğin; yaşlı olduğu için ayrımcılığa uğramayan birisi iş bulup çalıştığında daha güçlü konumda olacağı için istismara uğrama riski de azalabilecektir.

B. En Dezavantajlılar İçinde Yer Almanın Anlamı Bakımından Yaşlılar ve İstismar

Eşitsizliklerin toplumdaki en dezavantajlıların en çok yararına olması gerektiği şeklinde ifade edilen farklılık ilkesinin yaşlılar bakımından uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir. Bunun için en dezavantajlıların kimler olduğu sorusunun yanıtlanması gerekmektedir. Rawls bu soruya kısaca birincil iyilere dönük en az beklentiye sahip kişiler şeklinde yanıt vermektedir. Burada beklentiler makul olmak zorundadır. Ayrıca adaletin birinci ilkesi ve fırsat eşitliği şartlarının yerine getirilmiş olması da beklenmektedir.[163] Bu şartları taşıyan gruplardan biri olarak yaşlılar görülebilir. Çünkü yoksulluk, istismara uğrama yönünden kırılganlık gibi nedenlerden ötürü dezavantajlı konumda bulunmaktalar ve bu nedenle farklılık ilkesini yaşlılar için uygulamak mümkündür.[164] Fırsat eşitliğinin sağlanmasına benzer şekilde farklılık ilkesinin de yaşlılara karşı ayrımcılık bakımından işlevsel olduğu belirtilebilir. Ancak doğrudan yaşlı istismarı vakaları bakımından değil, istismarın nedenleri bakımından işlevsel olduğunu söylemek daha yerinde olur.

Fırsat eşitliği ve farklılık ilkesi bakımından yaşlıların dezavantajlı bir grup olarak tanınmasının mümkün olduğu iddia edilebilir. Bu durumda adaletin ikinci ilkesinin yaşlılara koruma sağlamaya yönelik olduğu söylenebilir. Ancak bu koruma doğrudan yaşlı istismarına ilişkin değildir. Çünkü bu ilke tek tek kişilere değil gruplara uygulanmaktadır. Zaten yaşlı istismarının da kişi ile kişi ilişkisinde görülebileceğinden söz edilmişti. Bu nedenle doğrudan istismara uygulanması bakımından vatandaşların özerkliği ve adalet duygularına değinmek gerekmektedir.

---

[162] JAMMO, 2013, s. 148-150.

[163] RAWLS, 2003, s. 59.

[164] JAMMO, 2013, s. 154.

2. Özerklik ve Adalet Duygusu Bakımından

Vatandaşların özerkliği ve adalet duygularının birlikte ele alınabileceği daha önce belirtilmişti. Burada vatandaşların rasyonelliğinden ziyade tam özerkliğinden hareketle yaşlı istismarının önlenmesi veya azaltılmasının nasıl mümkün olabileceği tartışılabilir. Bu yapılırken adalet duygusunu ve özerkliği bir arada değerlendirmek mümkündür. Öncelikle vatandaşların tam özerkliği başlangıç durumunun koşullarıyla yakından ilgilidir. Başlangıç durumunun da adil olduğu kabul edilmektedir.[165] Tam özerkliğe sahip vatandaşların ise adalet ilkelerine dayanarak hareket etmeleri söz konusudur. Böyle davrandıklarında siyasi özerkliği gerçekleştirmiş olmaktadırlar. Ancak bu özerklik vatandaşların kamusal yaşamında söz konusu olmaktadır.[166]

Adalet duygusunun geliştiği ortamlardan biri olarak ailenin kamusal alana konumlandırılmasının yaşlı istismarı bakımından problemli olabileceği Rawls'un ilk eserlerinden hareketle iddia edilebilir. Çünkü bu eserlerden hareketle Rawls'un kamusal alan - özel alan ayrımında aileyi siyasi olmayan tarafa yerleştirdiği öne sürülmektedir. Bu durumda aile tıpkı kiliseler, şirketler ve üniversitelerde olduğu gibi kişinin kendi iradesiyle üye olduğu oluşumlar olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla bu eleştiriler bağlamında aile adalet ilkelerinin konusu dahi değildir.[167] Özerkliğin vatandaşların kamusal yaşamında söz konusu olduğu kabul edilirse bu kişilerin ailede adalet ilkelerine uygun davranmaları gerektiği özerklik bağlamında mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla yaşlı istismarının büyük ölçüde ailede meydana geldiği göz önüne alınırsa vatandaşların özerkliğinin bu konuda yetersiz olduğu söylenebilir. Ancak Rawls'un adalet anlayışının siyasal olması özel alana uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir.

Aileye adalet ilkelerinin uygulanmayacağı eleştirisine Okin aile temel yapının parçası olduğu için karşı çıkmakta ve adalet duygusunun öncelikle ailede geliştirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Böylece özellikle kadın ve çocuğun aile içerisindeki ikincil konumlarının giderilebileceğini düşünmektedir.[168] Kadın ve çocuklar bakımından yapılan bu değerlendirme yaşlılara

---

[165] RAWLS, 2007, s. 121.

[166] ÖZKÖK, 1999, s. 71.

[167] ÇAĞLAR GÜRGEY, İrem, "John Rawls'un Ev-içi Adalet Yaklaşımının Eleştirisi", **Kadın 2000 Kadın Araştırmaları Dergisi**, Doğu Akdeniz Üniversitesi Yay., Cilt 18, Sayı 1, Yıl 2017, s. 115.

[168] ÇAĞLAR GÜRGEY, 2017, s. 116.

uygulandığında istismarın da önüne geçilebileceği belirtilebilir. Rawls da bu konuya son kitabında net bir cevap vermiştir. Sonuç kısmında buna ayrıca değinilecektir.

3. Gözetme Sorumluluğu Bakımından

Rawls'ta gözetme sorumluluğu makul kişi anlayışından hareketle makul vatandaşın yaşlıları gözetip gözetmediği, bunun yaşlı istismarına ne kadar etki edebileceği bağlamında tartışılabilir. Rawls'ta makulün her zaman rasyonele önceliği olduğu belirtilmişti. Makullük rasyonelle çelişse dahi kişilerin davranışlarına uygulanabilmektedir.[169] Bu durumda makul kişinin yaşlı istismarında bulunup bulunmayacağı veya yaşlıları neden gözetmesi gerektiği sorusu sorulabilir. Bu soruya vatandaşların kendi çıkarları doğrultusunda hareket etmediği şeklinde cevap vermek mümkündür. Ayrıca makul vatandaşlar herkesin kabul edeceği koşullarda işbirliğini yapma isteğindedirler.[170] Bu noktada herkesin kapsamına yaşlı vatandaşlar da girebileceği için makul kişi tasarımının dezavantajlı gruplardan biri olan yaşlıları gözetecek nitelikte olduğu söylenebilir. Ancak ahlaki duyarlılığa sahip olmasına rağmen Rawls'ta makullük işbirliğinin koşullarıyla ilgili olup kamusaldır.[171] Bu durumda işbirliğine katılması önemsiz görülürse veya işbirliği koşulları yaşlılar için anlam ifade etmezse gözetme sorumluluğunun bir şekilde ihlal edilebileceği problemi ortaya çıkabilir. Bununla ilgili Rawls kapasitesi ne olursa olsun bir grubun diğeri üzerinde tahakküm kuramayacağını belirtmektedir.[172] Bu durumda gençlerin yaşlılar üzerinde tahakküm kuramayacağı ve işbirliği koşullarında yaşlıların dezavantajına olacak şekilde davranılmayacağı makul kişi kapsamında garanti edilebilir.

SONUÇ

Yaşlı istismarı problemi görünürlüğü az olan bir sorun olarak karşımıza çıkmakta ve çözümü de bu anlamda birçok başka probleme göre zor olabilmektedir. Bu konuda **Rawls**'un adalet teorisinin işlevsel olup olmadığını tartışmak mümkündür. Bu çalışmada üzerinde durulan adaletin ikinci ilkesi, adalet duygusu, gözetme sorumluluğu ve vatandaşların özerkliği bağlamında

---

[169] RAWLS, 2003, s. 82.

[170] ÖZKÖK, 1999, s. 68.

[171] ÖZKÖK, 1999, s. 70.

[172] http://web.utk.edu/~acureto1/wp-content/uploads/2011/09/Cureton-A-Rawlsian-perspective-on-justice-for-the-disabled.pdf (erişim tarihi: 18/11/2017).

Mengüşoğlu ve Kuçuradi'nin görüşleriyle birlikte bir değerlendirme yapılabilir.

Yaşlılar dezavantajlı bir grup olduğu için adaletin ikinci ilkesinden hareketle onları koruyucu düzenlemeler yapılabilir. Zaten Rawls'un adalet teorisi kapsamında yaş, ahlaki bakımdan cinsiyet ve ırkta olduğu gibi keyfi bir özellik olarak sayılabilir. Dolayısıyla ikinci adalet ilkesine göre hareket edildiğinde yaşlıların zararına olabilecek kurallar belirlenemeyecektir. Böylelikle yaşlıları gözetmeyen birtakım politikaların savunulması veya ayrımcı hukuki düzenlemelerin yapılması önlenebilir. Bu durumun istismarın nedenini ortadan kaldıran veya istismarı azaltan etkiye sahip olduğu söylenebilir. Ancak hâlihazırda özellikle Rawls'un da aile bakımından temel aldığı izole çekirdek ailede ve kurumlarda meydana gelen yaşlı istismarı vakalarına uygulanması tartışılmakla birlikte Rawls'un bu konuya verdiği net bir yanıtı bulunmaktadır. Rawls adalet ilkelerinin aileye uygulanacağını, çünkü ailenin temel yapının bir parçası olduğunu belirtmektedir. Toplumun üretim ve yeniden üretimi temin etmesi için ailenin makul ve etkin bir yol olduğunu söylemektedir. Adalet ilkelerinin kadına ve çocuklara uygulanmayacağı eleştirisini ise bir yanlış anlamadan *(misconception)* ibaret olduğunu ifade etmektedir.[173] Bu durumda adalet ilkelerinin aile içerisindeki yaşlılara uygulanacağı da kesinlikle söylenebilir. Dolayısıyla adaletin ikinci ilkesini uygulamak bakımından bir engel bulunmadığı belirtilebilir. Ancak vatandaşların özerkliği, adalet duygusu ve gözetme sorumluluklarının istismar sorununa nasıl uygulanabileceğinden ayrıca bahsedilebilir.

Rawls vatandaşların adalet duygusuna sahip olmaları gerektiğini, çünkü bunun adil siyasal ve sosyal kurumlar için gerektiğini belirtmektedir.[174] Bu durumda tam özerk ve adalet duygusuna sahip vatandaşlar hane içerisinde veya kurumlarda bakımı yapılan yaşlılar karşısında özerk ve adil davranabileceklerdir. Bu da yaşlı kişilere karşı incitici davranılmasına engel teşkil etmektedir. Bu durumda vatandaşlar aile içinde de adalet ilkelerine göre davranacaklardır.

Rawls'un makul kişi anlayışıyla vatandaşlara gözetme sorumluluğu yüklediği görülmektedir. Bu durumda kendi çıkarı pahasına başkalarını gözetecek kişi tasarımından söz edilmektedir. Yaşlıların ihmal edilmesi gibi

---

[173] RAWLS, 2003, s. 162 ve 163.

[174] RAWLS, 2003, s. 163.

istismar edici davranışların ise tasarlanan makul kişi tarafından sergilenmesi mümkün görünmemektedir. Çünkü hiçbir grubun diğeri üzerinde tahakküm kurmaması makul kişi anlayışıyla temin edilmektedir.

Rawls'un adalet ilkeleri ve kişi anlayışının dezavantajlı bir grup olarak kabul edilen yaşlılara yönelik koruyucu olabileceği söylenebilir. Adaletin ikinci ilkesi ve kişi anlayışının yapılacak hukuki düzenlemelerde yol gösterici olabileceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Ancak oluşturulacak düzenlemelerin koruması mevcut durumda ailesiyle yaşayan veya bir kurumda kalan yaşlılar için uygulanabilecektir. Özellikle bakıma muhtaç yaşlılar için onların hangi ailede kalacakları veya hangi kuruma yerleştirilmeleri gerektiği konusunda yaşanan süreçte adalet ilkelerini ve kişi anlayışını uygulamak zor görünmektedir. Örneğin eşit koşullarda yaşayan iki çocuğun yaşlı babalarına bakmaları gerektiği varsayımında yaşlı kimseye hangi çocuğun bakması gerektiği 'sorunu' nasıl çözülebilir? Bakımevinde bakılma seçeneğini yaşlı kişinin kesinlikle reddetmesi durumunda çocukların dönüşümlü olarak bakımı üstlenmesi bir çözüm olarak kabul edilebilir mi? Bu sorular bakımından Rawls'un teorisi ve kişi tasarımı göz önüne alındığında bu tür süreçlerde onun teorisine başvurmak zor görünmektedir. Çünkü ayrımcılığın bir formu olan yaşlı istismarının da etik bakımdan bir sonuç olduğu düşünüldüğünde bir insan görüşünden bağımsız olarak bir çözüm getirilemeyeceği görülebilir.

Rawls'un adalet teorisiyle uyumlu olabilecek ve onun teorisiyle birlikte uygulanabilecek Mengüşoğlu'nun insan görüşü bağlamında değerlendirmek yapmak mümkündür. Yaşlı istismarında kişiyle kişi arasında bir ilişki söz konusu olduğu için kişi tasarımından ziyade bir insan görüşüne ihtiyaç olduğu bu noktada ortaya konabilir. Mengüşoğlu'nun insan görüşü de bu kapsamda insanı bütün olarak ele aldığı için elverişli görünmektedir. Çünkü onun görüşlerine başvurulduğunda yaşlılık insanın varlık bütünlüğünü oluşturan fenomenlerden biri olmaktadır. Bu şekilde düşünmek ise yaşlı kişiyi yük olarak görme problemini çözmede etkili olabilir. Dolayısıyla yaşlıya kim baksın gibi onu yük gören soruları sormak da Mengüşoğlu'nun insan görüşü kapsamında sorunlu olarak ele alınabilecektir.

Kişi yaşlıyı yük olarak görmese ve yaşlılara karşı herhangi bir önyargılı tutuma sahip olmasa da bakım hizmetinin kendisinin çok stresli olduğu görünmektedir. Bu durumda bakımdan sorumlu kişinin insanı bütün olarak görmesine rağmen bununla çelişkili davranması da olasıdır. Bu noktada insan nedir sorusuna ek olarak etik bakımdan nasıl davranılması gerektiği so-

rusu ortaya çıkar. Bu soruya ise Kuçuradi'nin görüşleri kapsamında insanın olanak sahip olmasından hareketle cevap vermek mümkündür. Çünkü ona göre insan tür olarak özel bir yere sahip olup değer sahibi bir varlıktır. Dolayısıyla bu kişinin yaşlı ve bakıma muhtaç birisi olması, çok zor bir bakıma sahip olması gibi problemler onun insan haklarını ihlal etmeyi gerektirmemektedir.

Neticede Rawls'un adalet teorisi yaşlılara uygulanabileceği söylenebilir. Adalet ilkelerinin ve kişi anlayışının bu anlamda yaşlı istismarıyla ilgili eksik kalacağı veya yaşlıları dışlayacağı bir argüman onun teorisi bakımından görülmemektedir. Ancak kapsayıcı bir doktrin olmaması ve insan görüşünün Rawls'un teorisinde bulunmaması istismarın önüne geçme bakımından ayrıca bir insan görüşü ve etik görüşü gerektirmektedir. Bu ise Rawls'un teorisinin yaşlı istismarı bakımından eksik olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü teorisine çizdiği sınır bakımından herhangi bir eksiklik veya yaşlıları korumayla ilgili çelişkili düşünce görünmemektedir. Dolayısıyla istismara çözüm getirme bağlamında adil kurumların oluşturulması, Rawls'un kişi anlayışı ve adalet ilkelerinin uygulanması istismar konusunda büyük ölçüde koruma sağlayacaktır. Ancak buna ek olarak bir insan görüşüne ve etik yaklaşıma ihtiyaç duyulmaktadır. Bunun için ise Mengüşoğlu'nun insanı bütün olarak ele alan insan görüşünün ve Kuçuradi'nin insanın olanaklarına ilişkin görüşünün Rawls'un teorisini yaşlı istismarı bakımından tamamladığı sonucuna ulaşılabilir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

AKDEMİR, Nuran/ GÖRGÜLÜ Ülkü/ ÇINAR, Fatma İlknur, "Yaşlı İstismarı ve İhmali", **Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Hemşirelik Dergisi**, Cilt 15, Sayı 1, 2008, ss. 68-75.

BIGGS Simon/ HAAPALA, Irja, "Elder Mistreatment, Ageism, and Human Rights", **International Psychogeriatrics**, Cilt 25, Sayı 8, Yıl 2013, ss. 1299-1306.

BYTHEWAY, Bill, "Ageism and Age Categorization", **Journal of Social Issues**, Cilt 61, Sayı 2, Yıl 2005, ss. 361-374.

CHOI Namkee G./ MAYER, James, "Elder Abuse, Neglect, and Exploitation", **Journal of Gerontological Social Work**, Cilt 33, Sayı 2, Yıl 2000**,** ss. 5-25.

CLARK, Angela, **Ageism and Age Discrimination in Social Care in the United Kingdom a review from the Literature**, CPA Press, 2009.

CRICHTON Susan J./ BOND John B./ HARVEY Carol D. H./ RISTOCK Janice, "Elder Abuse: Feminist and Ageist Perspectives", **Journal of Elder Abuse & Neglect**, Cilt 10, Sayı 3-4, Yıl 2008, ss. 115-130.

ÇAĞLAR GÜRGEY, İrem, "John Rawls'un Ev-içi Adalet Yaklaşımının Eleştirisi", **Kadın 2000 Kadın Araştırmaları Dergisi**, Doğu Akdeniz Üniversitesi Yay., Cilt 18, Sayı 1, Yıl 2017, ss. 107-125.

DAHMEN Nicole S./ COZMA, Raluca, **Media Takes: On Aging,** International Longevity Center Press, 2009.

DAŞBAŞ, Serap, "Yaşlı İstismarının Önlenmesi", **Modern Hayat ve Yaşlılık** (Ed. Harun CEYLAN), Nobel Akademik Yay., Ankara 2015.

FREEMAN, Samuel, **Rawls**, Routledge Press, 2007.

HERRING, Jonathan, **Older People in Law and Society**, Oxford Universitesi Yay., Oxford 2009.

HERRING, Jonathan, **Vulnerable Adults and the Law**, Oxford Üniversitesi Yay., 2016.

ISLAM, Rabiul, "Ageism and Age Discrimination in Old Age: An Overview", **Philosophy and Progress**, Sayı 55-56, 2014, ss. 91-108.

JAMMO, Caitlein Jayne, "Rawlsian Support of Elder Law", **The Journal of International Aging Law & Policy**, S. 6, **2013**, ss. 132-154.

KALINKARA Velittin, **Temel Gerontoloji Yaşlılık Bilimi**, Nobel Akademik Yay., Ankara 2014.

KLEINSCHMIDT, Kurt C., "Elder Abuse: A Review", **Annals of Emergency Medicine**, Sayı 30: 4, Yıl 1997, ss. 463-472.

KUÇURADİ, İoanna, "Felsefe ve İnsan Hakları", **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri** (Yay. Haz. İoanna KUÇURADİ), Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2009, s. 73-80.

KUÇURADİ, İoanna, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2011.

KYDD Angela/ FLEMING Anne, "Ageism and Age Discrimination in Health Care: Fact or Fiction? A Narrative Review of the Literature", **Maturatis**, Sayı 81, Yıl 2015, ss. 432-438.

LACHS Mark S./ PILLEMER, Karl, "Abuse and Neglect of Elderly Persons", **The New England Journal of Medicine**, Cilt 332, Sayı 7, Yıl 1995, ss. 437-443.

LACHS, Mark S./ PILLEMER Karl, "Elder Abuse", **Lancet**, Sayı 364, Yıl 2004, ss. 1263-1272.

MENGÜŞOĞLU, Takiyettin, 'Ontolojik Esaslara Dayanan Felsefi Antropoloji Hakkında Düşünceler', **Yüzyılımızda İnsan Felsefesi Takiyettin Mengüşoğlu'nun Anısına** (Haz. İoanna KUÇURADİ), Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 1997, ss. 1-7.

MENGÜŞOĞLU, Takiyettin, **Felsefeye Giriş**, Doğubatı Yay., Ankara 2014a.

MENGÜŞOĞLU, Takiyettin, **İnsan Felsefesi**, Doğubatı Yay., Ankara 2015.

MENGÜŞOĞLU, Takiyettin, **Kant ve Scheler'de İnsan Problemi**, Doğubatı Yay., Ankara 2014b.

MILLER, Jaclynn M., "International Human Rights and the Elderly", **Marquette Elder's Advisor**, Sayı 11, Yıl 2010, ss. 343-366.

NATAN Merav Ben/ TABAK Nili, "Combating the Maltreatment of Older Persons by Staff in Long-Term Care Nursing Homes: Legal Aspects", **Medicine and Law**, Sayı 32, Yıl 2013, ss. 53-64.

ÖZKÖK, Gülriz, "İnsan Hakları Açısından Adalet Teorisi", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, Ankara 2000, ss. 83-99.

ÖZKÖK, Gülriz, **John Rawls'un Adalet Görüşü Bakımından Devlet Problemi**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 1999.

ÖZLEM, Doğan, "Takiyettin Mengüşoğlu'da İnsan Kavramı", **Yüzyılımızda İnsan Felsefesi Takiyettin Mengüşoğlu'nun Anısına** (Haz. İoanna KUÇURADİ), Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 1997, ss. 11-22.

POGGE, Thomas, **John Rawls His Life and Theory of Justice**, Oxford University Press, 2007.

RAWLS, John, "İki Adalet İlkesi", **Siyasal Düşünce** (Der. Michael ROSEN ve Jonathan WOLFF), Dost Yay., Ankara 2006.

RAWLS, John, "Justice as Fairness: Political not Metaphysical", **Philosophy and Public Affairs**, Cilt 14, Sayı 3, Princeton University Press, Yıl 1985, ss. 223-251.

RAWLS, John, "The Sense of Justice", **The Philosophical Review**, Cilt 72, Sayı 3, Duke University Press, Yıl 1963, ss. 281-305.

RAWLS, John, **A Theory of Justice** (Revised Edition), Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John, **Bir Adalet Teorisi** (Çev. Vedat Ahsen Coşar), Phoenix Yay., Ankara 2017.

RAWLS, John, **Justice as Fairness a Restatement** (Edited by Erin Kelly), Harvard University Press, 2003.

RAWLS, John, **Siyasal Liberalizm**, (Çev. Mehmet Fevzi Bilgin), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2007.

SANDEL, Michael J., "Political Liberalism by John Rawls New York Columbia University Press 1993", **Harvard Law Review**, Sayı 107, Yıl 1994, ss. 1765-1794.

TEASTER Pamela B./ ROBERTO Karen A., "Sexual Abuse of Older Adults: APS Cases and Outcomes" **The Gerontologist**, Cilt 44, Sayı 6, Yıl 2004, ss. 788-796.

TEPE, Harun, "İnsan Haklarının Antropolojik Temelleri", **İnsan Hakları Konferans Panel ve Sempozyumlar**, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yay., Ankara 2006, ss. 143-169.

UYGUR, Gülriz, "John Rawls", **Siyaset Felsefesi Tarihi** (Ed. Ahu TUNÇEL ve Kurtul GÜLENÇ), Doğubatı Yay., Ankara 2014, ss. 712-735.

UYSAL, Aynur, "Dünyada Yaygın Bir Sorun: Yaşlı İstismarı ve İhmali", **Aile ve Toplum**, Cilt 2, Sayı 5, Yıl 2002, ss. 1-7.

Mevzuat, Raporlar ve Kararlar

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 2004.

The Toronto Declaration on the Global Prevention of Elder Abuse, 2002, https://www.who.int/ageing/projects/elder_abuse/alc_toronto_declaration_en.pdf (erişim tarihi: 25/07/2017).

Faydalanılan Sayfa Linkleri

http://web.utk.edu/~acureto1/wp-content/uploads/2011/09/Cureton-A-Rawlsian-perspective-on-justice-for-the-disabled.pdf (erişim tarihi: 27/03/2017).

http://web.utk.edu/~acureto1/wp-content/uploads/2011/09/Cureton-A-Rawlsian-perspective-on-justice-for-the-disabled.pdf (erişim tarihi: 18/11/2017).

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59e3c7f1ef61c8.72359197 (erişim tarihi: 15/10/2017).

http://www.who.int/ageing/projects/elder_abuse/en/ (erişim tarihi: 22/06/2016).

https://en.oxforddictionaries.com/definition/maltreatment (erişim tarihi: 12/11/2017).

https://en.oxforddictionaries.com/definition/problem (erişim tarihi: 15/10/2017).

https://www.elderabuse.org.uk/Pages/Category/what-is-it (erişim tarihi: 10/11/2017).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 563-623

213 SAYILI VERGİ USUL KANUNU'NUN ÖNGÖRDÜĞÜ YAPTIRIM SİSTEMİNİN "NE BIS IN IDEM" İLKESİNE UYGUNLUĞU(*)

Dr. **Fatih TORUN**(**)

Öz: Türk vergi ceza hukuku hükümlerine bakıldığında, vergi kanunlarına aykırı fiillere uygulanacak idari yaptırımların yanı sıra cezai yaptırımların da düzenlendiği görülmektedir. Bunun yanı sıra bazı fiillerin işlenmesi durumunda idari para cezası ile hürriyeti bağlayıcı cezaların birlikte uygulanmasına imkân sağlayan düzenlemeler yer almaktadır. Bu nedenle 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun öngördüğü yaptırım sistemi zaman zaman kişinin işlediği tek fiil nedeniyle birden fazla yaptırım ile karşı karşıya kalması sonucunu doğurmaktadır.

Bu durum, 213 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemelerin aynı fiilden dolayı iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı olarak tanımlanabilecek *ne bis in idem* ilkesine aykırı olup olmadığı tartışmasını gündeme getirmektedir.

Diğer yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Glantz/Finlandiya ve A ve B/Norveç kararlarında idari ve adli süreçler arasında maddi yönden ve zaman yönünden yeterli bağlantının bulunması hâlinde birden fazla yaptırım uygulanmasının, Ek 7 No.lu Protokolün 4. maddesinde yer alan *ne bis in idem* ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir.

Bu çalışmada, 213 sayılı Kanun'un öngördüğü yaptırım sisteminin *ne bis in idem* ilkesine aykırı olup olmadığı hususu AİHM'nin anılan kararında benimsediği kriterler ile yine benzer kriterlere yer verilen Anayasa Mahkemesi'nin E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021 sayılı kararı çerçevesinde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Vergi Ceza Hukuku, Vergi Kabahati, Vergi Suçu, Adil Yargılanma Hakkı, Ne Bis In Idem İlkesi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2022 - Makale Kabul Tarihi: 09.05.2022.

(**) Anayasa Mahkemesi, Raportör Hâkim
(ORCID no: 0000-0002-4616-3345; *fatih.torun@anayasa.gov.tr*).

"NE BIS IN IDEM" PRINCIPLE IN TURKISH TAX CRIMINAL LAW

Abstract: Considering the provisions of Turkish tax criminal law, the sanction system envisaged by the Tax Procedure Law No. 213 sometimes results in the person being faced with more than one sanction due to a single act committed.

This situation brings up the debate whether the regulations in Law No. 213 are against the principle of *ne bis in idem*, which can be defined as the right not to be tried and punished twice for the same act.

On the other hand, the European Court of Human Rights, in its decisions Glantz/Finland and A and B/Norway, decided that imposing more than one sanction in case of sufficient material and time connection does not violate the principle of *ne bis in idem* in Article 4 of Protocol No. 7.

In this study, the issue of whether the sanction system envisaged by the Law No. 213 is against the principle of *ne bis in idem* has been examined within the framework of the criteria adopted by the ECtHR in its aforementioned decisions and the Constitutional Court in its decision (2019/4, K.2021/78, 4/11/2021), which also includes similar criteria.

Keywords: Tax Criminal Law, Tax Misdemeanor, Tax Crime, Right to Fair Trial, Ne Bis In Idem Principle.

GİRİŞ

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda mükelleflere ve diğer ilgili kişilere maddi ve şekli vergisel ödevlerin yüklendiği, bu vergisel ödevlerin yerine getirilmemesi veya bu ödevlere aykırı hareket edilmesi durumunda ise bir takım yaptırımlar öngörüldüğü görülmektedir.

213 sayılı Kanun'un öngördüğü bu yaptırım sistemi zaman zaman kişinin işlediği vergi kanunlarına aykırı bir fiil dolayısıyla birden fazla yaptırım ile karşı karşıya kalması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle kişinin işlediği tek bir fiil nedeniyle birden fazla yaptırım ile karşı karşıya kalmasına yol açan bu kanuni düzenlemelerin *aynı fiilden dolayı iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama* hakkı olarak tanımlanabilecek *ne bis in idem* ilkesine aykırı olup olmadığı tartışması gündeme gelmektedir.

Bu tartışma, Anayasa Mahkemesi (AYM) ve bazı Avrupa ülkeleri açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına da konu olmuştur.

AİHM, *Glantz/Finlandiya*[1] kararı ile birlikte, ne bis in idem ilkesine aykırılık hususunu iki ayrı usul içerisinde idari para cezası ve hürriyeti bağlayıcı cezalar arasında esas ve zaman bakımından yeterli miktarda bağlantının mevcut olup olmadığını değerlendirmek suretiyle karara bağlamakta olup daha sonra verdiği kararlarında ve özellikle *A ve B/Norveç*[2] kararında da bu içtihadından hareketle sonuca vardığı görülmektedir.

Bunun yanı sıra AYM'nin vergi ceza hukuku alanında *ne bis in idem* kuralı ile ilgili değerlendirmelerde bulunduğu en önemli kararı, yakın zamanda vermiş olduğu ve 213 sayılı Kanun'da *ne bis in idem* ilkesi ile alakalı bütün kuralları anılan ilke çerçevesinde incelediği *E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021*[3] sayılı kararıdır. AYM bu kararında, 213 sayılı Kanun'un öngördüğü yaptırım sistemini AİHM'nin *Glantz/Finlandiya* kararı ile geliştirdiği ve *A ve B/Norveç* kararında da benimsediği kriterleri referans almak suretiyle incelemiştir.

Bu çalışmada, 213 sayılı Kanun'da aynı fiil nedeniyle birden fazla yaptırım ile karşı karşıya kalınmasına yol açan düzenlemelerin *ne bis in idem* ilkesine aykırı olup olmadığı hususu AİHM ve AYM anılan kararında uyguladığı kriterler çerçevesinde incelenecektir.

I. NE BIS IN IDEM İLKESİ

Hukuk devletinin gereklerinden birisi kişi güvenliğini sağlamaktır. Kişi güvenliği, dış ve iç tehditlerin ortadan kaldırılması şeklinde olabileceği gibi, hukuki anlamda kişinin iç huzurunu bozan ömür boyu sürebilecek belirsizlikler şeklinde de olabilir. Kişi güvenliğinin hukuki zeminde kendini gösterdiği durumlardan birisi de aynı kişinin aynı fiil nedeniyle ikinci kez yargılanamayacağı ve cezalandırılamayacağı anlamına gelen *ne bis in idem* ilkesidir.

Modern ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olarak kabul edilen *ne bis in idem* ilkesine göre, kişinin tek bir fiili nedeniyle mükerrer yargılama ve cezalandırmaya tabi tutulmaması gerekmektedir. Bu ilke, *"geçmişte yapılan yargılama neticesinde verilen hüküm, geleceğe karşı bir güvence işlevine sahiptir"* ilkesini temel almaktadır[4]. Buna göre ceza hukuku açısından *ne*

---

1 AİHM, *Glantz/Finlandiya,* B. No: 37394/11, 20/5/2014.

2 AİHM, *A ve B/Norveç,* B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016.

3 9/3/2022 tarih ve 31773 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

4 ÖZEN Mustafa, "Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. XIV, S. 1, 2010, s. 390.

bis in idem ilkesi, "*Hiç kimse, ceza yargılamasında kesin/kesinleşmiş bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir fiilden dolayı ceza yargılaması kapsamında yeniden yargılanamaz veya cezalandırılamaz*." şeklinde tarif edilebilir.

Ne bis in idem ilkesi, adil yargılanma ilkesinin bir sonucudur. Çünkü daha önce yargılanarak kesin hüküm değeri kazanmış bir fiil ve bu fiilden mahkum olan veya beraat eden kişinin tekrar yargılanarak cezalandırılması hem adalet duygularını rencide eder hem de haksızlık ve ceza arasındaki dengeyi kişi aleyhine bozar[5].

AİHM de, *ne bis in idem* ilkesinin genel nitelikli suç isnadı yönünden adil yargılanma hakkıyla bağlantılı özel bir güvence olduğunu belirtmektedir[6].

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'ne Ek 7 No.lu Protokol'ünün *"Aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırmama hakkı*" başlıklı 4. maddesi *ne bis in idem* ilkesini düzenlemektedir. Maddenin (1) numaralı fıkrasında, *"(1) Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez."* denilmektedir.

Protokol'ün amacı; kişilerin ceza yargılaması sonucunda kesin bir kararla beraat ettiği ya da mahkûm olduğu bir suçtan ötürü, ikinci kez bir soruşturmaya, ceza yargılamasına ya da cezalandırmaya tabi tutulmasını önlemektir. Madde kapsamında yasaklanan, sadece ikinci kez cezalandırılmak değil aynı zamanda aynı vakıadan veya isnat edilen fiilden dolayı ikinci kez soruşturmaya ve yargılanmaya tabi tutulmaktır. AİHM kararlarında da, Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin amacının nihai kararla sonuçlanan cezai süreçlerin tekrarlanmasını önlemek olduğunu vurgulanmaktadır[7].

Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinde yer alan düzenlemeden anlaşılacağı üzere iç hukukta yer alan bir kanuni düzenlemenin, *ne bis in idem* ilke-

---

5 ÖZEN (2010), s. 391; BİYAN Özgür, "Aynı Fiil Nedeniyle Vergi Ziyaı ile Hapis Cezasının Birlikte Uygulanması: Non Bis In Idem İlkesi", **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, S. 145, 2016, s. 101.

6 İNCEOĞLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 339; YALTI Billur, "İHAM'ın Glantz Kararının Ardından: Kaçakçılıkta Para Cezası ve Hapis Cezası Uygulamasının Non Bis In Idem İlkesine Aykırılığı Üzerine", **Vergi Sorunları Dergisi**, S. 317, 2015, s. 85.

7 AİHM, *Nikitin/Rusya,* B. No: 50178/99, 20/7/2004, § 35.

sine aykırı olduğu sonucuna varılabilmesi için bazı koşullar gereklidir. AİHM, bu koşulları *Nikitin/Rusya* kararında belirginleştirmiş olup adil yargılanma hakkının güvenceleri arasında kabul edilen *ne bis in idem* ilkesine aykırılıktan söz edebilmek için aranılan koşullar şunlardır[8]:

i. "Ceza" ile ilgili bir yargılama sürecinin olması,

ii. Bu sürecin kesin/kesinleşmiş mahkumiyet veya beraat hükmüyle sonuçlanmış olması,

iii. Tekrar (yeniden) "ceza" ile ilgili bir yargılama sürecinin işletilmesi,

iv. Farklı yargılama süreçlerinin aynı fiile ilişkin olması[9].

Ülkemizde, *ne bis in idem* ilkesinin de yer aldığı Ek 7 No.lu Protokol 1/8/2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Böylece aynı fiilden dolayı iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı, iç hukukta hukuk devleti ilkesi ve adil yargılama hakkının alt güvencelerinden birisini oluşturmasının yanı sıra AİHS yoluyla da güvence altına alınmıştır[10].

Ne bis in idem ilkesine yer verilen bir diğer uluslararası belge olan ve 4/6/2003 tarihli ve 4868 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin *"Adil Yargılanma Hakkı"* başlıklı 14. maddesinin 7. fıkrasında; *"Bir ülkenin hukukuna ve ceza yargılama usulüne uygun olarak daha önce kesin biçimde mahkum olan veya beraat eden bir kimse, aynı suçtan ötürü ikinci kez yargılanamaz ve cezalandırılamaz"* denilmektedir. Burada da dikkat çekici olan en önemli husus *ne bis in idem* ilkesinin adil yargılanma hakkı içinde düzenlenmiş olmasıdır.

II. TÜRK HUKUKUNDA NE BIS IN IDEM İLKESİNİN GÖRÜNÜMÜ

1982 Anayasası'nda *ne bis in idem* ilkesine doğrudan yer verilmemiştir. Bununla birlikte AYM daha önceki kararlarında hukuk devletinin temel ilkeleri

---

8 AİHM, *Nikitin/Rusya,* § 54.

9 AYM, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 27.

10 Böylece Ek 7 No.lu Protokol'ün, Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası kapsamında temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğundan kanun hükümleri ile çatışması halinde mahkemelerce dikkate alınması gereken bir iç hukuk kuralı haline geldiği ifade edilmektedir. (GEÇER Ahmet Emrah, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Vergi Cezalarında "Non Bis In Idem" İlkesine İlişkin A ve B v. Norveç Kararının Türk Vergi Hukuku Uygulamalarına Etkileri", **Vergi Sorunları Dergisi**, S. 350., 2017, s. 118-119).

arasında yer aldığını kabul ettiği bu ilkeyi, *Ünal Gökpınar*[11] kararında hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkesine ilişkin kendi içtihadından hareketle ve bazı uluslararası hukuk metinlerinden referans almak suretiyle Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak görmüştür.

Ne bis in idem ilkesi, bireylerin, haklarında yürütülen bir ceza yargılaması sürecinin varlığı hâlinde tekrar yargılanmamalarını güvence altına almaktadır. Bu bağlamda yürürlükte bulunan hukuk kurallarına uygun olarak kişilerin hakkında sonuçlanan ve kesin hüküm güvencesinden yararlanan cezai süreçlerin yok sayılması ve bunların tekrarlanması hukuki güvenlik ilkesini zedeleyecektir[12]. Dolayısıyla hukuk devleti ilkesinde mündemiç olan *ne bis in idem* ilkesinin Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğu açıktır. Bu nedenle *ne bis in idem* ilkesinin hukuk devleti ve adil yargılanma hakkı bağlamında anayasal düzeyde bir koruma altına alınmış olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Diğer yandan *ne bis in idem* ilkesini içeren düzenlemelerin ceza hukukuna ilişkin mevzuatımızda yer aldığı görülmektedir. Öncelikle ilke aynı suçtan farklı yargılama yapılamayacağını ifade ettiğinden suçlarda birleşme (içtima) kurumu ile bağlantılı olduğu anlaşılmaktadır. İçtima müessesesi sayesinde bir kişi bir fiille birden fazla suçun işlenmesine neden olursa bunlardan en ağır olan ceza ile cezalandırılır ve birleşme sağlanmış olur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"Fikri içtima"* başlıklı 44. maddesinde: *"İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır."* hükmü öngörülmektedir.

Ayrıca 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *"Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar"* başlıklı 172. maddesinin 2. fıkrasına göre; *"Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu hususta sulh ceza hâkimliğince bir karar verilmedikçe, aynı fiilden dolayı kamu davası açılamaz"*. Aynı Kanun'un *"Duruşmanın sona ermesi ve hüküm"* başlıklı 223. maddesinin 7. fıkrasında; "*Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir"* kuralı yer almaktadır.

---

[11] AYM, *Ünal Gökpınar* [GK], B. No: 2018/9115, 27/3/2019.

[12] AYM, *Ünal Gökpınar,* § 48.

Kabahatler açısından, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun *"İçtima"* başlıklı 15. maddesinde, bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde idari para cezasının uygulanması bakımından *ne bis in idem* ilkesi benimsenmiştir. Bu durumda, kişi sadece en ağır idari para cezasına maruz kalacaktır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise bir fiilin kanunlarda hem kabahat hem de suç olarak tanımlandığı durumlarda sadece suçtan ötürü yaptırım uygulanabileceği, ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanacağı düzenlenmektedir. Madde hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere suçlarla kabahatler arasında *ne bis in idem* ilkesine geçerlilik tanınmıştır[13].

AYM kararlarına bakıldığında, *ne bis in idem* ilkesinin hukuki güvenlik ilkesi ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde Anayasal güvenceye sahip olduğu kabul edilmekle birlikte bu ilkenin mutlak olmadığı da vurgulanmaktadır. Yüksek mahkemenin bu konuda verdiği daha eski kararlarında, konu bakımından birbirine benzeseler dahi aynı fiilin ayrı hukuk disiplinleri kapsamında farklı şekillerde mütalaa edilmesinin mümkün olduğu, bir fiilin farklı hukuk disiplinlerince yaptırıma bağlanmasının hukuk devleti ve *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil etmediği görüşünün hakim olduğu görülmektedir.

AYM, almış oldukları 1.00 promilin üzerindeki alkolün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmalarına rağmen araç kullanan sürücülerin, idari para cezası yanında ayrıca ceza yaptırımıyla da cezalandırılmalarını öngören kuralı, *"(...) Ancak, bu ilke mutlak olmayıp, konu bakımından birbirine benzeseler dahi, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle aynı fiilin ayrı hukuk disiplinleri kapsamında farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması hukuk devleti ve "aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz" ilkesine aykırılık teşkil etmez"* (AYM, E.2014/124, K.2015/24, 5/3/2015) gerekçesiyle Anayasaya aykırı bulmamıştır.

---

[13] Nitekim maddenin gerekçesinde de, *"Bir fiil, bazı durumlarda hem suç hem de kabahat oluşturabilir. Maddenin üçüncü fıkrası, bu hallere özgü ve fakat sadece içtima ile ilgili bir hüküm içermektedir. Bu gibi durumlarda kişi hakkında sadece suçtan dolayı ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilebilecektir; fiilin kabahat oluşturması dolayısıyla ayrıca idarî yaptırım uygulanamayacaktır. Böylece, "non bis in idem" kuralına suçlarla kabahatler arasında da geçerlilik tanınmıştır. Ancak, suçtan dolayı ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilemeyen hallerde, kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanabilecektir."* denilmektedir. https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0993.pdf (Erişim Tarihi: 10.03.2022)

Disiplin cezaları açısından da AYM'nin içtihadı aynı yönde olup izinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler hakkında hem disiplin cezası hem de ceza yaptırımı uygulanmasını öngören kural, *"Ancak, bu ilke mutlak olmayıp, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle ayrı hukuk disiplinleri kapsamında aynı fiilin farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bu ilke sadece ceza davalarına ilişkin olduğu için aynı fiilden dolayı ceza soruşturması yanında ayrıca hukuk davası veya disiplin soruşturması açılmasına engel teşkil etmez. Dolayısıyla bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması hukuk devleti ve 'aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz' ilkesine aykırılık oluşturmaz"* (AYM, E.2017/28, K.2017/107, 31/5/2017) gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı görülmemiştir[14].

Araçların yüklenmesinde, yönetmeliklerle belirlenen ölçü ve esaslara aykırı olarak azami yüklü ağırlığın aşılması durumunda gönderen ve işleten ayrı ayrı ve eşit miktarda idari para cezası ile sorumlu tutulmasına ilişkin kuralın itiraz konusu fıkrasında *işleten ile gönderenin aynı olması* durumunda aynı ihlal nedeniyle işleten ve gönderenin sorumlu olduğu miktarların toplamı kadar idari para cezası uygulanması öngörülmüştür. Yüksek Mahkeme, iki ayrı fail ve her biri ayrı ceza gerektiren birbirinden bağımsız fiiller söz konusu olmadığından kuralın *ne bis in idem* ilkesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır[15]. Ancak kararda yer verilen "*bir kişinin (işleten) 'aynı fiil' nedeniyle iki kere cezalandırılması sonucunu doğuran ... kural, ne bis in idem ilkesine ... aykırılık taşımaktadır.*" yönündeki tespitin yukarıda yer verilen ilkeler çerçevesinde *ne bis in idem* ilkesinin uygulanması bakımından sorunlara yol açabileceği düşünülmektedir. Zira *ne bis in idem ilkesi* bir kişiye aynı fiilden dolayı *iki kere ceza* verilmemesi değil kişinin aynı fiilden dolayı *tekrar (yeniden)* yargılanamaması ve bu yargılamaya bağlı olarak cezalandırılmaması anlamına gelmektedir. Aslında anılan ilke gereğince

---

[14] AYM'nin disiplin cezası yönünden *ne bis in idem* ilkesini değerlendirdiği diğer bir kararında da aynı sonuca varılmıştır (Bknz: AYM, E.2015/68, K.2017/166, 29/11/2017).

[15] *"15. Diğer taraftan, işleten ile gönderenin aynı kişi olması durumunda, bu kişinin (işleten) azami yüklü ağırlığı aşmasına ve bunun sonucunda itiraz konusu kuralda öngörülen cezanın uygulanmasına neden olan hareketleri, amaç, zaman ve mekân yönlerinden birbirine bağlı şekilde kendi içinde bir bütün oluşturduğundan hukuki anlamda 'tek bir fiil' olarak değerlendirilmelidir. / 16. Bu durumda, iki ayrı fail ve her biri ayrı ceza gerektiren birbirinden bağımsız fiiller söz konusu olmadığından, bir kişinin (işleten) 'aynı fiil' nedeniyle iki kere cezalandırılması sonucunu doğuran itiraz konusu kural, ne bis in idem ilkesine ve hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır."* (AYM, E.2017/95, K.2017/119, 12/7/2017).

yasaklanan temel husus tekrar (yeniden) yargılanmamadır. Dolayısıyla kişinin aynı fiilden dolayı *aynı yargılama süreci içinde* birden fazla yaptırıma maruz kalmasının başlı başına *ne bis in idem* ilkesine aykırılık oluşturan bir durum olduğunu söylemek zordur. Zira bu durumda ortada ceza ile ilgili birden fazla süreç bulunmamaktadır.

AYM, bir diğer kararında ise, ilkenin, aynı fiil nedeniyle birden fazla cezalandırılmaya engel teşkil ettiği, buna karşılık cezanın sonuçlarının tek olması zorunluluğunu öngörmediğini (milletvekillerine verilen kınama ya da Meclisten geçici olarak çıkarma cezasına bağlı olarak uygulanan yaptırımların ilkeyi ihlal etmeyeceği) belirtmiştir (AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018).

AYM, *ne bis in idem* ilkesine ilişkin değerlendirme yaptığı bir diğer kararında ise, *"19. Gelir vergisi ve kurumlar vergisi ile bu vergilere mahsuben alınan geçici verginin tarh ve tahsil dönemlerinin farklı olduğu gözetildiğinde geçmiş dönemlere ilişkin incelemede elde edilen gelirin beyan dışı bırakıldığının saptanması ayrı ayrı fiillerle, birbirinden farklı vergilendirme dönemlerinde bu vergilerin eksik tahakkuk ettirildiğini göstermektedir. Bu durumda birden fazla vergi ziyaı suçu işlendiğinden aynı fiilden dolayı birden fazla cezalandırmama ilkesi kapsamında fiillerin aynılığından söz edilemez."* (AYM, E.2019/16, K.2019/15, 14/03/2019) demek suretiyle geçici vergi beyannamesinde verginin eksik beyan edilmesi dolayısıyla işlenen vergi ziyaı kabahati ile gelir veya kurumlar vergisi beyannamesinde bu eksikliğin tekrarı dolayısıyla işlenen vergi ziyaı kabahatinin ayrı ayrı fiiller olduğu, ilkenin uygulanması şartlarından birisi olan aynı fiil şartının mevcut olmadığı sonucuna varmıştır. Burada vergi sisteminin kendi doğasından kaynaklanan ve 213 sayılı Kanun'un 335. maddesinde de yer verilen vergi ziyaı cezasını gerektiren tek bir fiil ile başka neviden birkaç verginin ziyaa uğratılması nedeniyle her vergi bakımından ayrı ayrı ceza kesilmesi durumu söz konusu olup bahse konu kararda bu durum *ne bis in idem* ilkesine aykırı bulunmamıştır.

AYM, bireysel başvuru denetiminde, Ek 7 No.lu Protokol'ün Türkiye'de yürürlüğe girmemiş olduğu dönemde *ne bis in idem* ilkesine ilişkin verdiği kararların çoğunda[16] ortak koruma alanında olmayan bir haktan ince-

---

[16] AYM, *İffet İnci Gültekin*, B. No: 2013/9585, 9/3/2016; *Bülent Şakar*, B. No: 2014/1517, 30/6/2016; *Ali Dündar*, B. No: 2014/3568, 6/4/2017; *Kerem Amal,* B. No: 2014/12582, 21/6/2017*, § 24; Adil Özer (2),* B. No: 2014/13231, 21/6/2017, *§ 24; Erman Paksoy,* B. No:

leme yapılamayacağından konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle başvuruları kabul edilemez bulmuştur.

Bunlar dışında *ne bis in idem* ilkesi yönünden değerlendirme yaptığı bazı kararları da bulunmakta olup bu kararlardan *ABP Gıda San. Tur. ve Tic. Ltd. Şti.* kararında[17], norm denetimi kararına benzer şekilde "*Ceza hukuku ve kabahatler hukukunun öngördüğü yasak ve yaptırımların farklı hukuki yarar, konu ve unsurlara ilişkin olabileceği*" belirtilerek vergi cezalarına ilişkin davalardan birinin gerçek kişi, diğerinin ise tüzel kişi hakkında olduğu ifade edildikten sonra suç ve kabahat için açılmış davaların "*farklı iki disipline ait iki dava olması nedeniyle aynı 'suçtan' dolayı iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama durumunun söz konusu olmadığı*" gerekçesiyle ilkeye aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Benzer şekilde *Mehmet Turgay Özbekler*[18] kararında da, hakkında ceza kovuşturması yürütülenin şirket yetkilisi gerçek kişi, idari para cezası kesilenin ise şirket tüzel kişiliği olması nedeniyle farklı kişilerin cezalandırılmasına ilişkin ceza süreçleri söz konusu olduğundan somut olayın hakkın kapsamında olmadığı sonucuna varılarak konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle başvuru kabul edilemez bulunmuştur.

AYM'nin vergi ceza hukukunda *ne bis in idem* ilkesinin uygulanması ile ilgili değerlendirmelerde bulunduğu en önemli bireysel başvuru kararı ise, *Ünal Gökpınar* kararıdır. Yüksek Mahkeme, başvurucu hakkında komisyon karşılığında sahte fatura düzenleyerek gelir elde etme fiili nedeniyle hem vergi ziyaı ve özel usulsüzlük cezaları uygulanmasını hem de başvurucunun sahte fatura kullanmak ve düzenlemek suretiyle vergi kaçakçılığı suçundan cezalandırılmasını *ne bis in idem* ilkesine aykırı bulmamıştır.

AYM, *Ünal Gökpınar* kararında, sahte fatura düzenleme eylemi dolayısıyla açılan ceza davası sonrası hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi ve ayrıca sonrasında ortaya çıkan vergi ziyaı nedeniyle idari para cezaları kesilmesi olayı ile ilgili olarak; cezai süreçlere neden olan hareketlerin "*amaç, zaman ve mekân yönlerinden birbirine bağlı şekilde kendi içinde bir bütün-*

2014/11163, 21/6/2017, *§ 17; Hüma Bayoğlu,* B. No: 2014/13229, 26/12/2017, *§ 17, Sedat Şahin*, B. No: 2014/18044, 12/6/2018; *Ömer Mingü*, B. No: 2016/13805, 12/9/2018, *Tayyar Tercan,* B. No: 2014/15983, 21/3/2018, § 35; *Sedat Şahin*, B. No: 2014/18044, 12/6/2018, § 29; *Reis RS Enerji Elektirik Üretimi Motorlu Araçlar Tütün Ürünleri Dağıtım Pazarlama Sanayi ve Ticaret A.Ş.*, B. No: 2015/17259, 28/6/2018, § 34.

17 AYM, *ABP Gıda San. Tur. ve Tic. Ltd. Şti*, B. No: 2014/72, 25/3/2015.

18 AYM, *Mehmet Turgay Özbekler,* B. No: 2017/20779, 11/3/2020.

lük oluşturduğundan hukuki anlamda aynı fiil olduğu"nu belirtmek suretiyle her iki takibatta da özünde aynı olgulara dayanan tek bir fiilin olduğunu ifade etmiştir. Ancak aynı fiile dayanan farklı cezalandırma süreçleri ve cezalar olduğuna ilişkin tespite rağmen, "*farklı amaç ve hukuki yararları gerçekleştirmeye yönelik*" bu cezalar dolayısıyla aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama ve cezalandırılmama ilkesinin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. Bu kararda önceki norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarından farklı olarak farklı cezaları gerektiren hareketlerin aynı fiil olduğu tespiti yapıldıktan sonra ilkeye aykırılık olmadığı sonucuna varılmıştır.

Bunun yanı sıra, AYM'nin vergi ceza hukuku alanında *ne bis in idem* kuralı ile ilgili değerlendirmelerde bulunduğu en önemli kararı *E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021* sayılı kararıdır. AYM'nin bu kararında; 213 sayılı Kanun'un 340. maddesi, 359. maddesinin *"Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344'üncü maddede yazılı vergi ziyaı cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez"* şeklindeki son paragrafı, 367. maddesinin, "*359'uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyaı cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez."* seklindeki - *anılan maddeye 29/4/2021 tarihli ve 7318 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen dördüncü fıkra nedeniyle* - beşinci fıkrası ile 367. maddenin altıncı (son) fıkrası dava konusu edilmiş olup böylece bu kararla birlikte 213 sayılı Kanun'da *ne bis in idem* ilkesi ile alakalı bütün kurallar anılan ilke çerçevesinde incelenmiştir. Bu karar, aşağıda ilgili bölümlerde ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

III. TÜRK VERGİ HUKUKUNDA NE BİS İN İDEM İLKESİNİN GÖRÜNÜMÜ

1. 213 sayılı Kanun Çerçevesinde Vergi Suçu ve Vergi Kabahati Kavramı

Vergi ceza hukukunda vergi kanunlarının koyduğu kurallara aykırılıkların bir kısmının *vergi kabahati,* bir kısmının da *vergi suçu* olarak düzenlendiği, uygulanacak yaptırımın da buna göre belirlendiği görülmektedir[19].

---

[19] *"Vergi ceza sistemi, adli ve idari nitelikteki vergi suç ve kabahatleri ile bunlara karşılık öngörülen yaptırımların bütününü ifade eden düzendir. Vergi ceza normu içerisinde kamu düzenini ağır şekilde ihlal eden vergi suçları, vergisel idari düzeni zedeleyen fiillerin yer aldığı vergi kabahatleri ve bu ihlallerin karşılığı olarak uygulanan adli ve idari yaptırımlar bulunmaktadır."* (SARICAOĞLU Ercan, **Türk Vergi Hukukunda Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat**, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2017, s.150.)

Vergi suçu, vergi kanunlarında gösterilen maddi ve şekli ödevlerin yerine getirilmemesi veya bu ödevlere aykırı davranışlarda bulunulması nedeniyle devletin vergi kaybına uğratılmasına veya kamu düzeninin bozulmasına neden olan ve ceza öngörülen fiillerdir[20]. Vergi suçları ekonomik suçlardandır. Vergi suçlarının mağduru ise devlettir. Bir başka deyişle vergi suçları devlet hazinesine karşı işlenen suçlardandır. Zira bazı fiillerin vergi suçu olarak kabulünde ihlal edilen menfaati *hazine yararı* oluşturur[21].

213 sayılı Kanun'da vergi suçları olarak *vergi kaçakçılığı*, *vergi mahremiyetinin ihlali* ile memurlar açısından *mükellefin özel işlerini yapma* suçları düzenlenmiştir. Ayrıca bu suçlar kadar uygulama alanına sahip olmamakla birlikte *ekim sayım beyanında görevi kötüye kullanma suçu (213 sayılı Kanun'un 246. maddesi)* ve *haysiyet, şeref ve haklara tecavüz suçu (213 sayılı Kanun'un 5. maddesi)* da vergi suçu olarak 213 sayılı Kanun'da yer almaktadır.

Vergi suçları içinde en çok karşılaşılan suç tipi, *vergi kaçakçılığı suçudur*. 213 sayılı Kanun'da yer alan suçun unsurları dikkate alındığında kaçakçılık suçu, v*ergi ziyaı şartı aranmaksızın, objektif olarak kasıtla işlenebilen, devletin vergi alanında koymuş olduğu kamu düzenini bozucu ve hukuk düzeninin kabul etmediği fillerdir*[22]. Kaçakçılık suçu, yaptırım olarak hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacak vergi suçlarından sonuçları en ağır olanıdır.

---

[20] YÜCE Mehmet, **Vergi Kaçakçılığı Suçu (Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçu) ve Yargılama Usulü**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 28; CANDAN Turgut, **Vergi Suçları ve Cezaları**, 1. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 1995, s. 17; BAYKARA Bekir, **Teorik ve Pratik Yönleri ile Vergi ve Vergi Ceza Hukuku**, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, İstanbul, 2008, s. 254.

[21] ÖNCEL Mualla / KUMRULU Ahmet / ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukuku**, 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 213; RENÇBER Altan, **Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri**, 1. Baskı, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, İstanbul, 2017, s. 37; ASLANPINAR Yusuf Burak, **TCK'nın Genel Hükümleri Çerçevesinde Vergi Kaçakçılığı Suçları**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 29-30; TAŞDELEN Aziz, **Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 10-11; DONAY Süheyl, **Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları**, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 40; ÖZEN Mustafa, **213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.106; TAŞTAN Mehmet, **Açıklamalı - İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları**, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, s. 6; YÜCE, s. 27; BEYRİBEY Kurtuluş, "Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Ceza Mahkemesi Kararlarının Vergi Yargısına Etkisi", **Danıştay Dergisi**, S. 141, 2016, s. 72.

[22] YÜCE, s.30; BAYRAKLI Hasan Hüseyin, **Vergi Ceza Hukuku**, 1. Baskı, Külcüoğlu Yayınları, Afyonkarahisar, 2006, s. 241.

Vergi kabahati ise, vergi mükellefi, vergi sorumlusu veya üçüncü kişiler tarafından vergi kanunlarında gösterilen maddi ve şekli yükümlülüklere aykırı olarak işlenen ve idari yaptırım gerektiren fiillerdir.

213 sayılı Kanun'da vergi kabahatleri; vergi ziyaı, usulsüzlük (I. derece usulsüzlük ve II. derece usulsüzlük) ve özel usulsüzlük olarak düzenlenmiştir. Kanun'un 341. maddesinde vergi ziyaı, *mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi veya eksik tahakkuk ettirilmesi* şeklinde tanımlanmış ve 344. maddesinde vergi ziyaı cezası düzenlenmiştir. Kanun'un 351. maddesinde ise usulsüzlük, *vergi kanunlarının şekle ve usule müteallik hükümlerine riayet edilmemesi* biçiminde tanımlanmış, 352. maddesinde 1. derece ve 2. derece usulsüzlükler, 353., 355. ve mükerrer 355. maddelerinde ise özel usulsüzlükler düzenlemiştir.

213 sayılı Kanun'da düzenlenen ve idari para cezası uygulanması öngörülen vergi kabahatlerinin hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler[23] bulunmakta ise de, genel kabul gören görüş vergi kabahatlerinin hukuki niteliğinin, sonucu idari bir yaptırıma bağlanmış olan idari ceza olduğudur. Bize öre de vergi kabahatlerinin, *vergi ceza hukukuna özgü (sui generis) idari cezalar* olarak nitelendirilmeleri daha yerindedir. Zira vergi kabahatlerine sebep olan fiillere uygulanacak yaptırımlar, idari usuller ile belirlenmekte ve yargı kararına ihtiyaç duyulmaksızın idare tarafından re'sen uygulanmaktadır[24]. Bir fiilin vergi kabahatine sebebiyet verip vermediğinin takdiri ve bu takdire dayalı olarak yaptırım uygulama yetkisinin idareye ait olması, idarenin bireysel nitelikli idari işlemlerle idari usûlleri izleyerek bu yaptırımlara hükmetmesi bunların birer idari yaptırım olarak kabul edilmesini gerektirmektedir[25]. Bu nedenle vergi kabahatlerine yönelik cezalandırma işlemleri, Anayasa'nın 125. maddesi gereği idari yargı denetimine tabidir[26].

---

[23] Bu görüşlerle ilgili ayrıntılı tartışma için bknz: KARAKOÇ Yusuf, **Vergi Ceza Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 174-176.

[24] ŞENYÜZ Doğan, **Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları)**, 10. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2017, s. 56.

[25] DOĞMUŞ Simay, "Türk Vergi Ceza Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (1) 1, 2020, s. 78; ŞİMŞSEK Mehmet, **Anayasal İlkeler Karşısında Vergi Kabahat ve Yaptırımları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 8; SARICAOĞLU, s. 159; ŞENYÜZ, s. 32; KARAKOÇ, s. 176.

[26] Ayrıca belirtmek gerekir ki 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun kabul edilmesi ile birlikte vergi kabahatlerinin tabi olduğu hukuki rejim konusunda bir takım tereddütler hasıl olmuştur. Bu tereddütleri gidermek amacıyla 5326 sayılı Kanun'a 5348 sayılı Kanun ile eklenen ek 1.

2. 213 sayılı Kanun'da Ne Bis In Idem İlkesinin Görünümü

A. Genel Olarak

Bir fiilin birden fazla vergi kabahatine yol açtığı ya da hem vergi kabahati hem de vergi suçu olarak düzenlendiği durumlarda failin nasıl cezalandırılacağının belirlenmesi hususu önem arz etmektedir. Zira bu durumun, *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği konusu gündeme gelmektedir.

Türk vergi hukukunda - bir istisna dışında - *ne bis in idem* ilkesine ilişkin düzenlemelere yer verilmemiş olup bu ilkeye aykırılık teşkil ettiği düşünülebilecek uygulamaların en tipik örneği, fiilin hem vergi kaçakçılığı suçu, hem de vergi ziyaı kabahatini oluşturması durumunda karşımıza çıkmaktadır.

Bir fiilin hem vergi kabahati hem de vergi suçu olarak düzenlenmesinin *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği konusu vergi kaçakçılığı ve vergi ziyaı kabahati özelinde incelenmeden önce 213 sayılı Kanun'da yer alan ve *ne bis in idem* ilkesini ilgilendiren diğer durumlara kısaca değinilecektir.

B. Aynı Fiil ile Birden Fazla Vergi Ziyaına Sebebiyet Verme (335. Madde)

213 sayılı Kanun'un 335. maddesinde muhtelif vergi ziyaına sebebiyet verilmesi hali düzenlenmiştir. Buna göre anılan maddede, *"Vergi ziyaı cezasında cezayı istilzam eden tek bir fiil ile başka neviden birkaç vergi ziyaa uğramış olursa her vergi bakımından ayrı ayrı ceza kesilir"* denilmek suretiyle gerçek içtima kuralının işletileceği vurgulanmıştır.

Aslında burada tek bir fiil vardır ve bu fiille yine tek bir vergi kabahati *(vergi ziyaı kabahati)* işlenmekte, ancak bu fiil birden fazla ve birbirinden farklı vergi türleri açısından vergi ziyaına sebebiyet vermektedir. Örneğin, ödünç para verme işleriyle sürekli uğraşan bir gelir vergisi mükellefi faaliye-

---

maddesinde *"(1) 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan vergi mahkemelerinin görevine ilişkin hükümler saklıdır."* denilmek suretiyle vergi kabahatlerinin denetiminin vergi mahkemelerince yapılmaya devam edeceği hüküm altına alınmıştır. Bunun yanı sıra 5326 sayılı Kanun'un kabul edilmesinin ardından oluşan yeni ceza sistemine uyum sağlamak amacıyla 5728 sayılı Kanun'la 213 sayılı Kanun'un çeşitli maddeleri değiştirilmiştir. Bu kapsamda, daha önce *"vergi ziyaı suçu ve cezası"* olarak yer alan 213 sayılı Kanun'un 344. madde başlığından *"suçu"* ibaresi çıkarılmıştır. Vergi ziyaı eylemlerinin, kabahat niteliğinde olması nedeniyle madde başlığı ve metni *"suç"* ibaresinden arındırılmış, maddenin başlığı *"vergi ziyaı cezası"* şeklinde değiştirilmiştir. Böylece 213 sayılı Kanun'un vergi cezalarıyla ilgili düzenlemeleri, 5326 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle oluşan suç-kabahat ayırımına uygun hale getirilmiştir.

tini vergi dairesine bildirmemiş ise tek fiil ile gelir vergisi yanında banka ve sigorta muameleleri vergisi ile ilgili yükümlülüğünü de yerine getirmemiş olacaktır[27]. Bu durumda mükellef hakkında hem gelir vergisi yönünden hem de banka ve sigorta muameleleri vergisi yönünden ayrı ayrı vergi ziyaı cezası kesilecektir.

Bu gibi durumlarda, tek fiile iki farklı ceza verilmesi, vergi ceza hukukunun kendine özgü sistemi içinde mahiyetleri ve hizmet ettikleri amaçlar bakımından birbirinden farklı vergi türlerinden kaynaklanmasından ötürü kabul edilebilir bir uygulamadır[28].

C. Aynı Fiil ile Birden Fazla Vergi Kabahatine Sebebiyet Verme (336. Madde)

213 sayılı Kanun'un 336. maddesinde, *"Cezayı istilzam eden tek bir fiil ile vergi ziyaı ve usulsüzlük birlikte işlenmiş olursa bunlara ait cezalardan sadece miktar itibariyle en ağırı kesilir"* denilmektedir. Buna göre tek bir fiil ile hem vergi ziyaı hem de usulsüzlük cezası birlikte işlenmiş olursa bunlara ilişkin cezalardan sadece miktar itibari ile en ağırının uygulanacağı ifade edilmektedir. Örneğin, 213 sayılı Kanun'un 352/1. maddesinde düzenlenen usulsüzlük kabahati tiplerinden *vergi ve harç beyannamelerinin süresinde verilmemiş olması* fili ile 213 sayılı Kanun'un 341. maddesinde düzenlenen *vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi* fili arasında bir ayniyet ilişkisinin bulunduğu görülmektedir. Çünkü beyannamenin süresinde verilmemesi hem usulsüzlük hem de verginin tahakkukunu geciktireceği için vergi ziyaı sonucunu doğuracak ve aynı fille iki ayrı kabahat işlenmiş olacaktır.

Bu düzenlemede dikkat çekici husus, fikri içtima kuralı uygulanırken kabahatlerin niteliği değil, ceza miktarının ağırlığının ölçüt alınmış olmasıdır[29]. Görüldüğü üzere, Kanun, burada, *ne bis in idem* ilkesine uygun bir düzenlemeye yer vermekte, tek fiile tek bir ceza kesilmesini öngörmektedir.

Bununla birlikte, özel usulsüzlük kabahatleri ile vergi ziyaı kabahati arasında böyle bir ilişki kuran düzenleme bulunmamaktadır. Kaldı ki 213

---

[27] ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, s. 220-221; GEÇER Ahmet Emrah, "Vergi Ceza Hukukunda Non Bis In Idem İlkesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 65 (2), 2016, s. 333.

[28] TAŞDELEN, s. 61; NARTER Recep / SARICAOĞLU Ercan, "Türk Vergi Hukukunda Vergi Kabahatlerinde ve Suçlarında İçtima", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII., S. 1-2., 2013, s. 83, GEÇER (2016), s. 333-334.

[29] ŞENYÜZ, s. 237; NARTER / SARICAOĞLU, s. 84.

sayılı Kanun'un özel usulsüzlük kabahatini düzenleyen 353. maddesinin sondan bir önceki fıkrasında; *"Bu maddede yazılı usulsüzlükler sonucunda vergi ziyaı da meydana geldiği takdirde bu ziyaın gerektirdiği vergi cezaları ayrıca kesilir ve bu cezalar hakkında 336'ncı madde hükmü uygulanmaz"* denilmektedir. Bu hükme göre aynı fiilin hem vergi ziyaı hem de özel usulsüzlük kabahatinin konusunu oluşturduğu durumlarda her iki cezanın ayrı ayrı uygulanması gerektiği öngörülmektedir. Bu uygulamanın nedeni olarak özel usulsüzlük cezası gerektiren fiillerin, vergi alacağı açısından yakın tehlike kabahati oluşturduğundan ötürü vergi ziyaı kabahati ile birleşmemesi gerektiği düşünülebilir[30]. Ancak, kişinin fiilinin hem özel usulsüzlük hem de vergi ziyaı cezasını gerektirmesi durumunda sadece tek ceza kesilmesinin *ne bis in idem* ilkesine daha uygun olacağı aşikardır.

Ayrıca usulsüzlük cezası kesilen bir fiil ile vergi ziyaına da sebebiyet verildiği sonradan anlaşıldığı takdirde, evvelce usulsüzlük cezası kesilmiş olması, bu cezanın ziyaa uğratılan vergiden dolayı kesilmesi gereken vergi ziyaı cezası ile mukayesesine ve noksan kesilen cezanın ikmaline engel değildir.

3. Vergi Suçu ile Vergi Kabahati Yönünden Ne Bis In Idem İlkesi

A. Genel Olarak

213 sayılı Kanun'un 331. maddesinde, *"Vergi kanunları hükümlerine aykırı hareket edenler, bu kitapta yazılı vergi cezaları (vergi ziyaı cezası ve usulsüzlük cezaları) ve diğer cezalar ile cezalandırılırlar"* ifadesine yer verilmiştir.

Söz konusu maddede vergi kanunları hükümlerine aykırı hareketlerin neler olduğu tanımlanmamış ve bir sınıflandırma yapılmamış, vergi kanunları hükümlerine aykırı fiilleri işleyenlere uygulanacak yaptırımlar belirlenmiştir. Bu maddede düzenlenen yaptırımlar ise vergi cezaları ve diğer cezalar şeklinde ikiye ayrılmıştır.

---

[30] Öğretide, özel usulsüzlük kabahati ile vergi ziyaı kabahatinde birleşmenin kabul edilmemesinin sebebi olarak ikisinin farklı zamanlarda ve farklı davranışlarla işlenmesi olduğu gösterilmektedir. Fatura düzenlememe biçimindeki özel usulsüzlük kabahati örnek olarak ele alınacak olursa, özel usulsüzlük kabahati faturanın düzenlenmesi gerektiği halde düzenlenmediği anda işlenmiş olacaktır. Buna karşın vergi ziyaı kabahatinin oluşabilmesi için beyan tarihini beklemek ve beyan edilen matrahta düzenlenmeyen fatura konusu işlemin dikkate alınmaması suretiyle eksik tahakkuk sonucu vergi kaybına neden olunmasının beklenmesi gerekmektedir. (ŞENYÜZ, s. 235-236).

Kanun'da vergi cezası yaptırımına bağlanan fiiller *vergi kabahatleri* olarak nitelendirilen fiillerdir. *Vergi kabahati* olarak nitelendirebilecek olan fiiller *vergi ziyaı kabahati* ve *usulsüzlük kabahatleri* olarak düzenlenmiştir. Usulsüzlük kabahati ise kendi içinde *genel usulsüzlük kabahati* ve *özel usulsüzlük kabahati* olarak ikiye ayrılmaktadır. Vergi hukukunda vergi kabahati sayılan bir fiil, vergi idaresi tarafından tespit edilmekte ve bu fiillere idarî para cezası (vergi cezası) uygulanmaktadır. 213 sayılı Kanun'da vergi kabahatlerinin yanı sıra vergi suçları da düzenlenmiştir. Kanun'un 331. maddesinde *diğer cezalar* ile cezalandırılması öngörülen fiiller vergi suçları olarak nitelendirilen fiillerdir. Bu fiiller ceza hukuku anlamında suç oluşturmakta olup bunların belirlenmesi ve bunlara yaptırım uygulanması ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir.

Vergi ceza hukuku alanında, vergi kanunlarına aykırı bazı fiillerin hem idari yaptırıma hem de cezai yaptırıma tabi tutulması yaygın bir uygulamadır. Nitekim bizim vergi ceza hukuku sistemimizde de durum aynıdır. Zira ülkemizde mevcut vergi ceza mevzuatı genel anlamda tetkik edildiğinde bazı durumlarda kişinin işlediği tek bir fiil dolayısıyla birden fazla yaptırıma maruz kaldığı görülmektedir.

Bir fiilin hem vergi kabahati hem de vergi suçu olarak düzenlendiği durumlarda failin nasıl cezalandırılacağına ilişkin düzenlemeler de 213 sayılı Kanun'da yer almaktadır. Buna göre 213 sayılı Kanun'un 340. maddesi, 359. maddesinin son fıkrası ve 367. maddesinin beşinci fıkrasında kabahatlere ve suçlara ilişkin cezaların ayrı ayrı uygulanacağına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bir başka deyişle 213 sayılı Kanun'un anılan maddeleri, bir fiilin hem vergi kabahatine hem de vergi kaçakçılığı suçuna yol açması durumunda, fail hakkında hem vergi kabahati yaptırımı olan idari para cezası uygulanmasına hem de vergi suçu için öngörülen hapis cezası ile cezalandırılmasına imkân vermektedir.

213 sayılı Kanun'un 340. maddesinde, vergi kabahatleri ile vergi suçlarının birleştirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Öncelikle maddenin ilk fıkrasında, bu Kanun'da yazılı vergi ziyaı cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359. maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezaların, içtima ve tekerrür hükümleri bakımından birleştirilemeyeceği düzenlemesine yer verilmiştir.

213 sayılı Kanun'un 340. maddesinin ikinci fıkrasında ise; *bu Kanunla vergi cezasiyle cezalandırılan fiiller, aynı zamanda 359'uncu maddeye göre suç teşkil ettiği takdirde vergi cezası kesilmesinin söz konusu madde hükmü-*

ne göre takibat yapılmasına engel olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hükme göre, kişinin tek bir fiilinin kanunda hem vergi kabahati hem de vergi suçu olarak düzenlenmiş olması halinde kabahat nedeni ile idari para cezası verilebilecek, suç için ise hapis cezasına hükmolunabilecektir.

213 sayılı Kanun'un 359. maddesinin son fıkrasında, *"Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344'üncü maddede yazılı vergi ziyaı cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez"* denilmektedir. Bunun yanı sıra kaçakçılık suçlarının cezalandırılması usulüne ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 213 sayılı Kanun'un 367. maddenin beşinci fıkrasında da; *"359'uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyaı cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez"* denilmek suretiyle kural bir kez de burada tekrar edilmiştir.

Buna göre 213 sayılı Kanun, aynı fiil ile hem vergi suçu hem de vergi kabahatinin işlenmesi durumunda her ikisinin de ayrı ayrı cezalandırılacağını temel ilke olarak benimsemiştir.

Bunun yanı sıra 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin son fıkrasında; *"Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz."* demek suretiyle *ne bis in idem* ilkesi açısından oldukça önemli olan söz konusu yaptırımları uygulayan mercilerin birbiri ile etkileşimde bulunma imkânını da ortadan kaldırılmıştır[31]. Ancak anılan kural, 213 sayılı Kanun'da yer alan *ne bis in idem* ilkesi ile bağlantılı bütün kuralların Anayasaya uygunluk denetiminin yapıldığı AYM'nin E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021 sayılı kararı ile Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

B. 213 sayılı Kanun'da Öngörülen Yaptırım Sisteminin AİHM'nin Belirlediği Ne Bis In Idem İlkesine İlişkin Kriterler Yönünden Değerlendirilmesi

Ne bis in idem ilkesine ilişkin düzenlemeyi içeren Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesine göre iç hukukta yer alan bir kanun hükmünün, *ne bis in idem* ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılabilmesi için aranılan koşullar

---

[31] BİYAN, s. 102; BİLİCİ Nurettin / BAŞARAN YAVAŞLAR Funda, "Non Bis In Idem Kuralı ve Yasallık İlkesi (Türk Vergi Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İlkeleri)", **Prof. Dr. Şükrü Kızılot'a Armağan (Editör Prof. Dr. Nevzat Saygılıoğlu),** 2014, s. 54.

AİHM tarafından *Nikitin/Rusya* kararında belirtilmiştir. Buna göre adil yargılanma hakkının güvenceleri arasında kabul edilen *ne bis in idem* ilkesine aykırılıktan söz edebilmek için, ceza ile ilgili bir yargılama sürecinin olması, bu sürecin kesin/kesinleşmiş mahkumiyet veya beraat hükmüyle sonuçlanmış olması, tekrar (yeniden) "ceza" ile ilgili bir yargılama sürecinin işletilmesi ve farklı yargılama süreçlerinin aynı fiile ilişkin olması gerekmektedir.

a. Ceza Yaptırımı İçeren Bir Yargılama Sürecinin İşletilmiş Olması

Ne bis in idem ilkesi, cezai nitelik taşıyan suçlar yönünden güvenceler sağlamaktadır. Cezai nitelik taşımayan suçlar bu hakkın kapsamına girmediğinden aynı fiilden dolayı cezai nitelik taşımayan ikinci bir yaptırımın uygulanması veya ikinci bir soruşturma ya da yargılama yapılması bu ilkeyi ihlal etmez.

Ceza yaptırımı içeren bir yargılama sürecinin işletilmesi koşulu, ilkenin kapsamını ve böylelikle vergi yaptırımlarına da uygulanıp uygulanmayacağını belirleyen en önemli unsurdur. Zira, ilkenin kapsamı hukuki düzenlemelere konu edilen lafzıyla sınırlı kabul edilirse, yalnızca ceza muhakemesine konu edilen davalar ve bu davalara konu suçlar nedeniyle iki kez yargılama ve cezalandırma önlenmiş olacaktır. Bu durumda ise, idari yaptırımlar, ilkenin koruma alanı dışında kalacaktır. Bu nedenle bir hukuka aykırılığın suç niteliğinde olup olmadığı, suç niteliğinde ise cezai yaptırım öngörülüp öngörülmediğinin tespiti için muhakemenin adından başka kriterlere ihtiyaç duyulduğu açıktır.

Bu çerçevede geleneksel ceza hukuku alanındaki suçların anayasal anlamda suç kavramına dâhil olduğu hususunda kuşku bulunmamaktadır. Bununla birlikte *suç* kavramı geleneksel ceza hukuku alanındaki suçlardan ibaret olmayıp idare hukuku alanındaki hukuka aykırılıkların da anayasal anlamda *suç* olarak görülmesi mümkündür.

Öncelikle belirtmek gerekir ki gerek AİHM gerekse AYM tarafından anayasal anlamda *suç ve ceza* kavramının ceza hukukundan farklı ve özerk bir içeriğe sahip olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle, bu koşul bakımından ceza ile ilgili bir yargılama sürecinin her durumda teknik olarak ceza yargılaması hukuku anlamında bir süreç olarak öngörülmesi şart olmayıp bu kavram anayasal anlamda *özerk* bir yoruma tabi tutulmaktadır[32].

---

[32] AYM, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 28.

AİHM, bir yaptırımın ceza niteliği taşıyıp taşımadığı konusundaki hukuki niteleme yetkisini kendisinde görmektedir. AİHM'nin, cezayı, devletlerin iç hukukundan bağımsız bir şekilde özerk bir kavram olarak tanımlaması, vergi ceza hukuku açısından *ne bis in idem* konusunda bir içtihat yaratabilmesinin önünü açan en önemli olgudur. AİHM, bu tanımlama yetkisini *Engel ve diğerleri/Hollanda*[33] kararı ile ortaya koymuştur. Böylece ceza tanımı, iç hukuktaki ceza tanımından ayrılmış ve özerk bir kavram olarak niteliği Mahkemenin yapacağı muhakeme ile belirlenir hale gelmiştir[34]. Mahkeme daha sonra *Öztürk/Almanya*[35] kararında, suçun niteliği kavramını daha açık bir biçimde yorumlayarak, *tazmine değil cezalandırma veya caydırıcılığa yönelik yaptırımlar*ın cezai nitelikte olduğu sonucuna ulaşmış ve bir yaptırımın iç hukukta suç ya da kabahat olarak tanımlanmasından bağımsız, objektif bir bakış açısı geliştirmiştir.

AİHM, *Bendenoun/Fransa*[36] davasında ise idari para cezalarının cezai nitelik taşıyıp taşımadığını vergi hukuku özelinde değerlendirmiş ve ulusal hukukta vergi kabahatlerine uygulanan idari para cezalarının bazı özellikleri taşıması halinde cezai yaptırım kapsamında olacağına hükmetmiştir. Buna göre, vergi mevzuatında kabahatler karşılığında öngörülen yaptırımların tüm vergi mükelleflerine uygulanabilir olması, öngörülen yaptırım ile meydana gelen zararın giderimi değil benzeri davranışların cezalandırılmasının amaçlanması, cezanın genel nitelikli bir kurala dayanması ve son olarak uygulanan yaptırımın miktarının amaca uygun olması gerekmektedir. *Engel ve diğerleri/Hollanda* kararında geliştirilen bakış açısı *Bendenoun/Fransa* kararı ile vergi cezaları özelinde de uygulanır hale gelmiştir[37].

---

[33] AİHM, *Engel ve diğerleri/Hollanda,* B. No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8/6/1976.

[34] AİHM, *Engel/Hollanda kararında*, başvuru konusu maddi olayda suç isnadının mevcut olup olmadığını belirlemek amacıyla üç kriter geliştirmiştir. İlk kriter, sucun cezai nitelikte olup olmadığının belirlenmesi için suçun ulusal hukukta nerede sınıflandırıldığının tespit edilmesidir. Ancak, bu kriter suç isnadının mevcudiyeti açısından büyük önem taşımamaktadır. Asıl önemli olan kriterler, suçun niteliği gereği cezai olması (caydırıcı ve cezalandırıcı) ve suç karşılığında verilecek cezanın niteliği ve ağırlık derecesidir.

[35] AİHM, *Öztürk/Almanya,* B. No: 8544/79, 21/2/1984.

[36] AİHM, *Bendenoun/Fransa,* B. No: 12547/86, 24/2/1994.

[37] *"İHAM'ın bu kararı hakkında vergi cezası kesilen vergi yükümlüleri bakımından son derece büyük bir öneme sahiptir, çünkü mali nitelikli olan, kayba uğratılan verginin katları olarak uygulanan vergi cezalarının 6. maddedeki ceza hukuku anlamında "ceza" olarak kabulü, vergi yükümlülerinin adil yargılanma hakkı bütününü oluşturan 6. maddenin koruması altında olduğu sonucunu vermektedir. Nitekim İHAM, "cezalandırıcı ve caydırıcı" mahiyette olduklarını kabul ettiği vergi cezalarını 6. madde kapsamında değerlendirmeye devam etmektedir."* (İNCEOĞLU, s. 94).

AİHM, vergi hukuku özelinde benzer bir değerlendirmeyi de *Jussila/Finlandiya*[38] başvurusunda yapmıştır. *Jussila/Finlandiya* kararının önemi AİHM'nin vergi kabahatlerine uygulanan idari para cezalarının miktarının düşük olmasının ihtilafı suç isnadı kapsamından çıkartmadığını belirlemiş olmasıdır.

Görüldüğü üzere AİHM, AİHS ve ek Protokollere konu adil yargılanma hakkı ve bu bağlamda *ne bis in idem* ilkesinin koruma alanını kendisi belirlemektedir. Buna göre kendi geliştirmiş olduğu kriterlere uyan ve bu kriterlere göre suç niteliğinde kabul edilen vergi kabahatlerini de *ne bis in idem* ilkesinin koruma kapsamında kabul etmektedir[39,40].

Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi, değişik kararlarında 213 sayılı Kanun gereğince uygulanan vergi cezalarının da cezai nitelikte olduğu sonucuna varmıştır. Buna göre AYM'nin bireysel başvurudaki yerleşik içtihadında da ceza davalarına konu olmayan kimi yaptırımlar özerk yorum çerçevesinde ceza olarak nitelendirilmiş ve bunlara ilişkin yargılamalar adil yargılanma hakkının *suç isnadı* yönü kapsamında incelenmiştir. Örneğin idari yargıda görülen vergi ziyaı cezalarına ilişkin davalar Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının suç isnadı yönü kapsamında karara bağlanmıştır[41]. Nitekim AYM, *Ünal Gökpınar* kararında idari yargıda görülen *vergi cezaları* ile ilgili yargılama sürecini cezai bir süreç olarak değerlendirmiştir[42].

Sonuç olarak anayasal anlamda *suç ve ceza* kavramı ceza hukukundan farklı ve özerk bir içeriğe sahiptir. Belirtildiği üzere geleneksel ceza hukuku alanındaki suçların anayasal anlamda suç kavramına dâhil olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte *suç* kavramı geleneksel ceza hukuku alanındaki suçlardan ibaret olmayıp idare hukuku alanındaki suçların da anayasal anlamda *suç* olarak görülmesi mümkündür. Buna göre AİHM ve AYM içtihadından hareketle 213 sayılı Kanun gereğince uygula-

---

38 AİHM, *Jussila/Finlandiya,* B. No: 73053/01, 23/11/2006.

39 KARAÇOBAN GÜNEŞ Tuğçe, "Vergi Yaptırım Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 15 (29), 2016, s. 95.

40 AİHM, *A ve B/Norveç* §§ 107, 136 ve 138; *Matthildur Ingvarsdottir*/İzlanda [k.k.], B. No: 22779/14, 4/12/2018, §§ 45, 46.

41 AYM, E.2014/120, K.2015/23, 5/3/2015; *Gür-Sel İnşaat Malzemeleri San. Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2013/4324, 7/7/2015; *B.Y.Ç.,* B. No: 2013/4554, 15/12/2015, § 31; *E.T.Y.İ. A.Ş.*, B. No: 2013/596, 8/5/2014, § 51.

42 AYM, *Ünal Gökpınar,* § 54.

nan vergi cezalarının da cezai nitelikte olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu anlamda ilk başlayan süreç ister vergi cezası süreci ister kaçakçılık suçuna ilişkin süreç olsun *ne bis in idem* ilkesine aykırılık sonucuna varılabilmesi için aranılan ilk koşul sağlanmış olmaktadır.

b. Ceza Yaptırımı İçeren Birinci Sürecin Kesin/Kesinleşmiş Mahkumiyet veya Beraat Hükmüyle Sonuçlanmış Olması

Bu bağlamda *ne bis in idem* ilkesinin koruduğu menfaat ceza yaptırımına bağlanmış olan bir fiile ilişkin isnadın *esası incelenerek* kişinin cezai sorumluluğu hakkında olumlu ya da olumsuz verilmiş kesin/kesinleşmiş bir karardan sonra tekrar yargılanmaması ve cezalandırılmamasıdır[43]. Bunun yanı sıra kararı veren makamın yargısal ya da idari bir makam olup olmadığına bakılmaksızın özerk yorum çerçevesinde *ceza* olarak nitelendirilen bir yaptırıma ilişkin yargılamada delillerin değerlendirilmesi ve olguların tespiti sonrası kişinin ilgili suçu/kabahati işlediği ya da işlemediği yönünden değerlendirme içeren bir kararın *ne bis in idem* ilkesi anlamında mahkumiyet ya da beraat kararı olarak nitelendirilmesi gerekir[44].

AYM de E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021 sayılı kararında, *"İkinci koşul bakımından mahkûmiyet ya da beraat hükmünden ne anlaşılması gerektiği AYM tarafından özerk olarak yorumlanmalıdır. Bu bağlamda aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesinin koruduğu menfaat; "ceza" yaptırımına bağlanmış olan bir eyleme ilişkin isnadın esası incelenerek kişinin cezai sorumluluğu hakkında olumlu ya da olumsuz verilmiş kesin/kesinleşmiş bir karardan sonra tekrar/yeniden yargılanmaması ve cezalandırılmamasıdır. Dolayısıyla özerk yorum çerçevesinde "ceza" olarak nitelendirilen bir yaptırıma ilişkin yargılamada delillerin değerlendirilmesi ve olguların tespiti sonrası kişinin ilgili suçu işlediği ya da işlemediği yönünden değerlendirme içeren bir kararın aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi anlamında mahkûmiyet ya da beraat kararı olarak nitelendirilmesi gerekir. Bununla birlikte isnadın esası incelenmeden verilen, kişinin cezai sorumluluğuyla ilgili tespit içermeyen kararlar, örneğin zaman aşımı nedeniyle verilen düşme kararı ya da kovuşturmaya yer olmadığına dair karar söz konusu ilke kapsamında beraat kararı olarak nitelendirilemez."* demektedir (§ 29).

---

43 AİHM, *Mihalache/Romanya* [BD], B. No: 54012/10, 8/7/2019, § 98.

44 AİHM, *Mihalache/Romanya*, § 95.

Kesin olma/kesinleşme kavramlarından anlaşılması gereken ilgili kararın kanun yolu öngörülmemesi nedeniyle verildiği anda kesin olması veya olağan kanun yolları tüketilerek ya da bunlara başvuru için öngörülmüş süreler başvuru yapılmadan geçirilerek kesinleşmiş olmasıdır[45]. Öte yandan kesin olmanın/kesinleşmenin yargı yoluyla gerçekleşmiş olması ya da idari cezaların yargısal aşamaya taşınmadan kesinleşmiş olması arasında bir fark bulunmamaktadır[46].

Vergi kabahatlerine ve suçlarına dair yargılama süreçlerinin ayrı yargı kollarında görüldüğü dikkate alındığında bu yargı kollarında verilen hükümlerden birisinin diğerinden daha önce kesinleşmesi her zaman ihtimal dahilindedir. Buna göre aynı fiile hem idari para cezası hem de hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesine imkân sağlayan 213 sayılı Kanun'da yer alan kurallar anılan ilke çerçevesinde birinci sürecin kesin/kesinleşmiş mahkumiyet veya beraat hükmüyle sonuçlanmasının ardından tekrar (yeniden) ceza ile ilgili bir yargılama sürecinin işletilmesine yol açabilecek niteliktedir. Dolayısıyla 213 sayılı Kanun'da yer alan kurallar açısından *ne bis in idem* ilkesine aykırılık sonucuna varılabilmesi için aranılan ikinci koşul da sağlanmış olmaktadır.

c. Ceza ile İlgili Yeni Bir Yargılama Sürecinin İşletilmesi

Ne bis in idem ilkesinin ihlal edildiğinin söylenebilmesi için aranan diğer şart, kişi aleyhine ikinci bir takibatın yapılmış olmasıdır. Bu hak sadece ikinci kez cezalandırılmaya değil, -ilk yargısal sürecin mahkûmiyetle sonuçlanıp sonuçlanmadığından bağımsız olarak- ikinci kez yargılanmaya karşı da güvence sağlamaktadır.

Tekrar (yeniden) işletilen sürecin, önceki süreçte verilen kararın kesinleşmesinden önce ya da sonra başlayıp başlamadığının bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan husus süreçlerden birinin diğerinde verilen kararın kesinleşmesinden sonra devam ediyor olmasıdır.

Tıpkı birinci koşulda olduğu gibi bu koşul yönünden de tekrar işletilen sürecin ceza ile ilgili olup olmadığı anayasal anlamda özerk yoruma tabidir.

---

45 AİHM, *Mihalache/Romanya*, §§ 103, 110.

46 AİHM'in *A ve B/Norveç* kararına konu olayda başvurucular vergi cezasına itiraz etmemiş ve ödemiştir. Bu nedenle vergi cezasına dair süreç idari yargıya gitmeden kesinleşmiştir (*A ve B/Norveç*, §§ 16-32). Ancak AİHM özerk yorumu çerçevesinde vergi yargısına taşınmamış olsa bile vergi idaresinin yaptırımıyla kesinleşen bu süreci *ne bis in idem* ilkesine aykırılık bakımından incelemeye tabi tutmuştur.

Tekrar işletilen sürecin sonuçlanıp sonuçlanmadığı ya da mahmumiyet, beraat, takipsizlik gibi kararlarla sonuçlanmış olması değerlendirmeler bakımından bir fark oluşturmamaktadır[47].

Ayrıca belirtmek gerekir ki *iki kere* cezalandırma ile *tekrar* cezalandırma farklı kavramlardır. *Ne bis in idem ilkesi* bir kişiye aynı fiilden dolayı *iki kere ceza* verilmemesi değil kişinin aynı fiilden dolayı *tekrar (yeniden)* yargılanamaması ve bu yargılamaya bağlı olarak cezalandırılmaması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kişinin aynı fiilden dolayı aynı yargılama süreci içinde birden fazla yaptırıma maruz kalması her zaman için *ne bis in idem* ilkesini zedelemeyebilir. Zira bu durumda ortada ceza ile ilgili birden fazla süreç bulunmamaktadır.

Ne bis in idem ilkesi, ilk yargılama işlemi nihai hale geldiğinde ikinci yargılama işlemlerinin başlatılmasını yasaklamaktadır. Diğer taraftan, birden fazla yargılama işlemlerinin paralel şekilde yürütülmesi ilkeye aykırı değildir, çünkü bu ilke çerçevesinde engellenmek istenen, bir kişinin nihai olarak beraat ettiği ya da mahkûm olduğu bir suçtan ötürü ikinci kez yargılanması ya da cezalandırılması durumudur.

Özellikle sosyal ve ekonomik düzenin korunması amacıyla bir haksızlığa ceza hukuku alanında öngörülen yaptırıma ek olarak idari nitelikteki bir cezanın da uygulanabildiği görülmektedir. Bu gibi hâllerde tamamlayıcı niteliğini koruduğu müddetçe farklı makamlar tarafından farklı cezalar uygulanması *ne bis in idem* ilkesini ihlal etmez. Ancak farklı makamlar tarafından uygulanan bu nitelikteki cezaların tamamlayıcı nitelikte görülebilmesi için her iki süreç arasında *maddî yönden* ve *zaman bakımından* yeterince yakın bağlantının bulunması gerekir[48]. Bu husus 213 sayılı Kanun'un öngördüğü yaptırım sistemi açısından aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Hem vergi kabahatlerine hem de vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin sürecin cezai nitelikte olduğu tespiti yapıldıktan sonra vergi cezası süreci ya da vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin süreçlerden birisi kesinleştiğinde diğer sürecin işlemeye devam etmesinin ihtimal dahilinde olduğu açıktır. Bu durumda işlemeye devam etme potansiyeli olan her iki sürecin de cezai nitelikte olduğu görüldüğünden *ne bis in idem* ilkesine aykırılık sonucuna varılabilmesi için aranılan üçüncü koşul da sağlanmış olmaktadır.

---

[47] Aynı yönde AİHM kararı için bknz. *Zolotukhin/Rusya* [BD], B. No: 14939/03, 10/02/2009, § 110.

[48] AİHM, *Österlund/Finlandiya,* B. No: 53197/13, 10/2/2015, § 48.

ç. Farklı Süreçlerin Aynı Fiile İlişkin Olması

Ne bis in idem ilkesinin uygulanabilmesi için *her iki yargılamanın konusunu oluşturan fiil aynı olmalıdır*. Fiilin aynı olduğundan söz edilebilmesi içinse failin aynı kişi olması ve yargılamanın konusunun aynı olması gerekir. Bununla birlikte ilkenin uygulanabilmesi için gerekli olan her iki davada yargılama konusu yapılan fiillerin *aynı* olma unsurundan ne anlaşılması gerektiği hususunda farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır.

Bazı yazarlara[49] göre 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinde düzenlenen kaçakçılık suçuna ilişkin fiillerde hareket belirtilmekle birlikte bir netice öngörülmemektedir. Dolayısıyla bu fiiller sırf hareket suçu niteliğindedir. Vergi ziyaında ise fiil, hareket ve neticeden oluşmaktadır. Fiil kavramı göz önünde bulundurulduğunda, kaçakçılık fiillerinin vergi ziyaında olduğu gibi bir netice unsuru taşımaması nedeniyle aynı fiil olarak kabul edilmeleri mümkün değildir. CANDAN'a göre vergi ziyaı kabahati ile kaçakçılık suçunun tekemmülleri için gerçekleşmesi gereken unsurlar farklıdır. Örneğin, mükellefin vergi kaçırmak amacıyla niteliği bakımından yanıltıcı veya sahte fatura kullanması tek başına kaçakçılık suçunu oluşturması için yeterli iken bu mükellefin anılan fiilinin vergi ziyaı kabahatini oluşturması için beyannamenin verilmesi gerekmektedir[50]. Yazar, bu yüzden vergi kabahati ile cezalandırılan mükellefin, ayrıca hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olmasının, aynı suçtan iki kez yargılanma ve iki kez cezalandırma sayılmayacağını belirtmektedir. BAHÇECİ de benzer şekilde, Türk hukukunda vergi kaçakçılığı suçları olarak adlandırılan filler ile vergi ziyaı arasında oluşum tarihi açısından fark olduğunu, vergi ziyaı kabahatinin, fiilin gerçekleştiği anda değil, doğan vergi borcunun tahakkuk etmesi gerektiği anda işlendiğini, Türk hukukunda vergi kaçakçılığı suçu ile vergi ziyaı kabahati arasında ayniyet (idem) unsuru açısından bir sorun bulunmadığını belirtmektedir[51]. RENÇBER ise, vergi ziyaı kabahati yönünden fiilin ayniyetinden bahsedilemeyeceği görüşünün aksine fiil kavramının neticeyi kapsamadığını, sadece "hareket" anlamında kullanıldığını savunmaktadır. Bu noktada mükellef tek

---

[49] TAŞDELEN, s. 65-66; NARTER / SARICAOĞLU, s.88-89.; ŞİMŞEK Mehmet, **Anayasal İlkeler Karşısında Vergi Kabahat ve Yaptırımları,** 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 130-131.

[50] CANDAN Turgut, "*Bir Anayasa Mahkemesi Kararı, Vergi Cezaları ve Non Bis In Idem Kuralı,* https://turgutcandan.com/2019/05/25/bir-anayasa-mahkemesi-karari-vergi-cezalari-ve-non-bis-in-idem-kurali/ (Erişim Tarihi: 15.03.2022)

[51] BAHÇECİ Barış, "İHAM'ın Vergi Cezalarında Ne Bis In Idem İçtihadı ile Türk Hukukunun Uyum Sorunu", **Türk Barolar Birliği Dergisi**, (136), 2018, s. 154.

hareketiyle hem vergi ziyaına hem de vergi kaçakçılığına neden olduğu için Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesi hükmü gereği sadece suç nedeniyle cezalandırılmalıdır[52].

Aynı fiil koşuluna ilişkin olarak öğretide farklı görüşler bulunmakta ise de gerek AİHM gerekse AYM kararlarında bu hususta bir tereddüt bulunmadığı görülmektedir[53]. AİHM, *ne bis in idem* ilkesiyle ilgili olarak *aynı fiil* kavramı bakımından *Zolotukhin/Rusya* kararında ortaya koyduğu *birebir aynı veya esaslı şekilde aynı olaylardan doğma* kriterini, vergi suç ve kabahatleri bakımından vermiş olduğu Glantz/*Finlandiya*[54] *ve A ve B/Norveç*[55] kararlarında da uygulamış, cezai ve idari yaptırım süreçleri arasında *esas ve zaman bakımından yeterli miktarda yakın bağlantı* olup olmadığı tespitini yapmıştır.

Zira anılan Mahkemeler tarafından ayniyet (idem) kavramının içeriğinin belirlenmesi noktasında olay temelinde (fact base) bir çözüm benimsenmiş, aynı (idem) olandan anlaşılması gerekenin *aynı olaylar veya özünde aynı olan olaylar* olduğu tespiti yapılmıştır. Bunun yanı sıra fiilin neticesi üzerinde de durulmamış, bir başka deyişle vergi kaybının oluşup oluşmadığı noktasından hareket edilmemiş, bütüncül bir yaklaşımla ayniyet unsuru, *hareket ya da ceza normu* değil, *olay* temeline oturtulmuştur[56,57].

---

52 RENÇBER, s. 487.

53 Bununla birlikte AİHM'nin *Glantz/Finlandiya* kararından önceki kararlarında aynı fiil kavramını açıklamak için farklı ölçütlere başvurduğu görülmektedir. Örneğin, *Ponsetti ve Chesnel/Fransa* (B. No: 36855/97 ve 41731/98, 14/9/1999) kararında, vergi kaçakçılığı suçunda kast unsurunun arandığını, ancak idari para cezası yaptırımına tabi mali suçta ise kast unsurunun aranmadığını belirtmek suretiyle yaptırıma konu fiillerin *manevi unsurlarından* hareket edilerek karar verilmiştir. AİHM, *Rosenquist/İsveç* (B. No: 60619/00, 14/9/2004) kararında, vergi kaçakçılığı suçu nedeniyle hapis cezası verilebilmesi için kasıt veya ağır ihmalin esaslı unsur olduğu, buna karşılık idari para cezasında bu unsurun aranmadığını belirterek söz konusu cezaların amacının aynı olmadığını ifade etmiştir. Bu kararda suçun unsurları yönünden değil, cezaların koruduğu hukuki yarar açısından bir ayrım yapılmıştır. Mahkeme, *Manasson/İsveç* (B. No: 41265/98, 20/7/2004) kararında ise, gelirin ve ücret ödemelerinin kasıtlı olarak defterlere işlenmemesi fiili dolayısıyla defter tutma yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle hapis cezası, beyannamede gelirin eksik gösterilmesi nedeniyle para cezası uygulandığını belirterek iki cezanın uygulanmasını gerektiren fiillerin farklı olduğu gerekçesiyle ilkeye aykırılık bulmamıştır. AİHM, *Carlberg/İsveç* (B. No: 9631/04, 27/1/2009) kararında da, *Manasson/İsveç* kararına atıf yaparak benzer gerekçelerle olayda aynı fiil olmadığı sonucuna varmıştır.

54 AİHM, *Glantz/Finlandiya,* § 52-53.

55 AİHM, *A ve B/Norveç,* § 108.

56 TOSUN Ayşe Nil, "Türk Vergi Ceza Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlardan Lucky Dev Kararı", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 7 (2), 2017, s. 99-100.

57 *"Mahkeme, daha önceki bazı kararlarda ayniyet kavramı yorumlanırken kullanılan 'esaslı unsurlar' ölçütünden vazgeçmiştir. Çünkü bu ölçüt, adeta bir maymuncuk işlevi görmekteydi.*

AİHM'ne göre, yapılacak olan araştırma, somut bir dizi olgusal koşulları içeren olaya odaklanmalıdır. Buna göre *aynı fiil* kavramından bahsedebilmek için, *olaylar aynı kişi ile ilgili olmalı (same defendant)* ve *zaman ve yer bakımından birbirine ayrılamaz bir biçimde bağlı bulunmalıdır (inextricably linked together in time and space)*[58]. Bu iki koşul bir arada bulunuyorsa ortada aynı fiil var demektir.

Nitekim AYM, AİHM'in yaklaşımına benzer şekilde, *Ünal Gökpınar* kararında fiilin aynı olup olmadığının belirlenmesinde suçun unsurlarına ilişkin mevzuattaki nitelemelerle bağlı kalmamıştır. Kararda yer verilen *"(...) Buna göre başvurucunun cezai süreçlere neden olan hareketleri, amaç, zaman ve mekân yönlerinden birbirine bağlı şekilde kendi içinde bir bütünlük oluşturduğundan hukuki anlamda aynı fiil olarak değerlendirilmelidir. Diğer bir deyişle sonuç olarak somut olayda her iki takibatta da, özünde aynı olgulara dayanan tek bir fiilin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır."* şeklindeki ifadeler vergi ziyaı kabahati ve vergi kaçakçılığı bakımından suçun unsurları arasındaki farklılıkların incelenmesine gerek görülmediğine ve süreçlere kaynaklık eden fiilin/olgunun (sahte fatura düzenlenmesi) aynılığının dikkate alındığına işaret etmektedir. Bu bağlamda suçun sırf hareket suçu mu netice suçu mu olduğu, kasıtla mı taksirle mi işlenebileceği gibi hususlar konusundaki ayrıntılar bakımından bir fark gözetilmemiştir.

AYM, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021 sayılı kararında da AİHM'nin *Zolotukhin/Rusya (§§ 78-84, 97)* ve *A ve B/Norveç (§ 108)* kararlarına atıf yapmak suretiyle, *"Dördüncü koşul bakımından aranması gereken aynı suç değil aynı fiildir. (...) Suç ve kabahatlerin aynı fiille işlenip işlenmediğinin tespiti için fiile ilişkin zamansal, mekânsal ve olgusal aynılığın sağlanması gerekmektedir. Aynı fiilden söz edilebilmesi için birden fazla takibat ya da cezaya kaynaklık eden olguların bire bir aynı veya maddi olarak (büyük ölçüde) aynı olgular olması ve aynı zamanda ve mekânda gerçekleşmesi gerekmektedir. Tek bir fiilin cezaya ilişkin iki farklı düzenlemede aynı bi-*

Kimi zaman suçun manevi unsurları "esaslı unsur" kabul edilerek aynı fili cezalandıran iki normdan birinin kastı gerektirmesi diğerinin taksirle de işlenebilmesi halinde, ikisi arasında bir ayniyet bulunmadığı sonucuna varılıyordu. Kimi zaman ise aynı fili yaptırıma bağlayan farklı normların farklı hukuksal yararları koruduğu gerekçesiyle aralarında ayniyet bulunmadığı tespitine dayanak oluşturuyordu. Esaslı unsurlar ölçütünün bu kadar belirsiz ve geniş bir içerikle kullanılması, fili değil suçun (devletin iç hukukunun) dikkate alınmasını sağlarken, Mahkeme içtihadının objektif bir temele oturmasına da engel olmaktaydı." (BAHÇECİ, s. 148-149).

[58] YALTI, s. 88.

çimde ele alınması durumunda birebir aynı olma hâlinden, düzenlemelerde bazı farklılıklar bulunmakla birlikte bu farklılıkların önemsiz olması hâlinde maddi olarak (büyük ölçüde) aynı olma hâlinden söz edilebilecektir." demektedir (§ 31).

Kanaatimizce aynı fiil kavramının AİHM ve AYM tarafından kabul edilen *aynı olaylar veya özünde aynı olan olaylar* kriteri çerçevesinde açıklanması yerinde bir yaklaşımdır. Öğretide bazı yazarların savunduğu veya AİHM'nin daha eski kararlarında yer verildiği gibi suçun/kabahatin manevi unsurları üzerinden veya buna ek olarak suçun/kabahatin maddi unsuru içinde yer alan *hareket suçu mu - netice suçu mu olduğu* hususu açısından aynı fiilin tanımlanması *ne bis in idem* ilkesinin uygulama alanını daraltan yaklaşımlardır. Bu bağlamda birbiriyle bağlantılı olan suçun/kabahatin birebir aynı veya maddi olarak aynı olgulara dayalı olup olmadığı koşulu kapsamında suçun işlenmesinden sonra kabahat için farklı fiillerin icra edilmesinin gerekip gerekmediği hususlarının aynı fiil kavramının açıklanmasında önemli olmadığı düşünülmektedir. Buna göre 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinde yer alan kaçakçılık suçları, dış âlemde bir değişiklik anlamında ayrı bir neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı *salt hareket suçu (tehlike suçu)* olarak nitelendirilen suçlardandır[59]. Ancak Kanun koyucu vergi kaçakçılığı suçunun oluşması için verginin ziyaa uğratılması gibi bir netice öngörmemiş olmakla birlikte vergi kaçakçılığına yol açan bir fiilin vergi kaçırmak amacıyla işleneceği ortadadır. Bunun yanı sıra vergi kaçakçılığı suçunun hangi anda işlenmiş olduğu hususunda Kanun'da bir belirleme yer almamaktadır. Bir örnekle açıklamak gerekirse 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinde kaçakçılık suçunu doğuran hareketlerden birisi olarak sahte fatura kullanma fiilinden bahsedilmekle birlikte sahte fatura kullanma fiilinin ne şekilde gerçekleşeceğine ve hangi aşamada tamamlanacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bir başka deyişle vergi mükellefinin faturayı sahte fatura düzenleyicisinden aldığı anda mı, yasal defterlerine kaydettiği anda mı, yoksa bu faturayı beyannamesine dahil etmek suretiyle vergi dairesine beyan ettiği anda mı sahte fatura kullanma fiilinin gerçekleştiği ve tamamlandığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Sahte faturanın düzenleyiciden alınmasının faturanın kullanıldığı anlamına gelmediği açıktır. Sahte faturanın kullanıldığının kabul edilebilmesi için en azından yasal defterlere kaydedilmesi gerekmektedir. Ancak bize göre yasal defterlere kaydedil-

[59] ŞENYÜZ, s. 405.

mekle birlikte beyan edilmeyen bir fatura da 213 sayılı Kanun anlamında sahte fatura niteliği kazanmamaktadır. Bu faturanın sahte fatura niteliği kazanması ve sahte fatura kullanma fiilinin oluşabilmesi için bunun beyan edilmesi gerekmekte olup sahte fatura kullanma fiili de bu aşamada gerçekleşmekte ve tamamlanmaktadır. Aslında bu durum beyan esasına dayanan Türk vergi sisteminin ortaya çıkardığı bir sonuçtur. Vergi ziyaı da beyanname verilmesi ile birlikte vergi eksik tahakkuk ettiğinde gerçekleşmiş olacaktır. Bir başka deyişle kişinin yukarıda belirtilen fiilleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde hem vergi kaçakçılığı suçuna neden olacak hem de vergi ziyaı kabahati oluşacaktır[60].

Sonuç olarak 213 sayılı Kanun'da öngörülen yaptırım sisteminde kaçakçılık suçu ve vergi ziyaı kabahatinin esas olarak aynı olay ve olgulardan kaynaklanan ve aynı fiil olarak değerlendirilebilecek fiillerle işlenebilmesi mümkündür. Bu nedenle bir kişinin tek bir fiille hem vergi kabahatini hem de kaçakçılık suçunu işlemesi her zaman için ihtimal dâhilindedir. Dolayısıyla her iki takibatta da özünde aynı olgulara dayalı *aynı fiilin* söz konusu olduğu açıktır.

Son olarak, ilkenin kapsamında bulunan bir başka unsur da *kişinin aynılığı* unsurudur. Kişinin aynılığı, iddianamede yer alan ve hakkında dava açılan veya hüküm verilen kişi hakkında başka dava açılamaması veya hüküm verilememesini ifade eder. Bu nedenle kişinin aynılığı açılan dava veya verilen hükme esas teşkil eden iddianamede somutlaştırılmış kişi şeklinde anlaşılmalıdır[61].

Dolayısıyla 213 sayılı Kanun'un öngördüğü yaptırım sisteminin AİHS'ne Ek 7 No.lu Protokol'de yer alan ve AİHM'nin *Nikitin/Rusya* kararında somutlaştırdığı koşullar yönünden değerlendirildiğinde *ne bis in idem* ilkesine aykırılık sonucu doğurabilecek düzenelemeler içerdiği söylenebilecektir.

---

[60] Bunun yanı sıra Kanun'un doğrudan vergi ziyanının oluşması sonucuna bağladığı vergi kaçakçılığı suçunu doğuran fiiller de bulunmaktadır. Bunlardan birisi, *çift defter, belge ve kayıt kullanma suçu*na ilişkindir. Kanunda yer alan tanımda geçen *vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde* ibaresinden suçun işlenebilmesi için vergi matrahında azalma sonucunun ortaya çıkması biçiminde bir netice öngörülmüştür. Çift defter, belge veya kayıt kullanmak suretiyle vergi matrahında azalma olup olmadığını görebilmek bakımından verginin beyan zamanını beklemek ve matrahın eksik beyan edilip edilmediğini tespit etmek gerekmektedir. Matrahtaki azalmaya bağlı olarak eksik beyan edilme durumunda suç işlenmiş kabul edilecektir.

[61] ÖZEN (2010). s. 393.

C. 213 sayılı Kanun'da Öngörülen Yaptırım Sisteminin Ne Bis In Idem İlkesine Aykırılık Oluşturmayan Özel Durumlar Açısından Değerlendirilmesi

Bir kanuni düzenlemenin, *ne bis in idem* ilkesine aykırılığı sonucunu doğuran koşulların oluşmasına rağmen bu düzenlemenin *ne bis in idem* ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varılmasını sağlayabilecek bazı özel durumlar bulunmaktadır.

Ne bis in idem ilkesine aykırılığa neden olmayacak özel durumların ikisi Ek 7 No.lu Protokol'de yer almakta olup bu özel durumlar *yeni delil ortaya çıkması* ve *davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusur*un varlığıdır. Bunun yanı sıra AİHM içtihatları ile ortaya konulan özel durumlardan bir diğeri ise teknik olarak birden fazla olsa bile yargılama süreçlerinin *bir bütünün parçaları olacak şekilde entegre bir biçimde yürütülmesidir*[62].

213 sayılı Kanun'da yer alan yaptırım sistemine ilişkin kuralların *ne bis in idem* ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varılmasını sağlayacak özel durumların yeni delil ortaya çıkması veya davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı ile ilgili olmadığı açıktır. Bu nedenle bu konudaki değerlendirmenin, görünürde birden fazla yargılama süreci olsa bile gerçekte bunların bir bütünün parçaları olacak şekilde bağlantılı bir biçimde yürütülüp yürütülmediği çerçevesinde yapılması gerekmektedir.

AİHM, *ne bis in idem* ilkesini tartıştığı kararlarında uygulayacağı kriterlerini süreç içerisinde geliştirmiş ve kısmen değiştirmiş olsa da son dönemlerde verdiği birçok kararında yer verdiği kriterler çerçevesinde somut olayı teste tabi tutmakta ve sonucuna göre karar vermektedir.

Bu kapsamda AİHM, *Glantz/Finlandiya* kararında, Finlandiya hukuk sistemine göre cezai ve idari yaptırımları uygulayan otoritelerce verilen kararların birbirini etkilemediğini ve sonuç olarak iki tür yaptırımın da birbi-

---

[62] AYM, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 32: *"İlk dört koşulun birlikte gerçekleşmesi halinde ilkeye aykırılık oluşur. Bununla birlikte uluslararası hukukta ilkeye istisna teşkil edebilecek bazı özel durumlar öngörülmüştür. Bunlar Anayasa'nın anılan ilke bağlamında yorumunda da dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer verilen, Türk hukukunda kanunlarda kabul edilen yeni delil ortaya çıkması ve davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı ilk iki istisnai durum olarak değerlendirilebilir. Üçüncü istisnai durum ise AİHM içtihatları ile geliştirilen (şeklen birden fazla olsalar bile) cezaya ilişkin süreçlerin bir bütünün parçaları olacak şekilde bağlantılı bir biçimde yürütülmesidir (AİHM, A ve B/Norveç [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016, § 130)."*

rinden bağımsız şekilde kesinleştiğini, mahkeme veya idare tarafından uygulanan yaptırımlardan hiçbirisinin diğer mahkeme veya idare tarafından cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle yargılamalar arasında esas ve zaman bakımından yeterli miktarda yakın bağlantı bulunmadığını belirterek ihlal kararı vermiştir[63].

Mahkeme, *A ve B/Norveç* kararında da aynı testi uygulamıştır. AİHM kararda, idari ve adli yargılama arasında bir ilişkinin olup olmadığını incelemiştir. Bu noktada, Mahkeme, başvurucular aleyhine hapis cezası hükmedilirken daha önceden başvuruculara kesilen vergi para cezalarının dikkate alındığını tespit etmiştir. Buna ek olarak Mahkeme, iki yargılamanın birbirine paralel sürdüğünü, birbirini tamamladığını ve bu sebeple öngörülebilir sonuçlar doğurduğunu ifade etmiştir. Bu sebepler ışığında AİHM, başvurucuların adaletsiz ve/veya orantısız bir yaptırıma maruz kalmadığına, yapılan iki yargılamanın maddi ve zaman bakımından yeterli miktarda yakın bağlantılı olduğuna hükmetmiş ve *ne bis in idem* ilkesine aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır.

AİHM böylelikle son dönemde vermiş olduğu kararları ile vergi suç ve kabahatleri bakımından, birbirinden haberdar ve birbiriyle etkileşimde olan, birbirinin uyguladığı yaptırımları gözeten otoritelerce *öngörülebilir ve tamamlayıcı* bir mükerrer yargılama veya cezalandırmanın *ne bis in idem* ilkesini ve dolayısıyla Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesini ihlal etmeyeceği yönünde bir içtihat benimsemiştir.

AİHM'in bu yaklaşımını ortaya koyduğu en önemli karar olan *A ve B/Norveç* kararında Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin belli koşulların

---

[63] AİHM'nin, bu dönemde vergi ceza hukuku açısından *ne bis in idem* ilkesine ilişkin vermiş olduğu diğer kararlarında da aynı yaklaşımı sürdürdüğü görülmektedir. Buna göre, *Kiiveri/Finlandiya* (B. No: 53753/12, 10/2/2015) kararında, idari para cezası ve vergi kaçakçılığı suçunun verginin beyan edilmemesi biçimindeki aynı fiilden kaynaklandığını belirterek güvenceler sağlanmadan farklı yargılama süreçlerinde yargılama yapılması nedeniyle *ne bis in idem* ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. *Österlund/Finlandiya* (B. No: 53197/13, 10/2/2015) kararında da, verginin beyan edilmemesi nedeniyle uygulanan idari para cezası ve vergi sahtekarlığı suçu nedeniyle yargılanan başvurucunun, güvenceler sağlanmadan farklı yargılama süreçlerinde yargılanması nedeniyle *ne bis in idem* ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. *Johannesson ve Diğerleri/İzlanda* (B. No: 22007/11, 18/5/2017) kararına konu olayda, verginin beyan edilmemesi nedeniyle idari para cezası uygulanmış, ayrıca ağırlaştırılmış vergi suçu nedeniyle mahkûmiyet kararı verilmiştir. Kararda, her iki cezaya ilişkin yargılamalar arasında esas ve zaman bakımından yeterli bağlantı sağlanamadığından *ne bis in idem* ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. AİHM, benzer şekilde *Nykänen/Finlandiya* (B. No: 11828/11, 20/5/2014) ve *Lucky Dev/İsveç* Kararında da (B. No: 7356/10, 27.11.2014) *Glantz/Finlandiya* kararındaki yaklaşımını sürdürmüştür.

sağlanması halinde ikili bir yargılama seçeneğini dışlamadığı[64], bununla birlikte *ne bis in idem* ilkesine aykırılık bulunmadığı sonucuna varılabilmesi için ilgili devletin söz konusu ikili yargılamanın *maddi yönden ve zaman yönünden yeterince yakın bir bağlantı* içinde olduğunu inandırıcı bir şekilde göstermesi gerektiği ifade edilmiştir.

AİHM süreçler arasında *maddi yönden yeterli ölçüde yakın bağlantı* olup olmadığını aşağıdaki ölçütler çerçevesinde değerlendirmektedir[65]:

i. Farklı süreçlerin *tamamlayıcı amaçlar takip edip etmediği* ve böylece sosyal olarak kınanan davranışın farklı yönlerine -sadece soyut olarak değil aynı zamanda somut olarak- işaret edip etmediği,

ii. Yargılama süreçlerinin ikili olmasının, aynı kınanan davranışın -hukuken ve uygulamada- *öngörülebilir* sonucu olup olmadığı,

iii. İlgili süreçlerin mümkün olduğunca *delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde herhangi bir tekrarın oluşmasından kaçınacak tarzda* - özellikle bir süreçte tespit edilen olguların diğer süreçte de kullanılmasını temin için *farklı yetkili makamlar arasında yeterli etkileşim* yoluyla - yürütülüp yürütülmediği,

iv. Son olarak ilgili kişinin aşırı bir külfete katlanmasını önlemek için *ilk olarak kesinleşen süreçte uygulanan yaptırımın sonradan kesinleşende dikkate alınıp alınmadığı*[66].

Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin metninde açıkça yer verilmeyen, AİHM'in yorum yoluyla geliştirdiği bu istisnai durumun, 213 sayılı Kanun'un benimsemiş olduğu yaptırım sisteminin *ne bis in idem* ilkesine uygun olup olmadığının değerlendirilmesi sırasında dikkate alınabileceği düşünülmektedir. Bu durumun varlığı tespit edildiğinde yukarıda belirtilen testin unsurlarına göre *ne bis in idem* ilkesine aykırılık olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki AYM, *A ve B/Norveç* kararından

---

[64] AİHM, *A ve B/Norveç* § 130:*"Hem ceza hem de idare hukuku tarafından yaptırıma bağlanan konularda ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesi ile uyumlu bir sistem oluşturmanın en garantili yolu, mümkün olduğu ölçüde, farklı hukuk disiplinleri açısından ortaya çıkan sonuçların birlikte değerlendirilebileceği tek bir süreçle mümkün olabilir. Böylece tek bir süreç içerisinde suçla ilgili olan çeşitli toplumsal ihtiyaçlar kavranabilir. Bununla birlikte ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesi belli koşulların sağlanması halinde ikili bir yargılama seçeneğini dışlamaz."*

[65] AİHM, *A ve B/Norveç*, § 132.

[66] AYM, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 33.

sonra verdiği *Ünal Gökpınar* kararında bu ölçütlerden yararlanma yoluna gitmemiş ise de daha sonra norm denetimine ilişkin olarak verdiği 4/11/2021 tarih ve E: 2019/4, K: 2021/78 sayılı kararında AİHM'nin geliştirdiği bu ölçütlerden yararlanmıştır.

a. Süreçlerin Birbirini Tamamlayıcı Farklı Amaçlar Taşıyıp Taşımadığı

Farklı süreçlerin tamamlayıcı bir amaç taşıyıp taşımaması hukuk düzeninin farklı disiplinleri tarafından hukuka aykırı fiilin farklı yönlerine odaklanılıp odaklanılmadığıyla ilgilidir. Bu kapsamda *vergi kabahatleri* ile *kaçakçılık suçu*nun aynı fiilin farklı yönlerine somut olarak nasıl bir cevap teşkil ettiğini izah etmek gerekmektedir. Zira bu kriter yönünden gerekli olan *farklı* ancak *tamamlayıcı* amaç olmasıdır. Dolayısıyla amacın aynılaştırılması *ne bis in idem* ilkesinin ihlaline neden olur[67].

Yaptırım uygulanmasının temelde, terbiye etme, cezalandırma, acı çektirme niteliği ağır basan *caydırma* amacı ve bir hukuk kuralının ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen hak kaybının zorla giderilme niteliği ağır basan *tazmin* amacı olmak üzere iki ayrı amacı bulunmaktadır. İki yaptırım türü arasındaki hukuksal nitelik farklılığı da, amaçların gerçekleşmesine yönelik olarak öngörülen yaptırımın ceza niteliği taşıyıp taşımadığıdır.

Bu bağlamda maddi ve şekli vergi ödevlerinin yerine getirilmemesi hâli için öngörülen yaptırımların amacının ne olduğu ve bu amacın sonucu olarak ortaya çıkan yaptırımların hukuksal niteliğinin belirlenmesi önemlidir. Vergi ödevinin yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla öngörülen yaptırımlarda, toplum düzenini korumak için bastırma ve cezalandırma özelliği ön plana çıkmaktadır.[68] Ancak her iki ceza türünün de genel amacı bu olmakla birlikte idari sürecin belirli bir miktar para cezası verilmesiyle bireylerin vergisel yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlama amacına yöneldiği, adli sürecin ise kamu düzeninin korunmasını amaçladığı da bir gerçektir.

AYM de norm denetimine ilişkin olarak vermiş olduğu bazı kararlarında farklı süreçler arasındaki tamamlayıcılık ilişkisine vurgu yaparak *ne bis in idem* ilkesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır[69]. AYM, E.2019/4,

---

[67] Nitekim AİHM, *Korneyeva/Rusya* (B. No: 72051/17, 8/10/2019, § 62) kararında birden fazla sürecin konusu olan suçların herbirinin koruma alanlarının farklı olduğu şeklindeki Rus Hükümetinin savunmasına itibar etmemiş ve ihlal sonucuna varmıştır.

[68] KARAÇOBAN GÜNEŞ, s. 90.

[69] AYM bir kararında (E.2014/124, K.2015/24, 5/3/2015) şu değerlendirmelere yer vermiştir: *"Hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan 'aynı fiilden dolayı*

K.2021/78, 04/11/2021 sayılı kararında da (§ 78), *"Farklı yargılama/cezalandırma süreçlerinin tamamlayıcı amaçlar taşıyıp taşımaması hukuk düzeninin farklı disiplinleri tarafından hukuka aykırı fiilin farklı yönlerine odaklanılıp odaklanılmadığıyla ilgilidir. Kaçakçılık suçunda amaç genel olarak suçu oluşturan hukuka aykırı fiilleri işleyenleri cezalandırmak, bu yolla kişileri bu eylemleri işlemekten caydırmak, suç olarak düzenlenen her bir fiilin yasaklanmasıyla kamu düzenini korumaktır. Buna karşın, vergi kabahatleri nedeniyle yargısal bir karar olmaksızın idare hukuku usullerine göre uygulanan idari yaptırımların amacı, vergisel idari düzeni korumak, bu kapsamda mükellef ve sorumluların vergi kanunlarındaki yükümlülüklerine aykırı davranışlarına etkin ve caydırıcı yaptırım uygulamaktır. Bu bakımdan özünde aynı fiile ilişkin olmakla birlikte farklı hukuki değerleri koruyan biri adli, diğeri idari iki ayrı cezalandırma usulünün tamamlayıcı amaçlar izlediği söylenebilir."* demektedir.

Sonuç olarak vergi kabahati nedeniyle uygulanan idari yaptırımın temel amacı vergisel idari düzeni korumak, bu kapsamda özellikle bireylerin vergi sistemi içinde yüklendikleri yükümlülükleri mevzuata uygun olarak yerine getirmelerini sağlamaktır[70]. Buna karşılık vergilendirmeyle bağlantılı adli suçların amacının; genel olarak suç sayılan hukuka aykırı fiilleri işleyenleri cezalandırmak, bu yolla kişileri bu eylemleri işlemekten caydırmak, suç olarak düzenlenen her bir fiilin yasaklanmasıyla ortaya çıkan kamu menfaatini korumak olduğu söylenebilir. Özetle vergi cezaları vergisel idari düzeni korumayı amaçlarken[71] vergilendirmeye ilişkin adli cezalar daha çok her bir suç teşkil eden fiil yönünden farklı kamu menfaatlerini korumak için kişileri cezalandırmak suretiyle caydırıcılığı sağlamayı amaçlamaktadır[72].

---

iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem)' ilkesi gereğince, kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılamaz. Ancak, bu ilke mutlak olmayıp, konu bakımından birbirine benzeseler dahi, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle aynı fiilin ayrı hukuk disiplinleri kapsamında farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması hukuk devleti ve 'aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz' ilkesine aykırılık teşkil etmez."

70 TAŞDELEN, s. 18-22,

71 SARICAOĞLU, s. 156-157; ŞENYÜZ, s. 8.

72 AİHM *A ve B/Norveç* (§ 144) kararında idari ve adli süreçlerin farklı tamamlayıcı amaç taşıması konusunda şu değerlendirmeleri yapmıştır: *"144. Ulusal makamlar başvurucunun kınanabilir davranışına iki ayrı amacı takip eden idari ve cezai olmak üzere iki ayrı yaptırım uygulamıştır. AİHM iç hukuktaki yargılamalarda açıklananan gerekçelerden ayrılmayı gerektiren bir durum olmadığını belirtmiştir. Bu gerekçelere göre idari cezanın genel caydırıcı amacı başvurucunun ihmalle dahi olsa vergisel ödevlerini eksik ya da hatalı yerine getirmesine*

Bu açıdan her iki cezanın tamamlayıcı bir mahiyet arz ettiği, bu nedenle süreçlerin bütünsellik oluşturması açısından gerekli olan bu koşulun sağlandığı görülmektedir.

b. Aynı Fiile İlişkin Yürütülen Birden Fazla Sürecin Öngörülebilir Olup Olmadığı

213 sayılı Kanun'da aynı fiil nedeniyle hem idari para cezası hem de hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanmasına imkân sağlayan düzenlemelerin, diğer bir deyişle aynı fiile ilişkin birden fazla sürecin yürütülebilecğinin açık ve öngörülebilir nitelikte olması gerekmektedir.

AYM de, temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olmasını, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereği olarak görmektedir. Buna göre hukuk devletinin temel unsurlarından olan *hukuki belirlilik* ilkesi uyarınca kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur[73].

213 sayılı Kanun'da aynı fiiller nedeniyle hem idari para cezası hem de hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanmasına imkân sağlayan düzenlemeler mevcut olup Kanun'un ilgili maddelerinde açık bir şekilde düzenlenmiş ve öngörülebilir niteliktedir. Bir başka deyişle vergi mükellefleri veya ilgili diğer kişiler, vergi kanunlarına aykırı fiillerinden ötürü hakkında hem vergi kaçakçılığı suçu nedeniyle adli ceza sürecinin hem de verginin ziyaa uğratılması nedeniyle idari sürecin başlatılabileceğini ve bu süreçler sonucunda işlemiş olduğu fiil nedeniyle cezalandırılabileceğini öngörebilecek durumdadır.

---

bir tepki ve toplum adına başvuru konusu olayda olduğu gibi kontrol ve vergi denetimi yapan vergi denetim makamlarının çalışmalarını ve maliyetlerini karşılama amacıdır. Bu maliyetlerin belli ölçüde eksik ya da yanlış beyanda bulunanlara yükletilmesi gerekir. Vergi denetimleri milyonlarca vatandaşı kapsayan geniş bir faaliyettir. İdari cezanın ilk ve en önemli amacı mükelleflerin doğru beyanda bulunmasını sağlamak ve devletin ve toplumun işleyişi bakımından şart olan vergi sisteminin temelini korumaktır. Adli ceza ise caydırıcılık ve cezalandırma yanında aynı mahiyetteki olayların tekrar yaşanmaması -kusurlu sahtekarlıkların ortadan kaldırılması unsurunu da içerecek şekilde- amacına hizmet etmektedir."

[73] AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154, AYM, E.2019/100, K.2020/62, 22/10/2020, § 19.

AYM de, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021 sayılı kararında (§ 79), *"213 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinde vergi kaçakçılığı suçu ve vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri ile bu süreçler sonunda uygulanacak cezaların yeterli belirlilikte düzenlendiği gözetildiğinde bu süreçlerin öngörülebilir olduğu anlaşılmaktadır."* demektedir.

c. Süreçler Arasında Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi ile Olguların Tespitinde Yeterli Etkileşimin Sağlanıp Sağlanmadığı

Aynı fiile ilişkin yürütülen yargılama süreçlerinin *bir bütünün parçaları olacak şekilde entegre bir biçimde yürütüldüğünün* söylenebilmesi için gerekli güvenceleri sağlayacak bir sistemin oluşturulması gerekir. AİHM'nin mükerrerlik (bis) kavramıyla ilgili içtihadı da *yargılamalar arasında esas ve zaman bakımından yakın bir bağlantı olması* ölçütünün yorumuna göre şekillenmiştir. Böyle bir sistemin olmadığı durumda aynı fiil nedeniyle uygulanan yaptırımlara ilişkin birden fazla sürecin yürütülmesi ve süreçler sonunda kişilerin cezalandırılması *ne bis in idem* ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Kanun ile gerekli güvenceleri sağlayacak bir sistem oluşturulup oluşturulmadığının belirlenebilmesi için 213 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler açısından vergi kaçakçılığı suçu ve bu suçla bağlantılı olarak işlenebilecek kabahatler bakımından ceza kesme ve yargılama süreçlerinin incelenmesi gerekmektedir.

213 sayılı Kanun'un 134. maddesinde, vergi incelemesinin amacı, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak şeklinde ifade edilmekte olup aynı Kanun'un 137. maddesinde, bu Kanun'a veya diğer kanunlara göre defter ve hesap tutmak, evrak ve vesikaları muhafaza ve ibraz etmek mecburiyetinde olan gerçek ve tüzel kişilerin vergi incelemelerine tabi olduğu belirtilmiştir. Kanun'un 135. maddesinde ise, *"Vergi Müfettişleri, Vergi Müfettiş Yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi* müdürleri *ile Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar"* vergi incelemesine yetkili kılınmıştır.

213 sayılı Kanun'un 367. maddesi birinci fıkrasına göre, yaptıkları inceleme sırasında 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinde yazılı suçların işlendiğini tespit eden vergi müfettişleri ve vergi müfettiş yardımcıları tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla vergi dairesi başkanlığı veya defter-

darlık tarafından keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir. Buna göre vergi incelemesi, vergi müfettişi veya müfettiş yardımcısı tarafından yapılıyorsa ve vergi kaçakçılığı suçu işlendiği kanaatine varılmışsa; bunlar tarafından vergi inceleme raporu yanı sıra *vergi suçu raporu* da düzenlenerek ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla durum doğrudan doğruya Cumhuriyet başsavcılığına bildirilecektir. Belirtilenler dışında vergi incelemesi yapmaya yetkili memurlarca vergi suçu raporu düzenlenmesi halinde, yine ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaası alınarak durumun vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi gerekmektedir[74].

Vergi suçu raporu, vergi kaçakçılığını oluşturan 213 sayılı Kanun'un 359. maddesindeki fiillerin işlenmesi halinde 367. madde gereği bunları işleyenlerin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmesini sağlayan rapordur[75]. Vergi suçu raporu *idarenin görüşü* niteliğinde olup Cumhuriyet savcısı bakımından bağlayıcı değildir. Mütalaa için de aynı şey söylenebilecektir.

Vergi kaçakçılığı suçunun işlendiği vergi incelemesi sırasında tespit edilebileceği gibi diğer yollarla da öğrenilebilir. 213 sayılı Kanun'un 367. maddenin ikinci fıkrasına göre, vergi incelemesi dışındaki yollarla (başka müfettişlerce tespit, ihbar, basından öğrenme vb.) suçun işlendiğinin öğrenilmesi durumunda Cumhuriyet savcısı tarafından ilgili vergi dairesinden inceleme yapılmasının talep edilmesi (görüş alınması) gerekmektedir. Bu durumda, aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, kamu davanın açılabilmesi için inceleme sonucunun Cumhuriyet savcılığına bildirilmesi gerekmektedir.

Vergi kabahatlerine ilişkin ceza kesme ve yargılama süreci de vergi inceleme raporunun ilgili vergi dairesine bildirilmesi üzerine başlatılacaktır. 213 sayılı Kanun'un 364. maddesinde "*Vergi cezalarını gerektiren olaylar vergi dairelerince veya yoklamaya ve vergi incelemesine yetkili olanlar tarafından tesbit olunacağı*", 365. maddesinde ise vergi cezalarının "*olayların*

---

[74] *"Vergi Usul Kanunu'nun 367. maddesinin getirilmesinin amacı; çözümü maliye ve iktisat gibi teknik uzmanlığı gerektiren ve hukukçuların genel olarak yabancı oldukları hususlarda, uyuşmazlığın teknik bir denetimden geçirildikten sonra ceza yargının önüne getirilmesi gereği ve isteğidir. Bununla beraber, bu düşünce kadar önem taşıyan başka bir husus da maliye bilimi ile ilgilenenlerin de hukuka ve özellikle de ceza hukukuna yabancı olmaları ve bu yabancılıklarına rağmen kişi hak ve özgürlükleri ile doğrudan alakalı olan suçun kanuni unsurlarının oluşup oluşmadığı yönünde yargıya etki edebilmeleri hatta yargının suçtan haberdar olmasını engelleyebilmeleridir."* (RENÇBER, s. 390.)

[75] YÜCE, s. 237.

ilgili bulunduğu vergi bakımından mükellefin bağlı olduğu vergi dairesi tarafından kesileceği" hüküm altına alınmıştır.

Yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, gerek 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinde yazılı fiillerle vergi kaçakçılığı suçunu oluşturan fiillerin işlenmesi ve gerekse bunlarla bağlantılı olarak vergi kabahatlerinin işlenmesi durumunda, ceza kesme/cezaya hükmetme süreçlerinin vergi incelemesi üzerine düzenlenen raporlar ile başladığı görülmektedir. Bu aşamaya kadar suç ve kabahat isnadına ilişkin sürecin ve dolayısıyla isnada ilişkin bilgi ve belgelerin aynılığı söz konusudur.

Buna göre gerek vergi yargısı süreci ve gerekse ceza yargısı süreci esas olarak vergi incelemesine yetkili olanlar tarafından hazırlanan inceleme raporuna istinaden başlamaktadır. Vergi inceleme raporu ile buna bağlı olarak düzenlenen vergi suçu raporu, mütalaa ve görüşe ilişkin belgeler idarenin vergi suçuna ilişkin tespitlerini ve delillerini içermektedir. Bu iddialara karşı ceza muhatapları tarafından aşağı yukarı aynı delillerin hem vergi mahkemesine hem de ceza mahkemesine sunulması muhtemeldir. Dolayısıyla, yargılama süreçlerinin başlangıcında her iki mahkeme önünde de aynı materyallerin bulunduğundan bu aşamaya kadar süreçler arasında benzerlikten söz edilebilecektir[76].

Bununla birlikte başlangıç aşamaları sonrasında cezalandırma ve yargılama süreçleri birbirinden bağımsız olarak yürütülmektedir. 213 sayılı Kanun'un 367. maddesine göre vergi idaresinin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına bildirimde bulunma ve mütalaa verme dışında ceza yargılaması sürecine katılımı söz konusu değildir[77]. Bundan sonraki ceza yargılaması süreci ilgili ceza kanunlarında yer alan hükümlere göre Cumhuriyet Başsavcılığı ve ceza mahkemesinin inisiyatifinde yürütülmektedir. Bundan sonraki süreçte, vergi mahkemesi 213 sayılı Kanun'un 3. maddesi gereği, ceza mahkemesi ise 5271 sayılı Kanun'un 217. maddesi gereği, resen araştırma ilkesi çerçeve-

---

[76] AYM de, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021 sayılı kararında (§ 80), *"Aynı fiil ile işlenen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri esas olarak vergi incelemesine dayanmaktadır. Vergi inceleme raporundaki tespitler üzerine düzenlenen vergi suçu raporu ve mütalaanın Cumhuriyet başsavcılığına iletilmesiyle adli süreç başlamakta, vergi inceleme raporunun vergi dairesine iletilmesiyle de idari cezalandırma süreci başlamaktadır. Bu başlangıç aşamasında her iki süreçte de idare tarafından sunulan deliller aynıdır."* demektedir.

[77] AKKAYA Mustafa, "Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 49, S. 1, 2000, s. 87.

sinde gerek gördükleri her türlü delili toplayarak kanaat oluşturmaya ve davayı sonuçlandırmaya çalışmaktadır. Bu aşamada mahkemeleri etkileşime zorlayacak bir düzenleme de bulunmamaktadır[78].

Bu çerçevede 213 sayılı Kanun'un 340. maddesi, 359. maddesinin son fıkrası ile 367. maddesinin beşinci fıkrasının, cezalandırmaya ilişkin süreçlerin bağlantılı yürütülmesini ve birbiriyle etkileşimde bulunmasını dışlamayıp sadece aynı fiilden dolayı birden fazla yargılama yapılması ile ceza uygulanmasına imkân sağladığı ve bunların birleştirilmesine izin vermediği görülmektedir. Bununla birlikte söz konusu kurallar, ilgili süreçlerin yürütülmesi aşamasında yetkili makamlar arasında etkileşimi engelleyen bir düzenleme içermemektedir.

Konuya ilişkin 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin altıncı fıkrası yönünden ise ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zira 213 sayılı Kanun'un 367. maddenin altıncı fıkrası ile ceza mahkemesi kararlarının, vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercileri bağlamayacağı, bu makam ve mercilerinin kararlarının da ceza hakimini bağlamayacağı düzenlenmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki kural, ceza mahkemesi kararlarının 213 sayılı Kanun'un *Dördüncü Kitap İkinci Kısım*'ında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmayacağını, bu makam ve mercilerce verilecek kararların da ceza hâkimini bağlamayacağını düzenlemektedir. Buna göre aynı fiille işlenen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine ilişkin olarak ceza yargılaması sırasında ve sonucunda ceza mahkemesince verilen kararlar vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercileri bağlamayacak, aynı şekilde vergi cezalarını uygulayacak makam ve merciler tarafından verilen kararlar da ceza hâkimini bağlamayacaktır.

Hükmün lafzında vergi mahkemesi ile ceza mahkemesi arasında bulunması gereken etkileşime ilişkin bir düzenleme yer almamakla birlikte öğretide de bağlayıcılığın kapsamı ile ilgili görüşlerin esas olarak vergi mahkemesi ile ceza mahkemesi arasındaki etkileşim bakımından dile getirildiği görülmektedir[79]. Bunun yanı sıra kuralın gerekçesinde de belirtildiği üzere,

---

[78] AYM de, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021 sayılı kararında (§ 81), *"Buna karşılık başlangıç aşamaları sonrasında yargılama süreçleri tamamen birbirinden bağımsız olarak yürütülmekte olup süreçler arasında delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde herhangi bir tekrarın oluşmasını engelleyecek bir etkileşime gerek dava konusu kuralda gerekse diğer kurallarda yer verilmemiştir."* demektedir.

[79] Aksi yöndeki görüş için bknz. AKKAYA, s. 89-90.

vergi cezalarını uygulayacak makam ve merciler ile sadece vergi idaresi değil, vergi mahkemeleri de kastedilmektedir.

Öğretide aynı fiil nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkları farklı boyutlarıyla yargılayan ceza ve vergi mahkemesi kararlarının birbirini etkileyip etkilememesi gerektiği noktasında farklı görüşler ileri sürülmüştür[80]. Bununla birlikte çalışma konumuz *ne bis in idem* ilkesi açısından iki sürecin birbirinden bağımsız olarak yürütülüp yürütülmediğinin ve bir yargılama sürecinden elde edilen olgu ve değerlendirmelerin diğer süreçte de dikkate alınıp alınmadığının belirlenmesi olduğundan 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin son fıkrasında ortaya konulan sistemin *ne bis in idem* ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmadığı hususunun ortaya konulması gerekmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere vergi kabahati ve vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin cezalandırma ve yargılama süreçleri başlangıç aşamaları dışında birbirinden bağımsız olarak yürütülmektedir. Bunun yanı sıra *kovuştur-*

---

[80] BEYRİBEY, aynı fiil nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlığı (farklı boyutlarıyla da olsa) yargılayan ceza ve vergi mahkemesi kararlarının birbirlerini etkilemesi gerektiğini, bununla birlikte vergi suç ve kabahatlerinin tabi olduğu yargılama usûlleri farklı olduğu gibi, manevi unsur yönünden aralarında farklılık bulunduğu gözönüne alındığında, ceza mahkemesi ile vergi mahkemesi kararlarının *"bağlayıcı"* olmaları noktasında mutlak bir kuralın ortaya konmasının güç olduğunu belirtmektedir (BEYRİBEY, s. 63). ŞENYÜZ'e göre, ceza mahkemesi vergi mahkemesi kararıyla, vergi mahkemesi de ceza mahkemesi kararıyla bağlı değillerse de birinin diğer davada ileri sürülen görüş, savunma ve kararlardan yararlanmasına engel getirilmemiştir. Yazar, bu konuda mahkemelerin uzmanlığına dayanan bir yaklaşım ileri sürmektedir. Örneğin bir *"belgenin sahteliği"*nin belirlenmesi konusunda karar verecek yargı mercii ceza mahkemeleridir. Vergi mahkemeleri kararlarında bunu dikkate almalıdır. *"Vergi matrahının azaltılması"* konusundaki vergi mahkemelerinin karar veya nitelendirmeleri de ceza mahkemelerince dikkate alınmalıdır (ŞENYÜZ, s. 362-363). BAYKARA'ya göre ceza mahkemesinin failin fiili işlediği ya da işlemediği yönündeki tespiti vergi mahkemesini bağlamalıdır. Vergi mahkemesinin vergi kaybının bulunduğu yönündeki tespiti de, ceza mahkemesini bağlamalıdır. Her iki mahkemede de delil serbestliği ve resen araştırma ilkesi geçerli olduğu için bir mahkemenin verdiği karar diğerini etkileyebilecektir (BAYKARA, s. 481). ÖZEN, ceza mahkemeleri ile vergi mahkemeleri arasında çıkabilecek hüküm uyuşmazlıklarını önlemek ve kalıcı çözüm bulabilmek için tek yolun kanuni düzenleme ile vergi suçları ile vergi kabahatlerinin vergi mahkemesinde görülmesinin sağlanması olduğunu belirtmektedir (ÖZEN (2014). s. 106). AKKAYA'ya göre ise kural ceza mahkemesi ile vergi idareleri arasındaki ilişkiyi düzenlemekte; ceza mahkemesi ile vergi mahkemesi arasındaki ilişkiyi düzenlememektedir. Bu görüş kabul edilmese dahi aynı fiil hakkında ceza mahkemesi ile vergi mahkemesinin kararlarının birbirini etkilememesi düşünülemez. Bu durumda yapılması gereken iki mahkemede yargılamaya konu uyuşmazlık hakkında *bağlantı (sübjektif anlamda) kurularak; davaların birleştirilmesi, nispi muhakeme ve bekletici mesele yapma* seçenekleri üzerinde durulmasıdır. Bu konuda en iyi seçenek bekletici mesele yapılmasıdır (AKKAYA, s. 90 vd.). BİYAN ise, ortada bir suç varsa bunun tespitinin yapılması gereken yerin ceza mahkemesi olduğunu, bu durumda vergi mahkemesinin ceza mahkemesi kararını beklemesi gerektiğini savunmaktadır (BİYAN, s. 105-106).

ma/yargılama şartı[81] olarak kabul edilen mütalaada suçla ilgili teknik konularda savcılık makamını aydınlatacak bilgi ve görüşler ile suç tespiti ile ilgili unsurlara yer verilmektedir. Ayrıca cumhuriyet savcısı suçun nitelendirilmesinde özgür olmakla birlikte, mütalaada belirtilen suçtan başka bir suç için bu mütalaaya dayanılarak yargılamaya devam edilemeyecektir[82]. Örneğin, mütalaa sahte belge düzenleme suçundan verilmiş, buna karşın dava sahte belge kullanma suçundan açılmışsa yeniden mütalaa alınması gerekmektedir. Bu nedenle vergi suçu raporunda işlendiği iddia edilen suçla bunu yargılama bakımından imkân dâhiline sokan mütalâanın suç bakımından konusunun aynı olması gerektiği gibi mütalâanın da iddianamede sevk maddesi olarak gösterilen suçla konu bakımından örtüşmesi gerekmektedir. Anılan mütalaaya uygun olmayan iddianame ile açılan davaya devam edilmesi kanuna aykırı olacaktır. Çünkü dava konusu fiil ile iddianamedeki fiil birbirinden farklılaşmaktadır[83]. Bir başka deyişle, vergi suçu raporu, mütalâa, iddianame ve hükme konu fiiller aynı olmalıdır.

Dolayısıyla her iki sürecin birbirinden tamamen bağımsız olarak yürütülmediği, bir yargılama sürecinden elde edilen olgu ve değerlendirmelerin diğer süreçte de dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle iki sürecin birbirinden bağımsız olarak yürütüldüğünü veya bu iki süreci yürüten kamu makamlarının hiçbir şekilde birbirleriyle etkileşime girmediklerini söylemek her zaman için mümkün değildir.

---

81 *"Ne şekilde tespit edildiği veya öğrenildiği önem taşımaksızın kaçakçılık suçunun takibatı vergi incelemesinin yapılmasını gerektirmektedir. Vergi incelemesi sonucunda vergi kaçakçılığı suçunun işlendiği kanaatine varılmışsa idare tarafından düzenlenen vergi suçu raporu ve mütalaa Cumhuriyet başsavcılığına iletilir. 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin üçüncü fıkrasına göre vergi kaçakçılığı suçunda mütalaa alınması dava şartı olduğundan Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame düzenlenerek kamu davası açılabilmesi için vergi idaresinden mütalaa alınması gerekmektedir. Mütalaa Cumhuriyet savcısı için bağlayıcı olmayıp soruşturma neticesinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verilebileceği gibi iddianame de düzenlenebilir."* (AYM, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 75)

82 Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 27/12/2021 tarih ve E: 2021/36806, K: 2021/13592 sayılı kararında, "*2012 takvim yılında sahte fatura düzenleme suçu yönünden; Gaziantep Cumhuriyet Başsavcılığının 14.08.2013 tarih ve 2013/14664 Esas sayılı iddianamesi ile sanık hakkında "2009, 2010 ve 2012 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme" suçundan kamu davası açılmış ise de; "2012 takvim yılı sahte fatura düzenleme" suçuna ilişkin olarak sanık hakkında verilmiş bir mütalaa bulunmadığı anlaşıldığından, mahkeme tarafından, 213 sayılı VUK'nin 367. maddesi gereğince dava şartı olan mütalaanın verilip verilmeyeceğinin Vergi Dairesi Başkanlığından sorulması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla beraat hükmü kurulması, (...) bozmayı gerektirmiş*" denilmektedir.

83 ŞENYÜZ, s. 370.

Bununla birlikte aynı fiil nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkları farklı boyutlarıyla yargılayan ceza ve vergi mahkemesi kararlarının birbirini etkileyip etkilemediğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

Vergi idaresi ve vergi mahkemesi, vergi kabahatlerine ilişkin, ceza mahkemesi ise vergi suçlarına ilişkin karar vermektedir. Dolayısıyla birbirinden ayrı norm sistemi ile ele alınan bu hukuka aykırılıklar için, farklı yargılamalar neticesinde verilen kararların birbiri üzerinde bağlayıcı olarak kabul edilmemesi 213 sayılı Kanun açısından yerinde bir düzenleme olarak kabul edilebilir. Ancak aynı 213 sayılı Kanun, vergi kaçakçılığı suçu ile vergi ziyaı kabahati arasında bizatihi kendisi bağlantı kurmaktadır[84]. Zira 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinde vergi kaçakçılığı suçunu oluşturan fiiller ile vergi ziyaına sebep olunması özel olarak ele alınmakta ve bu durumda cezanın üç kat uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu durumda aynı fiil nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlığı farklı boyutlarıyla da olsa yargılayan ceza ve vergi mahkemesi kararlarının birbirlerini etkilemeyeceği savunulamaz.

Öte yandan vergi suç ve kabahatlerinin takibinde izlenecek usûl ile yargılama usûlleri farklı olduğu gibi, maddi olayda birlik olsa dahi manevi unsur yönünden aralarında farklılık bulunduğu gözönüne alındığında, ceza mahkemesi ile vergi mahkemesi kararlarının *bağlayıcı* olmaları noktasında mutlak bir kuralın ortaya konulması güçleşmektedir. Bu çerçevede adli süreçler ile idari süreçler arasında delillerin değerlendirilmesi, suç ve kabahatin unsurları ve yargılama usulü yönlerinden mevcut farklılıklar bunlara ilişkin kararların sonucuna da yansıyabilmektedir. Bu bakımdan hem kaçakçılık suçuna hem de vergi kabahatine konu bir fiili farklı boyutlarıyla ele alan, kendi usul ve kurallarına göre nitelendirip değerlendiren farklı mercilerin kararlarının her hâl ve şartta birbirini bağlaması gerektiği sonuca varılması mümkün değildir.

Kuralın gerekçesinde de *"... açılmış olan bir kamu davasında, örneğin belgede sahtecilik suçunun manevi unsurunun oluşmadığı gerekçesiyle sanıklar hakkında beraat kararı verilmiş olabilir. Ancak, bu belgelerin düzenlenmesi suretiyle bir vergi ziyaına sebebiyet verilmiş olabilir. Belgede sahtecilik suçunun manevi unsurunun oluşmadığı gerekçesiyle beraat kararının verilmiş olmasına rağmen, vergi ziyaına sebebiyet verilmiş olması dolayısıyla idari para ce-*

[84] SARICAOĞLU, s. 375.

zası olarak vergi cezası verilebilmelidir. Keza, Maliye Bakanlığı ile arasında anlaşma bulunmayan kişiler tarafından basılan örneklerin kullanılması suretiyle fatura düzenlemiş olması dolayısıyla kişi hakkında cezaya hükmedilmiş olabilir. Ancak, düzenlenen fatura gerçek bir ticari ilişkiyi yansıtmış ve dolayısıyla, bir vergi ziyaına sebebiyet verilmemiş olabilir. Bu nedenle, 359'uncu maddenin (c) bendindeki suç oluştuğu gerekçesiyle mahkumiyete rağmen, şayet bu örnekler kullanılmak suretiyle fatura düzenlenmiş olması dolayısıyla vergi ziyaı doğmamışsa idari para cezası olarak vergi cezası verilmez. Ancak, vurgulamak gerekir ki, bu kural, mutlak değildir. Bir ticari ilişkide tutulan defter ve kayıtların sahte olmadığı, defter ve kayıtların gerçek bir ticari ilişkiyi yansıttığı ve içerikleri bakımından doğru olduğu gerekçesiyle beraat kararı vermiş olan ceza mahkemesinin kesinleşmiş hükmü, bu belgelere konu ticari ilişkiler dolayısıyla vergi ziyaına sebebiyet verildiği gerekçesiyle idari para cezası olarak vergi cezası verilmesine engel teşkil eder. Hatta, maddi gerçeği araştıran ceza mahkemesinin bu bağlamdaki hükmünün, sadece vergi mevzuatı uygulayıcıları tarafından değil, vergi mahkemeleri tarafından da göz önünde bulundurulması gerekir."[85] denilmektedir. Nitekim gerekçede verilen örneklerden de görülebileceği üzere vergi mahkemesi ve ceza mahkemesi tarafından farklı kararlar verilmesinin gerekli olduğu durumlar söz konusudur.

AYM de bu konuda, *"Usul güvencelerine ilişkin yeterli bağlantının sağlanmasından sonra bağlantılı olarak işlenebilen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine konu fiilleri farklı boyutlarıyla ele alan, kendi usul ve kurallarına göre nitelendirip değerlendiren farklı organ, makam ve mercilerin kararlarının her hâl ve şartta birbirini bağlaması gerektiği ileri sürülemeyeceği gibi bunların hiçbir koşulda birbirini bağlamaması gerektiği şeklinde bir sonuca varılması da mümkün değildir."* (AYM, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 88) demektedir.

Bu çerçevede vergi kabahatleri açısından kast unsuru aranmamakta, verginin ziyaa uğratılması yeterli görülmektedir. Ancak vergi suçunun oluşması için kastın mevcudiyeti aranmakta, kişinin kasten hareket etmiş sayılabilmesi içinse suçu oluşturan fiilin bilerek ve isteyerek işlenmesi gerekmektedir. Ayrıca vergi kaçakçılığı suçunun oluşumu, vergi ziyaına bağlı değildir. Bu halde fiilin vergi ziyaı kabahati olarak nitelenmesi için kastın varlığı veya yokluğunun, vergi kaçakçılığı suçu olarak nitelenmesinde ise vergi ziyaının meydana gelip gelmemesinin bir önemi yoktur.

---

[85] https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss56.pdf (Erişim Tarihi: 01/04/2022)

Vergi ziyaı kabahatinden kast unsuru, vergi kaçakçılığı suçundan netice ayrıldığında ise ortada her iki yargı kolu tarafından ortak bir değerlendirmeye tabi tutulan ve hakkında hüküm verilen unsur olarak hareket unsuru kalmaktadır[86]. Bir başka deyişle ziyaı kabahati ve vergi kaçakçılığı suçundan kaynaklanan iki farklı yargılamada mahkemeler tarafından yargılanan ortak husus, hareketin, yani fiilin varlığıdır.

Yargılamalar sonucunda her iki yargı kolu tarafından verilen kararların aynı yönde olması hâlinde ortada sorun teşkil eden bir durum söz konusu değildir. Ancak fiil ve kastın varlığı ve yokluğu konusunda farklı kararlar vermeleri durumunda ortaya çelişkili bir durum çıkacaktır. Bu nedenle her iki mahkemenin, aynı konuya ilişkin karar verme ihtimali bulunan durumlarda süreçlerin birbiri ile eşgüdümlü olarak yürütülmesi sonradan yaşanabilecek sorunların önüne geçilebilmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Vergi mahkemesinin ortaya koyacağı husus, vergi ziyaının gerçekleşip gerçekleşmediği, bir başka deyişle kasıttan bağımsız olarak fiilin işlenip işlenmediğidir. Bu noktada vergi mahkemesi, fiilin işlenip işlenmediği noktasında değil, kastın varlığı noktasında ceza mahkemesi kararını beklemesi gerekebilir. Fiilin işlenip işlenmediği noktasında ise, ceza mahkemesinin vergi kaçakçılığı suçunu oluşturan fiilin geçekleşmediğine ilişkin bir karar vermesi durumunda bu kararın bağlayıcı kabul edilmesi düşünülebilir. Zira ceza hâkiminin öncelikli hedefi, maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu yolla fiilin varlığı ve yokluğu noktasında, vergi mahkemesi ve ceza mahkemesi ortak bir noktada karar vermesi sağlanabilir. Bunun yanı sıra ceza mahkemesinin delil yetersizliği veya bir başka nedenle sanığın beraatine karar vermesi durumunda bu kararın vergi mahkemesini bağladığını söylemek mümkün değildir. Zira ceza mahkemesi burada fiilin gerçekleşmediğine ilişkin bir hüküm tesis etmemektedir. Benzer şekilde ceza mahkemesinin mahkumiyete karar vermesi durumunda bu kararında vergi mahkemesi açısından bağlayıcı olduğunu her zaman için kabul etmek mümkün değildir. Zira ceza mahkemesi, fiilin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitini yapmakta, suçun neticesine ilişkin bir belirleme yapmamaktadır. Bu aşamada vergi mahkemesi vergi ziyaının oluşup oluşmadığının tespitini kendisinin yapması, vergi ziyaının oluştuğu kanaatine varması durumunda ise yargılamayı aleyhe sonuçlandırması gerekmektedir.

Sonuç olarak hem vergi cezası sürecinin hem de adli sürecin kaynağı, aynı vergi incelemesi ve bu inceleme sonucunda düzenlenen vergi inceleme raporu olup ceza soruşturması ve ceza davası, vergi inceleme raporundaki

---

[86] SARICAOĞLU, s. 373.

bulgular üzerinden yürütülmektedir. AİHM'in konuya getirdiği perspektif açısından bakıldığında Türk vergi hukukunda 213 sayılı Kanun'un 340., 359. maddesinin son fıkrası ve 367. maddenin beşinci fıkrasındaki düzenlemeler uyarınca bir kimseye aynı fiili nedeniyle hem vergi suçu hem de vergi kabahati cezası verilebileceğini, her iki sürecin birbirleri arasındaki etkileşimsizliğin anılan kurallardan kaynaklanmadığını söylemek mümkündür[87].

AYM de, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021 sayılı kararında; *"İtiraz konusu kurallarla esas olarak kaçakçılık suçu nedeniyle hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmanın vergi kabahatleri için idari para cezası ile cezalandırılmaya engel olmayacağı, bu cezaların içtima hükümlerine göre birleştirilmeyeceği hüküm altına alınmakta dolayısıyla aynı fiil için birden fazla cezanın uygulanması ve cezaların birleştirilmemesi hususları düzenlenmektedir. "Aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama" ilkesi belirli şartların sağlanması hâlinde ikili bir yargılama/cezalandırma sürecini, dolayısıyla birden fazla cezanın uygulanmasını dışlamamaktadır. Süreçlerin bir bütünün parçaları olacak biçimde bağlantılı yürütülmelerine ilişkin güvencelerin sağlanması hâlinde birden fazla cezanın uygulanması kanun koyucunun takdir yetkisindedir. Buna göre, cezalandırmaya ilişkin süreçlerin bağlantılı yürütülmesini dışlamayıp sadece birden fazla cezanın uygulanmasını ve bunların birleştirilmesine izin verilmemesini öngören kuralların aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır." (§ 58)* demektedir[88,89].

---

[87] Aksi yöndeki görüşler için bknz: YALTI, s. 90-91; BİYAN, s. 105.

[88] Başkan Zühtü ASLAN çoğunluk kararına katılmamakta olup, *"7. Mahkememiz bizim de katıldığımız gerekçelerle bu kuralı [Kanun'un 367. maddesinin son fıkrası] ne bis in idem ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi karşılıklı bağlamazlığa ilişkin bu kuralın yukarıda belirtilen kriterlerden tamamlayıcılık ve öngörülebilirlik açısından sorun teşkil etmemekle birlikte, etkileşim, aşırı külfet yüklememe ve zaman bakımından bağlantı kriterlerini sağlamadığını belirtmiştir (§§ 71-89). / 8. Bu gerekçelerin aynı fiil için birden fazla cezanın uygulanması ve cezaların birleştirilmemesine ilişkin itiraz konusu kurallar için de geçerli olduğu açıktır. Belirtmek gerekir ki, karşılıklı bağlamazlığa ilişkin kuralın iptali itiraz konusu diğer kuralları Anayasa'ya uygun hale getirmemiştir. Zira iki ayrı yargılama/cezalandırma sürecinin sonunda verilen kararların karşılıklı bağlamazlığına son verilmesi, gerekli güvenceleri sağlamak için yeterli değildir. / (...) 14. Son olarak belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun konuya ilişkin tercihini ifade eden itiraz konusu kurallar bir bütün olarak ele alınıp gerekli güvenceler sağlanmadığı gerekçesiyle iptal edilmiş olsaydı, meselenin bir bütün olarak ele alıp yeniden değerlendirilmesine fırsat verilebilirdi. Bunun yerine kuralların iptal edilmemesi yoluna gidilmesi, ayrı süreçlerin bir bütünün parçaları olacak şekilde bağlantılı yürütülmelerine yönelik gerekli ve yeterli güvenceler sağlanmadan uygulanabilmesinin yolunu açmıştır."* gerekçesiyle karara muhalif kalmıştır.

[89] Hasan Tahsin GÖKCAN ise karşı oy yazısında; söz konusu kurallarda ve kanunun diğer bir hükmünde her iki yargılama süreciyle ilgili olarak bağlantı kurulmasını ve cezada denkleştir-

Bunun yanı sıra adli süreçler ile idari süreçler arasında delillerin değerlendirilmesi, yargılama usulü ve suç ve kabahatin manevi unsurlarından kaynaklanan mevcut farklılıklar ceza mahkemesi ile vergi mahkemesi arasında tam anlamıyla bir etkileşimsizlik olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Aynı fiil nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkları farklı boyutlarıyla yargılayan ceza ve vergi mahkemesi kararları arasındaki etkileşimsizliğin ise vergi mevzuatında bu konuda bir düzenleme bulunmamasının yanı sıra AYM'nin iptaline karar verdiği 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan ceza mahkemesi kararlarının, vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercileri bağlamayacağı, bu makam ve mercilerinin kararlarının da ceza hakimini bağlamayacağına ilişkin düzenlemeden kaynaklandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

AYM tarafından 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin son fıkrasının iptal edilmesi karşısında aynı fiille işlenen vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatlerine ilişkin yargılama süreçleri arasında bir bağlantı kurulması *ne bis in idem* ilkesinin sağladığı güvencelerin hayata geçirilmesi açısından anayasal bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

ç. Süreçlerin Zaman Yönünden Bağlantılı Olup Olmadığı

AİHM maddi yönden bağlantının yeterince güçlü olduğu hallerde *zaman bakımından bağlantının* da varlığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Zaman bakımından bağlantı iki sürecin paralel olarak yürütülmesi anlamına gelmektedir. Ancak AİHM'e göre bu ilke, iki sürecin başından sonuna kadar eşzamanlı yürütülmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Daha etkili ve adil bir sonucun ortaya çıkacağının düşünüldüğü durumlarda süreçlerin aşamalı olarak yürütülmesi zaman bakımından bağlantıyı ortadan kaldırmaz. Farklı sosyal amaçlar gözetilerek bu süreçlerin aşamalı olarak ilerletilmesi hususunda devletlerin takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu iki süreç arasındaki zamansal farkın bireyi belirsizliğe itmemesi ve yargılamanın sürüncemede bırakıldığı görüntüsünün oluşmasına sebep olacak düzeyde olmaması gerekir.

meyi temin eden bir güvenceye yer verilmediğini, kurallarda böyle bir güvencenin yokluğunun mükerrer yargılama yasağının ihlal edilmesine yol açacağını, bu nedenle aynı fiile ilişkin olması halinde suç ve idari cezalara dair yargılamalar arasında bağlantı kurulmasını ve böylece yargılamanın hakkaniyetli yürütülmesini sağlayan bir güvencenin yokluğunun söz konusu kuralların adil yargılanma hakkı yönünden iptal edilmesini zorunlu kıldığını belirterek söz konusu kuralların da Anayasaya aykırı olduğu görüşünü ileri sürmüştür.

Zamansal farklılığın makul olup olmadığı değerlendirilirken iki süreci yürüten mercilerin tutumu, süreçleri etkileşim içinde ilerletip ilerletmedikleri ve ayrıca yargılama süreçlerinin mahiyeti göz önünde bulundurulur. İki süreç arasındaki makul olmayan zamansal farkın bulunması hâlinde, bu duruma ilişkin olarak kamu otoriteleri tarafından yargılamanın yürütülmesine atfedilebilir nedenlerle uygun bir açıklama getirilmediği müddetçe bu durum bağlantının bulunmadığının emaresi olarak yorumlanabilir.

AYM, 213 sayılı Kanun'un öngördüğü yaptırım sistemine ilişkin olarak, *"Öte yandan vergi kaçakçılığı suçu ve vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçlerinin vergi incelemesi sonunda düzenlenen raporlara dayanılarak başlatılması nedeniyle başlangıç aşamasında idarenin ve ceza muhatabının karşılıklı olarak delillerini sunmaları aşamasında kısa bir dönem için süreçler paralel yürümekte ise de aradaki etkileşimsizliğin sonucu olarak süreçlerin sonuçlandırılmasında zamansal farklılıkların ortaya çıkabildiği anlaşılmaktadır."* (AYM, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 82) değerlendirmesinde bulunuştur.

AYM, 213 sayılı Kanun açısından süreçlerin sonuçlandırılmasında zamansal farklılıkların ortaya çıkabileceği değerlendirmesinde bulunmuş ise de 213 sayılı Kanun'un öngördüğü yaptırım sisteminde idari ve adli süreçlerin hemen hemen aynı tarihlerde başladığı ve bir süre eş zamanlı olarak yürütüldüğü görülmekte olduğundan süreçlerin -olağandışı durumlar haricinde- birbirine yakın tarihlerde tamamlanması yüksek bir ihtimaldir. Bu nedenle kanımızca iki süreç arasındaki zamansal farkın AİHM'nin belirlediği kriterlerden birisi olan makul görülebilecek ölçüyü aşmayacağı değerlendirilmektedir. Dolayısıyla kısmen eş zamanlı olarak yürütülen bu iki süreç arasındaki zamansal farkın başvurucuyu belirsizliğe itmediği gibi yargılamanın sürüncemede bırakıldığı görüntüsünün oluşmasına da yol açmadığı, her iki süreç arasında *zaman bakımından* yeterince yakın bağlantının bulunduğu düşünülmektedir.

d. İki Farklı Yargılama Sonucunda Yaptırım Uygulanması Sırasında Diğer Yaptırımın Dikkate Alınıp Alınmadığı

Ne bis in idem kuralına aykırılık durumunun oluşmadığı kabul edilen birden fazla yargılama sürecinin bir bütünün parçaları olacak şekilde entegre bir biçimde yürütülmesi şartının gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için gerekli olan son koşul, ilgili kişi aleyhine hükmedilen toplam cezanın aşırı külfet oluşturma riskine karşı dengeleyici mekanizmaların bulunmasıdır. Bu

bağlamda her iki sürecin de ilgili kişinin aleyhine sonuçlandığı durumlarda ortaya çıkan toplam cezanın kişi üzerinde orantısız bir külfete yol açabilecek düzeye ulaşması ihtimal dahilindedir.

Ne bis in idem ilkesi bir haksızlığın farklı hukuki değerleri ihlal etmesi durumunda farklı sosyal amaçlarla farklı otoriteler tarafından tamamlayıcı yaptırımların uygulanmasına engel teşkil etmez. Özellikle sosyal ve ekonomik düzenin korunması amacıyla bir haksızlığa adli cezaların yanı sıra idari yaptırımların da uygulanması mümkündür. Esas olan bu iki cezanın birbirini tamamlayıcı biçimde uygulanmasıdır. Nitekim AİHM, ihlal sonucuna vardığı *Glantz/Finlandiya* kararında dahi ceza mahkemesinin vereceği hapis cezası yanında bir de idari para cezasının verilmesini kanun koyucunun takdir alanı içinde bulmuştur[90]. AİHM, *A ve B/Norveç* kararında ise yaptırımların toplamının kişinin üzerinde aşırı külfet oluşturmaması kaydıyla devletin birbiri ile uyumlu usuller çerçevesinde tamamlayıcı yaptırımlar uygulamasının Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesini ihlal etmeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme, anılan kararda başvurucular aleyhine ceza yargılamasında hapis cezasına hükmedilirken daha önceden kesilen vergi para cezalarının dikkate alındığının altını çizmiş, böylece başvurucuların adaletsiz veya orantısız yaptırıma maruz kalmadığı ifade edilmiştir[91].

AYM de bu konuda, *"Öte yandan her iki yargılama sonucunda hükmolunan toplam cezanın kişi üzerinde aşırı bir külfet oluşturmasının engellenmesi amacıyla ilk yargılamadaki cezanın diğer yargılamada dikkate alınıp alınmadığı, bu konuda her iki süreci yürüten kamu otoritelerinin birbirleriyle etkileşime girip girmedikleri hususunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda her iki sürecin de cezalandırma ile sonuçlandığı durumlarda ortaya çıkan sonucun kişi üzerinde orantısız bir külfete yol açması durumunda tamamlayıcılık unsuru ve dolayısıyla maddi yönden bağlantı zayıflayabilir."* (AYM, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 84) demektedir.

İki süreç arasında maddi yönden yeterince yakın bağlantının varlığından söz edilebilmesi için diğer koşulların yanı sıra ilk yargılamanın mahkûmiyet ile sonuçlandığı hallerde, tamamlayıcı cezanın kişi üzerinde aşırı bir külfet oluşturmasının engellenmesi amacıyla ilk yargılamadaki cezanın diğer yargılamada dikkate alınması gerekebilir. Bu bağlamda her iki sürecin de

---

[90] BAHÇECİ, s. 159-160.

[91] GEÇER (2017), s.119.

mahkûmiyetle sonuçlandığı durumlarda ortaya çıkan toplam ceza miktarı kişi üzerinde orantısız bir külfete yol açıyorsa tamamlayıcılık unsuru ve dolayısıyla maddi yönden bağlantı zayıflayabilir. Sonuç cezanın aşırı külfet oluşturma riskinin arttığı hallerde dengeleyici mekanizmaların oluşturulması önem taşımaktadır.

Bu aşamada 213 sayılı Kanun'da birden fazla yargılama sürecinin bir bütünün parçaları olacak şekilde entegre bir biçimde yürütülmesi durumunda ilgili kişi aleyhine hükmedilen toplam cezanın aşırı külfet oluşturma riskine karşı önleyici kuralların veya en azından dengeleyici mekanizmaların oluşturulup oluşturulmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Bu noktada idari ve adli yargılama süreçleri arasında etkileşime ilişkin düzenlemeleri içeren 213 sayılı Kanun'un 367. maddenin altıncı fıkrası konunun açıklanabilmesi açısından önem arz etmektedir. Zira 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin altıncı fıkrasına göre ceza mahkemesi kararları vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hakimini bağlamamaktadır. Uygulamada da vergi mahkemesi ile ceza mahkemesi birbirinden bağımsız hareket etmekte, birbirlerini beklemeden karar almaktadırlar.

Karşılıklı bağlamazlık kuralının sebeplerinden birisi, ceza mahkemesi ile vergi mahkemelerinin olayları değerlendirirken kendilerine özgü farklı ölçüt, usul ve ilkeleri kullanmaları[92] ve aynı fiil nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkları farklı boyutlarıyla yargılamalarıdır. Bunun yanı sıra farklı yargılamalar sonucunda yaptırım uygulanması durumunda söz konusu yargılamalar arasında bir etkileşim olmasına imkân vermemesi, bir başka deyişle yaptırım uygulanırken diğer yargılama sonucunda uygulanan yaptırımın dikkate alınmasına ilişkin bir düzenleme bulunmaması veya yaptırımların aşırı külfet yüklemesini önlemeye yönelik bir güvence mekanizmasının öngörülmemesi önemli bir sorundur[93].

---

[92] ŞENYÜZ, s. 361-362.

[93] *"VUK m. 367'ye göre, mükellef hakkında vergi kaçakçılığı dolayısıyla cezaya hükmedilmesi, vergi ziyaı ve usulsüzlük cezalarının uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Ayrıca ceza mahkemesi kararları idari vergi cezalarını uygulayanların kararlarına etkili olmadığı gibi, söz konusu idari vergi cezalarını uygulayanların kararları da ceza hakimini bağlamamaktadır. Görüldüğü üzere mükellef hakkında yürütülen paralel süreçler kapsamında verilen ve kesin hükümle sonuçlanan bir karar diğer bir kararı etkilememektedir. Dolayısıyla mükellefler ölçüsüz ve ağır yaptırımlar ile karşı karşıya kalabilmektedir."* DİLEMRE ÖDEN Begüm, "Non Bis In Idem İlkesi Çerçevesinde 27/03/2019 Tarihli Türk Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi", **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, 2020, s. 2451.

Zira 213 sayılı Kanun'un öngördüğü yaptırım sistemi, kişinin aynı fiili nedeniyle vergi idaresi tarafından ziyaa uğratılan verginin üç katı kadar vergi para cezasına çarptırılabilmesine ve ayrıca ceza mahkemesi tarafından hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılabilmesine imkân sağlamaktadır. Bu durumda, AİHM kararlarında uygulanan kriterler çerçevesinde, 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinde yazılı fiillerle vergi ziyaına sebebiyet verilen bir hukuka aykırılık nedeniyle vergi kaçakçılığı suçundan verilecek hapis cezası ile 344. maddesi uyarınca verilecek ziyaa uğratılan verginin üç katı tutarındaki idari para cezasının ilgili kişi üzerinde aşırı bir külfete yol açma ihtimali bulunduğundan bu durumun *ne bis in idem* ilkesine aykırılığı söz konusu olabilecektir[94].

Bu aşamada her iki yargılama sonucunda hükmolunan toplam cezanın kişi üzerinde aşırı bir külfet oluşturmasının engellenmesi amacıyla ilk yargılamadaki cezanın diğer yargılamada dikkate alınıp alınmadığı, bu konuda her iki süreci yürüten kamu otoritelerinin birbirleriyle etkileşime girip girmedikleri hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Türk vergi hukuku açısından bakıldığında bir yargılama sürecinden elde edilen olgu ve değerlendirmelerin diğer süreçte de belli ölçüde dikkate alındığı görülmekte ise de idari ve adli takibat sonunda hükmolunan yaptırım hususunda her iki süreci yürüten kamu makamlarının işlem ve kararlarının diğerini etkilemediği ve bu konuda birbirleriyle etkileşime girmedikleri görülmektedir.

Bu açıklamaların ardından öncelikle belirtmek gerekir ki *"vergi mahkemeleri ile ceza mahkemeleri kararlarının birbirini bağlamayacağı"* yönündeki yaklaşıma dayanak oluşturan 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin son fıkrası nedeniyle uygulanacak yaptırım hususunda gerek idari makamlar ile ceza mahkemeleri, gerekse vergi mahkemeleri ile ceza mahkemeleri arasında genel bir etkileşimsizlikten söz etmek yanlış olmayacaktır[95].

---

[94] KARAÇOBAN GÜNEŞ, s. 102.

[95] Kadir ÖZKAYA, Yıldız SEFERİNOĞLU, Basri BAĞCI ve İrfan FİDAN karşı oy yazılarında, *"(...) Diğer taraftan biri diğerinden farklı yürüyen iki sürecin belirli bir oran dahilinde etkileşim içerisinde olması hayatın bir gerçeğidir. Örneğin sahteliği iddia edilen bir belgenin sahte olmadığının ceza mahkemesi tarafından tespit edilmesine idari makamlar mutlak olarak duyarsız kalamayacaklardır. / Ayrıca bu kapsamda üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, kuralın vergi cezalarını uygulayacak idari makam ve merciler ile ceza yargılamasını yapacak adli mercilerin bir birlerinin karar ve bulgularından yararlanmaları konusunda mutlak bir yasak getirmemesidir. / Bu gerekçeler doğrultusunda, birbirinden farklı hukuki kurumların birlikte varlığını temine ilişkin olan kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönünün bulunmadığı"* gerekçesiyle söz konusu kuralın Anayasaya aykırı olmadığı görüşünü ileri sürmüştür.

Buna göre aynı fail tarafından aynı fiille işlenen vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri sonucunda uygulanacak yaptırım konusunda herhangi bir şekilde ve seviyede bağlantı kurulmasını sağlayacak güvencelere yer vermeyen kural, söz konusu süreçlerin hakkaniyete uygun yürütülmesini engelleyebilecek niteliktedir. Bunun yanı sıra süreçlerin birbiri ile etkileşimde bulunmasını sağlayacak pozitif düzenlemenin mevzuatımızda bulunmadığı gibi her iki yargı kolu tarafından süreçlerin bağlantılı olarak yürütülmesini sağlayacak imkânlardan da yararlanılmadığı görülmektedir. Sonuçta Kanun koyucu tarafından kişi aleyhine hükmedilen toplam cezanın aşırı külfet oluşturma riskinin arttığı hallerde dengeleyici mekanizmaların oluşturulmadığı görülmektedir.

Sonuç olarak idari ve adli takibat sonunda hükmolunan yaptırım hususunda her iki süreci yürüten kamu makamlarının kararlarının diğerini etkilemediği ve bu konuda birbirleriyle etkileşime girmedikleri aşikardır[96]. Bu nedenle aynı fiile ilişkin olarak yürütülen cezai nitelikteki idari ve adli süreçlerin sonunda uygulanacak yaptırım hususunda gerek idari makamlar ile ceza mahkemeleri, gerekse vergi mahkemeleri ile ceza mahkemeleri arasında genel bir etkileşimsizliğe yol açan 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin son fıkrasının, AİHM'nin getirdiği kriterler arasında yer alan yaptırımlar arasında etkileşim olması koşulunun önünde engel teşkil etiği ve bu hâliyle *ne bis in idem* ilkesine aykırı bir düzenleme niteliğinde olduğu görülmektedir.

Nitekim AYM de, *"Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı maddi adaleti değil şeklî adaleti temin etmeye yönelik güvenceler içermektedir. Adil yargılanma hakkı temel olarak yargılama sürecinin ve usulünün hakkaniyete uygun olarak yürütülmesini teminat altına almakta (M.B. [GK], B. No: 2018/37392, 23/7/2020, § 80), bu nedenle yargılama/cezalandırma sürecinde bu sürece tesir edebilecek hususların dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda süreçler arasında yeterli bağlantının sağlanması da gerekebilecek aksi takdirde adil yargılanma hakkının*

---

[96] AYM de, *"Bu itibarla aynı fail tarafından aynı fiille işlenen vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri sonucunda uygulanacak yaptırım konusunda herhangi bir şekilde ve seviyede bağlantı kurulmasını sağlayacak güvencelere yer vermeyen kural, söz konusu süreçlerin hakkaniyete uygun yürütülmesini engelleyebilecek niteliktedir. Zira kural kişi üzerinde aşırı bir külfet oluşmasını engellemek amacıyla ilk yargılamadaki cezanın diğer yargılamada dikkate alınmasını engellemekte, süreçler arasında etkileşime izin vermemekte ve ilgili kişi aleyhine hükmedilen toplam cezanın aşırı külfet oluşturma riskinin arttığı hallerde dengeleyici mekanizmaların uygulanabilmesine imkân tanımamaktadır."* (AYM, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 85) demektedir.

güvencelerini ihlal eden sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Bağlantılı olarak işlenen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri arasında yeterli bağlantının sağlanmaması halinde de gerekçeli karar hakkı (bu konuda bkz. Mehmet Okyar, B. No: 2017/38342, 13/2/2020), masumiyet karinesi gibi adil yargılanma hakkı güvenceleriyle bağdaşmayacak şekilde kararlar verilebilecektir." (AYM, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 87) gerekçesiyle söz konusu kuralın iptaline karar vermiştir.

213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin altıncı fıkrasının AYM tarafından iptal edilmesinden önce öğretide[97] aynı fiil hakkında ceza mahkemesi ile vergi mahkemesi tarafından yapılacak yargılamalar arasında bağlantının varlığı saptandığında, usul hukuku çerçevesinde nispi muhakeme yapma, bekletici mesele sayma[98], olguları ortaya koyarken ve delil değerlendirmesi yaparken birbirlerinden yararlanmaları, yeni delil nedeniyle yargılamanın yenilenmesi gibi seçeneklerinden birine başvurulabileceği, bunu engelleyen bir düzenlemenin hukuk sistemimizde mevcut olmadığı ileri sürülmüştür[99].

---

[97] KARAKOÇ'a göre kaçakçılık suçu oluşturan bir fiilin işlendiği şüphesi halinde temel vergi ziyaı cezasının (kayba uğratılan verginin bir katı) kesilmesi, ceza yargılaması sonucunda kaçakçılık suçunun sabit olduğunun ortaya çıkması halinde ziyaa uğratılan verginin iki katı kadar yeni bir cezanın kesilmesi daha uygun olacaktır (KARAKOÇ, s. 186-187). YALTI, AİHM'nin *Glantz/Finlandiya* kararının ardından ileri sürdüğü görüşünde, vergi kaçakçılığı suretiyle vergi ziyaının meydana gelmesi halinde artık hem hapis cezası hem de idari para cezasının uygulanmamasını; yasal düzenlemelerde seçenek yaptırım olarak ikisinden birinin uygulanması gerektiği şeklinde bir düzenleme yapılması gerektiğini belirtmektedirler (YALTI, s. 91). BİYAN, öncelikle kayba uğratılan verginin bir katı ceza kesmesi gerektiğini, buna göre aynı fiilin ceza mahkemesinde yargılandıktan sonra suçun oluştuğuna dair hüküm verirse iki kat daha ceza kesmesinin daha uygun olacağını ya da cezanın bir katı kesilmesinin, iki kat tutarın ise ceza mahkemesi kararı sonrası adli para cezası olarak uygulanmasının düşünülebileceğini ileri sürmektedir (BİYAN, s. 106). ASLANPINAR ise, vergi kaçakçılığı suçunu ekonomik suçlar kapsamında incelemekte ve yerinde olan yaklaşımın, ekonomik suçun ağırlığına göre orantılı bir ceza sistemi oluşturularak en hafif ekonomik cezadan en ağır hürriyeti bağlayıcı cezaya kadar karma nitelikli ve kademeli bir ceza sistemi olduğunu belirtmektedir (ASLANPINAR, s. 182-183). RENÇBER ise, suçlar ve kabahatler arasında içtima kurallarına ihtiyaç duyulmayacak şekilde kanuni düzenleme ihdas edilmesi, bu kanuni düzenlemeyle vergi suçları ve kabahatlerinin birbirilerinden manevi unsur ile ayrılması ve biri oluştuğunda aynı zamanda diğerinin oluşmasının engellenmesi ya da aynı anda yaptırım uygulanmamasını engelleyecek bir düzenleme yapılması gerektiğini savunmaktadır (RENÇBER, s. 489-490).

[98] *"Biz bu konuda "bekletici mesele" müessesesinin uygulamaya sokulmasının doğru olacağını düşünmekteyiz. Bu kapsamda da ceza yargılamasının vergi yargılamasının sonucunu beklemesindense, vergi yargılamasının ceza yargılamasının sonucunu beklemesinin daha yerinde olacağı kanaatinde olduğumuzu ifade etmeliyiz. Çünkü mükellefin ceza yargılamasının sonucunda hapis cezasına çarptırılması durumunda, vergi yargılaması neticesinde hükmedilebilecek para cezasına ilişkin yaptırımın bir önemi kalmayacaktır. Bekletici mesele müessesesinin getirilmesi usul ekonomisine de uygun olacaktır."* (DİLEMRE ÖDEN, s. 2452).

[99] AKKAYA, s. 92.

Öğretide ileri sürülen bu görüşlerin, sorunun çözümüne katkı sağlayacağını düşünmekle birlikte AYM'nin anılan kararı ile 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin son fıkrasının iptal edilmesinin ardından soruna daha kalıcı bir çözüm için Ek 7 No.lu Protokol ve AİHM içtihatları ile AYM kararı çerçevesinde öngörülen ve çalışmamızda ele alınan ölçütleri gözeten bir kanuni düzenleme yapılması gerekliliğinin ortaya çıktığı düşünülmektedir.

Her iki sürecin birbirinden bağımsız olarak yürütülmediği ve bir yargılama sürecinden elde edilen olgu ve değerlendirmelerin diğer süreçte de yeterli düzeyde dikkate alındığı sonucuna varılmakla birlikte aynı fiil nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkları farklı boyutlarıyla yargılayan ceza ve vergi mahkemesi kararlarının birbiri arasında etkileşimin sağlanması gereken alanların netleştirilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir. Bu çerçevede vergi ziyaı kabahati ile vergi kaçakçılığı suçundan kaynaklanan iki farklı yargılamada mahkemeler tarafından yargılanan ortak hususun, fiilin varlığının tespiti olması nedeniyle fiilin varlığı ve yokluğunun tespiti noktasında, vergi mahkemesi ve ceza mahkemesi kararları arasında etkileşimi sağlayacak bir kanuni düzenleme yapılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir. Bununla birlikte ceza mahkemesince, fiilin varlığı ve yokluğuna ilişkin bir tespit içermeyen suçun manevi unsuru olan kastın yokluğuna veya delil yetersizliği nedeniyle fiilin varlığının tespit edilemediği durumlarda her iki yargılama süreci arasında bir etkileşimin bulunmaması ve kararların farklı yönde olmasının, *ne bis in idem ilkesini* ihlal eden bir durum olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Bunun yanı sıra kanaatimizce daha önemli olan husus, kişi aleyhine hükmedilen toplam cezanın aşırı külfet oluşturma riskine karşı dengeleyici mekanizmaların oluşturulmasıdır. Zira *ne bis in idem* ilkesine aykırılık durumunun oluşmadığı kabul edilen birden fazla yargılama sürecinin bir bütünün parçaları olacak şekilde entegre bir biçimde yürütülmesi şartının gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için bu bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira vergi ceza hukukumuz açısından bakıldığında, vergi kaçakçılığı suçunu teşkil eden fiillerle vergi ziyaına sebebiyet verildiğinde uygulanacak üç kat para cezasının, ulaşacağı miktarlar itibariyle, tazmin edici değil, caydırıcı ve cezalandırıcı amaç taşıdığı açıktır. Bu durumda, AİHM kararlarında uygulanan kriterler çerçevesinde, Kanun'un 359. maddesinde yazılı fiillerle vergi ziyaına sebebiyet verilen bir hukuka aykırılık nedeniyle vergi kaçakçılığı suçundan verilecek hapis cezası ile 344. maddesinin son fıkrası uyarınca verilecek ziyaa uğratılan verginin üç katı tutarındaki idari para cezasının kişi üzerinde orantısız bir külfete yol açabilecek düzeye ulaşması ihtimal dahi-

linde bulunduğundan bu durumun *ne bis in idem* ilkesine aykırılığı söz konusu olabilecektir.

Son olarak her iki yargılama süreci sonucunda ilgili kişi aleyhine hükmedilen toplam cezanın aşırı külfet oluşturma riskine karşı nasıl bir dengeleyici mekanizma oluşturulabileceği hususu üzerinde durulması gerekmektedir. Bu noktada aynı fiil dolayısıyla hem vergi kabahati nedeniyle idari para cezası hem de vergi kaçakçılığı suçundan dolayı hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanmasının *ne bis in idem* ilkesine aykırılık sonucunu doğurmayacağı dikkate alındığında bu yaptırımlardan birisinin kaldırılması ve sadece birisine başvurulabilmesini sağlayacak bir kanuni düzenleme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte 213 sayılı Kanun'un mevcut hâlinde yer alan yaptırım sistemi gereğince aynı fiil nedeniyle hem üç kat vergi ziyaı cezası uygulanması hem de hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasının kişiye aşırı bir külfet yüklediği de açıktır. Bu durumda öncelikle 213 sayılı Kanun'da öngörülen idari para cezası ile hürriyeti bağlayıcı cezaların miktarlarının azaltılması düşünülebilir. Bunun yanı sıra 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinde yer alan fiillerden özellikle sahte fatura kullanma veya düzenleme fiillerinde birden fazla yıla sirayet eden vergi kaçakçılığı suçunun zincirleme suç kapsamına alınması ve etkin pişmanlık müessesesi gibi ceza yaptırımdan kurtulmayı veya yaptırımı hafifletmeyi amaçlayan düzenlemelerin yapılması öngörülebilir. Bunun yanı sıra vergi kabahati açısından ise üç kat vergi ziyaı cezasının kaldırılarak tek kat uygulanması veya kişinin hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılması durumunda vergi ziyaı cezasının yine belli oranda azaltılması söz konusu olabilir.

Ayrıca, bu önerilerin hayata geçirilebilmesi için 213 sayılı Kanun'un sadece 367. maddesinde değil, özellikle 344. ve 359. maddelerinde yeni düzenlemelerin yapılması, yani Kanun'un öngördüğü yaptırım sisteminde küçük çaplı da olsa bir revizyona gidilmesi gerektiği de aşikardır. Bu yolla aynı fail tarafından aynı fiille işlenen vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri sonucunda uygulanacak yaptırım konusunda herhangi bir şekilde ve seviyede bağlantı kurulmasını sağlayacak güvencelerin sağlanabileceği düşünülmektedir.

Son olarak belirtmemiz gerekir ki 8/4/2022 tarihli ve 7394 sayılı Kanun'la 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinde önemli değişiklikler yapılmıştır. 7394 sayılı Kanun'la yapılan düzenlemeler, farklı saiklerle ihdas edilmiş ise de 213 sayılı Kanun'da öngörülen yaptırım sisteminin *ne bis in idem* ilkesine uygunluğunu sağlamak açısından olumlu bir adım olarak değerlendirilmektedir.

Söz konusu değişikliklerin içeriğine bakıldığında makalede yer verilen önerilere paralel bazı düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Buna göre 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinde yapılan değişikliklerle *etkin pişmanlık müessesesi*ne benzer bir düzenlemenin vergi kaçakçılığı suçlarına yönelik olarak da hayata geçirilmesinin ve kaçakçılık suçlarına ilişkin hükmedilecek hapis cezaları için Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesinde yer alan *zincirleme suç* hükümlerinin uygulanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere 213 sayılı Kanun'un 371. maddesinde pişmanlık müessesesine yer verilmiş ise de etkin pişmanlığın, suç soruşturmasına başlanmadan önceki dönem için kabul edilmesi nedeniyle soruşturma ve kovuşturma evresinde fail tarafından bu yola başvurulması mümkün değildir. Ayrıca Kanun'un 359. maddesinde, 371. madde hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir. 7394 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle yapılan düzenlemelerde ise, Kanun'un 359. maddesinde yer alan suçlar bakımından soruşturma ve kovuşturma aşamasında da etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesine imkân sağlanmıştır. Buna göre, maddede yazılı fiillerle verginin ziyaa uğratıldığının tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, hesaplanan gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının; soruşturma evresinde ödenmesi halinde fail hakkında verilecek cezada yarı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödenmesi halinde ise üçte bir oranında indirim yapılacaktır. Ayrıca, tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunmadığı durumlarda cezadan yarı oranında indirim yapılması öngörülmektedir. Diğer yandan, failin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmesi için vergi mahkemesinde dava açmaması, açmışsa feragat etmesi, kanun yollarına başvurmaması veya başvurmuşsa vazgeçmesi gerekmektedir. Mükelleflerin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için haklarında tarh edilen vergiler ile kesilen cezalara karşı yargı yoluna başvurmaması gerekmekte ise de 213 sayılı Kanun'da bunlara ilişkin ihtilafların dava konusu yapılmadan idari aşamada çözümlenmesini sağlayan uzlaşma müessesesi gibi imkânlardan yararlanmasına engel bulunmamaktadır.

Maddede yapılan diğer bir düzenlemeyle, bu maddede yer alan suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanununun 43. maddesinin uygulanacağı belirtilmektedir. Böylelikle, ceza miktarının belirlenmesinde zincirleme suça ilişkin koşulların esas alınması ve ceza miktarının belli oranda düşürülmesi amaçlanmaktadır.

Belirtildiği üzere 7394 sayılı Kanun'la yapılan düzenlemeler, 213 sayılı Kanun'da öngörülen yaptırım sisteminin *ne bis in idem* ilkesine uygunluğunu sağlamak amacıyla ihdas edilmemiş ise de AİHM kararlarında uygulanan kriterler çerçevesinde, 213 sayılı Kanun uyarınca uygulanacak yaptırımların kişi üzerinde orantısız bir külfete yol açmasını belli ölçüde önleyebilecek niteliktedir.

SONUÇ

Mukayeseli hukukta olduğu gibi Türk vergi hukukunda da vergi kanunlarına aykırı davranılması durumunda kişilere uygulanacak idari yaptırımların yanı sıra cezai yaptırımlar da öngörülmüştür. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda vergi kabahati olarak nitelendirilen ve yaptırım olarak idari para cezası öngörülen kanuna aykırılıkların bir kısmının, 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinde yer alan vergi kaçakçılığı suçu sayılan fiillerle örtüştüğü görülmektedir. Bu durum ise 213 sayılı Kanun'un öngördüğü yaptırım sisteminin *aynı fiilden dolayı iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama* hakkı olarak tanımlanabilecek *ne bis in idem ilkesine* aykırı olup olmadığı tartışmasını gündeme getirmektedir.

Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesine göre iç hukukta yer alan bir kanun hükmünün, *ne bis in idem* ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılabilmesi için aranılan koşullar yönünden bakıldığında 213 sayılı Kanun'un öngördüğü yaptırım sisteminin *ne bis in idem* ilkesine aykırılık sonucu doğurabilecek düzenelemeler içerdiği görülmektedir.

Bunun yanı sıra, *ne bis in idem* ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılabilmesi için gerçekleşmesi gereken koşulların varlığına rağmen bir kanuni düzenlemenin *ne bis in idem* ilkesine aykırı olmadığı sonucunu doğuran bazı özel durumlar bulunmaktadır. 213 sayılı Kanun'da yer alan yaptırım sistemine ilişkin kuralların *ne bis in idem* ilkesine aykırı olmadığı sonucuna götürebilecek özel durumlardan birisi, AİHM içtihadıyla geliştirilen, görünürde birden fazla yargılama süreci olsa bile gerçekte bunların bir bütünün parçaları olacak şekilde, bir başka deyişle söz konusu ikili yargılamanın *maddi yönden ve zaman yönünden yeterince yakın bir bağlantı* içinde yürütülmesidir.

Glantz/Finlandiya kararı ile birlikte AİHM, *ne bis in idem* ilkesine aykırılık hususunu iki ayrı usul içerisinde idari para cezası ve hürriyeti bağlayıcı cezalar arasında *esas ve zaman bakımından yeterli miktarda bağlantının*

mevcut olup olmadığını değerlendirmek suretiyle karara bağlamakta olup daha sonra verdiği *A ve B/Norveç* kararında da bu içtihadından hareketle sonuca vardığı görülmektedir. AYM'nin vergi ceza hukuku alanında *ne bis in idem* kuralı ile değerlendirmelerde bulunduğu en önemli kararı ise E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021 sayılı kararıdır. AYM'nin bu kararında, 213 sayılı Kanun'da *ne bis in idem* ilkesi ile alakalı bütün kurallar AİHM'nin anılan kararlarında benimsenen kriterler referans alınmak suretiyle incelenmiştir.

Buna göre, ikili yargılamanın *maddi yönden ve zaman yönünden yeterince yakın bir bağlantı* içinde yürütüldüğünün kabulü için gerekli olan, yaptırım siteminde yer alan farklı süreçlerin tamamlayıcı amaç taşıması ve aynı fiiller nedeniyle hem idari para cezası hem de hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanmasına imkân sağlayan düzenlemelerin açık ve öngörülebilir nitelikte olması şartlarının 213 sayılı Kanun'da öngörülen yaptırım sistemi açısından sağlandığı görülmektedir. Ayrıca, farklı makamlar tarafından yürütülen her iki süreç arasında *zaman bakımından* yeterince yakın bağlantının da bulunduğu düşünülmektedir.

Bunun yanı sıra süreçler arasında delillerin toplanması ve değerlendirilmesi ile olguların tespitinde yeterli etkileşimin sağlanıp sağlanmadığı noktasında, AİHM'in konuya getirdiği perspektif açısından bakıldığında Türk vergi hukukunda *ne bis in idem* ilkesi ile bağlantılı hükümler içeren 213 sayılı Kanun'un 340., 359/son ve 367/4. maddesindeki kuralların bir kimseye aynı fiili nedeniyle hem vergi suçu hem de vergi kabahati dolayısıyla ceza verilebilmesine imkân sağlamakla birlikte her iki sürecin birbirleri arasında etkileşimsizliğe yol açacak bir düzenleme içermediği anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte aynı fiil nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkları farklı boyutlarıyla yargılayan ceza ve vergi mahkemesi kararları arasındaki etkileşimsizliğin vergi mevzuatında bu konuda bir düzenleme bulunmamasının yanı sıra 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin altıncı fıkrasından kaynaklandığı görülmektedir. Ayrıca 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin son fıkrası nedeniyle ilgili kişilere uygulanacak yaptırım hususunda da gerek idari makamlar ile ceza mahkemeleri, gerekse vergi mahkemeleri ile ceza mahkemeleri arasında genel bir etkileşimsizliğin ortaya çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır.

AYM de, E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021 sayılı kararında, benzer gerekçelerle 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin son fıkrasını iptal etmiştir.

AYM'nin anılan kararı ile 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin son fıkrasının iptal edilmesinin ardından soruna kalıcı bir çözüm için Ek 7 No.lu Protokol ve AİHM içtihatları ile AYM kararında öngörülen ölçütleri gözeten bir kanuni düzenleme yapılması gerekliliğinin ortaya çıktığı düşünülmektedir.

Yapılacak kanuni düzenleme ile öncelikle, aynı fiil nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkları farklı boyutlarıyla yargılayan ceza ve vergi mahkemesi kararlarının birbiri arasında etkileşimin sağlanması gereken alanların netleştirilmesi uygun olacaktır. Bu çerçevede iki farklı yargılamada mahkemeler tarafından yargılanan ortak hususun, fiilin varlığının tespiti olması nedeniyle vergi mahkemesi ve ceza mahkemesi kararları arasında fiilin varlığı ve yokluğunun tespiti noktasında etkileşimi sağlayacak bir kanuni düzenleme yapılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir.

Bunun yanı sıra kanaatimizce daha önemli olan husus, kişi aleyhine hükmedilen toplam cezanın aşırı külfet oluşturma riskine karşı dengeleyici mekanizmaların oluşturulmasıdır. Bu noktada aynı fiil dolayısıyla hem vergi kabahati nedeniyle idari para cezası hem de vergi kaçakçılığı suçundan dolayı hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanmasının *ne bis in idem* ilkesine aykırılık sonucunu doğurmayacağı dikkate alındığında bu yaptırımlardan birisinin kaldırılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu durumda öncelikle 213 sayılı Kanun'da öngörülen idari para cezası ile hürriyeti bağlayıcı cezaların miktarlarının azaltılması düşünülebileceği gibi söz konusu yaptırımları hafifletmeyi amaçlayan düzenlemelerin yapılması da *ne bis in idem ilkesine* uygunluk sağlanması açısından faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

AKKAYA Mustafa, "Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 49, S. 1, 2000, ss. 85-96.

ASLANPINAR Yusuf Burak, **TCK'nın Genel Hükümleri Çerçevesinde Vergi Kaçakçılığı Suçları**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

BAHÇECİ Barış, "İHAM'ın Vergi Cezalarında Ne Bis In Idem İçtihadı ile Türk Hukukunun Uyum Sorunu", **Türk Barolar Birliği Dergisi**, 136, 2018, ss. 141-166.

BAYKARA Bekir, **Teorik ve Pratik Yönleri ile Vergi ve Vergi Ceza Hukuku**, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, İstanbul, 2008.

BAYRAKLI Hasan Hüseyin, **Vergi Ceza Hukuku**, 1. Baskı, Külcüoğlu Yayınları, Afyonkarahisar, 2006.

BEYRİBEY Kurtuluş, "Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Ceza Mahkemesi Kararlarının Vergi Yargısına Etkisi", **Danıştay Dergisi**, S. 141, 2016, ss. 41-66.

BİLİCİ Nurettin / BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda, "Non Bis In Idem Kuralı ve Yasallık İlkesi (Türk Vergi Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İlkeleri)", **Prof. Dr. Şükrü Kızılot'a Armağan (Editör Prof. Dr. Nevzat Saygılıoğlu)**, 2014, ss. 49-72.

BİYAN Özgür, "Aynı Fiil Nedeniyle Vergi Ziyaı ile Hapis Cezasının Birlikte Uygulanması: Non Bis In Idem İlkesi", **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, S. 145, 2016, ss. 100-107.

CANDAN Turgut, "**Bir Anayasa Mahkemesi Kararı, Vergi Cezaları ve Non Bis In Idem Kuralı**"https://turgutcandan.com/2019/05/25/bir-anayasa-mahkemesi-karari-vergi-cezalari-ve-non-bis-in-idem-kurali/ (Erişim Tarihi: 15.03.2022).

CANDAN Turgut, **Vergi Suçları ve Cezaları**, 1. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 1995.

DİLEMRE ÖDEN Begüm, "Non Bis In Idem İlkesi Çerçevesinde 27/03/2019 Tarihli Türk Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi", **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, 2020, ss. 2437-2454.

DOĞMUŞ Simay, "Türk Vergi Ceza Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (1) 1, 2020, ss. 61-121.

DONAY Süheyl, **Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları**, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

GEÇER Ahmet Emrah, "Vergi Ceza Hukukunda Non Bis In Idem İlkesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 65 (2), 2016, ss. 315-348.

GEÇER Ahmet Emrah, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Vergi Cezalarında "Non Bis In Idem" İlkesine İlişkin A ve B v. Norveç Kararının Türk Vergi Hukuku Uygulamalarına Etkileri", **Vergi Sorunları Dergisi**, S. 350, 2017, ss. 35-54.

İNCEOĞLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

KARAÇOBAN GÜNEŞ Tuğçe, "Vergi Yaptırım Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 15 (29), 2016, ss. 85-106.

KARAKOÇ Yusuf, **Vergi Ceza Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

NARTER Recep / SARICAOĞLU Ercan, "Türk Vergi Hukukunda Vergi Kabahatlerinde ve Suçlarında İçtima". **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, S. 1-2, 2013, ss. 73-99.

ÖNCEL Mualla / KUMRULU Ahmet / ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukuku**, 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

ÖZEN Mustafa, **213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

ÖZEN Mustafa, "Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, S. 1, 2010, ss. 389-417.

RENÇBER Altan, **Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri**, 1. Baskı, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, İstanbul, 2017.

SARICAOĞLU Ercan, **Türk Vergi Hukukunda Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat**, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2017.

ŞENYÜZ Doğan, **Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları)**, 10. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2017.

ŞİMŞEK Mehmet, **Anayasal İlkeler Karşısında Vergi Kabahat ve Yaptırımları**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

TAŞDELEN Aziz, **Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

TAŞTAN Mehmet, **Açıklamalı - İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları**, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.

TOSUN Ayşe Nil, "Türk Vergi Ceza Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlardan Lucky Dev Kararı", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 7 (2), 2017, ss. 95-104.

YALTI Billur, "İHAM'ın Glantz Kararının Ardından: Kaçakçılıkta Para Cezası ve Hapis Cezası Uygulamasının Non Bis In Idem İlkesine Aykırılığı Üzerine", **Vergi Sorunları Dergisi**, 317, 2015, ss. 85-92.

YÜCE Mehmet, **Vergi Kaçakçılığı Suçu (Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçu) ve Yargılama Usulü**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 625-647

DEVLETİN SOSYAL VE EKONOMİK ÖDEVLERİNİN MALÎ KAYNAKLARIYLA SINIRLI OLMASI: VERGİ ÖDEVİNİN HAKLILIĞI AÇISINDAN BİR TARTIŞMA(*)(**)

Arş. Gör. **Hasan Basri ÇİFCİ**(***)

Öz: 1982 Anayasasının "Devletin İktisadî ve Sosyal Ödevlerinin Sınırları" başlıklı 65. maddesi, Anayasanın sosyal ve ekonomik alanlarda devlete yüklediği ödevlerin, devletin malî kaynaklarının yeterliğine göre yerine getirileceğini kayıt altına almaktadır. Bu kayıt, sosyal ve ekonomik hakların devlete olumlu edimde bulunma ödevi getirdiği düşüncesine bir sınır çizgisi çekme ve böylece devlet bütçesi üzerinde oluşabilecek yükleri kontrol altına alma çabası olarak değerlendirilebilir. Ancak, vergi ödevinin haklılığı açısından bakıldığında, insan haklarının tamamı devlete olumlu edimde bulunma ödevi yükler ve insan haklarının tamamı devletin bütçesiyle sınırlı olarak korunabilir. Sosyal ve ekonomik haklar açısından böyle bir vurguya başvurulması, hukuk öğretisinde ve uygulamasında, anılan hakların insan hakları olarak kıymetini düşürecek şekilde yorumlanmaya açıktır.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Haklar, Ekonomik Haklar, Vergi Ödevi, Devlet Bütçesi, 1982 Anayasasının 65. Maddesi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 21.02.2022 - Makale Kabul Tarihi: 13.06.2022.

(**) Çalışmada emeği geçen Aynur Aydın'a, Duygu Tan'a, Fatih İnan'a, Gülşah Sedefoğlu'na ve hakemlere teşekkürler.

(***) T.C. Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi (ORCID no: 0000-0001-8301-8561; *hasanbasricifci@maltepe.edu.tr*).

THE LIMITATION OF THE STATE'S SOCIAL AND ECONOMIC DUTIES WITH ITS FINANCIAL RESOURCES: A DISCUSSION FROM THE PERSPECTIVE OF LEGITIMACY OF OBLIGATION TO PAY TAXES

Abstract: Article 65 of the 1982 Constitution, titled "Limits of Economic and Social Duties of the State", determines that the constitutional duties imposed on the state in the social and economic areas shall be fulfilled in the limits of the adequacy of financial resources of the state. Such limitation may be considered as an effort to draw a borderline to the idea that social and economic rights impose a duty on the state to take positive actions, and thus to control the possible burdens that may arise on the state budget. However, from the perspective of the legitimacy of obligation to pay taxes, all human rights impose the duty to take positive actions on the state, and all human rights can be protected within the limits of the state budget. Employing such an emphasis in the constitution makes social and economic rights open to interpretation in a way that degrades their value as human rights in the legal doctrine and practice.

Keywords: Social Rights, Economic Rights, Obligation to Pay Taxes, State Budget, Article 65 of the 1982 Constitution.

GİRİŞ

Geçirdiği kanser hastalığının neticesinde nörolojik işlev kaybına uğrayan, özel eğitim almasının uygun olduğu doktor raporlarıyla tespit edilen, ama bu eğitimin karşılığını ödeyemeyen bir çocuğun, insan haklarına ilişkin taleplerini devlete karşı ileri sürmesi güçtür[1]. Benzer şekilde, ödeme yükümlülüğü yıllar sonra getirilen ve geriye dönük olarak işletilip emekli aylığından haciz yoluyla tahsil edilen sosyal güvenlik primleri için, bir emeklinin, insan haklarına ilişkin taleplerini devlete karşı ileri sürmesi de pek kolay değildir[2]. İlk yurttaşın talebi karşısında, devlet engelli bireylerin özel eğitim kurumlarındaki eğitimlerine ilişkin masrafları karşılama yönünde olumlu bir edimde bulunma yükümlülüğü *olmadığını* savunur, çünkü malî kaynakları sınırlıdır. İkinci yurttaşın talebi karşısında, devlet sosyal güvenlik sisteminde

---

1 Bkz. AYM, U.D.K. ve Diğerleri Başvurusu, 2014/19352, 24.05.2018.

2 Bkz. AYM, Arif Sarıgül Başvurusu, 2013/8324, 23.02.2016, R.G. 24.03.2016-29663.

yapılan değişikliklerin getirdiği maliyeti *çalışanların da* üstlenmesi gerektiğini savunur, çünkü kendi yükümlülükleri malî kaynakları ölçüsündedir. Bu savunmaların ortak dayanağı, 1982 Anayasasının "*Devletin İktisadî ve Sosyal Ödevlerinin Sınırları*" başlıklı 65. maddesidir. 1982 Anayasasının 65. maddesi, devletin sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasanın kendisine verdiği görevleri, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek ve malî kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getireceğini kayıt altına alır.

1982 Anayasasının 65. maddesinin, tanzim edildiği yer itibariyle, Anayasanın "*Temel Haklar ve Ödevler*" başlıklı ikinci kısmının "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı üçüncü bölümünün sınırlarını çizdiği görülür. Normatif açıdan bakıldığında, Anayasanın "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı üçüncü bölümünde yer alan hükümlerin tamamı hak niteliğinde düzenlemeler getirmez[3]. Hükümlerin bir kısmı bireylere açık ve belli haklar tanıyan düzenlemeler içerirken; diğer bir kısmı, devletin sosyal ve ekonomik politikasının çizilmesinde uyulması gereken direktifler olarak Anayasa koyucunun getirdiği program hükümlerdir. Anayasanın 65. maddesinin kapsamına, üçüncü bölümde yer alan sosyal haklar, ekonomik haklar ve program hükümler girer.

Tarihsel ortaya çıkış sırasına göre "*ikinci kuşak haklar*" olarak da anılan sosyal haklar, sermayeci -kapitalist- sistemin getirdiği sosyal eşitsizliklere karşı emekçi kesimin verdiği mücadelenin bir ürünüdür[4]. Sanayi Devrimi'nin getirdiği ağır koşullar altında ezilen emekçi kesim, liberal bireyciliğe dayanan klasik hakların -birinci kuşak hakların- sağladığı güvencelerden faydalanamamıştır. Liberal bireyci yaklaşıma göre devletin temel kaynağı ve amacı bireydir. Devlet bireyin özgürlük alanına müdahale etmeyecek, aksine onu genişletecek şekilde örgütlenmiştir. Bu sebeple emekçi kesimin çalışma koşulları ve buna bağlı olarak yaşama koşulları gittikçe kötüleşmiş ve klasik hakların gerçekleşeceği olanaklara ulaşması mümkün olmamıştır. Çalışma hakkı, ücret hakkı ve sosyal güvenlik hakkı gibi haklarla bu güvencesizlik halinin sağaltılması hedeflenmiştir. Dolayısıyla, daha en baştan, sosyal hak-

---

[3] KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7. bası, Yetkin, Ankara, 2013, s. 79; SABUNCU Yavuz, "Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine", **İnsan Hakları Yıllığı**, S. 7-8, 1985-1986, s. 19-20.

[4] VASAK Karel, "A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Decleration of Human Rights", **The UNESCO Courier**, C. 30, S. 10, 1977, s. 29-32; TANÖR Bülent, "Kapitalizmin Uluslararası Sosyal Hukukun Doğumuna Etkisi", **Hıfzı Timur'un Anısına Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul, 1979, s. 279.

ların sermaye ve emek arasındaki çatışmayı kalkış noktası aldığını söylemek mümkündür[5].

Ekonomik haklarsa, mülkiyet hakkı, sözleşme serbestisi ve girişim özgürlüğü başta olmak üzere, bireylerin sosyal ve ekonomik ilişkilerindeki hak ve özgürlüklerini liberal ekonomik sisteme göre düzenleyen ve güvence altına alan haklar olarak ortaya çıkmıştır[6]. Liberal ekonomik sistemde devlet, ekonomik alana müdahaleden kaçınan, tam anlamıyla bir pasif durma ödevi taşıyan, böylece sermayeye serbestçe genişleme olanağı tanıyan bir rol üstlenmiştir. Bu olanağın gerçekleşebilmesi için özel mülkiyetin, sözleşme serbestisinin ve girişim özgürlüğünün devlet tarafından güvence altına alınması gerektiği düşünülmüştür.

Devletlerin sosyal ve ekonomik haklara ilişkin yükümlülüklerini düzenleyen uluslararası belgelerde, bu hakların gerçekleşmesi için gereken koşulların sağlanmasının ilgili devletin ekonomik durumuyla bağlantılı olduğu düşünülmüş ve yükümlülüklerin yerine getirilmesinde devletlere esneklik tanınmıştır[7]. 1982 Anayasasının 65. maddesinde düzenlenen malî kaynakların yeterliği ölçüsü de, sosyal ve ekonomik haklarla devletin sosyal ve eko-

---

5 AYBAY Rona / ÇELİK Demirhan Burak, **İnsan Hakları Hukuku**, 5. bası, DER, İstanbul, 2021, s. 108-109; KAPANİ, s. 79; UYGUN Oktay, **Devlet Teorisi**, 7. bası, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 533.

6 TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 20. bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 237. Ekonomik hakların bir kısmı klasik haklarla birlikte, diğer bir kısmıysa sosyal haklarla birlikte anayasalara ve uluslararası hukuk belgelerine girmiştir. Mülkiyet hakkı ilk kısımda yer alırken, herkesin dilediği ekonomik faaliyete katılabilmesini, bu katılım bir kez gerçekleştikten sonra girişimini serbestçe yürütebilmesini ve mesleki faaliyetini dilediğince sürdürebilmesini güvence altına alan girişim özgürlüğü ikinci kısımda yer alır. Bkz. YÜZBAŞIOĞLU Necmi, "Anayasa ve Ekonomi", **Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler**, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 35.

7 Bu saptamanın teyidi, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde görülebilir. Sözleşme, taraf devletlere, sosyal ve ekonomik hakları kendi ekonomik olanaklarıyla sınırlı şekilde ve aşamalı olarak gerçekleştirebilmesi için esneklik tanımaktadır. Detaylı bilgi için bkz. AYBAY / ÇELİK, s. 75-76; KAPANİ, s. 69. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin taraf devletlere rehberlik etmesi için hazırladığı "*Devlet Yükümlülüklerinin Yapısı*" başlıklı 3 numaralı Genel Yorum'da, aşamalı gerçekleştirmenin sınırlı olduğu ve taraf devletlerin kaynak sıkıntılarına karşın her bir hakkı asgari düzeyde de olsa gerçekleştirmekle yükümlü olduğu açıklanmaktadır. Bu konuda kapsamlı bir değerlendirme için bkz. MCCHESNEY Allan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları Savunmak ve İlerletmek**, Çev. Orhan Kemal CENGİZ, BG Yayınları, Ankara, 2004, s. 39 vd. Benzer bir olguya, bölgesel düzeyde, Avrupa Sosyal Şartı'nda rastlamak mümkündür. Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasındaki sosyal ve ekonomik farklılıklar sebebiyle, taraf devletlere düzenleme altına aldığı hakların hepsini kabul etme zorunluluğu getirmemiştir. Detaylı bilgi için bkz. ATASAYAN Gözde, "Sosyal Hakların 'Maliyet'i: Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye", **KHÜHFD**, S. 7/2, 2019, s. 188.

nomik durumu arasında kurulan benzer bir irtibatın ürünüdür. Bu bağlantının temelinde, eğitim, sağlık, barınma gibi konularda klasik haklardan yararlanmayı tamamlamak için devletin olumlu edimde bulunma ödevinin bulunduğu ve bu yüzden ilgili hakkın gerçekleşmesini sağlayacak kamu hizmetlerinin kurulması ve yürütülmesi gerektiği düşüncesi yer alır[8]. Kamu hizmetlerinin kurulmasının ve yürütülmesinin devlet bütçesinde bir karşılığı vardır. Devlet, yerine getirmesi gereken kamu hizmetlerini ancak bütçesi ölçüsünde karşılayabilir.

Türk hukukunda, aynı başlıkla ve aynı konuda düzenlenmiş bir hükme ilk kez 1961 Anayasasında yer verilmiştir. 1961 Anayasasından bu yana, Anayasanın devletin sosyal ve ekonomik alandaki ödevlerini malî kaynaklarla sınırlı tutmuş olması, hukuk öğretisinde eleştiri ve tartışmalara konu olmuştur[9]. Bu bağlamda, bu düzenlemenin sosyal ve ekonomik hakları korumasız bırakma tehlikesi taşıdığını ve bu yüzden sakıncalı olduğunu savunanlar[10] olduğu gibi, anılan hakların doğal sınırını ifade ettiği ve *deklaratif* özellik gösterdiğini savunanlar[11] da olmuştur. Buna karşılık, mezkûr hükmün uygulanması aşamasında Anayasa Mahkemesinin benimsediği yorumun pek farklılaşmadığı ve genellikle yasa koyucunun geniş takdir yetkisine dayandığı savunulabilir[12]. Mahkeme 1961 Anayasası açısından da, 1982 Anayasası açısından da devletin malî kaynaklarının yeterliği ölçüsünü esasa inerek inceleyen bir yaklaşımı benimsememiştir[13]. Başka bir deyişle, Mah-

---

8 UYGUN Oktay, **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı, İstanbul, 1992, s. 36-37.

9 Tartışmalara ilişkin kapsamlı açıklamalar için bkz. BAHÇECİ Barış, "2001 Anayasa Değişikliğinin Sosyal Hakların Sınırlandırılma Rejimine Etkisi", **Bülent Tanör Armağanı**, Legal, İstanbul, 2004, s. 184 vd.; GÖZE Ayferi, **Liberal, Marxiste, Faşişt ve Sosyal Devlet**, 3. bası, Beta, İstanbul, 1995, s. 111 vd.; KAPANİ, s. 123-124. Ayrıca bkz. TANÖR Bülent, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May, İstanbul, 1978, s. 376.

10 AZRAK Ali Ülkü, "Sosyal Devlet ve 1961 Türk Anayasasının Sistemi", **İÜHFM**, S. 27/1-4, 1961, s. 222; KABOĞLU İbrahim, "Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları", **II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu Bildiri Kitabı**, Petrol-İş, İstanbul, 2010, s. 54-55; TALAS Cahit, "Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi", **İnsan Hakları Yıllığı**, S. 3/1, 1982, s. 75.

11 SAĞLAM Fazıl, "Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma", **Devrim Ulucan'a Armağan**, Legal, İstanbul, 2008, s. 757-758. Karş. GÖZE, s. 112-115; GÖZLER Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, 3. bası, Ekin, Bursa, 2020, s. 164.

12 YILMAZ Zülfiye, "Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasaları Dönemi Uygulamaları", **İÜHFM**, S. 72/1, 2014, s. 725.

13 Bkz. AYM, E. 2008/56, K. 2011/58, 30.03.2011, R.G. 28.12.2011-28156; AYM, E. 2013/111, K. 2014/195, 25.12.2014, R.G. 07.01.2015-29229; AYM, E. 2015/10, K. 2015/93, 22.10.2015, R.G. 07.11.2015-29525; AYM, U.D.K. ve Diğerleri Başvurusu, 2014/19352,

keme devletin malî kaynaklarının sosyal veya ekonomik bir hakkın gerçekleştirilmesi için gerçekten yeterli olup olmadığına bakmamıştır[14].

1961 Anayasasının 53. maddesi için sunulan gerekçede, devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki ödevlerinin genişlediği tespit edilmektedir ve bu genişlemenin devletin hiçbir şey yapamaz hale gelmesine yol açabileceği savunulmaktadır. Benzer şekilde, 1982 Anayasasının 65. maddesi için sunulan gerekçeden de, devletin sosyal ve ekonomik alanlarda kendisine verilen geniş ödevleri her koşulda yerine getirmesinin ekonomik zorluklara sebep olacağının düşünüldüğü anlaşılmaktadır. İki gerekçenin benzer ifadelerle yaptığı bu saptamanın, liberal devlet sisteminin *sosyal devlet* aşamasıyla bağlantısı vardır. Sermaye ve emek çatışmasının sebep olduğu eşitsizlikleri sosyal ve ekonomik haklar aracılığıyla iyileştirmeye çalışan yeni rolüyle devlet, bunu ancak eşitsizliklerin ortadan kalkması için yapılması gerekenleri *hukuksal bir görev olarak* ifa ederek gerçekleştirebilir[15]. Gerekçelere göre, olumlu edimde bulunma ödevleriyle donatılmış sosyal devletin her şeyi yapmaya çalışırken, hiçbir şey yapamaması riski vardır. Bu riski bertaraf etmek için, mezkûr ödevlerin devletin olanakları ölçüsünde, yani *kısmen* gerçekleştirilmesini anlayışla karşılamak gerekir.

Bu çerçevede, malî kaynakların yeterliği ölçüsünün dayandığı esasları şu iki öncülde toplamak mümkündür: Birincisi, devlete sosyal ve ekonomik alanlarda verilen görevlerin yerine getirilebilmesi, devletin olumlu edimini gerektirir. Bu alanlarda, devletten, *genellikle*, sosyal ve ekonomik hakların gerçekleşmesini sağlamak üzere çeşitli kamu hizmetlerini kurması ve yürütmesi beklenir. İkincisi, kamu hizmetlerinin kurulmasının ve yürütülmesinin devlet bütçesinde bir karşılığı -kamusal maliyeti- vardır. Devlet bu hizmetleri kendisine tahsis edilen kaynaklarla sınırlı şekilde yerine getirebilir.

24.05.2018; AYM, E. 2020/13, K. 2020/68, 12.11.2020, R.G. 12.02.2021-31393. AYM'nin incelenen hakkın klasik haklarla bağlantısını kurduğu ve bu sayede genel eğiliminden sapma gösterdiği bir kararı için bkz. AYM, E. 1990/27, K. 1991/2, 17.01.1991, R.G. 19.08.1991-20965.

14 Hukuk öğretisinde bunun yerindelik denetimine dönüşme olasılığı taşıdığı ve sakıncalı olduğu savunulmuştur. Bkz. TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 202. Devletin olumlu edimini yerine getirirken malî kaynakların yeterliği ölçüsünü aşması, diğer bir deyişle malî kaynaklarını fazladan kullanarak edimde bulunması ihtimali de bu yönden değerlendirilmiş ve yargısal denetim yoluyla bu kaynak aşımının üst sınırını saptama olanağı da yerindelik denetimi niteliği taşıyacağından uygun bulunmamıştır. Bkz. ODER Bertil Emrah, "Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar", **GSÜHFD**, S. 1, 2008, s. 230.

15 AYBAY / ÇELİK, s. 95.

Bu iki öncülden şöyle bir toplama ulaşılır: Devlet sosyal ve ekonomik hakları malî olanakları ölçüsünde yerine getirir. Ancak, bu toplamda vergisel bir bakış açısının eksikliği hemen göze çarpar. 1982 Anayasasının 65. maddesinin değerlendirilmesinde, vergi ödevinin makûl ve haklı olup olmadığını normatif açıdan soruşturan bir vergi teorisi olmadan, devlet karşısında *ödevli* statüsünde olan bireylerin rolü karanlıkta kalır. Çünkü yukarıdaki toplama varılmadan önce, gizli üçüncü bir öncül daha vardır: Devlet sosyal ve ekonomik hakları gerçekleştirmek üzere kamu hizmetlerini kurup yürütürken ve bunu da bütçesiyle sınırlı olarak yaparken, bu arada, *o devlette yaşayan bireyler devlete vergi öderler*. Diğer bir deyişle, devlete tahsis edilecek kaynaklar, bizzat o devlette yaşayan bireylerden temin edilir. Bu yükümlülüğe "*neden?"* sorusunu yöneltmek, diğer iki öncülün de bu soruya verilen cevaplarla birlikte yeniden değerlendirilmesini gerektirir. Bu çalışmanın amacı işte bu değerlendirmeyi yapmaktır. Bu amacın gerçekleşmesinde, vergi ödevinin haklılığıyla insan haklarının kamusal maliyeti arasındaki bağlantının açıklanmasının önemli olduğu sanılmaktadır. Bu doğrultuda, çalışmanın üç başlıktan oluşması planlanmıştır. Zikredilen irtibat ilk başlıkta ortaya konduktan sonra, ikinci ve üçüncü başlıklarda, yukarıda açıklanan iki öncül vergi ödevi açısından irdelenecektir.

I. VERGİ ÖDEVİNİN HAKLILIĞI VE İNSAN HAKLARININ KAMUSAL MALİYETİ İLİŞKİSİ

Tarihsel olarak bakıldığında, başta egemenin buyruğu olduğu için yerine getirilmesi zorunlu bir ödev olarak kabul edilen vergi ödeme yükümlülüğü, zamanla farklı anlayışlarla kavranır olmuştur. Vergilerin keyfi şekilde ve yükümlülerin ekonomik gücünden bağımsız olarak toplanmasının ve kamu harcamalarının ekonomik prensiplere uygun olarak yapılmamasının doğurduğu sakıncaları gidermek üzere, liberal devlet sisteminin gelişimine paralel olarak, verginin "*devletle yurttaşları arasında vuku bulan bir mübadeleden ibaret*" olduğu savunulmaya başlamıştır[16].

Vergiye ilişkin anlayışın bu yöndeki dönüşümü, devletin bir menfaat ortaklığı olduğu düşüncesini pekiştirmiş ve verginin bireylerin insan haklarının -özellikle liberal bireyciliğin temelini oluşturan yaşama hakkının ve mülkiyet hakkının- o devlette korunmasına ilişkin bir tür *hizmet bedeli* veya

---

[16] NEUMARK Fritz, **Maliyeye Dair Tetkikler**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1948, s. 73.

sigorta primi olduğu anlayışını getirmiştir[17]. Diğer bir ifadeyle, vergi devleti kuran sosyal sözleşmenin esaslı bir unsuru ve devletin sağladığı korumanın bir karşılığı olarak açıklanır olmuştur. Bu doğrultuda, insan haklarının korunmasını sağlayacak kamu hizmetlerinin kurulmasının ve yürütülmesinin maliyet yarattığı ve bu maliyetin vergiyle karşılanması gerektiği düşünülmüştür[18].

Ancak, piyasa ekonomisine hâkim olan, yararlanmanın karşılığı olarak bedel ödenmesi ilkesi kamu ekonomisi açısından sakıncalı bulunmuş ve verginin bedel niteliği taşıdığı düşüncesi, yerini verginin kamu hizmetlerinden genel anlamda faydalanmak için katlanılan bir fedakârlık olduğu düşüncesine bırakmıştır[19]. Günümüzde verginin *karşılıksız* bir ödeme olduğu düşüncesi hâkimdir. Bunun anlamı şudur: Vergi ile vergi vasıtasıyla karşılanan kamu hizmetlerinden yararlanma arasında doğrudan bir bağlantı yoktur[20]. Vergi ödeme yükümlülüğü, belli bir kamu hizmetinden yararlanmanın karşılığı olarak değil, kamu hizmetlerinden genel anlamda yararlanmak için katlanılan bir fedakârlık olarak değerlendirilmektedir. Bu açıdan, vergi ödevi, kamu hizmetlerini yerine getirmekle görevli devletin bireylere yüklediği ve ölçüsü vergi ödeme yükümlülüğünü zorunlu kılan kamu hizmetlerinin hacmiyle belirlenen zorunlu bir ödeme olarak kabul edilmektedir[21].

Vergi ödevini haklı kılan temel düşünce, o devlette yaşayan bireylerin kendi ihtiyaçlarına yönelik kamusal harcamaları kendilerinin karşılaması gerektiği düşüncesidir[22]. Bu çerçevede, başta egemenin buyruğu olduğu için yerine getirilmesi zorunlu bir ödev olarak görülen vergi ödeme yükümlülüğü, bugün "*demokratik toplumda hak ve özgürlüklerin maliyetine anonim*

---

17 TURHAN Salih, **Vergi Teorisi ve Politikası**, 7. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 16-17. Karş. NEUMARK, s. 73.

18 Vergi kamusal harcamaları karşılamak için başvurulan en önemli araçtır, ama tek araç değildir. Devletin vergilendirme dışında, para basma veya borçlanma gibi yollara başvurması da söz konusu olabilir. Maliye öğretisinde, para basma enflasyonist etkileri yoluyla dezavantajlı görülür. Borçlanmaysa gelecekteki vergilendirmeyle karşılanır. Kamusal finansmanın unsurları hakkında detaylı açıklama için bkz. MUTLUER Kâmil / ÖNER Erdoğan / KESİK Ahmet, **Teoride ve Uygulamada Kamu Maliyesi**, 4. bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 183-189.

19 NEUMARK, s. 74. Karş. TURHAN, s. 18.

20 KANETİ Selim / EKMEKCİ Esra / GÜNEŞ Gülsen / KAŞIKCI Mahmut, **Vergi Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 5.

21 TURHAN, s. 22.

22 ÖZCAN Mehmet Tevfik, "Vergilendirme, Politika ve Hukuk", **Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler**, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 61.

katılma payı" olarak nitelendirilmektedir[23]. Diğer bir ifadeyle, bugünkü anlamıyla vergi ödevi, bir devlette yaşayan bireylerin, insan haklarının gerektirdiklerinin o devlette karşılanabilmesi için gereken kamusal maliyeti yine kendilerinin *ortaklaşa* üstlenmesini ifade eder. Bugün, verginin haklılığı, onun insan haklarının maliyetini karşılamak üzere toplanmasından ve kullanılmasından ileri gelir.

Vergi ödevinin yerine getirilmesiyle elde edilen gelir, devletin amacını gerçekleştirebilmesini sağlayan bir araçtır. Pirüpak bir ifadeyle söylenecek olursa, "*verginin geniş anlamda amacı devletin amacına araç olmaktır*"[24]. Vergi vermek ve almakla, birtakım ekonomik değerler münferit ekonomik alanlardan devlete nakledilmiş olur. Bu naklin işlevlerinden biri de, olumlu edimde bulunma ödevi taşıyan sosyal devletin kurulması, işletilmesi ve genişletilmesidir[25]. Sosyal devletin üstlendiği görevlerin ve benimsediği hedeflerin yerine getirilmesi, dolayısıyla sosyal ve ekonomik hakların gerçekleşeceği koşulların sağlanması, özel kesimde yaratılan ekonomik değerlerin bir kısmının kamu kesimine naklini gerektirir[26]. Bu bakımdan, sosyal devletin bir *vergi devleti* olduğu söylenebilir[27].

Kamusal harcamalar bu amacı yerine getirecek şekilde planlanır, onaylanır ve gerçekleştirilir. Bir devlette belli bir yılda yapılabilecek kamusal harcamalar, o devletin o seneki bütçesiyle sınırlıdır. Bütçe, yürütmeye belli bir sürede ve şekilde -başta vergiler olmak üzere- kamu gelirlerini toplama

---

23 YALTI Billur, **Vergi Yükümlüsünün Hakları**, Beta, İstanbul, 2006, s. 1.

24 NEUMARK, s. 35. Bu noktada, devletin amacıyla verginin haklılığının eş tutulmasının hatalı olduğuna ilişkin öğretideki uyarıları vurgulamakta fayda vardır. Devletin amacıyla verginin haklılığı eş olduğunda, bu haklılığı temellendirmeksizin bireylerden fedakârlık istemek mümkün olabilir. Kapsamlı açıklamalar için bkz. TURHAN, s. 21.

25 NEUMARK, s. 34. Maliye öğretisinde, vergiye yüklenen böylesi bir *sosyal* amacın verginin esas amaçları açısından ikincil nitelik taşıdığı kabul edilmektedir. Aksi yönde bir yaklaşımın, vergiye başaramayacağı bir görev yüklemek anlamına geleceği savunulmaktadır. Detaylı açıklama için bkz. NEUMARK, s. 36-37. Bununla birlikte, vergi ödevinde de sermayeci ve emekçi kesimler arasındaki çatışmanın izdüşümü görülebilir ve verginin sosyal amacı bu açıdan da tartışmaya açılabilir. Öğretide, vergi ödevini, yaratılan gelirin gerçek sahibi olan emekçi kesimin, gelirin ücret dışındaki kısmını elinde tutan sermayeci kesimle devlet aracılığıyla ödeşmesi olarak değerlendiren bir görüşle karşılaşmak mümkündür. Dolayısıyla, insan haklarının vergilendirme yoluyla finansmanının, bir anlamda ekonomik nitelikli bir çatışmanın hesaplaşması olduğu da savunulabilir. Detaylı açıklama için bkz. ÖNDER İzzettin, "Ekonomik, Mali ve Vergisel Tercihlerin Anayasadaki Yeri", **Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler**, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 14-15.

26 KANETİ / EKMEKCİ / GÜNEŞ / KAŞIKCI, s. 4.

27 Ibid.

ve bunları harcama yetkisi verir[28]. Mezkûr yetkilerin bütçeyle verilen izne uygun kullanılıp kullanılmadığıysa kesin hesap yoluyla düzenli şekilde denetlenir. İnsan haklarının gerçekleşebileceği koşulları oluşturmanın bütçede bir karşılığı vardır[29]. Hangi kamu hizmetine ne kadar harcanacağı bütçede cisimleştiğinden, kamu hizmetlerinin dayandığı insan hakları da bütçede akçeli bir görünüm kazanır. Diğer bir deyişle, insan haklarının gerçekleşebileceği koşullar kamusal kaynakların bu yönde harcanmasıyla sağlanır ve neye ne kadar harcanacağı bütçede görülür.

Yukarıda yapılan açıklamalar, yalnızca sosyal ve ekonomik haklar açısından değil, insan haklarının tamamı açısından söz konusudur. Devletin malî kaynaklarına ilişkin sınır *fiilen* yalnızca sosyal ve ekonomik haklarla ilgili değildir. Anayasanın sosyal ve ekonomik haklar açısından böyle bir vurguya başvurması, daha açık bir ifadeyle, bütün haklar için doğal olan bir sonuç hakkında sosyal ve ekonomik hakları özellikle hedef göstermesi, mezkûr hakların kıymetini düşürecek şekilde yorumlanmaya açıktır[30]. Bu eleştiriyi, anılan vurguya temel oluşturan iki öncülün yeniden değerlendirilmesiyle açıklamakta fayda vardır.

II. BİRİNCİ ÖNCÜL: İNSAN HAKLARININ TAMAMI DEVLETE OLUMLU EDİMDE BULUNMA ÖDEVİ YÜKLER

Bu noktada, devlete yüklenen bu görevin anlamını açıklamak üzere, insan haklarının sınıflandırmasında kullanılan klasik bir yöntemden faydalanmak mümkündür. Hukukçu Georg Jellinek'in yaptığı tasniften bu yana, devletle birey arasındaki ilişkilerin bireyin devlet içindeki konumuna göre farklı *statüler* şeklinde olabileceği kabul edilmektedir. Devletle birey arasındaki *negatif statü* ilişkisinde, devletin pasif durma ödevinin olduğu haklar söz konusudur ve bireylerin bu haklarını gerçekleştirmesine devletin müdahale etmemesi gerektiği kabul edilir. Buna karşılık, *pozitif statü* ilişkisinde, devletin olumlu bir edimde bulunma ödevini yüklendiği haklar söz konusu olur ve bireylerin bu haklarını gerçekleştirmesinin devletin olumlu yöndeki müdahalesiyle mümkün olduğu kabul edilir[31].

---

[28] Detaylı açıklama için bkz. YILMAZCAN Dilek, "Bütçe Hakkı ve Bütçe Uygulamaları", **XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu Bildiri Kitabı**, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, Muğla, 2000, s. 163 vd.

[29] HOLMES Stephen / SUNSTEIN Cass R., **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**, W.W. Norton and Company, New York, 2000, s. 16.

[30] Karş. SAĞLAM, s. 757-758.

[31] GÜNGÖREN BULDAN Birden, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 45, 50-53. Ayrıca bkz. GÖZLER, s. 153; VASAK, s. 29.

Tarihsel olarak bakıldığında, mülkiyet hakkı, düşünce özgürlüğü gibi klasik hakların negatif statü ilişkisindeki haklar olarak değerlendirildiği görülmektedir. Klasik hakların bu özelliği, devlet iktidarının hiçbir zaman aşamayacağı sınırların çerçevesini belirleme hedefinden kaynaklanmaktadır. Klasik hakların ortaya çıkışında dile getirdiği talepler, bireylerin özel alanlarına, kendi serbest hareket çevrelerine devletin müdahale etme yetkisinin olmadığını kayıt altına alma amacını gütmektedir. Devletten beklenen bu alana hiç karışmaması, yani pasif durmasıdır[32]. Devlete toplumsal hayatın düzenlenmesinde birtakım görevler getiren sosyal haklar alanındaysa *genellikle* pozitif statü ilişkisindeki hakların benimsendiği görülmektedir[33]. Yukarıda açıklandığı üzere, sosyal devletin bireyler karşısında hareketsiz kalmakla yetinmeyip, eşit fırsatlara sahip olamayan bireylerin insan haklarından faydalanabilmesine *eylemli* şekilde destek olması gerektiği kabul edilir.

Hukuk öğretisinde insan haklarının klasik haklar, sosyal ve ekonomik haklar gibi gruplara ayrılmasının temel nedeni, insan haklarına ilişkin bilgi ve uygulamaların, tıpkı insanın kendisi gibi tarihsel olması, tarih içinde değişip dönüşmesidir[34]. Klasik haklar temelini tarihsel süreçte ortaya çıkan burjuvazinin, devletin karışamayacağı özgür bir alana ihtiyaç duymasında bulur. Sosyal haklarsa temelini -yine tarihsel süreçte ortaya çıkan- emekçi kesimin korunması ihtiyacından alır. Bu tasnif, mezkûr hakların tarihsel ve toplumsal dayanağını göstermek içindir. Daha açık bir ifadeyle, anılan gruplar, insan haklarının tarihselliğini yansıtan, altta yatan toplumsal hareketliliği açıklayan bir ayrımdan fazlası değildir. Dolayısıyla, bir üstünlük ve öncelik sıralaması anlamına gelmemelidir. Hukuk öğretisinde "*insan haklarının bütünselliği*" ile bunu da kavrayan bir değer kastedilir[35].

Doğru bir değerlendirme yapabilmek için, insan haklarını, insan haklarının ne olduğunu bilerek ve insan haklarının kendisinden hareket ederek

---

[32] KAPANİ, s. 50; UYGUN, 2020, s. 532-533; VASAK, s. 29.

[33] Hukuk öğretisinde, sosyal hakların bazılarının doğrudan ve kendiliğinden uygulanabilir nitelikte olduğu, diğerlerininse bu niteliğe sahip olmadığı yönünde değerlendirmelere rastlamak mümkündür. Sendika özgürlüğü ve grev hakkı ikinci gruba örnek verilirken; çalışma hakkı, eğitim hakkı ve sağlık hakkı ilk gruba örnek gösterilmektedir. Detaylı açıklamalar için bkz. TANÖR, 1978, s. 376; TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 202-203.

[34] İnsan haklarının bu şekilde tasnif edilmesinin kapsamlı bir eleştirisi için bkz. KARA Elif Dilan, "İnsan Haklarını Sınıflandırma Sorunu: Vasak'ın Kuşak Hakları ile Kuçuradi'nin Doğrudan-Dolaylı Korunan İnsan Hakları Ayrımının Karşılaştırılması", **Etik, Hukuk ve İnsan Hakları**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2021, s. 135 vd.

[35] UYGUN, 2020, s. 536-537; TANÖR, 1978, s. 28-33.

sınıflandırmak gerekir[36]. Böyle bir sınıflandırmayı felsefeci İoanna Kuçuradi yapar. Kuçuradi'nin ortaya koyduğu üzere, insan hakları, insanların, sırf insan oldukları için, kendilerini diğer canlılardan ayıran insansal olanaklarını gerçekleştirmelerini mümkün kılacak şekilde muamele görmesi gerektiğini ifade eden bir fikirdir[37]. Bu anlamda, insan hakları, insan onurunun, yani tür olarak insanın değerinin bilgisinin pratikte gerektirdikleridir. Tür olarak insanın değeriyse, felsefî antropolojik bilgiden hareketle, insanın olanaklarıyla ilgilidir[38].

Bu doğrultuda, insan haklarının getirdiği taleplerin *iki ayrı türden* olduğu söylenebilir: İlk türden talepler, insanın olanaklarının *doğrudan doğruya* korunmasıyla ilgilidir. Bunlar, devletin tanıyamayacağı, ama saygı göstereceği hakların korunmasını talep ederler. Devlet bu hakların çiğnenmesini önlemeye çalışır, çiğnendiği zaman araya girerek hakların gerçekleşmesini sağlar. Örneğin, yaşama hakkı bu türden bir talep getirir. İkinci türden taleplerse, insanın olanaklarının gerçekleşebilmesi için gerekli olan koşullarla ilgilidir. Bunlar insan olanaklarının geliştirilebilmesi için *dolaylı olarak* devletin tanıdığı haklardır. Bu hakların korunması bir devlette yapılan düzenlemelere ve alınan siyasî kararlara bağlıdır. Örneğin, sağlık hakkı ve eğitim hakkı bu türden talepler getirir[39].

İnsan haklarının, getirdiği taleplere göre bu şekilde sınıflandırılması, insan hakları söz konusu olduğunda, devletle birey arasındaki ilişkinin -hukuk öğretisinde kullanılan anlamıyla- hiçbir zaman negatif statü ilişkisi olamayacağını gösterir. Diğer bir deyişle, hem ilk türden talepler açısından hem de ikinci türden talepler açısından devletin yerine getirmesi gereken ödevler vardır[40]. Doğrudan doğruya korunan haklar açısından da devletin olumlu

---

36 KARA, s. 144. Hukuk öğretisinde, bu eleştiriden hareketle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin benimsediği "*insan haklarına saygı*", "*insan haklarını koruma*" ve "*insan haklarını yerine getirme*" şeklindeki üçlü tipolojinin pozitif statü ve negatif statü ilişkilerinden daha işlevsel olduğu değerlendirilmektedir. Buna göre, devletin insan haklarına saygı duyma yükümlülüğü negatif bir statüyü tarif ederken, diğer iki yükümlülüğü olumlu bir edimde bulunmayı gerektirir ve pozitif bir statüyü işaret eder. Kapsamlı açıklamalar için bkz. UYGUN, 2020, s. 568-572.

37 KUÇURADİ İoanna, **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, 4. bası, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2018, s. 70.

38 Ibid., s. 72. Felsefî antropolojik bilgiye dayanan insan hakları düşüncesi, insan haklarını insanın varlık yapısıyla ilişkilendirerek açıklar. Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. ÇOTUK-SÖKEN Betül, **İnsan Hakları ve Felsefe**, 2. bası, Papatya, İstanbul, 2012, s. 71 vd.

39 KUÇURADİ, s. 4-7.

40 KARA, s. 146.

edimde bulunması gerekmektedir. Bu durumda, hukuk öğretisindeki sınıflandırmaya geri dönülecek olursa, yalnızca sosyal ve ekonomik hakların değil, klasik hakların da devletin olumlu edimini gerektirdiği söylenmelidir.

Her şeyden önce, bir hakkın söz konusu olduğu yerde, bu hakkın ihlal edilmesi durumunda başvurulacak hukuki bir çarenin -bir yargı mekanizmasının- mevcut olması, hukukun temel prensiplerinden biridir[41]. Devletin en temel görevlerinden biri, hakkının ihlal edildiğini öne süren bireylerin, başvurabilecekleri bir yargı makamı önünde bu iddialarının etkili şekilde incelenmesini sağlamaktır[42]. Yalnızca bu gereklilik bile, yukarıda açıklanan bağlantıların sınırlarını zorlamaya yeter. Çünkü bir hakkın icra edilebilmesinin, özellikle de adil ve yeknesak şekilde icra edilebilmesinin yargı mekanizmasının kurulması ve işletilmesi açısından maliyeti söz konusu olur[43]. Verginin liberal bireyciliğin temelini oluşturan yaşama hakkının ve mülkiyet hakkının o devlette korunmasına ilişkin bir tür *hizmet bedeli* olduğu düşüncesinde[44] bile bu maliyet mevcuttur. Diğer bir deyişle, toplumsal yaşama devletin *minimum* müdahalesinin kabul edildiği klasik anlamda liberal bir devlet sisteminde dahi, hukuki çareye duyulan ihtiyaç, devletin olumlu edimini ve dolayısıyla devlet bütçesinden kaynak tahsisini gerektirir.

Devletin pasif durma ödevinin en yaygın şekilde kabul edildiği haklar açısından da durum böyledir. Sosyal hakların tamamlayıcı yanının göz ardı edildiği, yani herkese belli bir yaşama standardı sağlanması gerektiği düşüncesinin geçerli olmadığı bir düzende bile, yaşama hakkının gerçekleşebilmesi için devletin öldürme vakalarını araştırması, kamu görevlilerinin şiddet kullanımının sınırlarını belirlemesi ve denetlemesi, o devlette yaşayan bireyleri ölüm ve şiddet tehlikesinden etkili biçimde koruması gerekir[45]. Benzer şekil-

---

41 HOLMES / SUNSTEIN, s. 43.

42 AYBAY / ÇELİK, s. 184.

43 HOLMES / SUNSTEIN, s. 43.

44 NEUMARK, s. 73.

45 TRISPIOTIS Ilias, "Socio-Economic Rights: Legally Enforceable or Just Aspirational?", **Opticon1826**, S. 8, 2010, s. 1. Örneğin, *Opuz v. Türkiye* kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kadına karşı ev içi şiddeti önleme açısından devletin özen yükümlülüğünün olduğunu savunmuştur. Mahkeme, özel hayata saygı hakkı kapsamında, bireyler arasında ve özel alanda gerçekleşen ilişkiler için de devletin önleyici tedbirler alma şeklinde pozitif yükümlülüğünün bulunduğunu değerlendirmiştir. Bkz. AİHM, No. 33401/02, 09.06.2009, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92945, (Erişim Tarihi: 06.02.2022). Karara ilişkin kapsamlı bir değerlendirme için bkz. SEVER Dilşad Çiğdem, "Kadına Karşı Eviçi Şiddette Devletin Sorumluluğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Opuz v. Türkiye Kararı", **Atılım Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 1/2, 2011, s. 19 vd.

de, işkence ve kötü muamele görmeme hakkının gerçekleşebilmesi için, vergi mükelleflerince finansman sağlanan kurumlar aracılığıyla kamu görevlilerinin eğitimine ve idari ve yargısal denetimine ihtiyaç duyulur[46]. Diğer bir ifadeyle, kimsenin işkenceye uğramaması için, böyle bir eylemde bulunacak bireylerin bu yönde değerlendirme yapabilecek şekilde eğitilmesi ve denetime tabi tutulması gerekir. Maliyeti olmayan, dolayısıyla bütçeden ârî olan bir idari kurumun, eğitim hizmetinin veya yargı sisteminin işlemesi söz konusu olamayacağına göre, klasik haklar açısından da devletin olumlu edimlerde bulunması ve kamusal kaynakları bu edimlere yönlendirmesi lâzımdır. Nitekim, bugünkü anlayışta, vergi ödevi bu sebepten haklı bulunmaktadır.

Mülkiyet hakkı açısından da benzer bir durum söz konusudur. Kamusal kaynaklarla karşılanan savunma hizmeti, itfaiye hizmeti, deniz güvenliği hizmeti, piyasanın iyi işlemesini sağlayan devlet müdahaleleri, tarım sübvansiyonları, telif haklarının idari ve yargısal denetimi gibi devletin olumlu edimleri olmaksızın mülkiyet hakkının korunması mümkün değildir[47]. Yine, toplumsal yaşamda devlet müdahalesine en az derecede izin verilen bir düzende bile, yargı hizmetiyle beraber savunma hizmetinin de yaygın olarak devlet tarafından sunulduğu ve vergi vasıtasıyla finanse edildiği görülebilir. Devletin, mülkiyet hakkını korumak üzere toplumsal yaşama müdahale ettiği alan sayıp dökülen hizmetlerdeki gibi genişledikçe devlet bütçesinden daha fazla kaynak tahsis etmek gerekir. Dolayısıyla, klasik hakların çekirdeğini oluşturan mülkiyet hakkının da devletin olumlu edimlerinin ve kamusal kaynakların yardımı olmaksızın gerçekleşmesi söz konusu olamaz.

İnsan haklarının getirdiği talepler birbirine sıkı sıkıya bağlıdır. Örneğin, ilk türden bir talep getiren yaşama hakkının korunmaması, yalnızca insanın bedensel varlığının ortadan kaldırılması şeklinde ortaya çıkmaz. Dolaylı yollardan sosyal ve ekonomik eşitsizlikler yaratarak hayatın çekilmez bir duruma getirilmesiyle de yaşama hakkına dokunulmuş olur. Eğer bireyler insan onurunun gerektirdiği yaşama düzeyine ulaşamıyorsa, kamusal olanakların iyi ve adil şekilde kullanılmamasından dolayı yaşamını sürdüremiyorsa, yaşama hakkına yine dokunulmuş olur[48].

---

[46] AYBAY / ÇELİK, s. 107; UYGUN Oktay, "Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi", **Kamu Hukuku İncelemeleri**, 2. bası, On İki Levha, İstanbul, 2013, s. 257.

[47] HOLMES / SUNSTEIN, s. 62-67.

[48] TALAS Cahit, "Yaşama Hakkı ve Toplumsal Haklar", **İnsan Hakları Yıllığı**, S. 12/1, 1990, s. 84-86.

Bu temelde, ikinci türden taleplerin, birinci türden taleplerle aynı anda yerine getirilmesi gerektiği savunulabilir. Bu taleplerin biri diğerinden üstün veya öncelikli değildir. Birinci türden taleplerin tam anlamıyla karşılanması, ancak ikinci türden taleplerin de karşılanmasıyla mümkün olur. İkinci türden taleplerse birinci türden talepler karşılanmadığında insan haklarının gerçekleşeceği koşulların oluşmasına yardım etme kabiliyetini taşımazlar.

Daha en başta "*tüm halklar ve uluslar için ortak ideal ölçüler*" belirlediğini ilan eden İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde, yalnızca klasik hakların değil, sosyal ve ekonomik hakların da yer alması bu yüzdendir. Bildiri - sosyal ve ekonomik hakları da içeren- insan haklarının getirdiği taleplerin normatif açıdan birbirine bağlı olduğu bir sistemi öngörür[49]. Bu çerçevede, sağlık hakkı, eğitim hakkı, barınma hakkı ve çalışma hakkı gibi sosyal hakların ikinci türden talepler getirdiği söylenebilir. Mülkiyet hakkı ve sözleşme ve özel girişim özgürlüğü gibi ekonomik haklarınsa birinci türden talepler getirdiği söylenebilir. Devletin temel amacı ve önceliği, bu hakların -insan haklarının- bir arada gerçekleşeceği koşulları temin etmektir. Açıkça söylendiğinde, *"sosyal haklar, siyasal iktidarın lütfuna [...] bağlı bir bağış, bir ihsan değil, insanın kişiliğine ve onuruna bağlı çağdaş bir [...] hak türünü oluşturur"*[50].

O halde, negatif statüyle klasik haklar ve pozitif statüyle sosyal haklar arasında kurulan bağlantıların önemini yitirdiğini ve ancak "*yapaylığına göz yumulduğu ölçüde*" kabul edilebileceğini söylemek gerekir[51]. Çünkü insan haklarının tamamı için devletin olumlu edimde bulunması beklenir. Bu durumda, insan haklarının tamamı açısından kamusal nitelikli bir maliyetten ve devlet bütçesinde kaynak tahsisinden bahsetmek olanaklı hale gelir.

III. İKİNCİ ÖNCÜL: İNSAN HAKLARININ TAMAMI KAMUSAL KAYNAKLARLA SINIRLI ŞEKİLDE KORUNUR

Negatif statüyle klasik haklar ve pozitif statüyle sosyal haklar arasında kurulan bağlantılar, insan haklarının devlet bütçesiyle ilişkisi dikkate alındığında bir açıdan daha tartışmalı hale gelir. Negatif statü ilişkisindeki haklar, devletin pasif durma ödevini yüklendiği haklar olarak görüldüğünden, klasik hakların ulusal ve uluslararası düzeylerde kabul edilmesinde, bu haklarla

---

[49] TRISPIOTIS, s. 3.

[50] AYBAY / ÇELİK, s. 96.

[51] GEMALMAZ Mehmet Semih, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, 3. Bası, Legal, İstanbul, s. 662.

insan haklarının maliyeti arasında bir irtibat kurulmamıştır. Oysa yukarıda görüldüğü üzere, klasik anlamda liberal anlayışın öngördüğü *minimum devlet* düzeninde bile, insan hakları kamusal kaynakların tahsisini gerekli kılar.

İnsan haklarının gerçekleşebileceği koşulların kamusal kaynakların bu yönde kullanılmasıyla -harcanmasıyla- temin edileceği bir kez ortaya konduktan sonra, insan haklarının tamamının kamusal kaynaklarla sınırlı şekilde korunabileceği de görülür. Diğer bir deyişle, yalnızca sosyal ve ekonomik haklara atfedilen bu özellik, insan haklarının tamamının maliyetinde içkindir. Bunun sebebi, insan haklarının *alternatif maliyet*inin olmasıdır.

İktisat öğretisinin neredeyse kemikleşmiş ifadesiyle söylenecek olursa, kıt kaynaklarla kıyaslandığında, insan ihtiyaçlarının sayısı çok daha fazladır. Bu durum devlet bütçesi için de geçerlidir. İktisatçı Frédéric Bastiat'ın 1850 yılında ortaya koyduğu üzere, kısıtlı kaynaklar kullanılarak yapılan her seçim, yapılmayan başka bir seçimi, bir vazgeçmeyi de içerir[52]. Bunu ifade etmek için "*alternatif maliyet*" kavramı kullanılır. Kamusal harcamaları karşılayacak finansman kısıtlı olduğundan, gelirlerin hangi harcamalar arasında nasıl dağıtılacağı hakkında karar vermek gerekir. Kamusal harcamaların nereye yapılacağına ilişkin olarak yapılan her seçim, alternatif oluşturabilecek başka bir harcamadan vazgeçme anlamına gelir. Bir devlette yaşayan bireylerin ortak ihtiyaçlarının hangilerinin ne ölçüde tatmin edileceğinin bütçede belirlenmesi sebebiyle, "*bütçe bir tercihte bulunma işidir*"[53]. Devlet bütçesinin bu özelliğini kavrayacak şekilde, hukuk ve maliye öğretilerinde "*bütçenin kaynak tahsisi işlevi*" ifadesi kullanılır[54]. Devlet yüklendiği sosyal görevleri, kendisine bütçeyle sağlanan tahsisat ölçüsünde yerine getirir[55].

Bütçeye aksettirilen her seçim alternatif bir seçenekten vazgeçişi işaret ettiğine göre, insan haklarının gerçekleşeceği koşulları sağlamak açısından devletin o yıl neleri temin veya ihmal edeceği bütçesine bağlıdır. Yukarıda açıklanan kavramla ifade edildiğinde, insan haklarının da alternatif maliyeti

---

52 BASTIAT Claude Frédéric, **That which is Seen, and that which is not Seen**, 2019, http://mises.org/library/which-seen-and-which-not-seen (Erişim Tarihi: 14.12.2021).

53 FEYZİOĞLU Bedi Necmeddin, **Nazari, Tatbiki, Mukayeseli Bütçe**, Şemseddin Arkadaş Sermet Matbaası, İstanbul, 1965, s. 3.

54 EDİZDOĞAN Nihat / ÇETİNKAYA Özhan, **Kamu Bütçesi**, 9. Bası, Ekin, Bursa, 2019, s. 20; MUTLUER Kâmil / ÖNER Erdoğan / KESİK Ahmet, **Bütçe Hukuku**, 4. bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2018, s. 66-67.

55 SAYAR Nihad, **Devlet Bütçesi Prensipleri ve Tatbikatı**, 2. bası, Yüksek Ekonomi ve Ticaret Okulu Yayınları, İstanbul, 1956, s. 10.

söz konusudur. Belli hakları korumak için devlet bütçesinden kaynak ayrıldığında -devlet bütçesi ve dolayısıyla vergi gelirleri artmadıkça- o kaynağı diğer hakları korumaya ayırmaktan vazgeçilmesi söz konusu olur[56].

İnsan haklarının gerçekleşebilmesi için devletin nihai sorumluluğu üstlenmesinin ve bir hakkın -ister ilk türden, ister ikinci türden bir talep getirsin- gereğini ifa etmesinin bir maliyeti vardır. Daha açık bir ifadeyle, insan haklarının tamamı, nihai olarak devletin olumlu bir edimde bulunmasını gerektirir ve devletin bu ödevini yerine getirmesi bütçesine bağlıdır. Çünkü devlet kendisine verilen ödevleri ancak bütçedeki kaynak tahsisatı ölçüsünde yerine getirebilir[57]. Durum böyle olunca, kamusal kaynakların kısıtlı olduğu gerçeği karşısında, bir devlette insan haklarının tamamının aynı anda ve tam anlamıyla korunduğundan bahsetmek de mümkün olmaz[58].

Malî kaynaklara sahip olmayan bir devlet hiçbir hakkı koruyamayacağı ve kısıtlı malî kaynaklara sahip olan devlet de hakları ancak kaynakları ölçüsünde koruyabileceği için, devlet bütçesi insan haklarının *etik bir muhasebesi* olarak değerlendirilebilir. Hangi kamu hizmetlerine ne kadar ayrılacağına, dolayısıyla insan haklarının ne ölçüde korunacağına karar vermek çok bilinmeyenli bir denklemi çözmek gibidir. Mezkûr denklemin çözümünde doğru karar, insan haklarının en az miktarda eksik kalacağı karardır[59]. İnsan haklarının, tür olarak insanın olanaklarının bilgisinin pratikte gerektirdikleri olduğu düşünüldüğünde, kamusal kaynakların insan hakları açısından nasıl dağıtılacağına karar verirken, en az olanağın harcanacağı yolu bulmak gerekir. Birtakım hak tasnifleriyle insan haklarının maliyeti arasında tartışmalı irtibatlar kurulması ve bazı insan haklarının -klasik hakların- mutlak surette korunması gerektiğinin ve diğer insan haklarının -sosyal ve ekonomik hakların- ikincil nitelikte olduğunun düşünülmesi bu yola çıkmaz. Çalışma hakkını korumak için yaşama hakkından, din ve vicdan özgürlüğünü korumak için sağlık hakkından vazgeçmemek lâzımdır.

---

[56] HOLMES / SUNSTEIN, s. 223-224.

[57] SAYAR, s. 10.

[58] Karş. HOLMES / SUNSTEIN, s. 96-98.

[59] Çok bilinmeyenli denklemlerde sistemin en iyi şekilde tasarlanmasını ve en ideal çözümün ne olduğunu saptamayı konu alan yöneylem araştırması öğretisine bu hususta iş düştüğü söylenebilir. Yöneylem araştırması uzmanları, demokratik usulde işleyen bütçe sürecinde alternatiflerin değerlendirilmesi açısından ideal çözümün bulunmasında yardımcı rol üstlenmelidirler.

Devlet bütçesinin, insan haklarının dayandığı insan olanaklarının gerçekleşeceği koşulları en çok karşılayacak ve en az sınırlayacak şekilde işlevsel kılınması amaçlanmalıdır. Vergi ödevi bugün "*temel hak ve özgürlüklerin finansmanına anonim katılma payı*"[60] olduğu için haklı kabul ediliyorsa, kamu gelirlerinin ve harcamalarının belirlendiği devlet bütçesi açısından da bu haklılığın sağlanması esas hedef olmalıdır. Devlet bütçesi, insanın olanaklarını en iyi ve en adil şekilde gerçekleştirebileceği çözüme ulaşma yönünde -muhtemelen sonu olmayan- bir gayretle hazırlanmalıdır[61].

Oysa bugün durum bundan uzaktır. Devlet bütçesi, sermayeci amaçlara hizmet edecek şekilde hazırlanmakta ve uygulanmaktadır. Bu saptamayı, küresel sermayeyi kendisine çekmek isteyen devletlerin, insan haklarının getirdiği maliyet açısından standartları düşürme yarışından hareketle teyit etmek mümkündür[62]. Devletler sermayeci kesimi vergilendirme konusunda çekingen davranmakta ve hatta kimi zaman bundan tamamen vazgeçmektedir. Böyle bir ürkekliğe emeğin vergilendirilmesinde rastlamaksa pek güçtür. Öte yandan, sermayenin küresel düzeyde serbest dolaşımı kâr ve birikim merkezlerinin de serbest dolaşımı anlamına gelmemekte; büyük sermaye grupları kâr ve birikim merkezlerini bir devlette tutarak, çevre devletlerde yürüttükleri faaliyetlerinden elde ettikleri kârı bu merkezlerde toplamaktadır[63]. Bu durum, vergi gelirinin, dolayısıyla emekçi kesimin yaşama düzeyine ilişkin insan hakları taleplerinin gerçekleşmesine tahsis edilebilecek kaynakların bir devlette zayıflamasına sebep olmaktadır. Üstelik tüm bu zayıflama, dolaylı olarak başka bir devletin sermayeci kesimine hizmet etmektedir[64].

---

60 YALTI, s. 1.

61 Bunun için, bir devlette sadece *olan*ların değil, *olmayan*ların da eşitçe paylaşılması gerekir. Sosyal devletin sosyal adalet amacına ulaşabilmesi için, ikinci türden talepler getiren hakların bir devlette tanınma derecesinin ne olduğundan daha çok, gerçekleşeceği koşulların o devlette yaşayan herkes için adil olarak sağlanması önemlidir. Bkz. KUÇURADİ, s. 16, 46-47. Karş. KAPANİ, s. 122.

62 Karş. UYGUN, 2013, s. 265.

63 ÖNDER, s. 9.

64 Bu noktada, küreselleşme olgusunun sermayenin serbest dolaşımını zorunlu kılmadığının altını çizmekte fayda vardır. Küreselleşme eğer sermayenin değil, emeğin serbest dolaşımıyla gerçekleşmiş olsaydı, bu kez devletlerin emekçi kesimin koşullarının, dolayısıyla sosyal hakların iyileştirilmesi açısından rekabet halinde olacağı söylenebilecekti. Bkz. STIGLITZ Joseph Eugene, **Eşitsizliğin Bedeli**, Çev. Ozan İŞLER, İletişim, İstanbul, 2021, s. 119.

Tüm bu sebeplerle, hukuk öğretisindeki yaklaşımlardan, devletin olumlu edimini gerektiren insan haklarının gerçekleşmesinde karşılaşılan imkânsızlıkların, malî kaynakların yetersizliğinden ziyade, bu kaynakların dağılımındaki eşitsizlikten kaynaklandığını savunan görüşe katılmak gerekir[65]. Sosyal ve ekonomik hakların getirdiği taleplerin, malî kaynakların kullanımına ilişkin öncelik sıralamasında yapılacak adil değişikliklerle daha iyi düzeyde karşılanabileceğini kabul etmek lâzım gelir[66]. Bunun için, yukarıda açıklanan sermayeci önceliklerin yerini, insan haklarının bir bütün olarak ve herkes için gerçekleşeceği koşulların sağlanmasına ilişkin önceliklerin alması hedeflenmelidir. İnsan haklarının tamamının devletin olumlu edimini ve devlet bütçesinden kaynak tahsisini gerektirdiği tartışması karşısında, Anayasanın sosyal ve ekonomik haklar açısından böyle bir vurguya özellikle başvurması anlamını yitirir. Bu durumda, sosyal ve ekonomik hakların kıymetini teslim etmeyen açıklamalardan da kaçınmak gerekir.

SONUÇ

Anayasanın 65. maddesinde yer alan malî kaynakların yeterliği ölçüsü, sosyal ve ekonomik hakların devlete olumlu edimde bulunma ödevi yüklediği düşüncesine bir sınır çizgisi çekme ve böylece devlet bütçesi üzerinde oluşabilecek yükleri kontrol etme çabası olarak görülebilir. Ancak, insan haklarının tamamı devlete olumlu edimde bulunma ödevi yükler ve insan haklarının tamamı kamusal kaynaklarla sınırlı olarak korunabilir. Nitekim vergi ödevinin bugünkü anlamı ve haklılığı, insan haklarının gerçekleşeceği koşulların finansmanı olma özelliğini taşımasından ileri gelir. Bir devlette yaşayan bireyler, insan haklarının gerçekleşeceği koşulların sağlanması için o devlete vergi öderler. İnsan haklarının gerçekleşeceği koşullar, vergi başta olmak üzere kamu gelirleri vasıtasıyla temin edilir ve buna ilişkin tahsisat devlet bütçesinde kararlaştırılır. Bütçesi olmayan bir devlet insan haklarını gerçekleştirme kabiliyeti taşımaz. Kamusal kaynaklara sahip olan bir devletse, insan haklarını gerçekleştirmeye -doğal olarak- bütçesi ölçüsünde muktedirdir.

İnsan haklarının kamusal maliyetinin, belli haklar ve bu hakların getirdiği ödevler açısından özellikle vurgulanması, bu hakların -insan hakları olarak- kıymetini azaltacak şekilde yorumlanmaya müsaittir. Anayasa koyu-

---

[65] UYGUN, 2013, s. 258.

[66] Ibid.

cunun yaklaşımının, hukuk öğretisindeki kimi görüşlerin ve Anayasa Mahkemesinin genel eğiliminin bu kıymeti teslim etmekte, klasik haklardaki kadar istekli olmadığı söylenebilir. Sosyal ve ekonomik alanlarda, devlet bütçesi, bireylerin insan haklarının gerçekleşeceği koşullara ulaşmasında işlevsel kılınmak yerine, engel olarak öne sürülmekte ve ilgili makamların bu hususta geniş bir takdir yetkisi olduğu kabul edilmektedir. Oysa böyle bir vurguya değil, böyle bir vurgunun olmamasına ihtiyaç vardır. Anayasada böyle bir kayıt olmasa da, devlet, insan haklarının gerçekleşeceği koşulları, bu koşulların zorunlu kıldığı kamu hizmetlerinin hacmiyle belirlenen -ve haklı kılınan- malî kaynakları ölçüsünde yerine getirecektir. Devlet bütçesi, sosyal ve ekonomik hakların insan hakları olma niteliğini yadsımak için öne sürülemeyeceği gibi, sosyal devlet aşamasındaki günümüz liberal devletinin ödevlerini ortadan kaldırmaya da yetmeyecektir.

Sosyal ve ekonomik hakların, sermayenin serbestçe genişlemesi hedefine dayanan liberal ekonomik sistemin sebep olduğu eşitsizlikleri, sistemin sınırları dışına çıkmadan ve hatta işleyişini sağlamlaştıracak şekilde gidererek, sosyal ve ekonomik ilişkilerini sistem içinde yürütmek zorunda kalanların durumlarını düzenlemek için araç olarak kullanıldığı ve bu anlamda bir tür istismara konu edildiği savunulabilir. Buna rağmen, insan haklarının kamusal maliyeti, insan hakları arasında yer alan haklardan bazılarının getirdiği ödevlerden özellikle kurtulmak, üstelik bunu sermayeci bir amacın gölgesinde yapmak için sığınak olmamalıdır. Sırf sermayenin genişlemesi uğruna, bugün herkes en başta yaşama hakkı açısından güvencesiz duruma düşme tehdidi altındadır. Bu tehdide karşı yapılacak eleştiri ve gösterilecek tepki, doğal olarak sermayeci sistemin kendisine yöneltilmek durumundadır.

KAYNAKÇA

I. Kitaplar

AYBAY Rona / ÇELİK Demirhan Burak, **İnsan Hakları Hukuku**, 5. bası, DER, İstanbul, 2021.

ÇOTUKSÖKEN Betül, **İnsan Hakları ve Felsefe**, 2. bası, Papatya, İstanbul, 2012.

EDİZDOĞAN Nihat / ÇETİNKAYA Özhan, **Kamu Bütçesi**, 9. Bası, Ekin, Bursa, 2019.

FEYZİOĞLU Bedi Necmeddin, **Nazari, Tatbiki, Mukayeseli Bütçe**, Şemseddin Arkadaş - Sermet Matbaası, İstanbul, 1965.

GEMALMAZ Mehmet Semih, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, 3. bası, Legal, İstanbul, 2016.

GÖZE Ayferi, **Liberal, Marxiste, Faşişt ve Sosyal Devlet**, 3. bası, Beta, İstanbul, 1995.

GÖZLER Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, 3. bası, Ekin, Bursa, 2020.

GÜNGÖREN BULDAN Birden, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, On İki Levha, İstanbul, 2017.

HOLMES Stephen / SUNSTEIN Cass R., **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**, W.W. Norton and Company, New York, 2000.

KANETİ Selim / EKMEKCİ Esra / GÜNEŞ Gülsen / KAŞIKCI Mahmut, **Vergi Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7. bası, Yetkin, Ankara, 2013.

KUÇURADİ İoanna, **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, 4. bası, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2018.

MCCHESNEY Allan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları Savunmak ve İlerletmek,** Çev. Orhan Kemal CENGİZ, BG Yayınları, Ankara, 2004.

MUTLUER Kâmil / ÖNER Erdoğan / KESİK Ahmet, **Bütçe Hukuku**, 4. bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2018.

MUTLUER Kâmil / ÖNER Erdoğan / KESİK Ahmet, **Teoride ve Uygulamada Kamu Maliyesi**, 4. bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.

NEUMARK Fritz, **Maliyeye Dair Tetkikler**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1948.

SAYAR Nihad, **Devlet Bütçesi Prensipleri ve Tatbikatı**, 2. bası, Yüksek Ekonomi ve Ticaret Okulu Yayınları, İstanbul, 1956.

TANÖR Bülent, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May, İstanbul, 1978.

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 20. bası, Beta, İstanbul, 2020.

TURHAN Salih, **Vergi Teorisi ve Politikası**, 7. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

UYGUN Oktay, **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı, İstanbul, 1992.

UYGUN Oktay, **Devlet Teorisi**, 7. bası, On İki Levha, İstanbul, 2020.

YALTI Billur, **Vergi Yükümlüsünün Hakları**, Beta, İstanbul, 2006.

II. Makaleler

ATASAYAN Gözde, "Sosyal Hakların 'Maliyet'i: Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye", **KHÜHFD**, S. 7/2, 2019, ss. 185-198.

AZRAK Ali Ülkü, "Sosyal Devlet ve 1961 Türk Anayasasının Sistemi", **İÜHFM**, S. 27/1-4, 1961, ss. 208-224.

BAHÇECİ Barış, "2001 Anayasa Değişikliğinin Sosyal Hakların Sınırlandırılma Rejimine Etkisi", **Bülent Tanör Armağanı**, Legal, İstanbul, 2004, ss. 175-204.

BASTIAT Claude Frédéric, **That which is Seen, and that which is not Seen**, 2019, http://mises.org/library/which-seen-and-which-not-seen (Erişim Tarihi: 14.12.2021).

KABOĞLU İbrahim, "Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları", **II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu Bildiri Kitabı**, Petrol-İş, İstanbul, 2010, ss. 43-60.

KARA Elif Dilan, "İnsan Haklarını Sınıflandırma Sorunu: Vasak'ın Kuşak Hakları ile Kuçuradi'nin Doğrudan-Dolaylı Korunan İnsan Hakları Ayrımının Karşılaştırılması", **Etik, Hukuk ve İnsan Hakları**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2021, ss. 135-150.

ODER Bertil Emrah, "Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar", **GSÜHFD**, S. 1, 2008, ss. 199-231.

ÖNDER İzzettin, "Ekonomik, Mali ve Vergisel Tercihlerin Anayasadaki Yeri", **Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler**, On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 7-19.

ÖZCAN Mehmet Tevfik, "Vergilendirme, Politika ve Hukuk", **Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler**, On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 59-80.

SABUNCU Yavuz, "Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine", **İnsan Hakları Yıllığı**, S. 7-8, 1985-1986, ss. 15-26.

SAĞLAM Fazıl, "Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma", **Devrim Ulucan'a Armağan**, Legal, İstanbul, 2008, ss. 753-771.

SEVER Dilşad Çiğdem, "Kadına Karşı Eviçi Şiddette Devletin Sorumluluğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Opuz v. Türkiye Kararı", **Atılım Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 1/2, 2011, ss. 19-46.

STIGLITZ Joseph Eugene, **Eşitsizliğin Bedeli**, Çev. Ozan İŞLER, İletişim, İstanbul, 2021.

TALAS Cahit, "Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi", **İnsan Hakları Yıllığı**, S. 3/1, 1982, ss. 38-75.

TALAS Cahit, "Yaşama Hakkı ve Toplumsal Haklar", **İnsan Hakları Yıllığı**, S. 12/1, 1990, ss. 83-90.

TANÖR Bülent, "Kapitalizmin Uluslararası Sosyal Hukukun Doğumuna Etkisi", **Hıfzı Timur'un Anısına Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayını, İstanbul, 1979, ss. 879-887.

TRISPIOTIS Ilias, "Socio-Economic Rights: Legally Enforceable or Just Aspirational?", **Opticon1826**, S. 8, 2010, ss. 1-10.

UYGUN Oktay, "Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi", **Kamu Hukuku İncelemeleri**, 2. bası, On İki Levha, İstanbul, 2013.

VASAK Karel, "A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Decleration of Human Rights", **The UNESCO Courier**, C. 30, S. 10, 1977, ss. 29-32.

YILMAZ Zülfiye, "Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasaları Dönemi Uygulamaları", **İÜHFM**, S. 72/1, 2014, ss. 695-728.

YILMAZCAN Dilek, "Bütçe Hakkı ve Bütçe Uygulamaları", **XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu Bildiri Kitabı**, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, Muğla, 2000, ss. 163-172.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, "Anayasa ve Ekonomi", **Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler**, On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 33-58.

III. Mahkeme Kararları

AİHM, Opuz v. Turkey, No. 33401/02, 09.06.2009, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92945, (Erişim Tarihi: 06.02.2022).

AYM, E. 1990/27, K. 1991/2, 17.01.1991, R.G. 19.08.1991-20965.

AYM, E. 2008/56, K. 2011/58, 30.03.2011, R.G. 28.12.2011-28156.

AYM, E. 2013/111, K. 2014/195, 25.12.2014, R.G. 07.01.2015-29229.

AYM, E. 2015/10, K. 2015/93, 22.10.2015, R.G. 07.11.2015-29525.

AYM, E. 2020/13, K. 2020/68, 12.11.2020, R.G. 12.02.2021-31393.

AYM, Arif Sarıgül Başvurusu, 2013/8324, 23.02.2016, R.G. 24.03.2016-29663.

AYM, U.D.K. ve Diğerleri Başvurusu, 2014/19352, 24.05.2018.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 649-672

ULUSLARARASI HUKUKA AYKIRI AMBARGO VE ABLUKA UYGULAMALARI: ABD - KÜBA İLİŞKİLERİ ÜZERİNDEN BİR DEĞERLENDİRME(*)

Arş. Gör. **Gönenç HACALOĞLU**(**)

Öz: Bu çalışmanın amacı, Küba örneği üzerinden, uluslararası hukuka aykırı ambargo ve abluka uygulamalarının değerlendirilmesidir. Ambargo ve abluka, bugün uluslararası hukukta meşruiyeti tartışmalı kavramlardır. Özellikle kuvvet kullanma yasağına aykırılık taşıdığı ifade edilen ablukanın savaş durumu dışında uygulanıp uygulanamayacağı önemli bir tartışma başlığı oluşturmaktadır. Bu çalışmada bu iki uluslararası hukuk kurumunun hukuki statüleri ve uygulanma şartları incelenmiştir. Tarihin en uzun ambargo ve abluka uygulamalarının uygulandığı ülke olan Küba, bu inceleme için önemli bir örnek teşkil etmektedir. Öyle ki Küba aleyhindeki bu uygulamalar bugün hala devam etmektedir. Bu sebeple çalışma özelinde ABD - Küba ilişkileri ve ABD'nin Küba'ya yönelik ekonomik yaptırımlarının hukuki statüsü değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ambargo, Abluka, Uluslararası Hukuk, Amerika Birleşik Devletleri, Küba.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 31.03.2022 - Makale Kabul Tarihi: 12.04.2022.

(**) İstanbul Gedik Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi;
Galatasaray Üniversitesi, Kamu Hukuku, Doktora Öğrencisi
(ORCID no: 0000-0002-9274-1441; *gonenc.hacaloglu@gedik.edu.tr*).

UNLAWFUL EMBARGO AND BLOCKADE PRACTICES IN INTERNATIONAL LAW: AN EVALUATION OF US - CUBA RELATIONS

Abstract: The aim of this study is to evaluate unlawful embargo and blockade practices in international law through the example of Cuba. Embargo and blockade are controversial concepts in international law today. It is an important topic of discussion whether the blockade, which is stated to be in violation of the prohibition against the use of force, can be applied outside of the war situation. In this study, the legal status and application conditions of these two international law institutions were examined. Cuba, the country with the longest embargo and blockade practices in history, is an important example for this study. So much so that these practices against Cuba still continue today. For this reason, the USA-Cuba relations and the legal status of the USA's economic sanctions against Cuba have been evaluated in the study.

Keywords: Embargo, Blockade, International Law, United States of America, Cuba.

GİRİŞ

Uluslararası hukukta, hukuka aykırı fiil sahibi devletleri, hukuka aykırı uygulamalarından ve davranışlarından vazgeçirmek üzere siyasal ya da ekonomik nitelikli önlem ve yaptırımlara başvurulması görülen bir durumdur.[1] Bu önlemlerin bir kısmı doktrinde uluslararası hukuka uygun olarak kabul edilirken, bir kısmının hukukiliği tartışma konusudur. Bir kısmı ise bugün gelinen noktada tamamen hukuka aykırı olarak nitelendirilmektedirler. Karşı önlemler olarak adlandırılabilecek bu uygulamaların en geleneksel olanı ve ilk akla geleni misillemedir. İkinci karşı önlem uygulaması zararla-karşılık önlemleri, üçüncüsü ise Birleşmiş Milletler (BM) Statüsü uyarınca başvurulabilecek kuvvet kullanımı yoluyla (barış gücü oluşturulması gibi) zorlama yöntemleridir.

Bu çalışma özelinde zararla-karşılık önlemleri üzerinde durulacaktır. Zararla-karşılık, uluslararası hukuka aykırı davranan bir devlete, bu uygulamasından zarar gören başka bir devlet tarafından, hukuka uygun davranması için hukuka aykırı önlemlerle karşılık verilmesidir.[2] Başlıca zararla-karşılık önlemleri arasında ambargo ve abluka (barış içinde abluka - *pacific blocka-*

---

1 PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2018, s. 470.

2 PAZARCI, s. 473.

de) gelmektedir. Bu uygulamaların uluslararası hukuka uygun kabul edilip edilmeyeceği; kuvvet kullanma yasağına aykırılık teşkil edip etmeyeceği bugün doktrinde tartışmalıdır.

Belirtmek gerekir ki abluka ve ambargo, birlikte uygulanabilmektedir. Bunun sebebi olarak, ambargo ile ulaşılmak istenen sonuçların elde edilmesi için abluka fiilinin gerçekleştirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Hatta Güvenlik Konseyi'nin bazı durumlarda ambargo uygulamak için devletler adına güç kullanımına izin verdiği, dolayısıyla bu gibi durumlarda kapsamlı bir ticaret ambargosunun uygulanması için alınan tedbirlerin abluka fiili olduğu iddia edilmektedir.[3] Bu sebeple abluka ve ambargo uygulamaları sıklıkla birlikte anılmakta ve bazı durumlarda karıştırılmaktadır.

Modern tarihte aleyhinde ambargo ve abluka uygulamaları olarak adlandırılabilecek yaptırımların en uzun sürdüğü ülke Küba'dır. 60 Yılı aşkın süredir Küba aleyhinde Amerika Birleşik Devletleri (ABD) eliyle uygulanan bu yaptırımlar hala devam etmekte ve yaptırımların kaldırılması 29 yıldır her sene Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda oylanmaktadır. Bu nedenle ambargo ve abluka uygulamalarının hukuka aykırı olup olmadığı yönünde yapılacak bir değerlendirmeyi somutlaştırmak için ABD - Küba ilişkilerinin incelenmesi yerinde olacaktır. Bu bağlamda zarara-karşılık önlemleri olarak ambargo ve abluka uygulamalarının hukuki değerlendirmesi yapıldıktan sonra Küba'ya yönelik uygulanan yaptırımların tarihi ve hukuki statüsü üzerinde durulmuştur. Bu yaptırımların neden hukuka aykırı olarak kabul edilmesi gerektiği ve sonuçlarının neler olduğu açıklanmıştır.

I. ULUSLARARASI HUKUKTA ZARARLA-KARŞILIK ÖNLEMLERİ OLARAK AMBARGO VE ABLUKA

1. Ambargo

Uluslararası hukuk terimi olarak ambargonun klasik anlamı, bir devletin limanlarında, iç sularında ya da karasularında bulunan yabancı devlet gemilerinin söz konusu deniz alanlarından ayrılmasının yasaklanması olarak tanımlanmaktadır.[4] Bu kullanımıyla ambargo kavramı, devletin çıkarlarının

---

[3] LOWE Vaughan / TZANAKOPOULOS Antonios, "Economic Warfare (January 10, 2010)", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Ed. WOLFRUM Rüdiger, Oxford University Press, 2012, s. 10.

[4] MERAY Seha L., **Devletler Hukukuna Giriş**, C.2., Ankara, 1975, s. 418.

korunması amacıyla başvurulmuş olan bir iç önlem olabileceği gibi, savaşa varmayan bir zorlama önlemi olarak da anlanabilir.[5]

Bugün uluslararası hukukta ambargo kavramının kullanımı genişlemiştir. Ambargo artık, sadece gemilerin ülkeden çıkışının yasaklanması olarak anlaşılmamakta, bir devletten belirli malların - silah ve petrol başta olmak üzere tüm stratejik mallar - dışsatımının yasaklanması olarak da kullanılmaktadır.[6] Yani tarihsel olarak ambargo kelimesi, ambargoyu yürürlüğe koyan devletin limanına demirleyen gemilerin zorla alıkonulması anlamına gelse de zamanla, bir ülke ile başka bir ülke arasındaki ihracatın yasaklanması anlamında kullanılmaya başlanmıştır.[7] Küba örneğinde değinileceği üzere ambargonun günümüzde sıklıkla ikinci kullanımıyla başvurulan bir yöntem olduğu ve ambargo uygulamalarının hukuki bir temelden ziyade siyasi bir temele sahip olduğu söylenmelidir. Öyle ki bir ülkenin en önemli dayanak noktalarından birisini oluşturan ekonomiye vurulacak darbe, ambargo uygulamasına maruz kalan ülkeyi askeri ve siyasi bakımdan da oldukça güç bir duruma sokacaktır.[8] Silahlı çatışmaların olduğu bir ülkeye karşı silah ambargosu uygulanması gibi örneklerin hukuka uygun örnekler oluşturabileceği kabul edilse de[9] ambargo uygulamalarının kuvvet kullanımı yasağına aykırılık teşkil ettiği çok sayıda uygulama bulunmaktadır.

Devletlerin tek taraflı uyguladığı ambargoların çok sayıda örneği mevcuttur. Özellikle ABD, ambargo uygulamalarını siyasi baskı kurmak amacıyla sıklıkla kullanmaktadır. Birinci Dünya Savaşı sırasında ABD'de yürürlüğe giren "Düşmanla Ticaret Kanunu" (*TWEA - Trading with the Enemy Act*) ile devletlere yapılan transferler ambargo yoluyla kontrol altına alınmaya çalışılmıştır.[10] Yine 1949 yılında çıkarılan "İhracatı Kontrol Kanunu" ile

---

5 MERAY, s. 418.

6 PAZARCI, s. 475.

7 STONE J., **Legal Controls of International Conflict**, 1954, s. 291'den **Aktaran:** SHNEYER Paul A. / BARTA Virginia, "The Legality of the US Economic Blockade of Cuba Under International Law", **Case Western Reserve Journal of International Law**, S. 13-3, 1981, s. 452.

8 EREN M. Yusuf, "Uluslararası hukukta savaşa varmayan kuvvet kullanma yolları", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 3-2, 2012, s. 242.

9 DOST Süleyman / KORKMAZ Zehra, "Savaşa Varmayan Zorlama Yolu Olarak Zararla Karşılık ve Bazı Uygulamalar", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 5-2, 2015, s. 139.

10 NUHİÇ Hazir, "**Uluslararası hukuk ve Birleşmiş Milletler kararları çerçevesinde saldırı kavramı**", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 36.

Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) ve müttefiklerine karşı ambargo uygulanmaya başlamıştır.[11] Küba'ya yönelik ambargo uygulaması ise altmış yılı aşkın süredir devam etmektedir.

2. Abluka

Abluka kavramı esas olarak savaş sırasında gerçekleşen bir uygulamayı ifade ettiği için, savaş hukuku kapsamında değerlendirilmektedir. Savaş sırasında gerçekleşen abluka önlemi; kara savaşı sırasında düşman tarafından işgal edilmiş bir kente giriş-çıkışların kapatılması ya da deniz savaşında limanın sarılarak tüm deniz temas yollarının denetlenmesi olarak gerçekleşmektedir.[12] Birleşmiş Milletler sonrası dönemde kuvvet kullanımı bütünüyle uluslararası hukuka aykırı kabul edildiğinden bir savaş eylemi olan ablukanın kuvvet kullanımı yasağının istisnaları (BM Statüsü VII. Bölüm uyarınca alınacak önlemler ve meşru müdafaa hali) dışında hukuka uygun sayılması mümkün değildir.

"Barış içinde" abluka kavramı ise savaşa varmayan bir abluka uygulamasını kastetmekle beraber esasen uygulama bakımından çok farklı bir duruma işaret etmemektedir. Esas olarak yine bir devletin başka bir devlet üzerinde baskı kurmak için bu devletin kıyılarını ve limanlarını denetim altına alması, deniz kuvvetleriyle deniz temas alanlarının kapatılması fiillerinden oluşan "barış içinde abluka" uygulaması; iki devlet arasında bir savaş durumu doğmayan, tarafların hukuken düşman statüsünde bulunmadıkları bir hukuki durumu ifade etmek için kullanılmıştır.[13] Bu eylem, bir devletin başka bir devlet üzerinde maddi veyahut psikolojik baskı kurmak gayesiyle deniz yolundan gelebilecek maddi ulaşımların kesilmesi şeklinde de gerçekleşmektedir.[14]

Özetle uluslararası hukuka göre abluka kavramı, savaş halindeki bir devlet tarafından düşmanın yardım almasını önlemek için alınan özel bir önlemi ifade etmektedir.[15] Barış içinde abluka kavramı aynı özel önlemin aralarında savaş durumu olmayan devletler arasında gerçekleştiği durumlara

---

[11] NUHİÇ, s. 36.

[12] PAZARCI, s. 475.

[13] PAZARCI, s. 475.

[14] EREN, s. 242.

[15] WHITEMAN M., **Digest of International Law**, 1968, s. 861'den **Aktaran**: SHNEYER / BARTA, s. 452.

atfen kullanılsa da ileride değinileceği üzere ABD ile Küba arasındaki 1962 Füze Krizi'nde ABD'nin Küba'yı karantina altına alması, doktrinde geleneksel bir savaş eylemi olan abluka olarak da barış içinde abluka olarak da adlandırılmıştır.[16]

Savaş sırasında uygulanan ablukanın, barış içinde ablukadan farkının, kara yoluyla da abluka eyleminin gerçekleştirilmesinin mümkün olması olduğu söylenebilir. Barış içinde ablukada ise sadece deniz kıyıları ve limanlar denetim altında tutulabilmektedir.[17] Ayrıca barış içinde abluka durumunda bir savaş durumu bulunmadığı için savaş hukukuna özgü kurallar ile tarafsızlık kuralları kapsamlı bir biçimde uygulanamamaktadır.[18]

Belirtmek gerekir ki barış içinde abluka, bir uluslararası hukuk nesnesi olarak kavramsallaştırılmadan önce de başvurulan bir yöntemdir. Bu konu hakkında *Westlake*, barış zamanlarında ablukanın her zaman uygulanan bir yöntem olduğunu iddia etmiş ve bu duruma örnek olarak İngiltere ve Fransa arasında 1756 yılında başlayan Yedi Yıl Savaşı'ndan önce 1754 yılında denizde abluka uygulandığını söylemiştir.[19]

Barış içinde ablukanın BM'nin kuvvet kullanımı yasağına takılmadan hukuka uygun olabileceği nadir de olsa doktrinde iddia edilmektedir. Ancak doktrindeki baskın görüşe göre barış içinde abluka kavramı BM öncesi döneme ait bir kavramdır ve abluka eylemi, niteliği itibarıyla saldırı fiili oluşturduğundan hukuka aykırı kabul edilmelidir. Öyle ki bu kuruma yönelik düzenlemeler, esas olarak BM'den çok önceki bir tarihsel dönemde kaleme alınmıştır. Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün barış içinde ablukanın meşru kabul edilmesi için taşıması gereken şartları belirlediği *Heidelberg* Toplantısı'nın tarihi 1887'dir.[20] Pazarcı da "*günümüzde kuvvet kullanılmasının yasaklanması ile birlikte bu kavram anlamını yitirmiştir*"[21] diyerek doktrindeki ağırlıklı görüşe katılmıştır.

---

16 SHNEYER / BARTA, s. 452.

17 EREN, s. 243.

18 MERAY, s. 420.

19 WESTLAKE John, "Pacific Blockade", **Law Quarterly Review**, S. 25-1, 1909, s. 13

20 DOST / KORKMAZ, s. 141.

21 PAZARCI, s. 477.

3. Ambargo ve "Barış İçinde" Ablukaya Başvurulmasının Şartları

Zararla-karşılık önlemleri olarak ambargo ve barış içinde ablukanın günümüz uluslararası hukukuna aykırı olmadan uygulanabileceği kabul edilse dahi bu uygulamaların ancak belirli şartlarda uygulanmasının kabul edilmesi gerekir. Bu şartların en önemlisi, uluslararası hukuka aykırı bir fiile karşılık olarak zararla-karşılık önlemine başvurulabilmesidir. Yani zararla-karşılık önleminin uygulanması için ilk şart uluslararası hukuka aykırı bir fiilin varlığıdır.

Alman-Portekiz Hakemlik Mahkemesi'nin *Naulilaa* Davası'na ilişkin 31.07.1928 tarihinde verdiği karara göre; uluslararası hukuka aykırı bir fiilin doğması ve buna zarara-karşılık önlemiyle cevap verilebilmesi için zarar gören devletin bu önleme başvurmadan önce öteki tarafa bunu bir bildirimle haber vermesi gerekmektedir.[22] İlgili davaya konu olan olayda Birinci Dünya Savaşı başladıktan sonra, ancak Portekiz henüz tarafsız konumdayken, Güney Afrika sömürgesinde görevli olarak bulunan üç Alman vatandaşı, Portekiz sömürgesi olan *Nauliaa* bölgesinde öldürülmüş; Alman ordusu zararla-karşılık önlemi olarak Portekiz sömürgesinin sınır karakoluna saldırarak tahribata neden olmuştur.[23] Uluslararası hakemliğe başvurulmasının ardından, Hakemlik Mahkemesi, Almanya'nın Portekiz'den durumun düzeltilmesini isteme yoluna gitmeden kuvvet kullanma yoluna gitmesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.[24] Elbette BM'nin kuvvet kullanımını yasaklamış olduğu yaşadığımız dönemde, Almanya'nın ilgili fiilinin kuvvet kullanımı yasağına açık aykırılık oluşturduğu söylenebilecekse de hukuka uygun olduğu kabul edilebilecek zararla-karşılık önlemleri için de önce "durumun düzeltilmesini isteme" yoluna gidilmesinin gerektiği kabul edilmelidir.

Zararla-karşılık önlemine başvurulabilmesi için ikinci şart, bu önlemin zarara uğrayan devlet tarafından, zarara neden olan fiili işleyen devlete karşı gerçekleştirilmesidir.[25] Bu sayede zararla-karşılık önleminden üçüncü devletler herhangi bir şekilde etkilenmemiş olacaklardır. Üçüncü devletlerin, zarar gören devlet adına zararla-karşılık önlemine başvurma olanağının olmadığı kabul edilmektedir.[26] Burada kolektif meşru-müdafaanın, zararla-

---

22 PAZARCI, s. 473.

23 EREN, s. 239.

24 EREN, s. 239.

25 PAZARCI, s. 473.

26 PAZARCI, s. 474.

karşılık önlemleri için geçerli olup olmayacağı sorusu gündeme gelebilir. Bu bağlamda üçüncü bir devletin, saldırıya uğrayan bir devletin isteği üzerine orantılı ve ölçülü olarak gerçekleştirdiği kuvvet kullanma eylemi uluslararası hukuka uygun kabul edildiğine göre; doğrudan silahlı kuvvet kullanmayı içermeyen bir zararla-karşılık önlemi için yine zarar gören devletin isteğiyle üçüncü devletin bu önleme başvurmasının hukuka uygun olacağı ileri sürülebilecektir. Ancak Nikaragua'da Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler Davası için 1986 tarihli Uluslararası Adalet Divanı kararı[27] bu konuda oldukça nettir. Bu karara göre üçüncü devletlerin zarar gören devlet hesabına zararla-karşılık önlemine başvurması uluslararası hukuka açık aykırılık oluşturacaktır. Bu önlemlerin, BM sonrası kuvvet kullanımının yasaklandığı dönemde büyük oranda sınırlandırılmaya çalışıldığı göz önünde bulundurulursa bu kararın yerinde olduğu sonucuna varmak gerekir.

Zararla-karşılık önleminin üçüncü şartı, bu önlemin zarara neden olan fiil ile orantılı olmasıdır. Orantılılığın derecesini belirlemek her zaman mümkün olmasa da bu önlemleri uygulayan devletin fiilinin kendisine zarar vermeyi önleyecek derecede olması, bu sınırın aşılmaması gerekmektedir.[28] Yine *Nauliaa* Davası'nda Hakemlik Mahkemesi, Almanya'nın Portekiz'e karşı aldığı önlemin aşırı olduğunu tespit etmiştir.[29] Mahkemeye göre zararla karşı önlemin birebir aynı fiili içermese bile aynı ölçüde olması gerekmektedir. Ayrıca özellikle ambargoya başvurulabilmesi için, 2001 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonunca kaleme alınan Uluslararası Haksız Eylemlerden Dolayı Devletin Sorumluluğu maddelerinde[30] (*ARSIWA- Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*) de orantılılığın altı çizilmiştir. Bu kapsamda "*uluslararası yükümlülükleri ihlal eden davranış, belirli koşullara tabi olarak, hareket eden devlete zarar veren önceki bir uluslararası hukuka aykırı eyleme orantılı bir yanıt olarak kullanıldığında haksız değildir*" çıkarımı yapılabilmektedir.[31]

---

[27] Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), https://www.icj-cij.org/en/case/70/judgments (Erişim Tarihi: 27.12.2021).

[28] EREN, s. 239-240.

[29] EREN, s. 239-240.

[30] Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf (Erişim tarihi: 04.04.2022), ARSIWA'nın 51. Maddesi orantılılık hakkındadır.

[31] LOWE / TZANAKOPOULOS, s. 11.

Zararla-karşılık önlemleri için dördüncü ve son şart, alınacak önlemin ilke olarak kuvvet kullanmayı içermemesidir.[32] Doktrinde BM'nin kuvvet kullanımını yasaklamasından sonraki dönemde zararla-karşılık önlemlerinin de buna uygun olarak revize edilmesi gerektiği ağırlıklı görüşü oluşturmaktadır.[33] Doktrindeki azınlık görüşe göre ise (özellikle Güvenlik Konseyi uygulamalarından yola çıkarak) zararla-karşılık önlemleri zarara neden olan fiille orantılı olmak ve yukarıda belirtilen diğer iki şartı sağlamak kaydıyla kuvvet kullanımını içerebilecektir.[34]

Makalenin devam eden bölümünde yukarıda şartları ve özellikleri açıklanan uluslararası hukuk yaptırımları, ABD'nin Küba aleyhinde uyguladığı yaptırımlarla karşılaştırılarak somutlaştırılacaktır. Küba aleyhine uygulanan yaptırımların halen sürmekte olduğu ve her sene Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda bu yaptırımların kaldırılması oylandığı için özellikle bu örnek seçilmiştir.

II. ABD'NİN KÜBA ALEYHİNDEKİ YAPTIRIMLARI VE BİR BİLANÇO

1. Yaptırımların Tarihi Arka Planı

Küba'ya yönelik yaptırımlar, ABD ve Castro karşıtları için, "demokratik olmayan" yönetimi değiştirmek adına adaya mal, hizmet ve sermaye akışını kısıtlayan meşru ve yasal bir hükümet eyleminden ibarettir.[35] Ancak uluslararası toplumun çoğunluğunun görüşüne uygun olarak bu makalenin iddiası, uygulanan yaptırımların *Hernandez*'in ifadesiyle "*meşru olmayan güç kullanımı yoluyla, kendi iradesine uymayan bir devleti, kendi çıkarları için hareket etmeye zorlamak*"[36] anlamına geldiğidir.

ABD'nin ambargo ve ablukayı da içeren Küba aleyhindeki yaptırımlarının tarihi, Küba'da sosyalist devrimin gerçekleştiği 1959 yılına dek uzanmaktadır. Küba, dört yüzyıl boyunca İspanyol sömürgesi olarak yaşamış küçük bir ada devletidir. 1895 Yılında *Jose Marti*'nin önderliğinde yürütü-

---

32 PAZARCI, s. 474.

33 PAZARCI, s. 474.

34 PAZARCI, s. 474.

35 HERNÁNDEZ-TRUYOL Berta Esperanza, "Embargo or Blockade-The Legal and Moral Dimensions of the US Economic Sanctions on Cuba**", Intercultural Human Rights Law Review**, S. 4, 2009, s. 55.

36 HERNÁNDEZ-TRUYOL, s. 55.

len bağımsızlık savaşı, İspanyol sömürgeciliğini sona erdirmiştir. Ancak bu gelişme Küba'nın bağımsızlığıyla sonuçlanmamıştır. ABD'nin 1898 yılında adadaki İspanyol güçlerine yönelik askeri müdahalesi ile İspanya adayı terk etmişse de bu sefer ABD'nin kontrolünde bir hükümet kurularak klasik İspanyol sömürgeciliğinin yerini ABD yeni-sömürgeciliği almıştır.[37] ABD'nin tüm kıtaya yönelik müdahalelerinde *Monroe* Doktrini'nin yansımalarının görüldüğü bu dönemde yapılan 1903 Küba ile İlişkiler Antlaşması'nın 3. Maddesi'nde "*Küba hükümetinin ABD'nin Küba ile ilgili olarak getirilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi için müdahale etme hakkını kabul ettiğini*" yazmaktadır.[38] Klasik anlamda bir sömürgecilik olmasa da mevcut yönetimin Küba için anlamı ikinci ve yeni bir sömürgecilik biçiminin yeniden üretilmesi olmuştur. Öyle ki Küba adasının doğal zenginliklerinin büyük bir bölümü Amerikan şirketlerinin kullanımına geçmiş, adanın en önemli tarımsal üretim kaynağı olan şeker kamışı arazilerinin mülkiyeti bu şirketlerin olmuştur.[39] Yirminci yüzyılın ortalarına gelindiğinde Küba halkının yoksulluğu büyük oranda artarken ada, aynı zamanda Küba'nın tarım arazilerinin mülkiyetini edinen Amerikalı üst sınıf için eğlence merkezi haline gelmiştir. Bu sırada 1950 yılında, Dünya Bankası verilerine göre halkın %60'a yakını açlık sınırında yaşamaktadır.[40] Küba'nın *Jose Marti* önderliğinde gerçekleşenden sonra ikinci bağımsızlık savaşı *Fidel Castro* ve *Ernesto Che Guevera* önderliğinde gerçekleşmiş; 1 Ocak 1959 tarihinde gerçekleşen devrimle adadaki ABD egemenliği son bulmuştur. Devrim, sosyalist bir ekonomi programını benimseyerek kapitalist dünya sisteminin dışında yer almayı seçmiş; bu bakımdan bu sistemin hegemon gücü olan ABD'nin politikaları ile uyumsuz bir pozisyon almıştır.

ABD'nin abluka ve ambargo uygulamalarını da içeren yaptırımları devrim henüz gerçekleşmeden başlamıştır. Hatta Dönemin *Central Intelligence Agency* (*CIA*) direktörü Allen Dulles'in "*Castro'nun zaferini durdurmalıyız*" dediği iddia edilmiştir.[41] Devrimden hemen önce ABD'ye sığınan *Batista*

---

37 GÜNEŞ Ahmet, "Sosyalizm ve Küba'yı Anlamak", 2021, https://sendika.org/2021/08/sosyalizm-ve-kubayi-anlamak-628267/ (Erişim Tarihi: 02.01.2022).

38 VAGTS Detlev F., "Hegemonic international law", **American Journal of International Law**, S. 95-4, 2001, s. 846.

39 GÜNEŞ, 2021.

40 GÜNEŞ, 2021. Ayrıntılı bilgi için bakınız: The World Bank Data, https://data.worldbank.org/country/cuba (Erişim Tarihi: 03.01.2022).

41 LAMRANI Salim, **The Economic War Against Cuba: A Historical and Legal Perspective on the US Blockade**, Monthly Review Press, New York, 2013, s. 17.

Hükümeti'nin temsilcileri devlet hazinesinden 424 milyon ABD Dolarını ABD bankalarına aktarmışlardır.[42] Küba Ulusal Bankası'nın ABD'den talepte bulunduğu kredi, ABD Başkanının "*Küba'da rejim istikrara kavuşmadan para biriminin istikrara kavuşmasının mümkün olmadığı*" cevabı ile reddedilmiş, 1959 Ocak ayında devrimin başarıya ulaşacağı anlaşıldığında Küba'nın şeker kotasının kesilebileceğine ve başka ekonomik yaptırımlara başvurulabileceğine ilişkin tehditler başlamıştır.[43]

Şeker kotasının azaltılması ve ardından kesilmesi planlarına şeker kamışı tarlalarına ve sınai tesislere düzenlenen sabotajlar eşlik etmiş, Domuzlar Körfezi çıkarmasına kadar elliyi aşkın şeker fabrikası ve şeker kamışı tarlası bombalanmıştır.[44] 17 Mart 1960 tarihinde yapılan ABD Güvenlik Konseyi toplantısında kabul edilen "*Castro*'ya Karşı Gizli Eylem Programı" ve "*Castro* Rejimine Karşı Ekonomik Baskılar Programı" ABD'nin Küba'ya yönelik yaptırımlarına yenisinin eklenmesi anlamına gelmiştir.[45] Kabul edilen programlarla uygulanması planlanan yaptırımlar arasında "*şeker ve diğer ürünler için ABD pazarının kapatılması, ABD'den Küba'ya ihraç edilen petrolün ve diğer önemli ürünlerin kesilmesi, iki ülke arasındaki ticari anlaşmaların askıya alınması, Küba'ya ABD Dolarının girişini engellemek üzere turist akışının sınırlandırılması*"[46] gibi uygulamalar vardır. "*Domuzlar Körfezi çıkarmasına kadar geçen bir yıl içinde yukarıdaki yaptırımlara yenileri eklenmiş; Küba'ya ABD'den gemi satışının lisansa bağlanarak yasadışı ilan edilmesi, Kanada hükümetinden Küba'ya ambargo uygulanmasının istenmesi, belirli gıdaların ve ilaçların da Küba'ya ihraç edilmesinin lisansa bağlanmasıyla yasadışı ilan edilmesi gibi uygulamalar 1961 Mart'ına kadar yerleşiklik kazanmıştır.*"[47]

1961 Yılında ABD'nin desteklediği ve silahlandırdığı sürgündeki *Batista* yanlılarının Küba'yı işgal etmek üzere Domuzlar Körfezi'nde gerçekleştirdikleri çıkarma başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Şüphesiz belirtmek gerekir ki sabo-

---

42 SARACOĞLU Esin, "ABD-Küba ilişkileri: soykırıma varan bir savaş ya da bir Küba destanı", 2010, https://www.kubadostluk.org/abd-kuba-iliskileri-soykirima-varan-bir-savas-ya-da-bir-kuba-destani/?cv=1 (Erişim Tarihi: 03.01.2022).

43 DIEGUEZ Andrés Zaldivar, **Blockade: The longest economic siege in history**, Capitan San Luis Publishing House, Havana, 2007, s. 39-40.'tan **Aktaran:** SARACOĞLU, 2010.

44 SARACOĞLU, 2010.

45 DIEGUEZ, s. 68.'den **Aktaran:** SARACOĞLU, 2010.

46 SARACOĞLU, 2010.

47 SARACOĞLU, 2010.

taj eylemleri gerçekleştiren paramiliter grupları silahlandırmak, başka bir ülke toprağını işgal etmek isteyen güçleri desteklemek ve bu güçlere lojistik destek sağlamak gibi fiiller, ambargo ve abluka eylemlerinin de çok ötesinde, doğrudan kuvvet kullanma yasağına ve iç işlerine karışma yasağına karşı[48] uluslararası hukuka açık aykırılık oluşturan fiillerdir. Üstelik bu gibi eylemlere artık günümüzde tarihi belgelerle ispatlanmış olan *Castro*'ya yönelik *CIA* eliyle gerçekleştirilmeye çalışılan suikast girişimleri de eklendiğinde ABD'nin Küba'ya yönelik en temel uluslararası hukuk normlarını ihlal ettiği tartışmasız bir durum oluşturmaktadır. Özellikle Domuzlar Körfezi çıkarmasının başarısız olmasından sonra uluslararası toplum nezdinde de itibarı sarsılan ABD, Küba'ya yönelik müdahalelerini abluka ve ambargo uygulamalarıyla devam ettirmiştir ve günümüzde de bu uygulamalar devam etmektedir.

2. Küba'ya Yönelik Ambargo ve Abluka Uygulamaları

Öncelikle Küba'ya yönelik ambargo ve abluka olarak adlandırılan ABD yaptırımlarının neler olduğunu tarihsel sıralamasıyla aktarmak; ardından bu yaptırımların hukuki niteliklerini ve uluslararası hukuka aykırılıklarını değerlendirmek yerinde olacaktır.

Küba'ya yönelik ekonomik nitelikli bu yaptırımlara ilk olarak Birinci Dünya Savaşı sırasında ABD'de çıkarılan Düşmanla Ticaret Kanunu'nun Küba için uygulanmasına karar verilmesiyle başlanmıştır. İlgili yasa, 1959-1961 yıllarını kapsayacak biçimde Küba'da kullanılmıştır. Bu dönemin hemen ardından çıkan yasa ile "*ABD başkanı Küba'ya ticaret alanında 'kapsamlı ambargo' yetkisini kullanmış*", böylece Küba'ya çeşitli uluslararası yardımların ulaşması engellenmiştir.[49] Küba'ya yönelik bu yasaların uygulanmasını öngören plan, Küba'ya yapılan gıda ve ilaç ihracatına kesinti getirilmesini ve Amerikan Devletleri Örgütü (*OAS - Organization of American States*) üyesi ülkelere baskı yapılarak bu ülkelerin Küba'ya yönelik ekonomik yaptırımlara gitmesini içermektedir.[50] Böylece Küba'yı ekonomik olarak karantina altına almak amaçlanmıştır.

---

[48] Bu eylemlerin uluslararası hukuka aykırılığı ile ilgili olarak bkz. CRAWFORD James, "The criteria for statehood in international law", **British Yearbook of International Law**, S. 48-1, 1976, s. 126.

[49] BM'de Küba ablukası oylaması yapılacak: Dünyanın en uzun süren soykırımı-Jose Marti Küba Dostluk Derneği, 01.11.2017, http://www.kubadostluk.org/bmde-kuba-ablukasi-oylamasi-yapilacak-dunyanin-en-uzun-suren-soykirimi/ (Erişim Tarihi: 05.01.2022).

[50] SARACOĞLU, 2010.

3 Kasım 1961 tarihinde başlatılan Mongoose Operasyonu ile "*Küba'nın hava ve deniz alanları ihlal edilmiş, ABD ürünlerinin üçüncü ülkeler aracılığıyla Küba'ya girişi engellenmiş, ABD şirketlerinin üçüncü ülkelerdeki şubelerinin Küba ile ticaretinin kesilmesine yönelik yaptırımlar uygulanmış, Küba'dan SSCB'ye giden nikelin ulaşımı engellenmiştir*."[51] Bu operasyon kapsamında, ABD'nin 14 ay içerisinde uluslararası hukuka aykırı 5.780 eyleme imza attığı ve bunların 716'sının büyük çaplı ekonomik hedeflere yönelik olduğu iddia edilmiştir.[52]

1962 Küba Füze Krizi ile Küba'ya yönelik abluka uygulanmaya başlamıştır. ABD'nin Türkiye ve İtalya'ya; SSCB'nin Küba'ya nükleer füze yerleştirmesi ile başlayan kriz; 1962 Ekim'inde dönemin iki süper gücü ABD ile SSCB'yi karşı karşıya getirmiştir. Bu gerilimde *Kennedy*, Küba'ya denizden abluka uygulanmasına karar vermiştir. Abluka kararı için BM'ye, OAS'ye hatta NATO'ya (*North Atlantic Treaty Organization*) danışılmamış ve yalnızca bu örgütlere haber verilmekle yetinilmiştir.[53] 22 Ekim 1962 tarihinde Küba, denizden ablukaya alınmış; Atlantik Okyanusu'nda seyretmekte olan SSCB gemilerinin ablukaya uymadıkları takdirde batırılacağı söylenmiştir.[54] Küba'ya yönelik abluka uygulamasına yine Füze Krizi ile birlikte ilan edilen "topyekün ambargo" ilanı eşlik etmiştir.

1963 yılına gelindiğinde çıkarılan özel bir yönetmelik ile "*Küba mallarının ülkeye girişi yasaklanmış, Küba varlıkları dondurulmuş, Amerikan vatandaşları ve ABD'nin yetki alanındaki tüm kişilerin Küba ile herhangi bir finansal ilişkiye girmesi yasaklanmıştır.*"[55]

Soğuk Savaş boyunca devam eden ve Küba ekonomisine zarar veren bu eylemler, 80'li yıllarda *Reagen* döneminde Küba'da "insan haklarının ihlal edildiği" söylemi ile yoğunlaştırılmıştır.[56] 1992 yılında SSCB'nin dağılmasının ardından Küba ekonomisi, en büyük desteğini de kaybetmiş ve bunun da etkisiyle ABD Küba'ya yönelik ekonomik yaptırımlarına yenilerini eklemiştir. George H. W. Bush döneminde çıkarılan *Torricelli* Kanunu ile Kü-

---

51 SARACOĞLU, 2010.

52 DIEGUEZ, s. 15'ten **Aktaran:** SARACOĞLU, 2010.

53 Cuban Missile Crisis, https://www.atomicarchive.com/history/cold-war/page-13.html (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

54 Cuban Missile Crisis.

55 Dünyanın en uzun süren soykırımı-Jose Marti Küba Dostluk Derneği, 2017.

56 SARACOĞLU, 2010.

ba ile ticaret yapan ülkelerin ABD yardımından mahrum edilmesi politikası izlenmiş ve ayrıca Küba'yla ticaret yapan gemilerin 180 gün boyunca ABD limanlarına yanaşması yasaklanmıştır.[57]

Yine 1996 yılında *Clinton* döneminde kabul edilen çıkarılan *Helms-Burton* Kanunu[58] ile bu sefer Küba'yla ve Küba'nın kamulaştırdığı şirketlerle ticaret yapan şirketlerin - şirket 3. bir ülkenin olsa dahi - aleyhine ABD'de dava açılabilir ve şirket yöneticileri ile onların aileleri ABD'ye girmekten men edilebilir hale gelmiştir.[59] Yalnızca şirketler değil, Küba'ya yardım gönderen insanlara para cezaları verilmiş, Küba'ya birden fazla giriş çıkış yapanlar sorguya çekilmiş; başka ülkelerdeki Küba'ya ait elçilik ve konsoloslukların para transferi yapması, kargo ve posta göndermeleri engellenmiştir.[60] Hala uygulanmakta olan bu kanunla Küba'nın ihtiyaç duyduğu yabancı yatırım engellenmektedir.[61] Özellikle üçüncü ülkelerdeki tüzel kişilerin cezalandırılmasını içeren hükümleri nedeniyle bu kanun, hem Avrupa Konseyi tarafından hem de Avrupa Birliği tarafından kınanmıştır.[62]

Burada belirtmek gerekir ki *Helms-Burton* Kanunu, Küba'ya yönelik yaptırımlara bir eşik atlatmıştır. *Heitzer*'e göre bu kanunun esas önemi, hükümetin uyguladığı ekonomik ambargonun ABD yasalarına tamamen kodlanmış olmasıdır.[63] Üstelik bu kanunun gerekçesi ABD'nin Küba'ya yaptırım uygulama niyetini açıkça vurgulamaktadır. Kanunun "*Küba Özgürlük ve Dayanışma Yasası*" olarak adlandırılması ve gerekçesinde "*demokrasinin iade edilmesi*" ve "*Küba'da bir geçiş hükümeti kurulması*" gibi hususların belirtilmiş olması bu bağlamda değerlendirilmelidir.[64] Bu bakımdan ilgili kanun, bugün artık *jus cogens* nitelikte olduğunu rahatlıkla söyleyebileceğimiz devletlerin içişlerine karışmama ilkesinin açık ihlalini oluşturmaktadır.

---

57 SARACOĞLU, 2010.

58 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Helms-Burton Act**, https://1997-2001.state.gov/regions/wha/cuba/helms-burton-act.html (Erişim tarihi: 07.01.2022).

59 Dünyanın en uzun süren soykırımı-Jose Marti Küba Dostluk Derneği, 2017.

60 Dünyanın en uzun süren soykırımı-Jose Marti Küba Dostluk Derneği, 2017.

61 BULUT Hakan / SARACOĞLU Esin, "Soykırıma varan savaşta Küba destanı", 2020, https://textumdergi.net/soykirima-varan-savasta-kuba-destani/ (Erişim Tarihi: 03.01.2022).

62 BULUT / SARACOĞLU, 2020., Ayrıca Helms-Burton Kanunu ile ilgili olarak bkz. LOWENFELD, Andreas F., "Congress and Cuba: The Helms-Burton Act", **American Journal of International Law**, S. 90-3, 1996, ss. 419-434.

63 HEİTZER Arthur, "The U.S. Economic Blockade of Cuba: A Crime against Humanity", **Guild Practitioner**, S. 55-2, 1998, s. 78.

64 HEİTZER, s. 78.

İlerleyen yıllarda da kesintisiz bir biçimde devam eden ekonomik yaptırımların, 2015-2016 yıllarında *Obama* döneminde yumuşatılacağı iddia edildiyse de ABD-Küba ilişkilerinin normalleşmesi vaatleri yerine getirilememiştir. ABD'ye Küba mallarının girmesi ve Küba'da uluslararası banka şubelerinin açılması vaatleri, "*kabul edilen malların en yüksek gümrük vergisine tabi tutulması ve şirketlerin alacakları cezalardan*[65] *korkmaları sebepleriyle gerçekleşmemiştir*."[66] Ardından *Trump*, başkanlık koltuğuna oturmasının hemen ardından Küba ile normalleşme adına yapılan tüm düzenlemeleri kaldırmıştır.

İçinde bulunduğumuz pandemi döneminde Küba'ya yönelik bu uygulamalar, özellikle sağlık sektörünü hedef almıştır. Pandemiyle mücadele edebilmek için ithal edilmesi zorunlu medikal ürünlerin ülkeye girişi engellenmiştir. 2020 Yılında, Küba'nın solunum cihazı almak için görüştüğü İsviçreli iki firma, *IMTMedical AG* ve *Acutronic*, ABD'li *Vyaire Medical* şirketi tarafından satın alınmış, hemen ardından cihazların Küba'ya gönderilemeyeceği, bu şirketlerle Küba'nın ticari ilişkilerinin sona erdiği açıklanmıştır.[67] Yine 2020'de Çin'den Küba'ya yardım amacıyla gönderilen tanı kitlerinin ve maskeleri taşıyan bir başka ABD'li şirketin bu yardımları Küba'ya ulaştırması devlet tarafından engellenmiştir.[68] Bugün hala uygulanan bu yaptırımlar nedeniyle Küba'ya ihtiyaç duyduğu medikal ürünlerin girişi engellenmektedir.

---

65 "Örneğin; OFAC (ABD Yabancı Varlıkların Kontrolü Ofisi), 31 Ekim 2016'da, bir Belçika bankası olan Fintro'dan (BNP Paribas'ın alt kuruluşu) Belçikalı bir vatandaşın bir Küba vatandaşına Matthew kasırgasına bağış amaçlı gönderdiği transferi ablukayı delmek olarak değerlendirdi ve Sudan, İran ve Myanmar'a gönderilen transferleri de göz önüne alarak bankaya 9 milyar dolara yakın ceza kesti." Dünyanın en uzun süren soykırımı-Jose Marti Küba Dostluk Derneği, 2017.

66 Dünyanın en uzun süren soykırımı-Jose Marti Küba Dostluk Derneği, 2017.

67 U.S. company buys ventilator supplier and cancels shipments to Cuba citing blockade, https://en.granma.cu/cuba/2020-04-13/us-company-buys-ventilator-supplier-and-cancels-shipments-to-cuba-citing-blockade (Erişim Tarihi: 07.01.2022).

68 BULUT / SARACOĞLU, 2020. Ayrıca konuyla ilgili Çin'deki Küba Büyükelçisi M. Pereira'nın açıklaması için bkz. Çin'in gönderdiği tıbbi yardım ABD ablukası nedeniyle Küba'ya ulaşamıyor, https://haber.sol.org.tr/dunya/cinin-gonderdigi-tibbi-yardim-abd-ablukasi-nedeniyle-kubaya-ulasamiyor-284146 (Erişim Tarihi: 07.01.2022).

3. Küba'ya Uygulanan Yaptırımların Hukuki Statüsü ve Uluslararası Hukuka Aykırılığı

Yukarıdaki başlıklarda sıralanan Küba'ya yönelik ekonomik yaptırımlar, ambargoyu içermekle beraber çoğu zaman ambargo uygulamalarından çok daha fazlasını ifade etmektedir. 1961 *Mongoose* operasyonuyla Küba'nın deniz sahasının ihlal edilmesi, 1962 Füze Krizi'nin ardından Küba'nın ablukaya alınarak gemilerin çıkışının yasaklanması, *Torricelli* Kanunu ile Küba ile ticaret yapan gemilerin 180 gün boyunca ABD limanlarına yanaşmasının yasaklanması "gemilerin ülkeden çıkışının yasaklanması" anlamına gelen klasik anlamdaki ambargo fiilini oluşturmaktadır.

"Bir devletten belirli malların dış satımının yasaklanması" anlamına gelen ambargo uygulamaları ise yukarıdaki başlıklarda aktarılan 60 yıllık süreç boyunca sürekli olarak uygulanmıştır. "Şeker ve diğer ürünler için ABD pazarının kapatılması, ABD'den Küba'ya ihraç edilen petrolün ve diğer önemli ürünlerin kesilmesi, ABD'den Küba'ya gemi satışının engellenmesi, Düşmanla Ticaret Kanunu kapsamında belirli gıdaların ve ilaçların Küba'ya ihraç edilmesinin yasadışı ilan edilmesi, Küba mallarının ABD'ye girişinin yasaklanması, *Helms-Burton* Kanunu ile üçüncü ülke şirketlerinin Küba ile girdikleri ticari ilişkilerin engellenmeye çalışılması, pandemi döneminde medikal ürünlerin Küba'ya ihraç edilmesinin engellenmesi" bugüne dek süreklilik kazanmış bu uygulamalar arasındadır.

"Bir devletin başka bir devlet üzerinde maddi veyahut psikolojik baskı kurmak gayesiyle deniz yolundan gelebilecek maddi ulaşımların kesilmesi" olarak tanımlanan abluka uygulaması da yine yukarıda sıralanan fiillerle hayata geçirilmiştir. ABD ile Küba resmi olarak bir savaş içerisinde olmadığından savaş hukuku kavramı olarak ablukanın gündeme gelmesi mümkün değilse de doktrinde hukuka uygunluğu tartışma konusu olan "barış içinde" abluka önleminin çok defa uygulanmış olduğu açıktır. Özellikle ABD'nin Küba'nın deniz sahasını ihlal ettiği, limanlarından gemilerin ayrılmasının ve başka gemilerin deniz sahasına gelmesinin engellendiği tüm durumlarda bu eylem gerçekleşmiştir.[69] Bu sayede ABD, üçüncü ülkelerden Küba'ya gelecek maddi ulaşımları defalarca kez engellemiştir.

---

[69] OLIVER Covet, "International law and the quarantine of Cuba: a hopeful prescription for legal writing", **American Journal of International Law**, S. 57-2, 1963, s. 373.

ABD'nin Küba'ya yönelik bu önlemlerinin uluslararası hukuka uygun kabul edilmesi için belirli şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir.[70] Zarara-karşılık önlemleri olarak ambargo ve ablukanın hukuka uygunluğu için gereken şartlar yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere: 1) Uluslararası hukuka aykırı bir fiil ile önleme başvuracak devlete bir zarar verilmesi, 2) Zarara uğrayan devlet dışındaki üçüncü devletlerin bu önlemlere başvurmaması, 3) Bu önlemin zarara uğrayan fiil ile orantılı olması ve 4) Kuvvet kullanma yasağına aykırılık oluşturulmamasıdır. ABD'nin Küba'ya yönelik fiilleri göz önünde bulundurulduğunda mevcut önlemlere başvurması için gerekli şartların gerçekleşmediği görülecektir. Öncelikle Küba'nın ABD'ye yönelik uluslararası hukuka aykırı bir fiili bulunmadığı gibi ABD'ye zarar veren bir uygulaması söz konusu değildir. ABD'ye borcu yoktur, ABD'nin ulusal güvenliği için herhangi bir tehdit oluşturmamaktadır. Hatta bu duruma örnek olarak Kübalı otoriterelerin, İkiz Kuleler Saldırısı ve Katrina Kasırgası gibi Amerikan toplumuna büyük zarar veren olayların ardından karşılıksız yardım teklifinde bulunduğunu örneği verilmekte[71], böylece Küba'nın dostane ilişkiler geliştirmek konusunda üstüne düşeni yaptığını vurgulanmaktadır. Bu nedenlerle bu ambargo ve abluka uygulamalarının daha en baştan hukuki temelden yoksun siyasi baskı araçları olarak kullanıldığı görülmelidir.

İki ülke arası ilişkilerin tarihine bakıldığında ABD'nin, Küba'nın kendi ulusal güvenliğini tehdit ettiğini ileri sürebileceği tek fiili 1962 Füze Krizi'nde Küba adasına SSCB tarafından nükleer başlıklı füze yerleştirilmesi olayıdır. Üstelik bu olay, ABD ve SSCB arasındaki gerilimin bir sonucu olarak; ABD'nin İtalya ve Türkiye'ye yerleştirdiği füzelere karşı SSCB'nin misilleme olarak başvurduğu bir önlemdir. Bu eylemin uluslararası hukuka aykırı olup olmadığı bir yana; ABD'nin bu eylem sebebiyle bir zarara uğradığı kabul edilse bile alınan abluka önlemi SSCB'ye değil Küba'ya yönelik alınmıştır. Üstelik zarara neden olan fiile son verilmesi hedeflenmemiş, Küba abluka altına alınarak Küba'ya maddi ulaşımların tümü kesilmiştir. Bu bakımdan alınan önlem verilen zararla orantılı olmadığı gibi zararı ortadan kaldırmaya yönelik de değildir.

Küba Karantinası olarak tarihe geçen bu yaptırımlara ilişkin *Kennedy,* yaptırımların "*Küba'nın barışa yönelik kesin tehdidini*" ortadan kaldırmaya

---

[70] Bkz. **Başlık I-3.**

[71] LAMRANI, s. 11.

yönelik olduğunu söylemiştir.[72] Üstelik o dönem ABD'li hukukçular arasında *Kennedy*'nin iddiası büyük oranda savunulmaktadır. Hatta ABD'nin eylemlerinin meşru müdafaa kapsamında olduğu iddia edilmiştir.[73] *MacChasney*, bu görüşü daha da uç bir noktaya götürerek Küba'nın karantinaya alınmasının, uluslararası toplumun ilkelerinin "*ruhuna ve içeriğine esaslı bir uygunluk teşkil ettiğini*" iddia etmiştir.[74] Füze krizi ile ilgili olarak, ABD'li bir gazetecinin *Fidel Castro* ile yaptığı röportajda *Castro* ise şunları söylemiştir:

> "*Sovyet Rusya'nın yakınında Birleşik Devletler'in aynı üsleri olduktan sonra ne hakla bize itiraz ediyorlar? Sovyet Rusya'nın buna hakkı yok mu? Kendimizi korumayı bir yana bırakalım, Birleşik Devletler aynı koruyucu tedbirleri almıyor mu dünyanın başka kısımlarında?*"[75]

ABD, Küba'ya yönelik ambargo uygulamalarında üçüncü devletlerle yaptığı ikili anlaşmalar ve devletleri maddi yardımdan yoksun bırakma tehditleriyle, bu devletleri ambargonun parçası yapmaya çalışmıştır. Bu bakımdan bu uygulamaların da üçüncü devletlerin zarara-karşılık önlemine başvurmaması şartına açık aykırılık oluşturduğu söylenmelidir.

Yine uygulanan ambargo ve abluka yöntemlerinin *ARSIWA*'ya da aykırı olduğu söylenmelidir. Bu bağlamda "*tek taraflı karşı önlemlerin geçici ve orantılı olması ve cezalandırıcı olmaması gerektiği*" dikkate alınmamış[76], uluslararası hukukun tek taraflı karşı önlemler için getirdiği sınırlamalara uyulmamıştır.

Bugün ABD'nin uluslararası hukuka açıkça aykırı bu yaptırımları, uluslararası toplum tarafından mahkûm edilmiş durumdadır. 1992 Yılından bu yana her sene Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda ABD'nin Küba'ya yönelik "ekonomik, ticari ve finansal ambargosunun" kaldırılması için yapılan

---

72 RE Edward D., "The Quarantine of Cuba in International Law", S. 6-3, **USAF JAG Bull**, 1964, s. 3.

73 Bkz. MCDOUGAL Myres S., "The Soviet-Cuban quarantine and self-defense", **American Journal of International Law**, S. 57-3, 1963, ss. 597-604.

74 MACCHESNEY Brunson, "Some Comments on the "Quarantine" of Cuba", **American Journal of International Law**, S. 57-3, 1963, s. 597.

75 LOCKWOOD Lee / ALLEMAN F.R., **Fidel Castro Konuşuyor**, 3. Bası., Habora Kitabevi, 1974, s. 40.

76 WHITE Nigel D., "Ending the US embargo of Cuba: international law in dispute", **Journal of Latin American Studies**, S.51.1, 2019, s. 170.

oylamalarda devletlerin büyük çoğunluğu, Küba lehine oy kullanmaktadır. Son olarak 23 Haziran 2021'de 29.su yapılan oylamada 193 ülkenin 184'ü Küba'ya yönelik ABD ambargosunun kaldırılması lehine oy kullanmış, ABD ve İsrail haricinde aleyhe oy kullanan ülke olmamıştır.[77] Genel Kurul kararları tavsiye niteliğinde kararlar olsa ve bağlayıcılığı olmasa da yıllardır uluslararası toplum, bu kararlarla ABD'nin mevcut yaptırımlarının uluslararası hukuka aykırı olduğunu ilan etmektedir.

SONUÇ

Küba'ya yönelik ekonomik nitelikli bu yaptırımlara karşı Küba'nın uluslararası kamuoyuna yönelik öncelikli politikası, uygulanan yaptırımların ambargo değil abluka olarak adlandırılması gerektiğinin propaganda edilmesidir. Küba'ya göre bu uygulamalar "ambargo" ile alınabilecek tedbirlerden çok daha fazlasını içermekte olup; esas olarak Küba adasını kuşatarak tüm dünyadan yalıtmayı amaçlamaktadır ve bu sebeple "abluka" olarak adlandırılması gerekmektedir. Küba'nın uluslararası kamuoyunda yaygınlaştırmaya çalıştığı bir söylem olarak "abluka", "barış içinde abluka" zarara-karşılık önleminden farklı olarak bir saldırı eylemidir. Dolayısıyla Küba'nın uluslararası topluma kabul ettirmeye çalıştığı, kendisine yönelik bu yaptırımların, uluslararası hukukta kuvvet kullanma yasağına açıkça aykırılık oluşturan bir saldırı fiili olarak "abluka" anlamına geldiğidir.[78]

ABD'nin Küba'ya yönelik 60 yılı aşkın süredir uygulamakta olduğu bu yaptırımlar tek tek değil; bir bütün olarak değerlendirildiğinde Küba'nın iddiasının yerinde olduğu söylenebilir. Öyle ki Küba'ya yönelik ekonomik nitelikli yaptırımlara, Küba'ya karşı paramiliter grupların silahlandırılması, bu gruplara lojistik destek sağlanması, adanın deniz ve hava alanlarının sık sık ihlal edilmesi gibi uygulamalar eşlik etmiştir. Bu uygulamaların uluslararası kuvvet kullanma yasağına açıkça aykırılık taşıdığı ve ekonomik yaptırımlarla aynı biçimde bir siyasi baskı aracı olarak kullanıldığı düşünülürse; Küba'ya yönelik bütünlüklü bir kuşatma planının parçası oldukları tutarlı bir görüş oluşturmaktadır.

Küba, aynı zamanda ABD'nin uyguladığı yaptırımların, 9 Aralık 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Sonlandırılması Sözleşmesi'ne aykı-

---

[77] UN General Assembly calls for US to end Cuba embargo for 29th consecutive year, 23.06.2021, https://news.un.org/en/story/2021/06/1094612 (Erişim Tarihi: 08.01.2022).

[78] Latin America Digital Beat Staff, Blockade Against Cuba Slammed At Summit, 2005, https://digitalrepository.unm.edu/noticen/9350 (Erişim Tarihi: 09.01.2022).

rılık teşkil ettiğini iddia etmektedir. Bu iddiaya göre bu yaptırımlar, özellikle halkın sağlıklı yaşam koşullarına sahip olmaları için gerekli gıda ve ilaçların ülkeye girişinin engellenmesi yoluyla, sözleşmede yer alan "*ulusal bir grubun tümünü ya da bir bölümünü yok etme niyetiyle, (...) fiziki varlığını tümüyle ya da kısmen sona erdirecek yaşam koşullarıyla yüz yüze bırakılması*" fiiline denk düşmektedir. Bu sebeple Küba, 60 yıllık ambargo ve abluka uygulamalarını "tarihin en uzun soykırımı" olarak adlandırmakta, bu söylemi BM Genel Kurulu'nda dile getirmektedir.[79]

Hernandez'e göre de Küba'ya yönelik yaptırımlar çok ciddi insan hakkı ihlallerine neden olmaktadır.[80] Bu bağlamda Kübalıların en temel insan hakları olan beslenme, sağlık, eğitim hakları doğrudan bu yaptırımlarla ihlal edilmekte; vize sınırlamaları ve yasaklarıyla ABD'deki Kübalıların seyahat hakları, ailelerini düzenli olarak görmeleri engellenmektedir.[81] Benzer şekilde *Heitzer*'e göre de Küba'ya uygulanan yaptırımlar, uluslararası hukuku ve Küba'nın egemenliğini ihlal etmenin yanı sıra uluslararası insan hakları hukukunun temellerini de ihlal etmektedir.[82]

Ambargo ve abluka gibi sıkı şartlara bağlanmış uluslararası hukuk kurumlarının, hukuki temelden yoksun, siyasi baskı araçları olarak kullanılması uluslararası hukuk mantığına bütünüyle aykırıdır. Bu yaptırımların devam etmesi, toplumların ulaşmayı hedeflediği uluslararası hukuk idealine büyük zararlar vermektedir. Uluslararası toplumun BM Genel Kurulu'nda her sene açığa çıkardığı iradesine saygı duyulmalı ve hukuka aykırı bu yaptırımlara son verilmelidir.

---

79 SARACOĞLU, 2010.

80 HERNÁNDEZ-TRUYOL, s. 84.

81 HERNÁNDEZ-TRUYOL, s. 84.

82 HEİTZER, s. 79.

KISALTMALAR

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

ARSIWA: Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts

BM : Birleşmiş Milletler

CIA : Central Intelligence Agency

NATO : North Atlantic Treaty Organization

OAS : Organization of American States

OFAC : Office of Foreign Assets Control

SSCB : Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği

TWEA : Trading with the Enemy Act

UN : United Nations

US : United States

USA : United States of America

KAYNAKÇA

CRAWFORD James, "The criteria for statehood in international law", **British Yearbook of International Law**, S. 48-1, 1976, ss. 93-182.

DOST Süleyman / KORKMAZ Zehra, "Savaşa Varmayan Zorlama Yolu Olarak Zararla Karşılık ve Bazı Uygulamalar", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 5-2, 2015, ss. 11-157.

EREN M. Yusuf, "Uluslararası hukukta savaşa varmayan kuvvet kullanma yolları", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 3-2, 2012, ss. 229-260.

HEİTZER Arthur, "The U.S. Economic Blockade of Cuba: A Crime against Humanity", **Guild Practitioner**, S. 55-2, 1998, ss. 76-98.

HERNÁNDEZ-TRUYOL Berta Esperanza, "Embargo or Blockade-The Legal and Moral Dimensions of the US Economic Sanctions on Cuba", **Intercultural Human Rights Law Review**, S. 4, 2009, ss. 53-86.

LAMRANI Salim, **The Economic War Against Cuba: A Historical and Legal Perspective on the US Blockade**, Monthly Review Press, New York, 2013.

LOCKWOOD Lee / ALLEMAN F.R., **Fidel Castro Konuşuyor**, 3. Bası., Habora Kitabevi, 1974.

LOWE Vaughan / TZANAKOPOULOS Antonios, "Economic Warfare (January 10, 2010)", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Ed. WOLFRUM Rüdiger, Oxford University Press, 2012.

LOWENFELD Andreas F., "Congress and Cuba: The Helms-Burton Act", **American Journal of International Law**, S. 90-3, 1996, ss. 419-434.

MACCHESNEY Brunson, "Some Comments on the "Quarantine" of Cuba", **American Journal of International Law**, S. 57-3, 1963, ss. 592-597.

MCDOUGAL Myres S., "The Soviet-Cuban quarantine and self-defense", **American Journal of International Law**, S. 57-3, 1963, ss. 597-604.

MERAY Seha L., **Devletler Hukukuna Giriş**, C.2., Ankara, 1975.

NUHİÇ Hazir, "**Uluslararası hukuk ve Birleşmiş Milletler kararları çerçevesinde saldırı kavramı**", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

OLIVER Covet, "International law and the quarantine of Cuba: a hopeful prescription for legal writing", **American Journal of International Law**, S. 57-2, 1963, ss. 373-377.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2018.

RE Edward D., "The Quarantine of Cuba in International Law", S. 6-3, **USAF JAG Bull**, 1964.

SHNEYER Paul A. / BARTA Virginia, "The Legality of the US Economic Blockade of Cuba Under International Law", **Case Western Reserve Journal of International Law**, S. 13-3, 1981, ss. 451-482.

VAGTS Detlev F., "Hegemonic international law", **American Journal of International Law**, S. 95-4, 2001, ss. 843-848.

WESTLAKE John, "Pacific Blockade", **Law Quarterly Review**, S. 25-1, 1909, ss. 13-23.

WHITE Nigel D., "Ending the US embargo of Cuba: international law in dispute", **Journal of Latin American Studies**, S.51.1, 2019, ss. 163-186.

İnternet Kaynakları

BULUT Hakan / SARACOĞLU Esin, "Soykırıma varan savaşta Küba destanı", 2020, https://textumdergi.net/soykirima-varan-savasta-kuba-destani/ (Erişim Tarihi: 03.01.2022).

BM'de Küba ablukası oylaması yapılacak: Dünyanın en uzun süren soykırımı-Jose Marti Küba Dostluk Derneği, 01.11.2017, http://www.kubadostluk.org/bmde-kuba-ablukasi-oylamasi-yapilacak-dunyanin-en-uzun-suren-soykirimi/ (Erişim Tarihi: 05.01.2022).

SARACOĞLU Esin, "ABD-Küba ilişkileri: soykırıma varan bir savaş ya da bir Küba destanı", 2010, https://www.kubadostluk.org/abd-kuba-iliskileri-soykirima-varan-bir-savas-ya-da-bir-kuba-destani/?cv=1 (Erişim Tarihi: 03.01.2022).

Cuba vs blockade, 27.09.2019, https://en.granma.cu/mundo/2019-09-27/cuba-vs-blockade (Erişim Tarihi: 10.01.2022).

Cuban Missile Crisis, https://www.atomicarchive.com/history/cold-war/page-13.html (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

Çin'in gönderdiği tıbbi yardım ABD ablukası nedeniyle Küba'ya ulaşamıyor, https://haber.sol.org.tr/dunya/cinin-gonderdigi-tibbi-yardim-abd-ablukasi-nedeniyle-kubaya-ulasamiyor-284146 (Erişim Tarihi: 07.01.2022).

GÜNEŞ Ahmet, "Sosyalizm ve Küba'yı Anlamak", 2021, https://sendika.org/2021/08/sosyalizm-ve-kubayi-anlamak-628267/ (Erişim Tarihi: 02.01.2022).

Helms-Burton Act, https://1997-2001.state.gov/regions/wha/cuba/helms-burton-act.html (Erişim tarihi: 07.01.2022).

Latin America Digital Beat Staff, Blockade Against Cuba Slammed At Summit, 2005, https://digitalrepository.unm.edu/noticen/9350 (Erişim Tarihi: 09.01.2022).

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), https://www.icj-cij.org/en/case/70/judgments (Erişim Tarihi: 27.12.2021).

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf (Erişim tarihi: 04.04.2022)

The World Bank Data, https://data.worldbank.org/country/cuba (Erişim Tarihi: 03.01.2022).

UN General Assembly calls for US to end Cuba embargo for 29th consecutive year, 23.06.2021, https://news.un.org/en/story/2021/06/1094612 (Erişim Tarihi: 08.01.2022).

U.S. company buys ventilator supplier and cancels shipments to Cuba citing blockade, https://en.granma.cu/cuba/2020-04-13/us-company-buys-ventilator-supplier-and-cancels-shipments-to-cuba-citing-blockade (Erişim Tarihi: 07.01.2022).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 673-712

HÜKÜMET SİSTEMİ, PATRONAJ VE BUNLARIN MUHALEFETİN GELİŞİMİNE ETKİLERİ: AZERBAYCAN ÖRNEĞİ(*)

Arş. Gör. **Nihal ÖZKARDEŞ**(**)

Öz: Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası başkanı siyasi hayatın merkezinde konumlandırmaktadır. Anayasaca başkana yasama ve yargı alanlarına da nüfuz eden geniş yetkiler sağlanmıştır. Yapılan Anayasa değişiklikleri sonucunda başkanın siyasi hayatın tek aktörü olarak kalması daha da mümkün hale getirilmiştir. Anayasal kurumların yanı sıra başkan resmi olmayan kurumlar vasıtasıyla da güçlü konumunun devamını sağlamaktadır. Başkan enerji kaynağı gelirleri vasıtasıyla patronaj ağının patronu olarak belirmekte ve bu ağlar kendisinin patron konumunun sarsılmasını önlemeye hizmet etmektedir. Böyle bir yapıda hem şekli kurumlar hem de şekli olmayan kurumlar Azerbaycan muhalefetinin gelişimi önünde engel doğurmaktadır. Şekli kurumlar kapsamında siyasetin kişiselleşmesi, yasama organında cazip konumların olmaması ve başkanın başkan konumunda kalmasını temin eden bazı düzenlemeler muhalefetin gelişememesine sebep olmaktadır. Şekli olmayan kurumlar kapsamında ise patronaj kaynaklarının elitlerin sadakati için ve muhalefetin cezalandırılması için kullanılması muhalefetin oluşamaması sonucunu doğurmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yarı Başkanlık, Süper Başkanlık, Patronlu Başkanlık, Patronaj, Muhalefet.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2022 - Makale Kabul Tarihi: 30.05.2022.

(**) Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi (ORCID no: 0000-0003-1710-1521; *nihal.ozkardes@law.bau.edu.tr*).

GOVERNMENT SYSTEMS, PATRONAGE AND EFFECTS OF THESE TO THE DEVELOPMENT OF OPPOSITION: THE EXAMPLE OF AZERBAIJAN

Abstract: The Constitution of Azerbaijan Republic situates the president in the center of the political life. The Constitution provides the president with broad authorities which also diffuse into the areas of legislature and judiciary. As a result of constitutional amendments, the possibility of the president to be the only actor in the political life has become more viable. Along with the formal institutions, the president ensures the continuity of his strong position with the help of informal institutions. The president appears to be the patron of patronage networks via incomes of energy sources and these networks serve to prevent the dissolution of his position as a patron. With this structure, both formal and informal institutions raise obstacles for the development of Azerbaijani opposition. Within the scope of formal institutions, personalization of politics, unattractive positions in the legislature and provisions ensuring the continuity of the position of the president cause failure for the development of the opposition. Within the scope of informal institutions, patronage sources cause opposition not to emerge as these sources are used for the loyalty of elites and for the punishment of opposition.

Keywords: Semipresidentialism, Super Presidentialism, Patronal Presidentialism, Patronage, Opposition.

GİRİŞ

Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla birlikte Azerbaycan 1991 yılında bağımsızlığını ilan etmiştir.[1] 1992 yılında Azerbaycan Ön Cephe Partisi yönetimi ele geçirmiş[2] ve aynı yıl Haziran ayında yapılan başkanlık seçimlerinde Abulfez Elçibey başkan olarak seçilmiştir.[3] Ermenistan ile savaşta olmasına rağmen bu dönemde Azerbaycan'ın demokratikleşme yönünde hareket ettiği belirtilmektedir.[4] Ancak ülke içerisindeki kaos, Ermenistan ile devam eden

---

1 LAPORTE Jody, "Semi-presidentialism in Azerbaijan", **Semi-Presidentialism in the Caucasus and Central Asia**, Editör: Robert Elgie ve Sophia Moestrup, Springer Nature, Londra, 2016, s. 91.

2 HEINRICH Andreas, "The Formal Political System in Azerbaijan", **Caucasus Analytical Digest**, S. 24, 2011, ss. 2.

3 ABDULLAYEV Cavid, "Azerbaycan'da Anayasallaşma Süreci ve Benimsenen Sistemin Niteliği", **Avrasya Dosyası, Azerbaycan Özel**, C. 7, S. 1, 2001, s. 113.

4 HEINRICH Andreas, **The formal political system in Azerbaijan and Kazahystan: a background study**, Forschungstelle Osteuropa an der Universitat, Bremen, 2010, ss. 10.

savaştaki kötü performans, işsizlik ve ekonomik bunalım gibi nedenlerle Azerbaycan Ön Cephe Partisi ve Elçibey popülerliğini yitirmiş, buna karşın Azerbaycan Komünist Partisi'nin baş sekreteri olarak görev yapmış olan Haydar Aliyev'in liderliğinde eski yönetici elit tekrar güçlenmiştir.[5] Aliyev 1993 yılında yapılan seçimlerde %98,8 oranla başkan seçilmiş[6] ve Aliyev başkanlığında 1995 yılında güçlü yürütmeye yer veren Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası benimsenmiştir.[7] 2003 yılında ise Haydar Aliyev'in oğlu İlham Aliyev başkan olarak seçilmiş[8] ve günümüzde de bu görevini devam ettirmektedir. Aliyev ailesinin süregelen iktidarı modern Azerbaycan tarihini biçimlendiren temel siyasi olguların başında gelmektedir.[9]

Aliyev ailesi kişisel bağlar, kayırmacılık ilişkileri ve buna benzer şekli olmayan kurumlarla siyaset alanındaki nüfuzlarını kuvvetlendirmiş ve halihazırda Anayasa'da oldukça zayıf bir şekilde öngörülmüş olan kontrol denge mekanizmalarını daha da etkisiz hale getirmiştir.[10] 1995 yılında benimsenen Anayasa 2002, 2009 ve 2016 yıllarında olmak üzere üç kez değişikliğe uğramış ve bu değişikliklerin hepsinde başkanın ve dolayısıyla Aliyev ailesinin konumu daha da güçlendirilmiştir. 2002 yılında gerçekleştirilen değişiklikler Haydar Aliyev'in güçlü başkanlık konumunu oğlu İlham Aliyev'e geçirmesini sağlamıştır.[11] 2009 yılında Anayasa'da başkan için öngörülen dönem sınırlaması kaldırılmış ve İlham Aliyev'in iki dönemden sonra da görevde kalabilmesinin yolu açılmıştır.[12] 2016 yılında yapılan değişikliklerle başkan daha güçlü yetkilerle donatılmıştır.

Böyle bir ortamda Aliyev ailesine alternatif bir muhalefetin ve muhalefetin örgütlenmiş hali olan siyasi partilerin gelişememiş olması dikkat çek-

---

5 ERGUN Ayça, "Post-Soviet Political Transformation in Azerbaijan: Political Elite, Civil Society and the Trials of Democratization", **Uluslararası İlişkiler**, C. 7, S. 26, 2010, ss. 68-69.

6 GÖNENÇ Levent, "Azerbaycan Anayasası Üzerine Notlar", **AÜHF Dergisi**, C. 47, S. 1-4, 1998, ss. 192.

7 HEINRICH, 2011, ss. 2.

8 GULİYEV Farid, "Oil Wealth, Patrimonalism, and the Failure of Democracy in Azerbaijan", **Caucasus Analytical Digest**, S. 2/9, 2009, ss. 2.

9 LANGERAK Isabelle, "Regime Stability in Azerbaijan", **Turkish Policy Quarterly**, C. 12, S. 4, 2014, ss. 126.

10 LAPORTE, ss. 102.

11 HEINRICH, 2011, ss. 2.

12 CHAYES Sarah, **The Structure of Corruption: A Systemic Analysis Using Eurasian Cases**, Carnegie Endowment for International Peace, Washington D.C., 2016, ss. 6.

mektedir. Gerçekten de Azerbaycan'da 56 siyasi parti olmasına karşın[13] çok küçük olmaları, kaynaklara erişimlerinin olmaması ve kamuoyu tarafından da tanınmamaları gibi sebeplerle bu partilerin birçoğunun siyasi hayata etkisi olmamaktadır.[14] Sovyet sonrası ülkelerin çoğunluğunda olduğu gibi Azerbaycan'da siyasi partiler ideolojik olmayan ve belirli programlar dahilinde çalışmayan şahsa bağlı partilerdir.[15] Buna paralel olarak siyasi hayat partiler yerine kişiler ile anılmaktadır. Siyasi partilerin tüzükleri incelendiğinde; siyasal hayatta neredeyse hiç temsil edilmeyen komünist ve sosyalist partiler dışında, çoğu siyasi partinin tüzüğünde milliyetçilik, turancılık, vatanseverlik, demokrasi gibi kavramlar yer aldığı görülmektedir.[16] Bu partilerin tüzüklerinden yola çıkarak partiler arası ayrım yapmak mümkün olmamaktadır.[17]

İdeolojileri arasında ayrım olmayan muhalefet partilerinin 125 milletvekilinden oluşan Milli Meclisteki temsil oranları da bir hayli düşüktür. 2020 yılında yapılan seçim sonucunda, İlham Aliyev'in partisi Yeni Azerbaycan Partisi (YAP) 70 sandalye, Sivil Dayanışma Partisi 3 sandalye ve yedi siyasi parti birer sandalye alabilmiştir. Partilerin yanı sıra, 41 sandalye bağımsız adaylar tarafından kazanılmıştır.[18] 2015 yılında yapılan seçimlerde YAP 71 sandalye, Sivil Dayanışması Partisi 2 sandalye, sekiz parti birer sandalye ve bağımsız adaylar da 43 sandalye kazanmıştır.[19] Benzer bir şekilde 2010 yılında yapılan seçimlerde de YAP 74 sandalye, Sivil Dayanışma Partisi 3 sandalye, Ana Vatan Partisi 2 sandalye, bağımsız adaylar 38 sandalye kazanmışken, 8 sandalye de parti bağını belirtmeyen adaylar tarafından kazanılmıştır.[20] Milli Meclis seçimlerinde oldukça fazla sandalye elde eden ba-

---

13 Azerbaijan: Society: Political Parties, https://azerbaijan.az/en/information/603, (Erişim Tarihi: 18.01.2022).

14 HEINRICH, 2011, ss. 4.

15 ABDULLAYEV, ss. 127.

16 Bknz: GULİYEV Farid, "Discursive closure: political parties and the (ir)relevance of ideology in Azerbaijan", **Southern European and Black Sea Studies**, C. 19, S. 2, 2019, ss. 249-252.

17 SULTANOVA Shahla, "Challenging the Aliyev Regime: Political Opposition in Azerbaijan", **Demokratizatsiya**, C. 22, S. 1, 2014, ss. 21.

18 IPU Parline, Azerbaijan: National Assembly: Election Results, https://data.ipu.org/node/11/elections?election_id=69786&chamber_id=13329, (Erişim Tarihi: 18 Ocak 2022).

19 Election Guide: Democracy Assistance& Election News, Election for Azerbaijani National Assembly, https://www.electionguide.org/elections/id/2481/, (Erişim Tarihi: 18 Ocak 2022).

20 JÄÄTTEENMAKİ Anneli, "Election Observation Delegation to the Parliamentary Elections in Azerbaijan", **European Parliament Report**, 2010, ss. 5.

ğımsız adayların birçoğunun fiiliyatta iktidar partisi ile bağları olduğu belirtilmektedir.[21] YAP dışındaki siyasi partilere bakıldığında ise son üç seçimde bir siyasi parti tarafından en fazla 3 sandalye kazanılabildiği görülmektedir. İktidar partisinden sonra Milli Mecliste en fazla oranda temsil edilen bu siyasi partinin (Sivil Dayanışma Partisi) ise çeşitli kaynaklarda uydu parti olarak gösterildiğine şahit olunmaktadır.[22] Bu çerçevede, Azerbaycan'da parti sisteminin Sartori'nin adlandırdığı yarışmacı olmayan "hegemonyacı parti sistemi"[23] kapsamında değerlendirilebileceği düşünülmektedir.

Öğretide, Azerbaycan da dahil Sovyet sonrası ülkelerde muhalefetin ve siyasi partilerin gelişememe nedenleri araştırılmaktadır. Bu çerçevede, Sovyet döneminde mevcut rejimin sosyal sınıfları dışlaması ve kayırmacılığın yerleşik olması[24] Anayasa'daki kurumsal yapı[25] ve benimsenen seçim sistemi[26] gibi hususların Azerbaycan'da siyasi partilerin gelişimi önünde büyük engeller yarattığı ileri sürülmüştür. Kanaatimizce, Azerbaycan'da muhalefetin gelişememesinde hem şekli kurumların hem de şekli olmayan kurumların etkisi bulunmaktadır. Öncelikle Azerbaycan Anayasası kapsamında başkanın çok güçlü yetkilerle donatılması siyasetin kişiselleşmesine ve siyasi parti kurma güdüsünün azalmasına neden olmaktadır. Bunun yanı sıra, siyasi hayatta aktif tek bir figürün olması tartışma geleneğinin gelişimini de olumsuz yönde etkilemektedir. Ancak otoriter devletlerde şekli olmayan kurumla-

---

21 SULTANOVA, ss. 21.

22 Guliyev 2019 tarihli makalesinde "siyasi hayatla ilgili" bulduğu partileri derlemiştir. Yazar, herhangi bir seçimde bir sandalye almayı başaran, bir sandalye kazanabilen herhangi bir partiden ayrılan veya siyasi nedenlerle ceza alan lideri olan siyasi partileri "siyasi hayatla ilgili" olarak saymıştır. Bu sayım sonrasında Guliyev 25 siyasi partinin siyasal hayatla ilgili olduğu kanaatine varmıştır. Akabinde Guliyev bu partileri; muhalefet, sadık-itaatkâr muhalefet ve uydu partiler başlığı altında ayrıştırmıştır. Guliyev'in tablosuna göre, 25 siyasi partinin 16'sı muhalefet, 7'si sadık-itaatkâr muhalefet ve 2'si uydu partidir. 16 muhalefet partisinden 7'si ise hiçbir sandalye kazanamayan marjinal partilerdendir. Yazarın uydu parti olarak gösterdiği partiler ise Anavatan Partisi ve Sivil Dayanışma Partisidir. Bknz: GULİYEV, 2019, ss. 249-252.

23 Sartori, hegemonyacı parti sisteminde diğer partilerin varlığına ancak "lisanslı parti" veya "ikinci sınıf parti" olarak izin verildiğini, bu partilerin muhalif olarak ve eşit koşullarda hegemonyacı parti ile yarışmalarına izin verilmediğini belirtmektedir. Bknz: SARTORI Giovanni, **Parties and Party Systems: A Framework for Analysis**, European Corsortium for Political Research, Colchester, 2005, ss. 204-205.

24 GULİYEV, 2019, ss. 245.

25 ISHIYAMA John T. / KENNEDY Ryan, "Superpresidentialism and Political Party Development in Russia, Ukraine, Armenia and Kyrgyztan", **Europe-Asia Studies**, C. 53, S. 8, 2001, ss. 1178.

26 HEINRICH, 2011, ss. 3.

rın da siyasal hayatta oldukça büyük etkisi olmaktadır. Öğretide Azerbaycan da otoriter ülke sınıflandırılması kapsamında incelenmektedir.[27] Gerçekten de Azerbaycan siyasi hayatına neopatrimonyal ilişki ağları egemen olup patronajın kaynakları siyasi elitleri statükoyu korumaya itmekte ve muhaliflerin cezalandırılmasına hizmet etmektedir. Böylece patronaj vasıtasıyla muhalefetin gelişimi caydırılmaktadır.

Siyasi parti sistemleri sıklıkla seçim sistemleri ile de açıklanmaktadır. Bu kapsamda Azerbaycan Anayasası'nda 2002 tarihinde yapılan değişiklik sonucu[28] Milli Meclis seçimleri tamamen çoğunluk sistemine göre yapılmaktadır. Öğretide de Azerbaycan'da muhalefetin Milli Mecliste temsil edilememesinin sebeplerinden biri seçimlerin çoğunluk sistemine göre yapılması olarak gösterilmiştir.[29] Heinrich halihazırda bölünmüş ve zayıf muhalefetin nispi temsil sistemine son verilmesiyle birlikte daha da az temsil edildiklerine dikkat çekmiştir. Ancak günümüzde Azerbaycan seçim sisteminin kendisinin muhalefetin oluşumunu engelleyici etkisinden bahsedilmesinin makul olmayacağı düşünülmektedir. Zira makalenin ikinci bölümünde anılacağı üzere yapılan seçimler oldukça şaibelidir. Dolayısıyla bu makalede Azerbaycan'daki muhalefetin gelişememesinin sebepleri arasında şekli bir kurum olan Azerbaycan seçim sistemleri ele alınmamıştır. Bunun yerine seçimlere ilişkin açıklamalarımıza şekli olmayan kurumları incelediğimiz kısımda yer verilmiştir.

Bu çerçevede makalenin ilk bölümünde öncelikle Azerbaycan'daki hükümet sistemi tartışılmaktadır. Bu doğrultuda Azerbaycan hükümet sistemi yarı başkanlık sistemi, yarı başkanlık sisteminin alt sınıfları, bu sistemdeki parlamentonun gücü ve süper başkanlık sistemi açısından ele alınmaktadır. İlk bölümde ikinci olarak Anayasa'da belirlenen şekli kurumların muhalefetin gelişimine etkileri sorgulanmaktadır. Makalenin ikinci bölümünde öncelikle Azerbaycan'da şekli olmayan kurum olarak patronaj kavramı üzerinde

---

[27] Filetti, demokrasinin resmî kurumlarına son verilmemesine rağmen Azerbaycan'ın otoriter rejimlerin birçok özelliğini gösterdiğini belirtmektedir. FILETTI Andrea, "Why So Much Stability? An Owerview of the Azerbaijani Political System", **Turkish Policy Quarterly**, C. 11, S. 3, 2012, ss. 157; Levitsky ve Way Azerbaycan'ın kuruluşundan itibaren otoriter yöne gittiğini belirtmektedir. LEVITSKY Steven / WAY Lucan A., "Elections Without Democracy: The Rise of Competitive Authoritarianism", **Journal of Democracy**, C. 13, S. 2, 2002, ss. 52.

[28] 2002'de yapılan Anayasa değişikliğinden önce, Milli Meclisteki 125 sandalyeden 25'i nispi seçim sistemine göre yapılmaktaydı.

[29] HEINRICH, 2011, ss. 3.

durulmaktadır. Bu bölümde ikinci olarak Azerbaycan'da hâkim olan patronajın anayasalar ve seçimlerle ilişkisi ele alınmaktadır. Bu bölümde son olarak ise patronajın muhalefet üzerindeki etkileri ele alınmaktadır.

I. AZERBAYCAN'DA ANAYASAL KURUM OLARAK HÜKÜMET SİSTEMİ VE HÜKÜMET SİSTEMİNİN MUHALEFET ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

1995 tarihli Azerbaycan Anayasası temel haklar ve özgürlükler konusunda detaylı düzenlemeler içermekte ve demokratik kurumları da tanımlamaktadır.[30] Azerbaycan Anayasası'nın 7. maddesine göre yasama yetkisi Milli Meclise, yürütme yetkisi başkana[31] ve yargı yetkisi de Azerbaycan mahkemelerine aittir. Bunun yanı sıra, Anayasa'nın 58. maddesinde siyasi partiler de dahil herkesin örgüt kurma ve örgüte katılma hakkı olduğu ve tüm örgütlerin serbestçe faaliyette bulunmasının güvence altına alınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu maddelere rağmen, Anayasa'nın diğer maddeleri incelendiğinde, başkana yasama ve yargı alanlarında da olmak üzere geniş yetkiler verildiği görülmektedir. Oldukça geniş yetkileri haiz başkan siyasi hayatta neredeyse tek aktör olarak belirmektedir. Bu çerçevede aşağıda öncelikle Azerbaycan'ın benimsediği hükümet sistemi ele alınmaktadır. İkinci olarak Azerbaycan Anayasası ve hükümet sisteminin muhalefetin gelişimi üzerindeki etkileri sorgulanmaktadır.

1. Azerbaycan'ın Hükümet Sistemi

Azerbaycan'ın hükümet sistemi konusunda öğretide bir görüş birliği olduğu belirtilemeyecektir. Bazı yazarlar hükümet sistemini başkanlık sistemi olarak sınıflandırırken[32] bazı yazarlar yarı başkanlık sistemi olduğunu[33] be-

---

[30] ABDULLAYEV, ss. 117; GÖNENÇ, ss. 197; HEINRICH, 2011, ss. 2.

[31] Aşağıda inceleneceği üzere Anayasa'da ayrıca Bakanlar Kurulu kurulmuştur. Ancak Anayasa'nın 7. maddesinde yürütme yetkisinin yalnızca başkanda olduğu belirtilmektedir.

[32] Bknz: Fish Azerbaycan'ın başkanlık sistemini benimsediğini belirtmekte, ancak bu kanaatini dayandırdığı nedenlerden bahsetmemektedir. FISH M. Steven, **Democracy derailed in Russia: The failure of open politics**, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, ss. 196. Abdullayev, Anayasa'da Bakanlar Kuruluna yer verilmesini tarihi nedenlere dayandırmaktadır. Yazara göre, Sovyetler Birliğinde Bakanlar Kurulu bazı politikaların yürütülmesinden sorumlu olup siyasi iktidarı da kullanmaktaydı. Dolayısıyla Azerbaycan Anayasası oluşturulurken uzun bir süre yönetim görevi üstlenen Bakanlar Kuruluna da yer verilmiştir. Ancak yazar, Azerbaycan'daki Bakanlar Kurulunun yürütmenin ikinci kanadını oluşturmadığını ve Başkana yardımcı bir nitelikte düzenlendiğini belirterek sistemin başkanlık sistemi olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca yazar, Meclisin Bakanlar Kuruluna "itimad" (güven) meselesini halletmesinin neyi ifade ettiğinin anlaşılmadığını belirtmektedir. ABDULLAYEV, ss. 120-121. Gönenç

lirtmektedir. Aşağıda açıklanacak sebeplerle, kanaatimizce Azerbaycan Anayasası'nda oluşturulan model Duverger'in "yarı-başkanlık sistemi" ile uyuşmaktadır. Ancak yarı başkanlık sistemleri sistemi benimseyen ülkelerce birçok açıdan farklılaştırılabilmektedir. Bu doğrultuda Shugart ve Carey'nin yarı başkanlık sistemleri bakımından yaptığı alt sınıflandırmaya sistemin daha doğru okunabilmesi açısından başvurulabilecektir. Azerbaycan özelinde ise bu alt sınıflandırma da hükümet sisteminin açıklanması açısından yeterli olmamaktadır. Dolayısıyla Fish'in yarı başkanlık sistemlerinde belirleyici unsur olarak gördüğü "parlamentonun gücü" meselesinin de araştırılması uygun olacaktır. Ayrıca, Anayasaca başkana verilen güçlü yetkiler ışığında sistem süper başkanlık sistemi olarak değerlendirilebilecektir.

A. Yarı Başkanlık Sistemi Açısından Değerlendirme

Duverger "yarı başkanlık sisteminden" bahsedilebilmesi için üç unsurun varlığını aramaktadır. Yazara göre öncelikle başkanın halk tarafından doğrudan seçilmesi gerekir. İkinci olarak, genel oyla seçilen başkanın güçlü yetkilerinin olması gerekir. Son olarak, başkanın karşısında yürütme ve yönetme yetkisine sahip ve aynı zamanda parlamentonun güveni ile görevine devam edebilecek başbakan ve bakanlar var olmalıdır.[34] Shugart, Duverger'in bu tanımının iki başlı bir yürütmeyi ifade ettiğini belirtmektedir. Shugart bu sistemde, seçilen başkanın yalnızca siyasi otoriteden yoksun bir devlet başkanı olmadığını ve -yalnızca başkanın yardımcısı konumunda olmama ihtimali bulunan- başbakan dolayısıyla da tam olarak yürütmenin başı da sayılamayabileceğini ifade etmiştir.[35]

---

de "güven meselesinin çözümünün" düzenlenmesinin Azerbaycan sistemini Shugart'ın başkan-parlamenter sistemi haline dönüştürüp dönüştürmeyeceğini tartışmıştır. Yazar, bu hükmün 1993 Rus Anayasası dolayısıyla Anayasa metnine konduğu, ancak Anayasa'da böyle bir mekanizmanın ayrıca düzenlenmediğini belirtmiştir. Dolayısıyla Gönenç, Azerbaycan hükümet sistemini başkanlık sistemi olarak tasnif etmiştir. GÖNENÇ, ss. 210-211. Ancak, Gönenç ve Abdullayev'in makalelerinin ardından makalede açıklanacağı üzere 2016 yılında Meclisin bir yıl içerisinde iki kez güvensizlik oyu vermesi halinde başkana Meclisi feshetme yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla, yazarların işaret ettiği gibi "güvenoyu meselesinin çözümünün" bir karışıklık sonucu Anayasa'ya eklendiği sonucuna varılması kanaatimizce mümkün gözükmemektedir.

[33] ELGIE Robert / MOESTRUP Sophia, "Semi-Presidentialism in Democracies, Quasi-democracies, and Autocracies", **Semi-Presidentialism in the Caucasus and Central Asia**, Editör: Robert Elgie ve Sophia Moestrup, Springer Nature, 2016, ss. 1.

[34] DUVERGER Maurice, "A New Political System Model: Semi-Presidential Government", **European Journal of Political Search**, C. 8, 1980, ss. 166.

[35] SHUGART Matthew Soberg, "Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns", **French Politics**, C. 8, 2005, ss. 324.

Öğretide Elgie, yarı başkanlık sisteminin doğrudan seçilen belirli süreli başkan ve parlamentoya karşı sorumlu başbakan ve kabinenin olduğu bir sistem olarak tanımlanmasının daha doğru olacağı kanaatindedir.[36] Teziç de "yarı başkanlık rejimlerinin" siyasi açıdan sorumluluğu olan bakanlar ile doğrudan seçilen başkanın birlikte bulunması halinde ortaya çıkacağını belirtmektedir.[37] Bu tanımlar her ne kadar Duverger'in ikinci unsuru ile ortaya çıkabilecek belirsizlikleri giderse de yarı başkanlık sisteminin kapsadığı heterojen alanı daha da geniş bir yelpazeye taşıyabilecektir. Dolayısıyla biz bu makalede Duverger'in tanımını esas alıyoruz.

Bu doğrultuda Azerbaycan Anayasası incelendiğinde öncelikle Anayasa'ya göre başkan 7 yıllık sürelerle halk tarafından doğrudan seçilmektedir (m. 101). İkinci olarak, makalenin ilerleyen kısımlarında daha detaylı ele alınacağı üzere, başkana Anayasa ile yasama ve yargı alanlarına da sirayet eden oldukça güçlü yetkiler tanınmıştır.[38] Duverger'in saydığı son unsur bakımından ise Azerbaycan Anayasası'nın bir kargaşaya yol açtığı belirtilebilir. Şöyle ki; Anayasa'nın 99. maddesinde, yürütme yetkisi yalnızca başkana verilmiştir.[39] Bununla birlikte, Anayasa'da Bakanlar Kurulunun statüsü de düzenlenmiş (m. 114) ve bu Kurulun başbakan, yardımcıları, bakanlar ve diğer merkezi yürütme organları başkanlarından oluştuğu ifade edilmiştir (m. 115). Anayasa'da başkanın yürütme yetkisini gerçekleştirmek amacıyla Bakanlar Kurulunu kuracağı, Bakanlar Kurulunun başkanın yüksek yürütme organı olduğu, Bakanlar Kurulunun başkana tabi olduğu ve ona karşı sorumlu olduğu ve Bakanlar Kurulunun çalışma esaslarının başkan tarafından belirleneceği belirtilmiştir (m. 114).

Milli Meclisin çözmeye yetkili olduğu konuların sayıldığı 95. maddede ise Milli Meclise "Bakanlar Kuruluna yönelik güven oyu hakkında karar verme" yetkisi tanınmıştır. Maddede bahsi geçen güven oyu meselesi Bakanlar Kurulunun göreve başlamasına ilişkin olmayıp Bakanlar Kurulunun faaliyetine devam ettiği esnada güvensizlik oyu verilmesine ilişkindir. Zira

---

36 ELGIE Robert, "The Politics of Semi-Presidentialism", **Semi-Presidentialism in Europe**, Editör: Robert Elgie, Oxford Scholarship, 1999, ss. 13.

37 TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Tıpkı 21. Bası, Beta, İstanbul, ss. 543.

38 ABDULLAYEV, ss. 116; LAPORTE, ss. 92; HEINRICH, 2011, ss. 3; DEMİRKIRAN Eyüp Kaan, "Türkiye Cumhuriyeti ve Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasalarının Hükümet Sistemleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme", **Marmara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 27, S. 1, 2021, ss. 356.

39 Bu husus aynı zamanda başkana güçlü yetkiler verildiğinin göstergelerinden biri olarak kabul edilebilir.

yukarıda belirtildiği gibi Bakanlar Kurulunu başkan oluşturmakta ve Milli Meclis yalnızca, başkanın önerisi üzerine başbakanın atanmasını onaylamaktadır (m. 95, 118). Ayrıca 2016 yılında Anayasa'ya eklenen 98[1]. maddeye göre, başkana belirli durumlarda Milli Meclisi feshetme yetkisi tanınmış ve bu durumlar arasında bir yıl içerisinde iki kez Bakanlar Kuruluna güvensizlik oyu verilmesi sayılmıştır. Böylece, her ne kadar Anayasa'da yürütme görevi yalnızca başkana verilse (m. 7 ve 99) ve Bakanlar Kurulunun başkana karşı sorumlu olduğunun belirtildiği maddede (m. 114) Milli Meclise karşı sorumlu olduğu belirtilmese dahi, Anayasa'ya göre Bakanlar Kurulunun görevine devam edebilmesi için Meclisin güveninin sürmesi gerekmektedir. Dolayısıyla kanaatimizce Duverger'in üçüncü koşulu da sağlanmaktadır.

Bu noktada, Azerbaycan'da Bakanlar Kurulunun varlığının iki başlı bir yürütme olduğu şeklinde yorumlanamayacağı, bu Kurulun üyelerinin başkan tarafından atanan başkan yardımcıları olarak görülebileceği,[40] Milli Meclise ise yalnızca bu yardımcıların kimler olamayacağı konusunda söz hakkı verildiği ve dolayısıyla sistemin başkanlık sisteminin bir revizyonu olduğu ileri sürülebilir. Gerçekten de Anayasa çerçevesinde Bakanlar Kurulu sınırlı yetkilerle donatılmış ve başkanın astı olarak belirmiştir.[41] Ancak şekli olmayan kurumlarla birlikte değerlendirildiğinde kanaatimizce Azerbaycan Anayasası'nın yarı başkanlık sistemini benimsediğinin belirtilmesi daha uygundur. Şöyle ki; demokratik olmayan ülkelerde resmî kurumların tek başına okunmaları faydalı olmayabilecektir. Zira bu ülkelerde şekli olmayan kurumlar devlet gücüne erişimde belirleyici olmaktadır. Dolayısıyla şekli kurumların anlamlandırılmasında şekli olmayan kurumlara başvurulması mümkündür. Böylece, Azerbaycan'da hâkim olan neopatrimonyal ilişkiler hükümet sistemine de ışık tutabilecektir. Makalenin ikinci bölümünde daha çok üzerinde durulacağı üzere, Azerbaycan'da hüküm süren neopatrimonyal ilişkilerde baş patron Anayasa'nın oldukça güçlü kıldığı başkandır. Patronun başkan olduğuna halel getirilmemesi amacıyla Anayasaca yürütme görevi ve yetkisinin yalnızca başkanda olduğu belirtilmektedir (m. 7 ve 99). Böylece, yarışan patronaj piramitleri olduğu izlenimi yaratmamak adına yürütmenin tek başlı olduğu vurgulanmıştır. Bunun yanı sıra, Anayasa'da başbakan sınırlı yetkileri haiz olup başkanın astı şeklinde konumlandırılmıştır.[42] Buna karşın Bakanlar Kurulu genel olarak ekonomi politikalarının yürütümüyle

---

40 Bknz: ABDULLAYEV, ss. 121.

41 LAPORTE, ss. 99.

42 ibid.

görevlendirilmiştir. Bu görevleri haiz bakanların neopatrimonyal ilişkilerin önemli alt patronlarını oluşturabileceği unutulmamalıdır.[43] Öğretide Langerak, bakanların ve yerel yöneticilerin kendi müşterilerinin olduğuna atıf yapmaktadır.[44] Başka bir deyişle, bakanların neopatrimonyal ilişkilerdeki ödülleri ifade eden bazı yetkilerle donatıldığı ve mekanizmadaki ödül ve cezaları dağıtan güçlü konumları olduğu belirtilebilecektir. Ayrıca, 2016 değişiklikleriyle Bakanlar Kurulundan ayrı olarak başkan yardımcılığı kurumu da getirilmiştir (m. 103). Dolayısıyla, Bakanlar Kurulunun yalnızca başkan yardımcıları olarak görülmesinin şekli olmayan kurumlardan çıkarılabilecek nüansları ortadan kaldıracağı düşünülmektedir.

Nitekim öğretide 1995 Anayasası'na Bakanlar Kurulunun dahil edilmesinin o dönemdeki güç ilişkilerini yansıttığı belirtilmektedir.[45] 1995 Anayasası'nın benimsenmesinden bu yana Anayasa 3 kez değiştirilmiştir. Anayasa değişiklikleriyle birlikte, yukarıda anıldığı üzere Milli Meclisin 2 kez güvensizlik oyu vermesi halinde başkanın Meclisi feshedebileceği düzenlenmiştir (m. 98^1). Böylece, Milli Meclisin güvensizlik oyuna yönelik bir sınırlama getirilirken bu kurum tamamen ortadan kaldırılmamıştır. Kanaatimizce, oldukça güçlü olan başkanın bu kurumu tamamen tasfiye etmemesi şekli olmayan kurumlarla birlikte ele alındığında anlamlı olmaktadır. Başkan patronajın devamlılığını sağlayabilmek adına Milli Meclis ve Bakanlar Kurulundaki elitleri kâğıt üzerinde de olsa siyasi hayatın bir unsuru olmaktan tamamen çıkaramamış ve böylece sadakatlerini güvence altında tutmak istemiştir.

Görüldüğü üzere, Azerbaycan'ın benimsediği hükümet sistemini demokratik ülkelerde olduğu gibi anlamlandırmak ve yorumlamak mümkün değildir.[46] Ancak böyle bir sistemin benimsemesinin hiçbir fark yaratmadığı ve incelenmesinin herhangi bir fayda sağlamayacağını belirtmek de kanaatimizce uygun değildir.[47] Bu doğrultuda, resmi kurumların yanı sıra patronaj

---

43 Chayes Aliyev/Pashayev ağının işlemesinde birçok bakanlığın kilit etkilere sahip olduğu belirtilmiştir. CHAYES, ss. 34.

44 LANGERAK, ss. 130.

45 LAPORTE, ss. 99.

46 Batum, Yılmaz ve Köybaşı demokratik, otoriter ve totaliter sistemlerin aynı siyasal kurumlara sahip olabileceğini, ancak bu siyasal kurumların örneğin "*Başkanlık rejimindekine benzemesi[nin], onları Başkanlık rejimi yapmaya yetme[yeceğini]*" belirtmektedir. BATUM Süheyl / YILMAZ Didem / KÖYBAŞI Serkan, **Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Genel Esaslar**, 1. baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021, ss. 30-31.

47 Shkel neopatrimonyal rejimlerde resmî kurumların da önemli rol oynayabileceğini belirtmektedir. SHKEL Stanislav, "Neo-patrimonial practices and sustainability of authoritarian regi-

ağındaki ilişkiler göz önünde bulundurularak Azerbaycan Anayasası'nda yarı başkanlık sisteminin benimsendiği düşünülmektedir.

B. Yarı Başkanlık Sisteminin Alt Kategorisi Başkan-Parlamenter Sistem Açısından Değerlendirme

Azerbaycan'da benimsenen hükümet sisteminin yarı başkanlık olduğunu belirtmek şekli kurumların kendi içerisinde tamamıyla yansıtılması açısından yeterli kalmamaktadır. Zira Duverger'in yarı başkanlık sistemi sınıflandırmasında yürütme içerisinde yalnızca sembolik yetkilere sahip olmayan bir başkanın olduğu belirtilirken bu yetkilerin kapsamı ve sınırı konusunda bir ayrım yapılmamıştır.[48] Shugart, Duverger'in yarı başkanlık tanımının içerisine girecek sistemler içerisinde başkan ile başbakan ve başbakan ile meclis arasındaki ilişkinin oldukça farklılaşacağını belirtmektedir. Yazar, bu kurumsal değişikliklerin de değişik sistemlerdeki davranışsal performansları önemli ölçüde değiştirebileceğini ifade etmektedir.[49]

Bu doğrultuda öğretide Shugart ve Carey yarı başkanlık sistemlerinde başkanın kabine üzerindeki yetkilerini baz alarak bir alt başlık daha sunmuşlardır. Bunlar; başbakan-başkanlık (*premier-presidential*) ve başkan-parlamenter (*president-parliamentary*) sistemleridir. Başbakan-başkanlık sisteminde, başbakan ve kabine yalnızca parlamento çoğunluğuna karşı sorumluyken; başkan-parlamenter sistemde başbakan ve kabine hem başkana hem de parlamento çoğunluğuna karşı sorumludur.[50]

Shugart ve Carey, başbakan-başkanlık sisteminde başkanın başbakanı seçeceğini, ancak kabineyi düşürme yetkisinin yalnızca parlamentoda olacağını belirtmektedir.[51] Bu sistemin özelliği, başkanın kendi tercih ettiği kabinenin parlamentonun onayından geçip geçemeyeceği konusunda emin ol-

---

mes in Eurasia", **Communist and Post-Communist Studies**, S. 52, 2019, ss. 169; Yan da otokrat anayasaların yalnızca kağıt olduğu yönündeki genel görüşün değişmeye başladığını, bu anayasaların elitler ve başkan arasındaki güç paylaşımının nasıl olacağını belirlediğini belirtmektedir. YAN Huang-Ting, "Does the constitution matter? Semi-presidentialism and the origin of hegemonic personalist regimes", **International Political Science Review**, C. 41, S. 3, 2020, ss. 369.

48 SHUGART, ss. 333; Elgie ve Moestrup yarı başkanlık sistemlerindeki başkanların oldukça güçlü de zayıf da olabileceğine dikkat çekmektedir. ELGIE / MOESTRUP, ss. 13.

49 SHUGART, ss. 324.

50 SHUGART Matthew Soberg / CAREY John M., **Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics**, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, ss. 24.

51 ibid. ss. 24.

maması ve böylece parlamento çoğunluğunu alabilecek bir kabine seçerek kendi tercihlerini sınırlandırmasıdır. Böylece, bir kez seçildikten sonra kabine parlamentoya bağlı olacak ve kabine ile başkan arasındaki ilişki hiyerarşik bir ilişkiye dönüşmeyecektir.

Başkan-parlamenter sistemde ise; başkan kabineyi seçme ve aynı zamanda görevden düşürme yetkisine sahiptir.[52] Dolayısıyla Shugart, bu sistemin başkanlık sistemine çok yakın olduğunu belirtmiştir.[53] Ancak yine de sistemin yarı-başkanlık sistemi altında olduğunu, zira başkan istemese bile teorik olarak parlamentonun kabineyi düşürme yetkisinin bulunduğunu belirtmiştir. Birçok ülkeyi incelediği makalesinde Shugart, başkan-parlamenter alt kategorisinde, parlamentonun güvensizlik oyunun sınırlandırıldığına dikkat çekmiştir.[54] Bu doğrultuda bu alt kategoride, başkanın kabine üzerindeki etkisinin daha fazla olduğu kabul edilebilecektir. Bunun yanı sıra, Elgie ve Moestrup genellikle başkan-parlamenter sistemlerindeki başkanların başbakan-başkanlık sistemlerindeki başkanlara oranla daha güçlü yetkilerle donatıldığına işaret etmektedir.[55]

Bu alt başlıkları Azerbaycan Anayasası bakımından incelemek gerekirse, yukarıda belirtildiği üzere, Anayasa'ya göre Bakanlar Kurulunu başkan kurmaktadır (m. 114). Yalnızca, başbakanın atanma usulü konusunda Anayasa'da farklı bir sistem benimsenmiştir. Anayasa'nın 118. maddesine göre, başbakanın Milli Meclisin onayı ile başkan tarafından atanacağı belirtilmektedir. Maddenin son fıkrasında; iki halde Milli Meclisin onayı olmadan başkanın başbakanı atayacağı düzenlenmektedir. Bunlar, Meclisin maddede öngörülen usule uymaması ve önerilen adayların üç defa reddedilmesi halleridir. Getirilen ikinci istisnaya ilişkin olarak, madde metninde üç defa reddedilecek olan adayın farklı kişiler olması gerektiği konusunda bir kesinlik bulunmamaktadır.[56] Ancak, bu kişilerin aynı olabileceğine kanaat getirilmesi hükmü tamamen anlamsız kılacaktır. Zira böyle bir yorum sonucunda başkanın hakkında ısrarcı olduğu kişinin Meclisin onayı olmamasına rağmen başbakan olarak atanabilmesi mümkün olacaktır.[57]

---

52 ibid. ss. 24.

53 SHUGART, ss. 334.

54 ibid. ss. 340.

55 ELGIE / MOESTRUP, ss. 11.

56 ABDULLAYEV, ss. 122.

57 GÖNENÇ, ss. 210.

Başkanın kabineyi düşürme yetkisinin olup olmadığı bakımından ise; başkana 2009 yılında yapılan Anayasa değişikliği sonucunda Bakanlar Kurulu üyelerini görevden alma yetkisi tanınmıştır (m. 109). Böylece, Azerbaycan hükümet sisteminin Shugart'ın yarı-başkanlık sisteminin "başkan-parlamenter" alt kategorisine girdiği görülmektedir.[58] Bunun yanı sıra, Shugart'ın dikkat çektiği üzere Azerbaycan Anayasası'nda Milli Meclisin güvensizlik oyu da sınırlandırılmıştır. Yukarıda dikkat çekildiği üzere, Anayasa'ya göre bir yıl içerisinde iki kez Bakanlar Kuruluna güvensizlik oyu verilmesi halinde, başkan Milli Meclisi feshedebilecektir (m. 98[1]). Ek olarak, başkanın Bakanlar Kurulunun karar ve emirlerini iptal etme yetkisi de bulunmaktadır (m. 109). Ayrıca, Anayasa'da Bakanlar Kurulunun başkanın astı olduğu, başkana karşı sorumlu olduğu ve nasıl faaliyet göstereceğinin başkan tarafından belirleneceği de hüküm altına alınmıştır (m. 114/3-4). Görüldüğü üzere ve aşağıda daha detaylıca ele alınacağı üzere Azerbaycan, yarı-başkanlık sisteminde başkanın oldukça güçlü yetkilerle donatıldığı ucunda yer almaktadır.

C. Yarı Başkanlık Sistemlerinde Parlamentonun Gücü Açısından Değerlendirme

Azerbaycan Anayasası'nın yarı başkanlık sistemleri içerisinde daha güçlü bir başkana yer veren başkan-parlamenter alt kategorisine girdiğinin tespiti, ülkedeki resmî kurumlarının anlaşılmasında hala yeterli kalmamaktadır. Her ne kadar Shugart ve Carey'nin alt kategorileri bu kategoriler içerisine giren ülkeler arasındaki farklılıkları bir nebze azaltmış olsa dahi bu alt kategoriler altındaki heterojenliği tamamen gideremememektedir.[59]

Bu doğrultuda Fish, parlamentonun güçlü olması ile siyaseten açıklık ve demokratikleşme arasında bir korelasyon bulmuş ve incelemesini parlamentonun ve başkanın gücü üzerine yoğunlaştırmıştır.[60] Fish, demokrasi için önemli olan bulgunun hükümet sisteminin yarı-başkanlık veya başka bir hükümet sistemi olarak tespit edilmesi olmadığını, asıl önemli olan etkenin yarı-başkanlık sisteminde parlamentonun gücü olduğunu ifade etmiştir.[61] Nitekim öğretide Teziç de yarı başkanlık sistemlerini "parlamentonun üstün-

---

58 ELGIE / MOESTRUP, ss. 20-21.

59 ibid. ss. 12.

60 FISH, 2005, ss. 199.

61 ibid. s. 209.

lüğüne dayanan" ve "başkanın üstünlüğüne dayanan" olmak üzere iki başlık altında incelemiştir.[62]

Değerlendirmeleri kapsamında Fish, Duverger'in benimsediği tanımdaki yarı başkanlık sistemi koşullarından "kabinenin parlamentonun güveni ile devamlılığını sağlaması" koşulu üzerinde durmuştur.[63] Yazar bu koşulun parlamentonun hükümet üzerindeki kontrolünü belirlediğini ve bu kontrolün çeşitli somut tedbirlerin var olup olmamasına göre işlevsellik kazanacağını belirtmiştir.[64] Bu doğrultuda ilk olarak Fish, yasamanın bakanları bireysel olarak atama yetkisi olup olmadığını veya bakanlara bireysel olarak güven oyu verip veremeyeceklerini sorgulamıştır.[65] Yukarıda açıklandığı üzere, Azerbaycan Anayasası'na göre, başkanın önerisi üzerine başbakanın atanmasını Meclis onaylamaktadır (m. 109, 118). Kabinenin diğer üyelerini ise başkan atamaktadır (m. 114). Ayrıca Bakanlar Kuruluna güvensizlik oyu verilebileceği düzenlenmiş olmakla birlikte Anayasa'da bakanların bireysel olarak Meclis tarafından değerlendirilmesine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

İkinci olarak Fish, parlamentonun kendisini riske atmadan kabineyi düşürüp düşüremeyeceğini sorgulamıştır. Zira yazar parlamentonun kendisini riske atacağı bir durumda bu yetkisini kullanma konusunda isteksiz olacağını belirtmiştir.[66] Yine yukarıda açıklandığı üzere, 2016 yılında yapılan değişiklikler sonucunda Milli Meclisin bir yıl içerisinde iki kez Bakanlar Kuruluna güvensizlik oyu vermesi halinde başkan Milli Meclisi feshedebilecektir (m. 98^1).

Fish'in dikkat çektiği üçüncü husus parlamentonun hükümet tasarruflarındaki kontrolüdür. Bu kontrol, bakanların parlamento önünde sorgulanması, başkanı ve hükümeti soruşturma hakkının bulunması ve hükümet otoritelerinin denetlenmesi gibi mekanizmaları içermektedir.[67] Azerbaycan Anayasası'nda Milli Meclise "Anayasa Mahkemesi'nin önerisi üzerine başkanın *impeachment* usulü ile görevden alınması" yetkisi tanınmıştır (m. 95). Anayasa'nın başkanın görevden alınmasına ilişkin 107. maddesine göre başka-

---

62 TEZİÇ, ss. 542-543.

63 FISH, 2005, ss. 199.

64 ibid.

65 ibid.

66 ibid.

67 ibid. ss. 199-200.

nın ciddi bir suç işlemesi halinde bu durum Ali Mahkemesinin görüşüne dayanılarak Anayasa Mahkemesinin girişimi ile Milli Meclise sunulmaktadır. Milli Meclisin 95 oy ile karar alması halinde başkan görevden alınır. Milli Meclisin kararı Anayasa Mahkemesi tarafından imzalanır. Anayasa Mahkemesinin kararı bir hafta içinde imzalamaması halinde ise karar yürürlüğe girmez. Maddenin son fıkrasına göre ise Anayasa Mahkemesinin girişimi üzerine Milli Meclisin iki ay içerisinde bir karar almaması halinde girişim reddedilmiş sayılır. Görüldüğü üzere Azerbaycan Anayasası'na göre *impeachment* usulü ile başkanın görevine son verilmesi oldukça güçtür. Öğretide başkanın azlinin Anayasa Mahkemesi tarafından başlatılmasının sakıncalarına da yer verilmiştir. Böyle bir yöntemle yargının siyaset alanına çekileceği endişesi dile getirilmektedir.[68] Ayrıca sürecin tamamlanması için öngörülen iki aylık sürenin yeterli olmadığı ve kısıtlayıcı bu sürenin süreci iyice zorlaştırdığı belirtilmektedir.[69]

Fish parlamentonun hükümet üzerindeki etkisinin yanı sıra parlamentonun yasama faaliyetinde tekel olup olmadığının da önemli bir husus olduğunu ifade etmiştir.[70] Yazar başkan kararnamelerinin olağanüstü hallerle sınırlandırılmadığı durumlarda yasamanın yasama yetkisini başkan ile paylaşacağını ve başkan ile parlamento arasındaki dengenin etkileneceğini belirtmiştir.[71] Böylece Fish, Duverger'in "yasamanın hükümet üzerinde bağımsız bir eli olup olmadığını" sorgulamasına ek olarak "yürütmenin yasama üzerinde bağımsız bir eli olup olmadığını" da sorgulamıştır.[72] Bu doğrultuda Azerbaycan Anayasası incelenirse, başkan ile Milli Meclis arasındaki dengenin başkan lehine oldukça fazla bozulduğu görülmektedir.

Bu noktada genel bir çerçeve çizilmesi adına Anayasa'da düzenlenen düzenleyici işlemlerden bahsedilebilir. Azerbaycan'daki düzenleyici işlemler Anayasa, referandum ile kabul edilen işlemler, kanunlar, fermanlar, Bakanlar Kurulu kararları ve merkezi yürütme organlarının düzenleyici işlemleri olarak sayılmıştır (m. 148). Bunun dışında Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde anayasal kanunlardan bahsedilmektedir. Anayasal kanunlar ile kanunlar arasındaki fark, bunların düzenleyeceği konular ve benimsen-

---

68 ABDULLAYEV, ss. 123; GÖNENÇ, ss. 209.

69 GÖNENÇ, ss. 210.

70 FISH, 2005, ss. 200.

71 ibid.

72 ibid.

me usulleridir. Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde anayasal kanunlar ile düzenlenecek konular belirtilmiştir. Örneğin; devletin bayrağı, amblemi ve marşı (m. 23), Meclisin yetki alanına girecek konuların genişletilmesi (m. 94-95), önceki başkanlara sağlanacak güvenceler (m. 108), düzenleyici işlemlerin nasıl yayınlanacaklarına ilişkin kurallar (m. 149) anayasal kanunlarla düzenlenecektir. Anayasal kanunların benimsenme usulüne aşağıda yer verilmektedir.

Meclisin düzenleme yetkisinin düzenlendiği 93. maddede Meclisin yetki alanına giren konularda anayasa kanunları ve kanunlar yürürlüğe sokabileceği ve kararlar alabileceği belirtilmektedir. Maddenin dördüncü fıkrasında; yargıya ve yürütmeye verilen somut görevlere ilişkin olarak Milli Meclisin kanun veya karar çıkaramayacağı belirtilmektedir. Anayasa'nın 94. maddesinde, Meclisin hakkında genel kurallar belirleyebileceği konular sayılmıştır.[73] Böylece Anayasa yasamanın genelliği ilkesini benimsememiş, yasama organının yetkisini sınırlandırmıştır.[74] Anayasa'nın 95. maddesinde ise, Milli Meclisin çözümleme yetkisi olan konular düzenlenmiştir. Bu konuların da birçoğu başkanın önerisi üzerine çözümlemeye yetkili olunan konulardır. Askeri doktrinin kabulü, başbakanın atanmasının onaylanması, Anayasa Mahkemesi, Ali Mahkemesi ve temyiz mahkemelerinin hakimlerinin atanması, başsavcının atanması ve görevden alınmasının onaylanması, hakimlerin görevden alınması, diplomatik temsilcilik kurulması, devlet bütçesinin onaylanması ve uygulanmasının denetimi, insan hakları komiseri seçimi, Merkez Bankası Yönetim Kurulu üyelerinin atanması ve görevden alınması, Silahlı Kuvvetlerin kendi görevlerine ilişkin olmayan görevleri icra etmeleri için izin verilmesi, savaş ve barış ilanına izin verilmesi şeklindeki konuların

---

[73] Anayasa'nın 94. maddesinde hakkında genel kurallar benimsenebilecek kurallar şu şekilde sayılmıştır: temel hak ve özgürlükler, başkanın ve Milli Meclisin seçimleri, milletvekillerinin statüsü, referandum, Mahkeme yapısı ve hakimlerin statüsü, savcılık, avukatlık ve noterlik, mahkeme işlemleri, mahkeme kararlarının infazı, belediye seçimleri ve belediyelerin statüsü, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanunu, devlet ödülleri, gerçek ve tüzel kişilerin statüleri, medeni hukukun nesneleri, anlaşmalar, medeni hukuk sözleşmeleri, temsil ve miras, kamu malları, özel mallar ve belediye mallarının hukuku rejimi dahil eşya hukuku ve fikri mülkiyet hukuku, diğer mülkiyet hakları, borçlar hukuku, velayet ve vesayet dahil aile ilişkileri, mali faaliyetlerin esasları, vergiler, harçlar ve ödemeler, iş hukuku ilişkileri ve sosyal güvenlik, suçların ve diğer hukuka aykırılıkların tanımı, bu aykırılıkların sorumluluğunun esasları, savunma ve askerlik görevleri, devlet memurluğu, güvenliğin temelleri, bölgesel yapı, devlet sınırlarının rejimi, uluslararası antlaşmaların onaylanması ve feshi, iletişim ve ulaşım, istatistik, metroloji ve standartlar, gümrük işi, ticaret ve borsa faaliyeti, bankacılık, muhasebe, sigorta.

[74] DEMİRKIRAN, ss. 349.

hepsi başkanın önerisi üzerine çözülecek konulardır.[75] Hem Milli Meclisin hakkında genel kurallar benimseyeceği konuların hem de kararlar alabileceği konuların anayasal kanun ile genişletilebileceği belirtilmiştir.

Demirkıran makalesinde Azerbaycan öğretisinden Askerov'un Meclis'in düzenleme alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin görüşlerine atıf yapmıştır. Askerov Azerbaycan'da kısmi sınırlı parlamentodan bahsedilebileceğini, sayılan konuların anayasal kanunlar ile genişletilebileceğini ve parlamentonun bu şekilde sınırlandırılmasının kuvvetler ayrılığı ilkesi ile açıklanabileceğini belirtmiştir.[76] Demirkıran ise makalesinde Askerov'un yasama organının yetkilerinin ciddi bir şekilde sınırlandırılmış olduğuna hiç değinmemesini eleştirmiştir.[77] Bu noktada kanaatimizce anayasal kanunlar ile yasama organının yasama alanının genişletilebileceğine ilişkin iddia da sorgulanmalıdır. Zira aşağıda anılacağı üzere anayasal kanunların benimsenmesinde başkanın mutlak veto yetkisi bulunmaktadır.

Azerbaycan Anayasası yasama girişimi hakkında da ilginç hükümler ihtiva etmektedir. Anayasa'nın 96. maddesine göre, yasama girişimi Milli Meclis milletvekillerine, başkana, Ali Mahkemesine, 40.000 vatandaşa, Cumhuriyet Savcılığına ve Nahçivan Özerk Cumhuriyeti Ali Mahkemesine aittir.[78] Bu girişimlerin taslak kanunlar veya kararlar ile yapılacağı belirtilmiştir. Ancak, bu taslak kanunlar ve kararlarda yapılacak değişikliklerin yasama girişimi hakkını kullanan organın iznine bağlı olduğu belirtilmiştir. Öğretide Gönenç yasama girişiminde bulunan organın değiştirilen yasada bir aktör olarak kalmak istemeyebileceğini belirterek siyasi etik açısından hükmün olumlu sonuçlarının bulunduğunu belirtmiştir. Ancak yazar, hükmün yasama organının yasama işlevini sınırlandırabileceği endişesini de dile getirmiştir.[79] Demirkıran da benzer değerlendirmelerle bu yöndeki bir sınırlamanın demokrasi ilkesi ile bağdaşmadığını ifade etmiştir.[80]

---

[75] Bunun dışındaki konulardan bazılarına makalenin ayrı bölümlerinde yer verilmiştir. Bunlar; Milli Meclisin çalışmalarının organizasyonu, idari sınırlar, kanundan farklı kurallar öngören uluslararası antlaşmaların onaylanması ve iptali, Anayasa'da belirtilen durumlarda başkanın fermanlarının onaylanması, Anayasa Mahkemesinin önerisi üzerine başkanın görevden alınması, Bakanlar Kuruluna güven oyu verilmesi, referanduma karar verilmesi, genel af ve belediyelerin hesaplarının dinlenmesidir.

[76] DEMİRKIRAN, ss. 349-350.

[77] ibid. ss. 350.

[78] Gönenç, Ali Mahkemesine yasama girişimi yetkisinin verilmesinin Mahkemeyi siyasi etkilere açması sonucunu doğuracağını belirtmektedir. GÖNENÇ, ss. 213.

[79] ibid.

[80] DEMİRKIRAN, ss. 351.

Tüm bu hususlara ek olarak Anayasa'da kontrol denge mekanizmasını daha da bozacak bir şekilde başkanın veto yetkisi düzenlenmiştir. Anayasa'da taslak kanunların, imzasının alınması için başkana sunulacağı belirtilmiştir (m. 97). Kanuna itiraz etmesi halinde ise başkan kanunu imzalamayıp Milli Meclise geri gönderebilecektir (m. 110/1). Anayasal kanunlar bakımından ise başkanın anayasal kanunu imzalamaması durumunda anayasal kanun yürürlüğe girmemektedir (m. 110/2). Böylece, başkanın anayasal kanunlar açısından mutlak veto yetkisi bulunmaktadır. Diğer kanunlar bakımından ise; Meclisin 63 oy ile kabul ettiği kanunlar 83; 83 oy ile kabul ettiği kanunlar 95 oy çokluğu ile kabul edilirse kanunların yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Böylece, anayasal kanun olmayan kanunlar bakımından başkana güçleştirici veto yetkisi tanınmıştır.

Anayasa ile başkana düzenleyici işlemler yapma yetkisi de verilmiştir. Anayasa'nın 113. maddesinde bu düzenlemeler ikiye ayrılmıştır: fermanlar ve emirler. Maddede, genel esasları belirleyen konularda başkanın fermanlar çıkarabileceği, diğer konular hakkında ise emirler vereceği belirtilmiştir. Ayrıca, başkanın yetkilerinin düzenlendiği 109. maddede; Milli Meclis ve yargının yetki alanlarına girmeyen meseleleri başkanın çözümleyeceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda, Anayasa'da Milli Meclisin yetkisi alanında gösterilmeyen konuların başkanca düzenlenebileceği sonucuna ulaşılabilecektir.

Bu kısımda son olarak, yukarıda anılan düzenleyici işlemler arasındaki ilişkilere değinilebilecektir. Anayasa'nın 149. maddesinde normlar arası ilişkiler kaleme alınmıştır. Bu maddede kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağı; başkanın fermanlarının Anayasa'ya ve kanunlara aykırı olamayacağı; Bakanlar Kurulu kararlarının Anayasa'ya, kanunlara ve fermanlara aykırı olamayacağı; merkezi yürütme organlarının normatif düzenlemelerinin ise yukarıda sayılanlara aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Maddede ayrıca düzenleyici işlemlerin ancak yayınlandıktan sonra yürürlüğe gireceği vurgusu yapılmıştır. Anayasaca kanunların yayımlanması görevi ise başkana tanınmıştır (m. 109).

Her ne kadar başkan tarafından çıkarılacak fermanların Milli Meclisin çıkaracağı kanunlara uygun olması gerektiği belirtilmiş ve normlar hiyerarşisi bakımından kanunlar üst norm olarak belirlenmişse de bu hükmün fiiliyatta bir işlevi olmayacağı değerlendirilmektedir. Zira öncelikle, Milli Meclisin düzenleme yapacağı alanlar kısıtlıdır. Diğer konular hakkında başkan kanuna uygun olma kaygısı yaşamadan fermanlar çıkarabilmektedir. İkinci olarak, başkanın kanunlar üzerinde güçleştirici veto yetkisi bulunmaktadır.

Nitekim aşağıda inceleneceği üzere, başkanın yasama konusundaki yetkileri şekli olanların da ötesine geçmektedir.[81]

D. Süper Başkanlık Sistemi Açısından Değerlendirme

Azerbaycan Anayasası'nda başkana verilen geniş yetkiler Fish'in süper başkanlık sistemini hatırlatmaktadır.[82] Fish'e göre süper başkanlık, yürütmenin hem boyut olarak hem ulaştığı kaynaklar bakımından diğer tüm devlet organlarını küçülttüğü bir sistemdir. Bu sistemde başkan yasama gücüne sahiptir ve kanunen veya fiilen tüm gücü kontrol etmektedir. Zayıf yasama organı ise başkanın yasama işlemlerini iptal edememekte ve yürütmenin başını denetleyecek kaynağa sahip olmamaktadır. Ayrıca süper başkanlık sisteminde başkanın azlini neredeyse imkansız kılacak *impeachment* usulü benimsenmekte ve yargı da tümüyle veya kısmen başkan tarafından kontrol edilmektedir.[83]

Azerbaycan'da yukarıda detaylıca açıklandığı üzere başkanın yasama alanında oldukça fazla yetkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte öğretide, başkanın yasama yetkilerinin resmi olanın da ötesine geçtiği,[84] başkanın yasama girişimini tekeli altına aldığı[85] ve bütçenin oldukça dar tartışmalar sonucunda geçirildiği belirtilmektedir.[86] Heinrich, Anayasaca Milli Meclise bütçelerin onaylanması yetkisi verildiğini ve bu sayede Milli Meclisin teorik olarak yürütme organını etkileyebilme imkanının olduğunu belirtmektedir. Ancak yazar, 1995 yılından beri Milli Meclisin bağımsızlığını ve gücünü kaybettiğini, Meclisin başkanın partisi ve diğer "bağımsız" adaylar tarafından domine edildiğini ve çoğu zaman yürütme tarafından teklif edilen bütçenin formalite gereği yapılan tartışmalar sonucunda kabul edildiğini belirtmektedir.[87] Fish de Azerbaycan'daki yasama organının Sovyet sonrası dö-

---

81 Heinrich başkanın yasama girişimini tekelleştirdiğini belirtmektedir. HEINRICH, 2011, ss. 3.

82 Öğretide de Azerbaycan hükümet sisteminin süper başkanlık sistemini anımsattığı belirtilmektedir. Bknz: ABDULLAYEV, ss. 126; LAPORTE, ss. 99.

83 FISH M. Steven, "The Impact of the 1999-2000 Parliamentary and Presidential Elections on Political Party Development", **The 1999-2000 Elections in Russia**, Editör: Vicki L. Hesli ve William M. Reisinger, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, ss. 200.

84 Özsoy Boyunsuz "*zayıflatlmış kuvvetler ayrılığı[nın], aşırı güçlenmiş başkanlar[ın] her zaman anayasanın sözünden destek almayabil[eceğine]*" dikkat çekmektedir. ÖZSOY BOYUNSUZ Şule, "Siyasi Parti Sistemlerine Göre Başkanlık Rejiminin Türleri", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 49, S. 3, 2016, ss. 15.

85 HEINRICH, 2010, ss. 12.

86 LAPORTE, ss. 92.

87 HEINRICH, 2011, ss. 3-4.

nemde kısa bir süre için önemli bir rol oynadığını, ancak daha sonra başkanın yasamayı vesayeti altına aldığını belirtmektedir.[88]

2016 yılında yapılan referandum sonucunda ise başkan ile Milli Meclis arasındaki dengenin iyice bozulduğu görülmektedir. Anayasa'ya eklenen 98[1]. maddede başkana belirli durumlarda Meclisi feshetme yetkisi tanınmıştır. Yukarıda anıldığı üzere bu durumlardan biri Meclisin bir yıl içerisinde iki kez Bakanlar Kuruluna güvensizlik oyu vermesidir. İkinci durum, başkanın iki önerisi üzerine süresi içerisinde Anayasa Mahkemesine, Ali Mahkemesine ve Merkez Bankası Yönetim Kuruluna atama yapılmaması halidir. Son olarak, ortadan kaldırılamayacak nedenlerle Meclisin hakkında genel kurallar çıkarabileceği konuların düzenlendiği 94., karar almakta yetkili olduğu konuların düzenlendiği 95. ve yasama girişimine ilişkin 96. maddedeki bazı görevlerin yerine getirilememesi halinde de başkan Meclisi feshedebilecektir.

Anayasa'da ayrıca, savaş durumunda, askeri operasyonların yürütülmesinin Milli Meclis seçimlerini imkânsız hale getirmesi durumunda ne yapılacağı düzenlenmektedir (m. 84). Buna göre, seçimlerin yapılması askeri operasyonun sonuna kadar bekletilebilecektir. Bu husustaki kararı ise, seçimlerin yapılmasına ilişkin yetkili devlet organının başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi verecektir. 109. maddede de Meclis seçimlerine çağrı konusunda başkan görevlendirilmiştir.

Başkanın yetkilerinin düzenlendiği 109. maddede;[89] yargı organına ilişkin önemli yetkilere de rastlanmaktadır. Bu çerçevede öncelikle başkan;

---

[88] FISH, 2005, ss. 196.

[89] Anayasa'nın 109. maddesinde birçok konu başkanın yetki alanına dahil edilmiştir. Maddede sayılanlar ile yetinilmeyerek başkana "Anayasa ile Milli Meclisin ve mahkemelerin yetki alanına dahil edilmeyen diğer konuları çözümleme" yetkisi de verilmiştir. Maddede sayılan diğer yetkiler şunlardır: Meclis seçimlerine çağrı; devlet bütçesinin onay için Meclise sunulması; ekonomik ve sosyal programların onaylanması; Meclisin onayı ile birlikte başbakanın atanması; başbakanın görevden alınması; Bakanlar Kurulunun üyelerini atamak ve görevden almak; gerektiğinde Bakanlar Kurulunun toplantılarına katılmak; Bakanlar Kurulunun istifasına ilişkin karar almak; bütçenin sınırları içerisinde merkezi ve yerel yürütme organlarını kurmak; Bakanlar Kurulunun, Nahçivan Bakanlar Kurulunun, merkezi ve yerel yürütme organlarının düzenlemelerini iptal etmek; Merkez Bankası Yürütme Kurulunun üyelerini atamak ve görevden almak için Meclise öneride bulunmak; Merkez Bankası Başkanını Yönetim Kurulu üyeleri arasından atamak; askeri doktrini Meclisin onayına sunmak; Silahlı Kuvvetlerin Yüksek Komuta Heyetini göreve atayıp görevden almak; Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğini kurmak ve yöneticisini atamak; İnsan Hakları Komisyonerinin seçimi için Meclise öneride bulunmak; diplomatik temsilciliklerin kuruluşu için Meclise öneride bulunmak, diplomatik temsilcileri atamak ve geri çağırmak; yabancı devletlerin diplomatik temsilcilerinin güven

Anayasa Mahkemesi, Ali Mahkemesi ve istinaf mahkemelerinin hakimlerinin göreve atanması konusunda Milli Meclise öneride bulunmaktadır. Buna ek olarak başkan Azerbaycan'daki diğer mahkemelerin hakimlerini göreve atamaktadır. Son olarak, başkan Azerbaycan Cumhuriyeti Başsavcısını Milli Meclisin onayı ile atayacak ve görevden alabilecektir. Bu yetkilerden yola çıkarak başkanın yargı organında nüfuzunu sağlayabileceği belirtilebilecektir.

Dahası, 101. maddenin beşinci fıkrası, Anayasa değişikliğine ilişkin 2009 yılında yapılan referandumla değiştirilmiştir. Maddenin referandumdan önceki haline göre, başkanın görevi iki dönem ile sınırlandırılmıştır. Ancak referandumdan sonra bu madde; savaş halinde askeri operasyonlar nedeniyle seçimlerin yapılamaması durumunda hem başkanlık hem Meclis seçimlerinin askeri operasyonların sonuna kadar ertelenebileceğine ilişkin hükmü ihtiva eder şekilde düzenlenmiştir. İlham Aliyev, referandumdan önce Reuters'a verdiği röportajda, Avrupa Birliği üyesi devletlerde liderlerin dönem sınırlamaları olmadığını, insanların istedikleri kadar bu liderleri seçebildiklerini, bu durumun demokratik olduğunu ve Azerbaycan'da da uygulanması gerektiğini belirtmiştir.[90] Aliyev'in bu iddiasının birçok açıdan yanlış olduğu ortadadır. Aliyev, kişiselleşmiş güce elverişli olan bir sistem[91] ile parlamentonun hükümeti oluşturduğu ve gensoru mekanizmasıyla denetleyebildiği parlamenter sistem arasındaki farkı görmezden gelmiştir. Azerbaycan Anayasası'nın başkana çok geniş yetkiler verdiği göz önünde bulundurulduğunda, Azerbaycan'ın "dönem sınırlaması" kurumuna özellikle ihtiyacı olduğu

mektuplarını ve avdetnamelerini kabul etmek; uluslararası antlaşma yapmak, onaylanmaları ve iptal edilmeleri için Meclise sunmak, tasdiknameleri imzalamak; referandum belirlemek; kanunları imzalayıp yayınlamak; vatandaşlığa bağlı meseleleri çözümlemek; af kararı çıkarmak; devlet ödülleri vermek; yüksek askeri ve özel rütbeler vermek; seferberlik ilan etmek; askerlik hizmetine çağırmak ve askerlerin yedeğe alınmasına karar vermek; Güvenlik Kurulu kurmak; Silahlı Kuvvetlerin görevi ile ilgili olmayan görevler için görevlendirilmesi için Meclise öneride bulunmak; olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilan etmek; Meclis'in onayıyla savaş ilan etmek ve barış yapmak; özel güvenlik birimleri kurmak.

[90] Guy Faulconbridge, Azeri leader shrugs off rights criticism, 2009, https://www.reuters.com/article/us-davos-azerbaijan-aliyev-politics-sb-idUSTRE50T2OB20090130, (Erişim Tarihi: 19 Ocak 2022).

[91] Linz demokratik olmayan yöneticilerin hayat boyu hüküm sürdüğü anısıyla birlikte dönem sınırlamalarına talebin arttığını belirtmektedir. Yazar, başkanlık sistemlerinin tanımında dönem sınırlamasının bir koşul olarak öngörülmediğini, ancak bu sınırlamaların başkanlık sisteminde açık bir şekilde hakim uygulama teşkil ettiğini belirtmektedir. LINZ Juan, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?", **The Failure of Presidential Democracy Comparative Perspectives**, Editör: Juan Linz ve Arturo Valenzuela, C. 1, The John Hopkins University Press, Baltimore-Londra, 1994, s. 16.

belirtilmelidir. Nitekim öğretide Guliyev, bu değişikliğin halihazırda bozulmuş kontrol denge mekanizmasını başkana sınırsız yetki tanıyarak daha da bozacağını ifade etmiştir.[92]

Sonuç olarak, Azerbaycan'ın yarı başkanlık sistemini benimsediği kabul edilebilecektir. Ancak Anayasa hükümleri incelendiğinde bu sistemin yasama ve yargı alanlarına da sirayet edecek güçlü yetkileri haiz bir başkana yer verdiği belirtilmelidir. Başkanın yetki alanının genişliği Meclisin ve Bakanlar Kurulunun siyasi hayatta belirleyiciliği olmayan kurumlardan ibaret olduğuna yönelik endişelere yol açmaktadır. Bu doğrultuda, Azerbaycan Anayasası'nın süper başkanlık sistemine yol açtığı belirtilebilecektir.

2. Azerbaycan'ın Hükümet Sisteminin Muhalefetin Gelişimine Etkileri

Azerbaycan Anayasası'nda düzenlenen şekli kurumların muhalefetin ve muhalefetin örgütlenmiş hali siyasi partilerin gelişimine birçok açıdan olumsuz etki yarattığı belirtilebilecektir. Öncelikle başkana verilen güçlü yetkiler siyasetin kişiselleşmesine yol açmaktadır. İkinci olarak yasama organının güçsüz olması siyasi parti kurma güdüsünü azaltmaktadır. Ayrıca Azerbaycan'daki resmî kurumlar muhalefet üzerinde yıldırıcı bir etki doğurmaktadır.

Öncelikle, başkana oldukça güçlü yetkiler verilen süper başkanlık sistemleri siyasetin kişiselleşmesi için oldukça uygun bir ortam yaratmaktadır.[93] Siyasetin kişiselleşmesi siyasi alana tek bir kişinin tahakkümünün olmasını ifade eder. Böyle durumlarda liderin kişiliği siyasi politikalar ve bu politikaların çıktıları üzerinde oldukça büyük etki doğurmaktadır.[94] Yasama organının işlevlerinden biri ise "*bir tartışma ya da istekleri dile getirme işlevi*" olarak görülmektedir.[95] Ancak siyasetin kişiselleşmesi siyasi partilerin Meclis içerisinde tartışmalarına ve politika üretmelerine gerek kalmaması sonucunu da doğurmaktadır. LaPort'un yaptığı röportajda bir siyaset uzmanı, Milli Mecliste gerçekten çalışan yaklaşık 20 milletvekilinin olduğunu, diğer milletvekillerinin hiçbir şey yapmadığını, yalnızca gelip bütçelere evet

---

92 GULİYEV Farid, "End of Term Limits: Monarchical Presidencies on the Rise", **Harward International Review**, 28 Şubat 2009.

93 HUSKEY Eugene, "Authoritarian Leadership in the Post-Communist World", **Daedalus**, C. 145, S. 3, 2016, ss. 72.

94 Andrea Kendall-Taylor, Carisa Nietsche, Erica Frantz ve Joseph Wright, How Personalist Politics is Changing Democracies, 15 Şubat 2021, https://www.cnas.org/publications/commentary/ how-personalist-politics-is-changing-democracies, Erişim Tarihi: 31 Mart 2022.

95 TEZİÇ, ss. 467.

oyu verdiğini ifade etmiştir.[96] Heinrich, fiiliyatta Hukuki Reform Hakkında Başkanlık Komisyonu'nun bir kanun tasarısı yaptığını, bu tasarının ilgili parlamento komisyonuna verildiğini ve parlamentoda kanunlar hakkında lobicilik faaliyetinin hiç olmadığını belirtmiştir.[97] Böylece, parlamentoda tartışma ortamının olmaması parlamento içerisinde oluşmaya müsait olan gruplaşmaların önüne geçmektedir.

İkinci olarak Fish, siyasi parti kurmaktaki güdünün yasama organının gücüne bağlı olduğunu belirtmektedir.[98] Yazar, yasama organının güçsüz olduğu hallerde siyasi faaliyetler için cazip konumların yürütme organı içinde olacağını ve yürütme organı içerisinde bir konum edinebilmek için siyasi parti kurulmasının önemli olmadığını belirtmektedir.[99] Böylece yazara göre, "güçlü başkan" ve "zayıf yasama" sistemi, siyasi partilerin büyümesi sonucunu doğurmaktan ziyade yürütme organı içerisinde rüşvete ve baskıya dayanan kişisel ilişkilerin gelişmesine yol açmaktadır.[100]

Üçüncü olarak, Azerbaycan Anayasası'ndaki şekli kurumların muhalefet üzerinde yıldırıcı bir etkisinin olduğu da belirtilebilecektir. Sovyet sonrası devletlerdeki otoriter liderleri incelediği makalesinde Huskey, bu ülkelerin bazılarının anayasalarında başkanlık seçimleri arasındaki sürenin uzatıldığını belirtmiş ve bu durumun da halihazırda zayıf olan muhalefet üzerinde daha da yıldırıcı bir etki yarattığını ifade etmiştir.[101] Azerbaycan Anayasası'nda da başkanlık seçimleri arasındaki süre 2016 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile 5 yıldan 7 yıla uzatılmıştır. Benzer bir değerlendirme başkanlık için dönem sınırlamasının kaldırılması açısından da yapılabilecektir. Nitekim dönem sınırlamasını kaldıran 2009 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle yönetici kadrosundaki elitlere iktidarın yakın bir zamanda el değiştirmeyeceği sinyalinin verildiği belirtilmektedir.[102]

---

96 LAPORTE, ss. 108.

97 HEINRICH, 2011, ss. 4.

98 FISH, 2005, ss. 226.

99 ibid.

100 ibid.

101 HUSKEY, ss. 76.

102 International Crisis Group, "Azerbaijan: Vulnerable Stability", **International Crisis Group Europe Report N2017**, 2010, ss. 4; GULİYEV Farid, "Political Elites in Azerbaijan", **Challenges of the Caspian Resource Boom. Domestic Elites and Policy-Making**, Editör: Andreas Heinrich ve Heiko Pleines, Palgrave Macmillan, Houndmills, ss. 117.

Sonuç olarak, Azerbaycan Anayasası incelendiğinde, başkanın devletin diğer organlarına da sirayet eden oldukça güçlü yetkilerle donatıldığı ve Azerbaycan'da süper başkanlık sisteminin hâkim olduğu görülmektedir. Süper başkanlık sisteminin siyasi hayatı kişiselleştirmesi, yasamanın güçsüzlüğü karşısında çekici pozisyonların yürütme organında toplanması ve muhalefeti yıldırıcı birtakım şekli kurumlara yer verilmesi siyasi partilerin gelişmesini durdurmaktadır. Böylece, yalnızca Anayasa'nın incelenmesinden Azerbaycan'da muhalefetin neden gelişemediği bir nebze de olsa anlaşılabilmektedir.

II. AZERBAYCAN'DA ŞEKLİ OLMAYAN KURUM OLARAK PATRONAJ VE PATRONAJIN MUHALEFET ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Önceki bölümde Azerbaycan'daki şekli kurumlar ve bu kurumların muhalefetin gelişimine etkisinden bahsedilmiş ve kişiselleştirilmiş gücün halihazırda siyasi partilerin gelişimini desteklemeyen bir yapıyı beraberinde getirdiği tespitinde bulunulmuştur. Ancak otoriter ülkelerde resmi olmayan kurumlar da devlet gücüne erişimi sağlama konusunda oldukça etkilidir. Bununla paralel olarak birçok otoriter rejimde patrimonyal sistem özelliklerine rastlanmaktadır.[103] Gerçekten de Azerbaycan'ın da dahil olduğu bazı Sovyet sonrası ülkelerin siyasal dinamikleri yalnızca Anayasa'daki şekli kurumlarla şekillenmemekte, şekli olmayan kurumlar bu dinamiklerin şekillenmesinde daha önemli bir rol üstlenmektedir.[104] Sovyet sonrası ülkelerin siyasi rejimleri incelenirken bunların neopatrimonyal niteliklerine de sıklıkla vurgu yapılmaktadır.[105]

Bu çerçevede bu bölümde şekli olmayan kurum olarak patronajın Azerbaycan siyasetini ne şekilde etkilediği üzerinde durulmaktadır. Bu doğrultuda öncelikle Azerbaycan siyasi hayatında geçerliliği olan patronlu başkanlık kavramından bahsedilmektedir. İkinci olarak, patronaj ile Anayasa ve seçim ilişkisi ele alınmaktadır. Son olarak ise patronajın muhalefet üzerindeki etkileri ele alınmaktadır.

---

[103] ROTH Guenther, "Personal Rulership, Patrimonialism, and Empire-Building in the New States", **World Politics**, C. 20, S. 2, 1968, ss. 197.

[104] Aslında, şekli olmayan ve şekli kurumların ayrı ayrı incelenmesi de suni bir ayrım sayılabilir. Zira şekli kurumlarda benimsenen oldukça zayıf kontrol denge mekanizmaları yolsuzluk gibi şekli olmayan kurumların doğumunu ve devamlılığını oldukça kolaylaştırmaktadır. Bknz: FISH, 2005, ss. 242. Nitekim şekli kurumların incelendiği üst başlıkta şekli olmayan kurumlara sıklıkla atıf yapılmıştır.

[105] SHKEL, ss. 169.

1. Patronlu Başkanlık Sistemi Açısından Değerlendirme

Öğretide Hale patronlu başkanlık sisteminin iki unsuru olduğunu belirtmektedir. Yazara göre öncelikle, halk tarafından doğrudan seçilen başkanın devletin diğer organlarına ilişkin olarak birçok resmi yetkisinin olması gerekmektedir.[106] Makalenin ilk bölümünde detaylıca açıklandığı üzere, Azerbaycan'da başkanın resmi yetkileri oldukça geniştir. Patronlu başkanlık sisteminden bahsedilebilmesi için ikinci olarak başkanın devlet ve ekonomi kesişiminde patron müşteri ilişkilerine dayanan şekli olmayan bir güce sahip olması gerekmektedir.[107] Azerbaycan çeşitli kaynaklarda patronlu siyasetin oldukça fazla olduğu ülkeler arasında gösterilmiştir.[108] Bu doğrultuda bu bölümde Azerbaycan'da başkana resmi olmayan bir güç veren patronaj kavramı üzerinde durulmaktadır.

Hale, patronlu başkanlık sistemindeki "patronlu" ifadesinin siyasi otoritenin resmi kurumsal uygulamalar veya fikre dayalı politikalardan ziyade kaynakların seçici dağıtımı doğrultusunda kullanımını anlattığını belirtmiştir.[109] Bu doğrultuda "patronlu siyaset" ise içine şahsen tanınmayan birçok kişiyi dahil eden ideolojik sınıf veya inançlar gibi soyut, kişilik dışı prensipler doğrultusunda oluşan yapıdan ziyade; toplumdaki bireylerin siyasi ve ekonomik amaçlarını tanıdıkları insanların oluşturdukları zincir vasıtasıyla gerçekleştirdikleri, bireysel ödül ve ceza mekanizmalarına göre şekillenen bir yapıyı tarif etmektedir.[110] Dolayısıyla patronajda ulus, etnik grup, siyasi düşünce gibi üst kavramlar doğrultusunda birleşen birbirini tanımayan insanların oluşturduğu gruplar söz konusu olmamaktadır. Bunun yerine kavram, birbirini tanıyan ve bu şekilde genişleyen insanların oluşturduğu kolektif eylemi ifade etmektedir. Bu noktada Weber'in "meşru"[111] otorite tiplerine ve patrimonyalizm tanımına da değinilebilecektir. Weber meşru otorite tiplerini "geleneksel otorite", "karizmatik otorite" ve "akılcı otorite" olmak üzere

---

[106] HALE Henry E., "Regime Cycles: Democracy, Autocracy, and Revolution in Post-Soviet Eurasia", **World Politics**, C. 58, S. 1, 2005, ss. 137-138.

[107] ibid.

[108] Bknz: HUSKEY, ss. 72; HALE, 2005, ss. 148; GULİYEV, 2009b, ss. 2; MEISSNER Hannes, "Informal Politics in Azerbaijan: Corruption and Rent-Seeking Patterns", **Caucasus Analytical Digest**, S. 24, 2011, ss. 6; SHKEL, ss. 174.

[109] HALE, 2005, ss. 138.

[110] HALE Henry E., **Patronal Politics: Eurasian Regime Dynamics in Comparative Perspective**, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, ss. 9-10.

[111] Weber meşruluğu sosyolojik anlamda kullanmaktadır. Yazar "*meşruluğu ... "otoriteye tabi olanlarca beslenen inanç" olarak tanımlamaktadır.*" TEZİÇ, ss. 119.

üç başlık altında incelemiştir.[112] Yazara göre geleneksel otorite meşruluğunu teamül, gelenek ve inançlara dayandırmaktadır.[113] Yazar geleneksel otoritenin bir alt dalı olarak patrimonyal iktidarı da ele almakta ve patrimonyalizmde otoritenin hükümdarın kişisel gücüne bağlı olduğunu belirtmektedir.[114] Patrimonyalizm tipinde otorite kişiye bağlı personel ve askeri güce dayanmaktadır.[115] Bu çerçevede Azerbaycan'da da "patronlu siyaset" ve "patrimonyalizm tipine" ilişkin örneklere sıklıkla rastlanmaktadır. Bu kapsamda örneğin başkanın geniş ailesinden birçok üyenin Milli Mecliste milletvekili olduğu belirtilmektedir.[116] Ek olarak, parlamento üyelerinin, bakanların ve devlet görevlilerinin çoğu zaman birbirlerine akraba olduğu, bunların oğullarının ve kızlarının birbiriyle evlendirildikleri belirtilmektedir.[117]

Unsurları ile paralel bir şekilde patronlu başkanlık sistemlerinde, sistemdeki en güçlü kişi patron, onun altındaki kişiler ise müşterilerdir. Böylece, sistemin dinamiği başkan ve elitler arasındaki ilişkiden kaynaklanmaktadır. Huskey patronlu siyasetin benimsenme gerekçelerini açıklamaktadır. Yazar, liderlerin yönetilenler kadar kendi müttefiklerini de kontrol etmek için birtakım tedbirler aldığını belirtmektedir.[118] Zira yazara göre, saraydaki isyanların lideri devirme gücü sokaktaki isyanlara göre çok daha fazladır.[119] Böylece, otoriter liderlerin müttefiklerini kendilerine sadık tutabilmek için ödül ve cezalardan faydalandıkları belirtilmektedir.[120] Sadakatleri karşısında siyasi müttefikler, örneğin devlette yüksek maaşlı pozisyonlarda görevlendirilebilmekte veya bu müttefiklerin yasadışı iş ilişkilerine iltimas geçilebilmektedir.[121] Böylece, başkan elitlere kararların uygulanması ve kendisine destek sağlanması konusunda bağlıyken, elitler de başkana kaynaklar ve konumlarının devamı konusunda bağlı olmaktadır.[122]

---

[112] ibid. ss. 119-120.

[113] AKÇAKAYA Murat, "Weber'in Bürokrasi Kuramının Bugünü ve Geleceği", **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Özel Sayı, 2016, ss. 277.

[114] DOĞAN Kadir Caner, "Max Weber'de Patrimonyalizm ve Bürokrasi Kavramları: Antik ve Çin İmparatorluğu Üzerine Analizler", **Kafkas Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 21, 2020, ss. 416.

[115] AKÇAKAYA, ss. 282.

[116] LAPORTE, ss. 108.

[117] GULİYEV Farid, "Different Meanings of the October 2013 Presidential Elections in Azerbaijan: Elites, Opposition, and Citizens", **Caucasus Analytical Digest,** S. 55, 2013, ss. 9.

[118] HUSKEY, ss. 72.

[119] ibid.

[120] ibid.

[121] ibid.

[122] HALE, 2005, ss. 138.

Hale patronlu ağları bir arada tutan üç unsur göstermiştir. İlk unsur, patronun sadık müşterilerini ödüllendirmek için devamlı değerli kaynaklara sahip olmasıdır. İkinci unsur, patronun kendisine sadık olmayanları cezalandırabilme mekanizmasıdır. Üçüncü unsur ise, patronun müşterilerini ve ara-patronları denetleyebilme yeteneğidir.[123] O halde, öğretide patronal ağları bir arada tutan iki kavramın "organizasyon" ve "kaynaklar" olduğu belirtilebilecektir.

Azerbaycan'da neopatrimonyal ilişkilerin kaynağı enerji kaynaklarının varlığı ve petrol gelirlerinin dağıtımıdır.[124] Langerak petrol kaynaklarının State Oil Company of Azerbaijan (SOCAR) vasıtasıyla kamu mülkiyetinde olmasının başkanın ailesine enerji sektörü üzerinde resmi olmayan bir kontrol sağladığını belirtmektedir.[125] Yazar enerji sektörü üzerindeki bu kontrolün başkanın ailesine siyasi amaçlarını gerçekleştirmek için kaynak sağladığını ifade etmektedir.[126] Guliyev, enerji ve demokrasi ilişkisini incelediği makalesinde, doğal kaynak bolluğunun demokrasiye olumsuz etkisinin olabileceğini belirtmiştir.[127] Şöyle ki; doğal kaynaklar bakımından zengin ülkelerde, bu kaynaklar gelişimin tek kaynağı olarak görülmekte ve dolayısıyla devlet petrol ve gaz sektörünü kendi tekeli altında tutmak istemektedir. Yabancı sermayenin kamu sektörüne akımıyla birlikte devlet giderek daha güçlü olmakta ve özel sektör de genellikle rejim yanlılarına siyasi sadakatleri için dağıtılan kamu sözleşmelerine bağımlı kalmaktadır. Böylece hükümet üyelerinin ekonomik faydaları kişisel bağlantılarına dağıtması olarak tanımlanan "ahbap-çavuş kapitalizmi" ortaya çıkmaktadır.[128]

Böyle bir sistem otoriterliğin devamının sağlanması adına iktidara büyük faydalar sağlamaktadır.[129] Nitekim öğretide Lindstaedt otoriter rejimlerde ekonomik performansın dondurucu bir etki yaratabileceğini belirtmektedir.[130] Bu çerçevede öncelikle iktidar kaynak zenginliğini patronaj harcamalarında kullanabilecektir.[131] Nitekim patron neopatrimonyal ilişkiler sonu-

---

[123] HALE, 2014, ss. 34.

[124] GULİYEV, 2009b, ss. 3.

[125] LANGERAK, ss. 126.

[126] ibid. ss. 126-127.

[127] GULİYEV, 2009b, ss. 3.

[128] ibid.

[129] SHKEL, ss. 170.

[130] LINDSTAEDT Natasha, "Authoritarian Regimes", **Comparative Politics**, Editör: Daniele Caramani, 5. baskı, Oxford University Press, Oxford, 2020, ss. 111.

[131] GULİYEV, 2009b, ss. 3.

cunda ortaya çıkan karmaşık sistemde gücü elinde tutmak ve daha sonra kendisine sadakat gösterenlere dağıtmak için kaynağa ihtiyaç duymaktadır.[132] İkinci olarak, rantçı devlet muhalefeti dağıtmak için sosyal projelere harcama yapabilecektir. Böylece, kaynak gelirleri değişik bağımsız sosyal grupların oluşmasının önünde bir engel teşkil edecektir. Bu çerçevede International Crisis Group, İlham Aliyev zamanında yeni istihdam alanlarının yaratıldığını ve fakirlik oranının önemli derecede azaldığını belirtmektedir. Bu yöndeki kamu harcamaları sonucunda ise Aliyev'in popülerliğini sağladığı ifade edilmektedir.[133] Langerak da Azerbaycan'da nüfusun büyük bir bölümünün devlette çalıştığını, hükümetin düzenli olarak maaşları arttırdığını ve sosyal faydaları sağladığını belirtmektedir.[134] Bunun yanı sıra, kaynak zenginliği halka sosyal ve ekonomik bir istikrar ve geleceğe dair umut sağlayarak rejimin demokratikleşme baskılarını da azaltabilecektir.[135] Ayrıca aşırı petrol geliri devletin silahlı kuvvetler, polis ve güvenlik otoritelerine daha fazla harcama yaparak demokratik güçlerin susturmasında da kullanılabilecektir.[136] Bu kapsamda Langerak, 2013 yılında Azerbaycan'da medyanın daha etkin kontrol edilebilmesi için gazetecilere ve diğer medya temsilcilerine ücretsiz daireler verildiğini anmaktadır.[137]

Kaynak unsurunun yanı sıra Azerbaycan'da patronaj ağlarının organizasyonunun da kurulduğu belirtilebilecektir. Öğretide birçok yazar, Azerbaycan'da ödül ceza mekanizmalarının sağlanabildiğine yönelik örnekler sunmaktadır. Hüseyinli, İlham Aliyev'in iktidara gelişiyle birlikte muhalefetten bazı kişilerin gözaltına alındığını, işten atıldığını ve muhalif düşünen kişilerin sıklıkla takip edilmeye başlandığını belirtmektedir.[138] Bunun yanı sıra Hüseyinli, YAP'a üye olmanın kişilere iş imkanları gibi belirli avantajlar sağladığını; buna karşın muhalefet partilerine üye olan kişilerin işten atılmasının olası olduğunu, bu kişilerin ticaretle uğraşmasının ve devlette önemli bir konumda çalışmasının mümkün olmadığını belirtmektedir.[139]

---

[132] LANGERAK, ss. 130.

[133] International Crisis Group, ss. 3

[134] LANGERAK, ss. 127.

[135] ibid.

[136] GULIYEV, 2009b, ss. 3.

[137] LANGERAK, ss. 129.

[138] HÜSEYİNLİ Gabil, "Azerbaycan'da Siyasal Partileri ve Siyasal İlişkiler", **Avrasya Dosyası, Azerbaycan Özel**, C. 7, S. 1, 2001, ss. 171.

[139] ibid. ss. 173-174.

Sultanova, Azerbaycan Popüler Ön Cephe Partisinin Bakü'deki merkezinin polis tarafından birkaç yıl boyunca basıldığını, birkaç milletvekilinin tutuklandığını, bunlardan bazılarının silah taşımaktan mahkum edildiğini ve bazılarının da işkenceye tabi tutulduğunu belirtmektedir.[140]

Bu açıklamalara rağmen, patronun hala müşterilerden oluşan bir ağın başında olduğu ve bireylerin denetlenmesi, ödüllendirilmesi ve cezalandırılması için müşterilerine ihtiyaç duyduğu da bir gerçektir. Dolayısıyla, müşterilerin patrona sadık kalmamayı tercih ettikleri bir senaryoda, patron ağını koruyamayacaktır. Bu noktada Hale, müşterilerin patrona sadık kalmalarının ve böylece sistemin işlerliğine devam etmesinin "beklentilerin gücü" ile açıklanabileceğini belirtmektedir.[141] Şöyle ki; müşteriler, diğer müşterilerin patrona itaat etmeye devam edeceğini düşündüğü zaman kendileri de patrona itaat etmeye devam edeceklerdir.[142] Ayrıca, bu sistemde elitlerin patronun ileride de yönetmeye devam edeceğine dair beklentileri sürdüğü sürece, çok az kişi patronun yerini almaya cesaret gösterebilecektir.[143] Zira diğer müşterilerin de isyan edeceğine yönelik bir beklenti olmadan bir kişinin patrona muhalif olması çok yüksek bir ihtimalle onun ödül mekanizmasından dışlanmasına ve cezaya çarptırılmasına sebep olacaktır.[144] Böylece aslında bu sistemde patron elitlere göre daha avantajlı bir konumda bulunmaktadır. Zira elitlerin patronu devirebilmeleri için kolektif bir şekilde hareket etmeleri gerekmektedir.

Son olarak, elitlerin beklentilerinin değişebileceği ve böylece elitlerin "isyan edebileceği" hallere değinilebilecektir. Öncelikle, başkanın ölmesi veya ağır bir hastalığa kapılması halinde elitlerin beklentileri değişebilecektir.[145] Örneğin, Haydar Aliyev hastalığından dolayı yerini İlham Aliyev'e hazırlarken, İlham Aliyev'in zayıf bir lider olacağı tahmin edilmiş[146] ve çeşitli muhalif sesler yükselmeye başlamıştır. Ancak İlham Aliyev gücünü sağlamlaştırabilmiştir.[147] Patronun popülaritesinde bir düşüş yaşanması[148]

---

[140] SULTANOVA, ss. 21.

[141] HALE, 2014, ss. 34.

[142] ibid.

[143] ibid. ss. 36.

[144] LANGERAK, ss. 130.

[145] HALE, 2014, ss. 84.

[146] LAPORTE, ss. 110.

[147] Bknz: International Crisis Group, ss. 2.

veya dönem sınırlamalarının bulunması da benzer etkilere neden olabilecektir.[149] Ayrıca ekonomik ve siyasi krizlerin varlığında da elitler bölünebilecek[150] ve beklentilerin yönü değişebilecektir. Böylece bu hallerde, yarışan piramit ağları da ortaya çıkabilecektir.

2. Patronajın Anayasa ve Seçimlerle İlişkisi Bakımından Değerlendirme

Patronajın oldukça yoğun olduğu ülkelerde anayasaların ve seçimlerin bir anlamının olmadığı, zira anayasaların uygulanmadığı ve seçimlerin de adil bir şekilde gerçekleşmediği düşünülebilir. Ancak Hale, patronlu sistemlerde anayasaların ve seçimlerin patron ağının koordinasyonunda odak noktaları ortaya çıkaracağını ve gelecek ağ koordinasyonu hakkında da bilgi vereceğini belirtmektedir.[151]

Yazar öncelikle ülkedeki patronajın tek bir piramitten veya yarışan ağlardan oluştuğunun tespitinde anayasaların yol gösterici olacağını ve elitlerin beklentilerini yönlendireceğini belirtilmektedir.[152] Başka bir deyişle, anayasalarda yer alan kurallara uyulmuyor olsa da bu anayasalar ülkedeki patronun tespitine ilişkin beklentileri yönlendirmektedir.[153] Bu doğrultuda, Azerbaycan Anayasası başkana oldukça güçlü yetkiler verdiğinden ve başka bir şahsa veya organa benzer yetkiler tanımadığından tek bir piramit oluşumuna eğilim göstermektedir. Nitekim makalenin birinci bölümünde, ülkede yarışan piramitler olduğu izlenimi verilmemesi adına Anayasa'da yürütme organının yalnızca başkandan oluştuğunun hüküm altına alındığı belirtilmişti.

Benzer bir şekilde otoriter ülkelerde seçimlerin de farklı anlamları bulunmaktadır. Hale, patronlu sistemlerde seçimlerin patronların menfaatine hizmet ettiğini ve bu menfaatin karşılığında da patronun çok az da olsa bir riski[154] göze aldığını belirtmektedir.[155] Guliyev de ekonomik ve siyasi bir krizin yokluğunda seçimlerin mevcut rejimin devamlılığına hizmet edeceği-

---

[148] HALE, 2014, ss. 74.

[149] ibid. ss. 84.

[150] GULİYEV, 2013, ss. 8.

[151] HALE, 2014, ss. 64.

[152] ibid. ss. 77.

[153] ibid.

[154] Buradaki riskin çok az olduğunun belirtilmesi, bu sistemlerde seçimlerin şaibeli bir şekilde gerçekleşmesi ve benzer yöntemlerle patronun seçimlerin beraberinde getirdiği riski en aza indirmesinden kaynaklanmaktadır.

[155] HALE, 2014, ss. 67.

ni belirtmektedir.[156] Bu çerçevede, öğretide meşruiyet iddialarına dayanan otoriter rejimlerin daha uzun sürme eğiliminde olduğu da belirtilmektedir.[157] Seçimlerin en belirgin faydası, otoriter rejimleri tehdit eden krizleri ve devrim riskini azaltmasıdır. Dolayısıyla patronların seçimler gibi daha tahmin edilebilir mekanizmalar devreye sokmasında menfaatleri bulunmaktadır.[158] Bunun yanı sıra, hileyle de olsa seçimleri yüksek oranlarla kazanmak, muhalefete olası direnişlerin nafile olacağı sinyalini de verebilecektir.[159] Böylece seçimler vasıtasıyla patron elitlerin beklentilerinin değişmemesini garanti edebilecektir. Bunun dışında, seçimlerin daha kısa vadeli ve belirgin faydaları da bulunmaktadır. Örneğin, başka ağlarla bağlantı kurmak, patronajdaki ağ mekanizmasının oluşturulması veya gücün paylaştırılması için seçimler iyi bir mekanizma teşkil edebilir.[160]

Diğer otoriter rejimlerde olduğu gibi,[161] Azerbaycan'da da çeşitli mekanizmalarla patronun seçimler ile karşılaştığı risk en aza indirilmektedir.[162] Bu mekanizmalar, seçimlere adaylık aşamasında, seçimler için kampanyalar oluşturulurken ve seçimler sırasında devreye sokulmaktadır. Seçimlere adaylık aşamasındaki mekanizmalar ele alınırsa; başkan adayları seçime katılabilmek için 60 bölgeden toplam 40.000 imza toplayıp bunu Merkezi Seçim Komisyonuna sunmak zorundadır. Merkezi Seçim Komisyonu bu imzaların doğruluğunu kontrol ederek adayların kaydını onaylamaktadır. Ancak muhalefet liderleri çoğu zaman hükümeti bu Komisyonda eşit temsile izin vermediği için eleştirmektedir.[163] İmzaların toplanması sırasında da çeşitli otoritelerin muhalif adayları engelleyici müdahalelerde bulunduğu belirtilmektedir.[164]

Kampanya dönemine ilişkin olarak; Sultanova, seçim zamanlarında neredeyse tüm ulusal kanalların YAP'ı ve başkanı öven programlar yaptıklarını

---

[156] GULİYEV, 2013, ss. 8.

[157] LINDSTAEDT, ss. 111.

[158] HALE, 2014, ss. 67-68.

[159] LINDSTAEDT, ss. 113.

[160] HALE, 2014, ss. 68.

[161] Huskey otoriter rejimlerde rekabete dayanan seçimlerin engellendiğini, zira demokrasilerden farklı olarak otoriter rejimlerde seçimi kaybetmenin başkanın mülkiyetini ve hayatını da tehlike altına alabileceğini belirtmektedir. HUSKEY, ss. 76.

[162] Seçimlerin şaibeli olduğuna yönelik bakınız: HÜSEYİNLİ, ss. 173; SULTANOVA, ss. 22.

[163] HEINRICH, 2011, ss. 4.

[164] ibid.

belirtmektedir. Yazar, bazı durumlarda basım evlerinin dahi yerel idarecilerden gelen baskılar sonucunda muhalefetten gelen işleri reddetmek zorunda kaldıklarını belirtmektedir.[165] Başkanın dönem sınırlamasını kaldıran 2009 yılı Anayasa değişikliği referandumunda da 48 Anayasa değişikliği hakkında ulusal televizyonların haftada yalnızca üçer saat tartışmalara yer verdiği, protestolara ve gösteri yürüyüşlerine müdahalede bulunulduğu, değişiklikler aleyhine kampanya yapan aktivistlerin tutuklandığı ve sonuç olarak muhaliflerin seçimi boykot ettiği belirtilmiştir.[166] Benzer bir şekilde, 2008 yılının Ağustos ayında da muhalefet partilerinden bazıları Seçim Komisyonunun oluşumu, resmi kampanya döneminin 60 günden 28 güne indirilmesi ve gösteri ve toplantı hürriyetinin sınırlandırılması nedeniyle 2008 başkanlık seçimlerini boykot etme kararı almışlardır.[167] Bu seçimlerde Aliyev'e karşı yarışan ve boykotçular tarafından "kukla muhalefet" olarak isimlendirilen altı adayın başkanın politikalarına karşı gerçek eleştirilere sahip olmadığı belirtilmiştir.[168] Uluslararası gözlemciler bu seçimlerin yürütümünde "takdire değer bir gelişme" olduğunu belirtirken bunun sebebini seçimlerde rekabetin olmayışı olarak göstermişlerdir.[169] Avrupa Konseyi ko-raportörü Andres Herkel, bu seçimi çok güzel bir yüzme antrenmanına benzetmiş ve fakat havuzun boş olduğunu belirtmiştir.[170] Bunların yanı sıra, seçimler sırasında da çifte oy kullanma ve muhalif adaylara saldırıların rapor edildiği, seçmen listelerinin değiştirildiği ve Seçim Komisyonu üyelerinin çoğunluğunu YAP oluşturduğu için şaibeli seçimler organize edilebildiği belirtilmektedir.[171]

Seçimlerin güvenliğini etkileyen şaibelerin yanı sıra Azerbaycan'da seçimlerin şekli kurumlarla da manipüle edildiğini belirtmek yanlış olmayacaktır. Şöyle ki; 2002 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikler Haydar Aliyev'den sonra İlham Aliyev'in başkan olmasını sağlamaya yöneliktir.[172] 2002 değişikliklerinden önce, ilk turda bir başkan adayının kazanabilmesi için oyların üçte ikisini alması gerekirken değişikliklerle birlikte ilk turda

---

165 SULTANOVA, ss. 23.

166 International Crisis Group, ss. 4.

167 HEINRICH, 2011, ss. 4.

168 International Crisis Group, ss. 4.

169 ibid.

170 Sabrina Tavernise, Vote Monitor Faults Election in Azerbaijan, 2008, https://www.nytimes.com/2008/10/17/world/europe/17azeri.html, (Erişim Tarihi: 18 Ocak 2022).

171 HEINRICH, 2011, ss. 4.

172 ibid. ss. 2.

kazanmak için başkan adayının oyların yarısını alması yeterli hale getirilmiştir. Ayrıca, bu değişiklikten önce, başkanın ölmesi veya görevden çekilmesi halinde başkanın yetkileri parlamento başkanına geçiyorken, değişiklikten sonra bu yetkilerin başbakana geçeceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, seçimlerin beraberinde getirdiği belirsizliğin tamamen ortadan kaldırılması için resmi kurumlara da başvurulmaktadır.

Her ne kadar seçimlere hile karıştırılsa da Hale, seçimlerde gerçek kişilerin oylarına başvurulduğuna da dikkat çekmektedir.[173] Bu doğrultuda patronun gerçek oyları kazanabilme yeteneğinin de bulunması gerekir.[174] Bu yeteneğe ihtiyaç duyulmasının en önemli nedeni, kamuoyunda seçimlerin hileli olduğunun çok açıkça ortada olması halinde seçmenlerin sokağa dökülüp isyan etme risklerinin artmasıdır.[175] Kitlelerin bu gücü sebebiyle de aslında kamuoyunun düşüncesi beklentilerin şekillendirilmesinde de önemli bir hale bürünmektedir. O halde, patronaj sistemlerinde başkanın popülerliği de sistemin halihazırdaki başkan için işlerliğinin korunmasında gereklidir.

Bu çerçevede Azerbaycan ele alındığında; demokrasinin gelişmemesi konusunda dahi kitlelerin ikna edildiği görülmektedir. Şöyle ki; devlet yetkililerinin demokrasinin zamanla benimsenmesi gerektiğini ve Azerbaycan'ın şu an buna hazır olmadığını belirttiğine şahit olunmaktadır.[176] Bu doğrultuda, güçlü bir başkanın istikrarı sağlamak, ekonomik ve sosyal gelişimi teminat altına almak bakımından gerekli olduğu belirtilmektedir. Demokrasi tecrübesine sahip olmayan Azerbaycanlılar arasında da bu söylem popülerlik kazanmıştır. Azeriler, istikrarı ve gelişimi siyasi hak ve özgürlüklere göre öncelikli görmekte ve bu görüşten ayrılanlar vatanını sevmemekle suçlanmaktadır.[177]

Seçimlerin beraberinde getirdiği en büyük risklerden biri ise, elitlerin beklentilerinde bir değişiklik meydana gelmesi halinde ortaya çıkabilmektedir. Zira elitlerin beklentilerinde halihazırda değişiklik meydana gelmesi halinde, seçimler bu beklentilerin yönünü daha da muhalif yönlere yönlendirebilecektir.

---

[173] HALE, 2014, ss. 73.

[174] Hale'e göre; patronun daha çok insan tarafından samimi bir şekilde desteklenmesi halinde, patron daha az ödül ve ceza mekanizmasına ihtiyaç duyacaktır. İkinci olarak, eğer muhalefet halk tarafından popüler görülüyorsa, bu durumda insanları patrona karşı ayaklandırmak daha kolay olacaktır. Ayrıca, başkana destek ne kadar azsa, o kadar çok gerçek oyların azaltılması veya sahte lehe oyların eklenmesi gerekmektedir. ibid.

[175] ibid.

[176] International Crisis Group, ss. 6.

[177] ibid.

3. Patronaj ile Muhalefet İlişkisi Bakımından Değerlendirme

Patronaj kaynaklarının muhalefetin gelişememesine etkisi doğrudan ve dolaylı olarak iki alt kategori altında incelenebilecektir. Öncelikle doğrudan etkilere odaklanılırsa; yukarıda açıklandığı üzere patronaj mekanizması sayesinde seçimlere hile karıştırılmakta, çeşitli baskı araçları kullanılarak muhalefetin medyayı kullanma olanaklarının önüne geçilmekte, bazı adayların aday olmaları için gereken koşulları sağlamaları engellenmekte ve böylece rekabetçi bir seçim ortamı tamamen ortadan kaldırılmaktadır. Yine patronaj kaynakları sayesinde muhalif kişiler işkence, tutuklanma, göz altına alınma gibi çeşitli şekillerde yıldırılmaktadır.

Bunun yanı sıra, patronajın genel mantığı da dolaylı olarak muhalefetin gelişimini engellemektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, patronajın genel mantığı saraydaki isyanları önlemektedir.[178] Bu doğrultuda, patronlu sistemlerde muhalefet cezalandırılırken aynı zamanda destekçilere de fayda sağlanmaktadır. Dolayısıyla, ülkedeki elitler başkanın menfaatine çalışmak için çok yüksek bir menfaate sahip olmaktadır. Böylece, başkan kolayca kendisine destek sağlarken, sistemin başına geçmek isteyen muhalefetin güç kazanması oldukça zorlaşmaktadır. Bu doğrultuda Langerak de elitlerin halihazırda devlet kaynaklarından faydalandıklarına ve dolayısıyla statükoyu korumak için motivasyona sahip olduklarına dikkat çekmektedir. Böylece yazara göre elitler siyasi ve ekonomik reformların gerçekleşmesi için çabalamak yerine siyasi sistemin sürdürülmesine çaba sarf edeceklerdir.[179] Dolayısıyla, beklentilerin değişmediği bir durumda elitlerin hem cezalandırılmamak hem de ödüllerden mahrum kalmamak amacıyla rejime ve mevcut başkana muhalif kalmaları beklenmemektedir. Benzer bir şekilde iş insanları da ödül mekanizmasına dahil olabilmek için YAP'ı desteklemektedir. Dolayısıyla, Sultanova, muhalefet partilerinin mali kaynaklarının az olduğunu belirtmekte ve bunun sebebini muhalefetin olası destekçilerine YAP gibi faydalar dağıtamaması olduğunu belirtmektedir.[180]

Sonuç olarak, otoriter rejim özelliği nedeniyle Azerbaycan'da şekli kurumların yanı sıra şekli olmayan kurumlar da muhalefetin şekillenmesinde oldukça etkili olmaktadır. Azerbaycan'da merkezinde başkanın olduğu patronaj sistemi hâkim olup bu sistem elitlerin başkana muhalefet etmeleri yönünde caydırıcı etki doğurmaktadır. Bunun yanı sıra, patronajın içselleştirdiği cezalandırma mekanizması da muhalefeti yıldırıcı etki doğurmaktadır.

---

[178] HUSKEY, ss. 72.

[179] LANGERAK, ss. 131.

[180] SULTANOVA, ss. 21.

SONUÇ

Azerbaycan Cumhuriyeti'nde gerek Anayasa'da başkana verilen geniş yetkiler gerekse de başkanın resmi olmayan kurumlar vasıtasıyla sağladığı güç başkanı siyasi hayatın tek aktörü haline getirmektedir. Başkanın yasama ve yargı alanlarına nüfuz eden geniş yetkileri olması Azerbaycan hükümet sisteminin süper başkanlık sistemi olarak nitelendirilmesine yol açmaktadır. Resmi olmayan kurumlar incelenmeden dahi benimsenen süper başkanlık sistemi ve başkanın geniş yetkileri muhalefetin zayıf kalabileceğine yönelik izlenim doğurmaktadır. Böyle bir Anayasa çerçevesinde başkan karakterinde siyasi hayatın kişiselleşmesi Milli Meclis'te tartışma ortamının doğmamasına ve tartışmalar sonucunda oluşabilecek gruplaşmaların daha en baştan engellenmesine yol açmaktadır. Yasama organının yürütme organı karşısındaki zayıflığı ise yasama organındaki kariyer pozisyonlarını cazip kılmamaktadır. Böylece kişilerin siyasi parti kurma güdüleri azalmaktadır. Ayrıca Anayasa'da başkan için dönem sınırlaması olmaması, başkanlık seçimlerinin süresinin uzatılması gibi bazı düzenlemeler muhalefeti daha da yıldırıcı niteliğe bürünmektedir.

Bunun yanı sıra, demokratik rejimin söz konusu olmadığı Azerbaycan patronlu başkanlık sistemi olarak da anılmaktadır. Ödül ceza mekanizmaları vasıtasıyla kişisel ilişkilere dayanan patronaj sistemi de siyasi elitlerin muhalif olmak için motivasyonlarını en aza indirgemektedir. Zira elitler çok yüksek ihtimalle başarısızlıkla sonuçlanacak isyanlarının onları ödül mekanizmasının dışına iteceğinin ve ceza mekanizmasının muhatabı haline getireceğinin farkındadır. Bunun yanı sıra, patronajın sürdürülmesi için seçim dönemindeki baskılar gibi tedbirler mevcut rejimin elitleri olmayan kişiler üzerinde etki doğurmaktadır. Bu kişiler de patronaj ağlarının ceza mekanizmaları ile karşılaşmakta ve yıldırılmaktadır. Böylece Azerbaycan toplumunda hâkim olan patronaj siyasi partilerin ve muhalefetin gelişimini engellemektedir.

Azerbaycan'da muhalefetin gelişimi için Anayasa'da kontrol denge mekanizmaları kurulması ve başkanın kaynakları kullanımı konusunda hesap verebilmesinin sağlanması elzemdir. Zira öncelikle herhangi bir hesap verme mekanizmasına tabi olmayan başkan karşısında ülkedeki diğer makamlar varlığını yalnızca şeklen sürdürmektedir. İkinci olarak hesap verme mekanizmalarının bulunmaması başkanın elindeki şekli olmayan gücü arttırmasına hizmet etmektedir. Azerbaycan Anayasası'nın ne şekilde değiştirilebileceği ve patronajın engellenmesi için neler yapılabileceği hususları bu makalenin konusunu aşsa da ayrıca merak uyandırmaktadır.

KAYNAKÇA

ESERLER

ABDULLAYEV Cavid, "Azerbaycan'da Anayasallaşma Süreci ve Benimsenen Sistemin Niteliği", **Avrasya Dosyası, Azerbaycan Özel**, C. 7, S. 1, 2001, ss. 109-131.

AKÇAKAYA Murat, "Weber'in Bürokrasi Kuramının Bugünü ve Geleceği", **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Özel Sayı, 2016, ss. 275-295.

BATUM Süheyl / YILMAZ Didem / KÖYBAŞI Serkan, **Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Genel Esaslar**, 1. baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021.

CHAYES Sarah, **The Structure of Corruption: A Systemic Analysis Using Eurasian Cases**, Carnegie Endowment for International Peace, Washington D.C., 2016.

DEMİRKIRAN Eyüp Kaan, "Türkiye Cumhuriyeti ve Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasalarının Hükümet Sistemleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme", **Marmara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 27, S. 1, 2021, ss. 332-361.

DOĞAN Kadir Caner, "Max Weber'de Patrimonyalizm ve Bürokrasi Kavramları: Antik ve Çin İmparatorluğu Üzerine Analizler", **Kafkas Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 21, 2020, ss. 410-433.

DUVERGER Maurice, "A New Political System Model: Semi-Presidential Government", **European Journal of Political Search**, C. 8, 1980, ss. 165-187.

ELGIE Robert / MOESTRUP Sophia, "Semi-Presidentialism in Democracies, Quasi-democracies, and Autocracies", **Semi-Presidentialism in the Caucasus and Central Asia**, Editör: Robert Elgie ve Sophia Moestrup, Springer Nature, 2016, ss. 1-28.

ELGIE Robert, "The Politics of Semi-Presidentialism", **Semi-Presidentialism in Europe**, Editör: Robert Elgie, Oxford Scholarship, 1999, ss. 1-21.

ERGUN Ayça, "Post-Soviet Political Transformation in Azerbaijan: Political Elite, Civil Society and the Trials of Democratization", **Uluslararası İlişkiler**, C. 7, S. 26, 2010, ss. 67-85.

FILETTI Andrea, "Why So Much Stability? An Owerview of the Azerbaijani Political System", **Turkish Policy Quarterly**, C. 11, S. 3, 2012, ss. 155-164.

FISH M. Steven, "The Impact of the 1999-2000 Parliamentary and Presidential Elections on Political Party Development", **The 1999-2000 Elections in Russia**, Editör: Vicki L. Hesli ve William M. Reisinger, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, ss. 163-185.

FISH M. Steven, **Democracy derailed in russia: The failure of open politics**, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

GÖNENÇ Levent, "Azerbaycan Anayasası Üzerine Notlar", **AÜHF Dergisi**, C. 47, S. 1-4, 1998, ss. 185-220.

GULİYEV Farid, "Different Meanings of the October 2013 Presidential Elections in Azerbaijan: Elites, Opposition, and Citizens", **Caucasus Analytical Digest,** S. 55, 2013, ss. 8-11.

GULIYEV Farid, "Discursive closure: political parties and the (ir)relevance of ideology in Azerbaijan", **Southern European and Black Sea Studies**, C. 19, S. 2, 2019, ss. 243-268.

GULİYEV Farid, "End of Term Limits: Monarchical Presidencies on the Rise", **Harward International Review**, 28 Şubat 2009a.

GULİYEV Farid, "Oil Wealth, Patrimonalism, and the Failure of Democracy in Azerbaijan", **Caucasus Analytical Digest**, S. 2/9, 2009b, ss. 2-5.

GULİYEV Farid, "Political Elites in Azerbaijan", **Challenges of the Caspian Resource Boom. Domestic Elites and Policy-Making**, Editör: Andreas Heinrich ve Heiko Pleines, Palgrave Macmillan, Houndmills, ss. 117-130.

HALE Henry E., "Regime Cycles: Democracy, Autocracy, and Revolution in Post-Soviet Eurasia", **World Politics**, C. 58, S. 1, 2005, ss. 133-165.

HALE Henry E., **Patronal Politics: Eurasian Regime Dynamics in Comparative Perspective**, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

HEINRICH Andreas, "The Formal Political System in Azerbaijan", **Caucasus Analytical Digest**, S. 24, 2011, ss. 2-5.

HEINRICH Andreas, **The formal political system in Azerbaijan and Kazakhstan: a background study**, Forschungstelle Osteuropa an der Universitat, Bremen, 2010.

HUSKEY Eugene, "Authoritarian Leadership in the Post-Communist World", **Daedalus**, C. 145, S. 3, 2016, ss. 69-82.

HÜSEYİNLİ Gabil, "Azerbaycan'da Siyasal Partileri ve Siyasal İlişkiler", **Avrasya Dosyası, Azerbaycan Özel**, C. 7, S. 1, 2001, ss. 161-176.

International Crisis Group, "Azerbaijan: Vulnerable Stability", **International Crisis Group Europe Report N2017**, 2010.

ISHIYAMA John T. / KENNEDY Ryan, "Superpresidentialism and Political Party Development in Russia, Ukraine, Armenia and Kyrgyztan", **Europe-Asia Studies**, C. 53, S. 8, 2001, ss. 1177-1191.

JÄÄTTEENMAKİ Anneli, "Election Observation Delegation to the Parliamentary Elections in Azerbaijan", **European Parliament Report**, 2010.

LANGERAK Isabelle, "Regime Stability in Azerbaijan", **Turkish Policy Quarterly**, C. 12, S. 4, 2014, ss. 125-136.

LAPORTE Jody, "Semi-presidentialism in Azerbaijan", **Semi-Presidentialism in the Caucasus and Central Asia**, Editör: Robert Elgie ve Sophia Moestrup, Springer Nature, Londra, 2016, ss. 91-117.

LEVITSKY Steven / WAY Lucan A., "Elections Without Democracy: The Rise of Competitive Authoritarianism", **Journal of Democracy**, C. 13, S. 2, 2002, ss. 51-65.

LINDSTAEDT Natasha, "Authoritarian Regimes", **Comparative Politics**, Editör: Daniele Caramani, 5. baskı, Oxford University Press, Oxford, 2020.

LINZ Juan, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?", **The Failure of Presidential Democracy Comparative Perspectives**, Editör: Juan Linz ve Arturo Valenzuela, C. 1, The John Hopkins University Press, Baltimore-Londra, ss. 3-87.

MEISSNER Hannes, "Informal Politics in Azerbaijan: Corruption and Rent-Seeking Patterns", **Caucasus Analytical Digest**, S. 24, 2011, ss. 6-9.

ÖZSOY BOYUNSUZ Şule, "Siyasi Parti Sistemlerine Göre Başkanlık Rejiminin Türleri", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 49, S. 3, 2016, ss. 1-40.

ROTH Guenther, "Personal Rulership, Patrimonialism, and Empire-Building in the New States", **World Politics**, C. 20, S. 2, 1968, ss. 194-206.

SARTORI Giovanni, **Parties and Party Systems: A Framework for Analysis**, European Corsortium for Political Research, Colchester, 2005.

SHKEL Stanislav, "Neo-patrimonial practices and sustainability of authoritarian regimes in Eurasia", **Communist and Post-Communist Studies**, S. 52, 2019, ss. 169-176.

SHUGART Matthew Soberg, "Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns", **French Politics**, C. 8, 2005, ss. 323-351.

SHUGART Matthew Soberg / CAREY John M., **Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics**, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.

SULTANOVA Shahla, "Challenging the Aliyev Regime: Political Opposition in Azerbaijan", **Demokratizatsiya**, C. 22, S. 1, 2014, ss. 15-37.

TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Tıpkı 21. Bası, Beta, İstanbul.

YAN Huang-Ting, "Does the constitution matter? Semi-presidentialism and the origin of hegemonic personalist regimes", **International Political Science Review**, C. 41, S. 3, 2020, ss. 365-384.

İnternet Kaynakları

Andrea Kendall-Taylor, Carisa Nietsche, Erica Frantz ve Joseph Wright, How Personalist Politics is Changing Democracies, 15 Şubat 2021, https://www.cnas.org/publications/commentary/how-personalist-politics-is-changing-democracies, (Erişim Tarihi: 31 Mart 2022).

Azerbaijan: Society: Political Parties, https://azerbaijan.az/en/information/603, (Erişim Tarihi: 18.01.2022).

Election Guide: Democracy Assistance& Election News, Election for Azerbaijani National Assembly, https://www.electionguide.org/elections/id/2481/, (Erişim Tarihi: 18 Ocak 2022).

Guy Faulconbridge, Azeri leader shrugs off rights criticism, 2009, https://www.reuters.com/article/us-davos-azerbaijan-aliyev-politics-sb-idUSTRE50T2OB20090130, (Erişim Tarihi: 19 Ocak 2022).

IPU Parline, Azerbaijan: National Assembly: Election Results, https://data.ipu.org/node/11/elections?election_id=69786&chamber_id=13329, (Erişim Tarihi: 18 Ocak 2022).

Sabrina Tavernise, Vote Monitor Faults Election in Azerbaijan, 2008, https://www.nytimes.com/2008/10/17/world/europe/17azeri.html, (Erişim Tarihi: 18 Ocak 2022).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 713-741

PRINTED PRESS FREEDOM IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW: AN EXAMINATION ON TURKEY(*)(**)

Av. **Hilal KALYONCU KOÇ**(***)

Abstract: The press plays a significant role in the creation, explanation, and dissemination of ideas. The importance of press freedom has been stated in the provisions concerning freedom of expression in many international human rights instruments. Article 10 of the European Convention on Human Rights protects the right to hold opinions without interference, seek and receive information, and the right to impart information and ideas. Significantly, the right to seek and receive information is fundamental to press freedom. In this way, the press plays a public watchdog role by helping the public seek and receive information. In this framework, this article first examined the concept of the freedom of expression as a universal human right and explored the international human rights instruments, then discussed the European Court of Human Right's approach on freedom of expression and printed press freedom, especially in Turkey.

Keywords: Freedom of Expression, Printed Press Freedom, Human Rights, Turkey, European Convention on Human Rights.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2022 - Makale Kabul Tarihi: 22.12.2021.

(**) Bu çalışma yazarın Yüksek Lisans tezinden üretilmiştir.

(***) Avukat, İstanbul Barosu;
Galatasaray Üniversitesi, Kamu Hukuku, Doktora Programı Öğrencisi
(ORCID no: 0000-0002-1187-4251; *hilalkalyoncukoc@gmail.com*).

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA YAZILI BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ: TÜRKİYE ÜZERİNE BİR İNCELEME

Öz: Basın, fikirlerin oluşturulması, açıklanması ve yayılmasında önemli bir rol oynar. Basın özgürlüğünün önemi, birçok uluslararası insan hakları belgesinde ifade özgürlüğü hakkına ilişkin hükümlerde belirtilmiştir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesi, müdahale olmaksızın fikir sahibi olma hakkını, bilgi arama ve alma hakkını ve bilgi ve fikir verme hakkını korur. Özellikle bilgi arama ve alma hakkı basın özgürlüğü için çok önemlidir. Bu şekilde basın, halkın bilgi aramasına ve almasına yardımcı olarak halkın bekçisi rolü oynar. Bu çerçevede, bu makale önce evrensel bir insan hakkı olarak ifade özgürlüğü kavramını uluslararası insan hakları belgeleri çerçevesinde incelemiş, ardından, başta Türkiye'de olmak üzere İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü ve yazılı basın özgürlüğünü yaklaşımını tartışmıştır.

Anahtar Kelimeler: İfade Özgürlüğü, Yazılı Basın Özgürlüğü, İnsan Hakları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

INTRODUCTION

Freedom of the press is one of the non-absolute human rights in the context of the right to freedom of expression. The European Court of Human Rights (ECtHR) notes that the press plays an essential role in a democratic society.[1] Freedom of the press is an integral part of freedom of expression.[2] This freedom includes the means of publishing and distributing newspapers, magazines, and books, and the means of explaining and interpreting thoughts and opinions, information, news, and criticisms, and so on. The right may be subject to interference by states for certain conditions, which are consisted under human rights documents. According to the ECtHR case law, this freedom is regulated in the framework of the right to freedom of expression, proclaimed under Article 10 of the European Convention on Human Rights (ECHR). The Convention has not given a specific provision to press freedom. But it can be understood from the ECtHR case law, freedom of the press is proclaimed under the right to freedom of expression.

---

1 De Haes and Gijsels v. Belgium, Appl. No 19983/92, 24 February 1997, § 37.

2 TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / SANCAKDAR Oğuz, et al., **İnsan Hakları El Kitabı,** 9 edn, Seçkin, Ankara, 2021, p. 613.

Freedom of expression and freedom of the press in Turkey has been a highly debated issue. In the context of these rights, there are many applications to the ECtHR by journalists, politicians, writers, and publishing organizations that have been arrested and detained media workers, press members against Turkey. Particularly, many journalists have been detained and arrested under legal regulations in Turkey. Notwithstanding, 3742 of the applications against Turkey to the Court between 1959 and 2020 concluded, 387 were on the right to freedom of expression.[3] In Turkey, many of the violations regarding freedom of expression and freedom of the press are based on national security, territorial integrity, or for the protection of the reputation or rights of others that are regulated under the Constitution of the Republic of Turkey (1982). In addition to these, the Turkish Press Law, Turkish Penal Code, and Anti-Terror Law all have restrictive measures regarding freedom of expression and press freedom. Especially with the implementation of the state of emergency declared after the July 15 coup attempt, restrictions on freedom of expression and freedom of the press have increased.

The ECtHR has on various occasions highlighted the fundamental role played by the press for ensuring the proper functioning of democracy.[4] Furthermore, the Court has regularly underlined the crucial role of freedom of expression in a democratic society, particularly where, through the press, it serves to convey information and ideas of general interest, which the public is moreover entitled to receive.[5] Although Turkish political authorities draw attention to the fact that arrested journalists are tried by an independent judiciary for crimes unrelated to the profession of journalism,[6] Turkey got only one point out of four for the freedom of expression in the Freedom House Report 2020.[7] According to Freedom House 2021 data, Turkey is among the not-free countries.[8] The Country was also ranked 153th

---

[3] https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf (Date Accessed: 26.03.2021).

[4] https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_safety_journalists_ENG.PDF (Date Accessed: 26.03.2021).

[5] Ibid.

[6] https://www.ab.gov.tr/files/haberler/2011/gercegi_ortaya_koymak.pdf (Date Accessed: 27.09.2021).

[7] https://freedomhouse.org/country/turkey/freedom-world/2020 (Date Accessed: 22.02.2021).

[8] https://freedomhouse.org/country/turkey/freedom-world/2021 (Date Accessed: 07.11.2021).

out of 180 countries in the 2020 World Press Freedom Index[9] It was also ranked 157th in the report in 2019, and the ranking score has been around 150 for the last seven years.[10]

In this study, Turkey's printed press freedom will be assessed in Article 10 of the ECHR framework. In this regard, the ECtHR's current case law on Turkey will be the basic element for criticizing the importance of printed press freedom. Therefore, this article first examined the concept of the freedom of expression in the framework of international human rights instruments, then discussed the freedom of expression and printed press freedom on the ECtHR case law in Turkey.

I. FREEDOM OF EXPRESSION AS A UNIVERSAL HUMAN RIGHT

Freedom of expression is one of the fundamental human rights declared both in regional and international human rights documents for an independent and democratic society.[11] The right is called the *"cornerstone"*[12] for the enjoyment of other human rights and fundamental freedoms such as the right to freedom of thought, religion or belief, and the right to vote.[13] Freedom of expression is essential for both individuals and the public. In the context of this right, an individual freely express his/her views without any intervention or punishment by the government.[14]

Freedom of expression consists of the freedom to seek, receive, and impart information and ideas of all kinds. Freedom to seek information is comprehensible *"as active and investigative reporting, and freedom to receive information is explained as the purpose of informing public and liability of mass media to raise awareness of public by giving information. "*[15] Freedom to impart and receive information enables the public to express all manner of knowledge and opinion through oral, written, printed, artistic,

---

9 https://rsf.org/en/ranking/2021# (Date Accessed: 22.02.2021).

10 Ibid.

11 https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf (Date Accessed: 17 July 2017).

12 Ibid.

13 https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/142549.pdf (Date Accessed: 17 July 2017).

14 MOECKLI Daniel / SHAH Sangeeta / SIVAKUMARAN Sandesh, **International Human Rights Law,** 2edn, Oxford University Press, Great Britain, 2014, p. 226.

15 Ibid.

and any other media tools."[16] Freedom of expression encompasses many forms of expression such as oral or written expression, artistic expression, personal appearance or image preference, right of assembly, and right of organization.[17] Not only writing and publishing books and articles, but also drawing a picture or sculpture, staging a play, or establishing an association and community are examples of freedom of personal or communal expression.[18] In addition to these, political expression is the most protected form of expression, because the ECtHR recognizes such expression as a crucial part of any effective pluralist democracy, to provide respect for human rights.[19]

As stated above, the right to freedom of expression, as it is the cornerstone for many rights, it plays an important role both in international and regional human rights instruments for a democratic society. The ECtHR indicates that this freedom *"constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfillment."*[20] Robert Dahl, a political scientist, has indicated that one of the main factors for a democratic society is the right to freedom of expression.[21] The right is one of the *sine qua non* of a democratic country. In *Ali Rıza Üçer* case, The Turkish Constitutional Court indicates, for a healthy democracy, both judiciary and other actors, non-governmental organizations, media, and press or political parties should control the government bodies that exercise public power.[22]

Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism, Advisory Opinion, Inter-American Court of Human Rights, OC-5/85, 13 November 1985 states that *"freedom of expression is a cornerstone upon which the very existence of a democratic society rests. It is indispensable for the formation of public opinion. It is also a sine qua non*

---

16 International Covenant on Civil and Political Rights 1966, s. 19/2.

17 ERDOĞAN Mustafa, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", **Liberal Düşünce,** s. 24, 2001, p. 8-13.

18 Ibid.

19 https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=ubjil (Date Accessed: 30.09.2021).

20 Cumhuriyet Vakfı and Others v. Turkey, Appl. No. 28255/07, 8 October 2013, para. 56.

21 LIJPHART Arend, **Demokrasi Modelleri,** (çev. G. Ayas / U. U. Bulsun), 2 edn, İthaki, İstanbul, 2016, p. 74.

22 Tezcan / et al, p. 616.

for the development of political parties, trade unions, scientific and cultural societies, and, in general, those who wish to influence the public. It represents, in short, the means that enable the community, when exercising its options, to be sufficiently informed. Consequently, it can be said that a society that is not well informed is not a society that is truly free."[23]

Considering certain important human rights documents relating to the right to freedom of expression is enshrined in the Universal Declaration of Human Rights 1948 (UDHR), Article 19 and International Covenant on Civil and Political Rights 1966 (ICCPR), Article 19. Both Article 19 of the ICCPR and Article 19 of the UDHR, include reasoning and certain restrictions for the right to freedom of expression. Given ICCPR Article 19, the European Union Council emphasizes that freedom of expression should apply to all people without any discrimination. Paragraph 2 of the ICCPR also protects all forms of expression and the resources of their dissemination. Such forms include *"spoken, written and sign language and such non-verbal expression as images and objects of art. Means of expression include books, newspapers, pamphlets, posters, banners, dress, and legal submissions. They include all forms of audio-visual as well as electronic and internet-based modes of expression."*[24] In this regard, freedom of expression is considered a universal right for all other human rights. ICCPR Article 19 gives much more detail on states' duties. For instance, states should have legislative, judicial, and administrative protections and promotions to apply this right effectively in their domestic law. United Nations, Human Rights Committee General Comment No. 34 mentioned the right's boundary and states' obligation, "*The obligation to respect freedoms of opinion and expression is binding on every State party as a whole. All branches of the State (executive, legislative and judicial) and other public or governmental authorities, at whatever level - national, regional or local - are in a position to engage the responsibility of the State party."*[25]

Besides the instruments mentioned above, freedom of expression has also been recognized in other United Nations' highest-ranked ratified international human rights documents. For instance, the Convention on the

---

[23] https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_ing.pdf (Date Accessed 24.03. 2021).

[24] https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf (Date Accessed: 17 July 2017).

[25] Ibid.

Rights of the Child 1989 (CRC), Article 13, regulates the child's freedom of expression. The International Convention on the Protection of All Migrant Workers of their Families 2003 (ICMW), International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination 1965 (ICERD), and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2006 (CRPD) also has provisions for the right of the freedom of expression. Through ratification, the countries have become contracting parties to those human rights documents and agree to be bound in international law in the context of *pacta sunt servanda*. In addition, freedom of expression is also included in regional human rights documents such as Article 9 of the African Charter on Human and Peoples' Rights, Article 13 of the American Convention on Human Rights (ACHR), and Article 10 of the ECHR.

II. PROTECTING FREEDOM OF EXPRESSION UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

1. The General Scope of the Right

The ECHR is one of the essential international human rights documents that contain both civil and political rights. It was signed on 4 November 1950, and it entered into force on 3 September 1953.[26] The Convention now has 47 state parties and it also plays a binding role for its state parties; namely, state parties are responsible for enforcing their domestic law under the control of the ECtHR. According to Article 46 of the Convention, state parties are responsible for enforcing their domestic law under the ECtHR control.[27]

The right to freedom of expression was first recognized in the ECHR as a regional human rights instrument. *De Becker v. Belgium* was the first case in which Article 10 of the Convention was implemented.[28] In this case, the Court examined whether freedom of expression and freedom of the press were subject to the limitations of the life expectancy of a sentence of imprisonment under the justifications listed in Article 10 of the Convention.[29] However, because of an alteration to Belgian Law in 1961,

---

[26] Ibid.

[27] GOMIEN Donna, **Short guide to the European Convention on Human Rights,** 3 edn, Council of Europe, Strasbourg, 2005, p. 6.

[28] OETHEIMER Mario, **Freedom of Expression in Europe,** Council of Europe, Strasbourg, 2007, p. 11.

[29] Ibid.

the Court dropped the case.[30] The ECHR emphasizes that the right to freedom of expression plays a crucial role in the protection and promotion of other rights that are covered in the Convention,[31] and Article 10 is considered bilateral. Firstly, freedom of expression is recognized as an *"individual right"*,[32] namely, it includes both the freedom to hold opinions and to receive and impart information, and ideas. Secondly, freedom of expression is considered a *"social right"*[33] to promote free debate for a democratic society. Article 10 of the Convention indicates,

> *"1. Everyone has the right to freedom of expression. The right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licencing of broadcasting, television or cinema enterprises.*
>
> *2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."*[34]

The right to hold opinions is under *"absolute protection"*[35] by Article 10 of the Convention. The Committee of Ministers states *"any restrictions to this right will be inconsistent with the nature of a democratic society."*[36] Secondly, the right to seek and receive information is very important especially on freedom of the press. In this way, the press plays a *"public watchdog"*[37] role by helping the public to seek and receive information. Finally, the right to impart

---

30 Ibid.

31 MACOVEI Monica, **Freedom of Expression,** 2 edn, Council of Europe, Strasbourg, 2004, p. 6.

32 https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1401&context=hrbrief (Date Accessed: 4 July 2017).

33 Ibid.

34 European Convention on Human Rights s 10.

35 MACOVEI, p. 10.

36 Ibid.

37 Lingens v. Austria App no 9815/82 (ECtHR, 8 July 1986) § 42.

information and ideas may contain many freedoms such as freedom of the press and freedom of assembly, freedom to demonstrate and march.

Article 10 of the Convention is set out according to the following regulations,

- The first paragraph defines the freedoms protected.
- The second paragraph stipulates the circumstances in which a state may legitimately interfere with the exercise of the right.[38]

While the first paragraph of Article 10 of the ECHR protects the right to freedom of expression, the second paragraph regulates how and for what legitimate reasons this right may be restricted. The second paragraph of Article 10 sets out the conditions for the restriction of the freedom of expression and the use of freedom recognized in the first paragraph. The states may have certain restrictions within the three-part test for the use of freedom of expression as long as the Convention gives permission. In this regard, it appears that freedom of expression is not an absolute right. However, there is no limitation to the content of freedom of expression in the Convention, all kinds of expressions such as political, academic, artistic, commercial, and religious are included in the ECtHR case law. Nonetheless, fascism, racism, discrimination, war propaganda, and hatred expressions are not accepted as freedom of expression in the context of human rights law.[39]

2. Admissible Restrictions According to Article 10/2 of the European Convention on Human Rights; A Three-part Test

Freedom of expression and freedom of the press may be subject to restrictions set out in Article 10/2. The Convention includes many grounds for restrictions of the right to freedom of expression. The Court, in assessing the extent of the interference with the freedom of expression, uses a three-part test, which is also used in cases concerning Articles 8, 9, and 11 of the Convention.[40] The legitimacy of limitations is established based on a three-part test; prescribed by law, pursuing a legitimate aim, and necessary in a

---

[38] MACOVEI, p. 7.

[39] Karan Ulaş, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta, İstanbul, 2013, p. 358.

[40] BYCHAWSKA-SINIARSKA Dominika, **Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe, Strasbourg, 2017, p. 32.

democratic society. The same test is typically applied to all rights with a limitation clause. Moreover, the Convention has more limitations than other human rights documents.[41] The Court indicates the necessity of restrictions on Article 10 of the Convention to be put into practice must be made convincingly. In *Dilipak v. Turkey*, the Court stated that the interference must be explained by an *"overriding social need"* relating to the legitimate aims.[42]

Firstly, restrictions on freedom of expression should be prescribed by law, namely, it must be *"adequately accessible and foreseeable."*[43] Moreover, the restriction does not have to take place in codified law; common law is also sufficient to permit restrictions.[44] The ECtHR states the law which applies to the case should be accessible and compatible with the rule of law.[45] The criterion of being prescribed by law, which is expressed in the case law of the ECtHR, includes three basic principles in itself.[46] First of all, the action that constitutes an intervention should be based on regulation in the legislation.[47] Secondly, this regulation does not necessarily have to be made by law in the formal sense, the aforementioned condition should be understood as the existence of a legal rule that authorizes the state to intervene in fundamental rights and freedoms.[48] Likewise, the regulation that forms the basis of the intervention should be sufficiently accessible to the person concerned.[49] Finally, the regulation in question should be clear enough to direct the behavior of the people to whom it is addressed and to foresee the consequences that may occur as a result of their actions under certain conditions.[50]

Secondly, the restriction must pursue a legitimate aim. In other words, the restriction should be based on legitimate aims which are enshrined in Article

---

41 https://news.uchicago.edu/story/what-role-free-speech-democratic-society' (Date Accessed: 30 June 2017).

42 *Dilipak v. Turkey*, Appl. No 29680/05, 15 September 2015, § 63.

43 COLIVER Sandra (Editor), **Article 19 Report Press law and practice: a comparative study of press freedom in European and other democracies**, United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, London, 1993, p. 219.

44 Ibid.

45 Ekin Association v. France, Appl. No 392288/98, 17 July 2001, § 44.

46 E. 2013/7666, KT. 10/12/2015, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/7666.

47 Ibid.

48 Ibid.

49 Ibid.

50 Ibid.

10/2 of the Convention. These legitimate purposes are limited and it is impossible to extend them. In Turkey, many of the violations regarding Article 10 of the Convention are based on national security, territorial integrity, or the protection of the reputation or rights of others that are regulated under the Constitution of the Republic of Turkey (1982). The most controversial legitimate purpose in the Convention is protecting morality. The fact that the margin of appreciation of the state parties for the protection of morality is excessive is because there is no consensus in Europe.[51] The state parties are more likely considered as decision-makers than the ECtHR to decide the necessity of interference for protecting morality.[52] Nevertheless, this area of appreciation is not unlimited and is under ECtHR supervision.[53]

Thirdly, the restriction must be necessary for a democratic society. One of the fundamental pillars of a democratic society, as well as one of the main criteria for its advancement and each individual's self-fulfillment, is freedom of expression.[54] Within the context of Article 10/2, the term necessary denotes the presence of a pressing societal need.[55] The Contracting States have a margin of appreciation in determining whether such a need exists, but it must be accompanied by European oversight, which encompasses both the law and the decisions that implement it, including those made by an independent court.[56] As a result, the Court has the authority to decide whether a restriction is compatible with the right to freedom of expression guaranteed by the Convention.[57]

The state's intervention will be regarded as legal if the ECtHR concludes that all three prerequisites are met. The state bears the burden of proving that all three standards are met. Once the Court determines that the state has failed to meet one of the three standards, it will not examine the case more and rule that the respective interference was unjustified, thereby violating Article 10/2 of the Convention.[58]

---

[51] İNCEOĞLU, p. 370.

[52] Ibid.

[53] Ibid., 371.

[54] Morice v. France, Appl No. 29369/10, 23 April 2015, § 124.

[55] Ibid.

[56] Ibid.

[57] Ibid.

[58] https://www.article19.org/data/files/pdfs/publications/secrets-spies-and-whistleblowers.pdf (Date Accessed: 11.10.2021):

III. THE RELATIONSHIP BETWEEN THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION AND FREEDOM OF THE PRESS

Freedom of expression is the most popular human right since the twentieth century.[59] After dealing with press relations in a democratic society in the 20th century, the freedom of the press has begun to be considered a part of freedom of expression, and the principle of protecting the press and taking the disclosures within the scope of freedom of expression.[60] More importantly, when it comes to recent periods, it is emphasized that freedom of the press has a privileged place in democratic life, especially in certain human rights court decisions.[61] This situation has resulted in freedom of the press as an arrangement more important than freedom of expression. Freedom of the press is now considered a more privileged, more specific area. The primary reason behind the idea of making this privileged space is the same: in a democratic social structure, the press is now regarded as a force, and it is perceived as a force that is effective in the formation of the legislative and judicial system.[62] This perception makes the press one of the indispensable elements of democratic life.[63]

Freedom of expression in the press has an important place for both journalists and citizens. The right to freedom of the press applies not only to writers, editors, and publishers but also to readers.[64] Because the right is not only about imparting, but also receiving information. Printed press has many obligations to the public such as public informing, public educating, journalistic investigating. However, journalists are exposed to many human rights violations such as the right to life, the right to liberty and security, and the right to freedom of expression. The Inter-American Court of Human Rights mentioned in a case: *"When freedom of expression is violated... it is not only the right of that individual (journalist) that is being violated, but also the right of all others to receive information and ideas"*.[65] Looking at

---

59 BORA Tanıl (Editor), **İfade Özgürlüğü**, İletişim, İstanbul, 2007, p. 226.

60 Ibid.

61 Ibid.

62 Ibid.

63 Ibid.

64 CARVER Richard, **Freedom of Expression, Media Law and Defamation,** International Press Institute (IPI) Media Legal Defence Initiative (MLDI), United Kingdom, 2015, p.13.

65 Ibid., p. 10.

the importance of freedom of expression in the press relating to Europe, there are many significant cases in the ECtHR concerning freedom of expression and freedom of the press. In its all case law on freedom of the press, the Court states that freedom of expression is one of the fundamental foundations of a democratic society and its development.[66] In the cases of *Lingens, Oberschlick, Spycatcher, Sunday Times, and Thorgeir Thorgeirson*, the applicants were *"a journalist or a newspaper."*[67] *The Sunday Times v. The UK* is the first case that the ECtHR examined concerning freedom of expression in the press in 1979. The case was about an application for suspension of the publication of an article relating to a medicine that was causing babies to be disabled.[68] The Court ruled a violation of Article 10 ECHR that the precept was not necessary for a democratic society.

The press plays dual roles such as a *"purveyor of information"*[69] and a *"public watchdog."*[70] First of all, the ECtHR states that information collecting is an important part of journalism's preparation and a protected aspect of press freedom,[71] and plays a watchdog role by informing the public. The watchdog role of the press makes a significant impression on the relationship between the press organs and the Government.[72] The Court has an extensive point of view on the use of the right to freedom of expression through the press. That is why the press is described as a *"public watchdog,*[73] and a necessary element of a democratic society.

The ECtHR also has focused on the importance of journalistic sources. Protection of journalistic sources is one of the cornerstones of freedom of the press.[74] The absence of such protection can discourage journalistic sources from helping the press to inform the public about public interest issues.[75] As a result, the press may be less likely to play the inevitable role

---

66 *Castells v. Spain*, Appl. No 11798/85, 23 April 1992, § 42.

67 COLIVER, p.221.

68 Ibid.

69 Lingens v. Austria, Appl. No 9815/82, 8 July 1986, § 44.

70 Ibid.

71 Guseva v. Bulgaria, Appl No 6987/07, 17 February 2015, § 37.

72 https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/our-research/watchdog-journalism-satisfactory-journalism-cross-national-study-public-satisfaction (Date Accessed: 25.08.2017).

73 Lingens v. Austria, Appl. No 9815/82, 8 July 1986, § 42.

74 Görmüş and Others v. Turkey, Appl. No 49085/07, 19 January 2016, § 44.

75 Ibid.

of a watchdog, and the media's ability to provide accurate and reliable information to the public may be adversely affected.[76] The Court's approach to the journalistic source is any person who provides information to a journalist. The principle of protection of journalistic sources are evaluated under Article 10 of the ECHR. Namely, when the protection of journalistic sources is interpreted under ECtHR case law, it provides an additional guarantee for the right to freedom of expression. In *Goodwin v. the UK*, the Court noted that the protection of journalistic sources is one of the basic conditions of freedom of the press in a democratic society: *"Protection of journalistic sources is one of the basic conditions for press freedom, as is reflected in the laws and the professional codes of conduct in a number of Contracting States and is affirmed in several international instruments on journalistic freedoms. Without such protection, sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest. As a result, the vital public-watchdog role of the press may be undermined, and the ability of the press to provide accurate and reliable information may be adversely affected. Having regard to the importance of the protection of journalistic sources for press freedom in a democratic society and the potentially chilling effect an order of source disclosure has on the exercise of that freedom, such a measure cannot be compatible with Article 10 of the Convention unless it is justified by an overriding requirement in the public interest."*[77] The Court also comprises all stages of journalism within the process of restriction: *"The Court considers not only that restrictions on freedom of the press concerning a preparatory step prior to publication fell within the Court's supervision, but that a journalist's research and investigative activities."*[78]

The ECtHR assigns duties and responsibilities to everyone who uses freedom of expression, even if they are journalists.[79] The scope of these roles and responsibilities depends on the situation of the person concerned and the method used.[80] The Court also dwelled on roles of the press in the framework of public interest, and the importance and characteristic of the press regarding freedom of expression, and also noted the guarantees of

---

[76] Ibid.

[77] Goodwin v. The UK, Appl No 17488/90, 27 March 1966, § 39.

[78] The Sunday Times v. The UK (No. 2), Appl. No 13166/87, 26 November 1991, § 51.

[79] Görmüş and Others v. Turkey, Appl. No 49085/07, 19 January 2016, § 43.

[80] Ibid.

freedom of the press and that this freedom could involve a certain amount of exaggeration and even provocation,[81] *"Although the press must not overstep certain bounds, in particular in respect of the prevention of disorder and the protection of the reputation of others, its duty is nevertheless to impart - in a manner consistent with its obligations and responsibilities - information and ideas on all matters of public interest, including those relating to the administration of justice. Not only does the press have the task of imparting such information and ideas, but the public also has a right to receive them. Were it otherwise, the press would be unable to play its vital role of public watchdog. Journalistic freedom also covers possible recourse to a degree of exaggeration, or even provocation."*[82]

IV. THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW ON PRINTED PRESS FREEDOM REGARDING ON TURKEY

1. The Binding Force of the Court

While the United Nations (1948), which was formed after World War II, aimed to respect human rights at a universal level, the Council of Europe (1950), which was established right after it, focused on protecting human rights at the regional level.[83] The ECHR, have been put into effect in the regional plan by the Council of Europe.[84] The Convention is the most powerful human rights instrument ever devised.[85] In the preamble of the Convention, a reference is made to the UDHR, and it is aimed to ensure the universal and effective provision of the declared rights in this declaration; it has been stated that the protection and further development of human rights and fundamental freedoms are among the aims of the Council of Europe.[86] It is very important to establish a human rights court where individuals can apply directly (within Protocol No.11).[87] The ECtHR is an international court established in 1959 under the Council of Europe.[88] The Court is a judicial authority that individuals,

---

81 Dilipak v. Turkey, Appl. No 29680/05, 15 September 2015, § 61.

82 Sabuncu and Others v. Turkey, Appl. No 23199/17, 10 November 2020, § 220.

83 YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Beta, İstanbul, 2017, p. 211.

84 Ibid.

85 https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=ubjil (Date Accessed: 30.09.2021).

86 AYBAY Rona, **Uluslararası Yargı**, Alfa, İstanbul, 2013, p. 133.

87 Ibid.

88 TEZCAN, p. 956.

communities, legal entities, and other states can apply within certain procedures and rules in case of violation of fundamental rights guaranteed by the ECHR and its additional protocols.[89] Article 1 of Convention recognizes the obligation of the state parties to provide *"everyone within their jurisdiction"* with the rights and freedoms set outlined in the convention and its additional protocols. The Court was also established to oversee the fulfillment of this obligation through the judiciary.[90]

Turkey has been a party of the ECHR since 1954, and the ECtHR, starting from 1990, is a regional human rights court that regularly receives applications from Turkey.[91] According to Article 90/5 of the Constitution of the Republic of Turkey (1982), the ECHR and the ECtHR comprise fundamental rights and freedoms, they are placed above the Turkish laws in the hierarchy of norms.[92] In addition, according to Article 46 of the Convention: *"The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties"*[93] A state against which a decision of violation has been issued is obliged to enforce the decision by compensating the damage suffered by the applicant and by eliminating as far as possible the consequences of the violation. The state should also prevent other individuals from being subjected to a similar breach. In practice, this is usually done through legislative changes.[94] A case must meet four principles before bringing an application before the ECtHR:

- The applicant must have exhausted all domestic legal remedies,
- The application must file the case within six months after the final national court decision (As of 01.02.2022, the application period will be 4 months.),
- The complaint must be against a state party to the ECHR,
- Applicants must have suffered a significant disadvantage in the violation of their rights.

---

89 Ibid.

90 AYBAY, p. 137.

91 https://insanhaklariokulu.org/calisma-metinleri-no-24/ (Date Accessed: 20.03.2021).

92 YÜZBAŞIOĞLU, p. 213.

93 European Convention on Human Rights s. 46.

94 https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_Instrument_TUR.pdf (Date Accessed: 20.03.2021).

The ECHR, in which the decisions of the Court are binding on the Contracting States, is stated in a manner that avoids doubts and distortions under Article 46 of the Convention.[95] Being a state party to the Convention requires recognizing the compulsory jurisdiction of the Court and taking the corrective measures required by the violation decisions made as a result of the exercise of this judicial power.[96] The ECHR system is based on goodwill and confidence that the decisions of the ECtHR are not open to discussion for the states that have been violated and that the necessary measures will be taken to fulfill the necessary measures.[97] The state party that fails to comply with the judgments of the Court becomes a state that resists acting in violation of human rights.[98] If this situation persists, its membership may be suspended by the Committee of Ministers of the Council of Europe and requested to withdraw from the Council, under Article 8 of the Council of Europe Statute on the protection of human rights.[99] If the party concerned does not comply with this request, the Committee of Ministers may decide the state party's membership has ended in the Council.[100] With the Constitutional amendments adopted by the Referendum dated 12 September 2010 and the law numbered 5982, an individual application to the Turkish Constitutional Court was opened in 2012 in terms of fundamental rights that are common only in the ECHR and the Constitution of the Republic of Turkey (1982) to protect. In addition, the only human rights convention that the Constitution directly refers to is the ECHR.[101] However, 3742 of the applications against Turkey to the ECtHR between 1959 and 2020 have been concluded and 387 were the right to freedom of expression.[102]

2. European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Turkey's approach to Freedom of the Press in Turkey

Mass communication has a great impact on many different and important areas of social life, such as the formation and regulation of public

---

95 https://insanhaklariokulu.org/calisma-metinleri-no-24/ (Date Accessed: 20.03.2021).

96 Ibid.

97 Ibid.

98 YÜZBAŞIOĞLU, p. 222.

99 Ibid.

100 Ibid.

101 https://insanhaklariokulu.org/calisma-metinleri-no-24/ (Date Accessed: 20.03.2021).

102 https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf (Date Accessed: 26.03.2021).

opinion, the determination of interstate relations and the execution of foreign policy, and meeting the entertainment needs of the people. For this reason, the fact that freedom of expression is guaranteed through mass media should be considered the basic criterion of a democratic, modern state of the law today.[103] The Constitutional Court of Turkey indicated that the press is one of the mass media, but it is specially protected by separating it from other mass media.[104] Freedom of the press includes the right to express and interpret thoughts and opinions, to publish and distribute information, news, and criticism, through media such as newspapers, magazines, and books.[105] Freedom of the press ensures the transmission and circulation of thought and informs the individual and society.[106] Expressing opinions by all means, including those opposed to the majority, providing stakeholders for the expressed opinion, realizing the idea, and convincing it to be realized are among the requirements of a pluralist democratic order.[107] In this respect, freedom of expression and dissemination of thought, and freedom of the press are vital for the functioning of democracy.[108] In a democratic system, the actions and transactions of the state should be under the control of the press and the public as well as the judicial and administrative authorities.[109] Written, audio or visual media ensures the healthy functioning of democracy and the self-realization of individuals by subjecting the political decisions, actions, and omissions of organs that use public power to strict control and facilitate the participation of citizens in decision-making processes.[110]

Restrictions on freedom of expression and freedom of the press in Turkey are made within the framework of the criteria in Articles 13, 26, and 28 of the Constitution of the Republic of Turkey (1982). As long as the restriction on freedom of expression and freedom of the press does not comply with the conditions outlined in Article 13 of the Constitution of the Republic of Turkey, it will constitute a violation of Articles 26 and 28 of the

---

[103] TEZCAN, p. 614.

[104] Ibid.

[105] E. 2013/1461, KT., 12/11/2014, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1461?KelimeAra%5B0%5D=ya&page=704.

[106] Ibid.

[107] Ibid.

[108] Ibid.

[109] E. 2013/409, KT. 25/6/2014, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/409?Dil=tr.

[110] Ibid.

Constitution. Article 26 of the Constitution of the Republic of Turkey is a regulation in line with Article 10 of ECHR. Article 10 of the ECHR protects not only the content of thoughts and opinions, but also the way they are conveyed.[111] Nevertheless, journalists, writers, politicians, and human rights activists are prosecuted following the Turkish Penal Code and the Anti-Terror Law for their statements shared through the press, and in this context, violations take place. In particular, the allegation that the offense of insulting the President, which is regulated in the Turkish Penal Code, is committed, causes a violation of the freedom of press and expression in Turkey. However, the limits of permissible criticism are wider about the Government than concerning a private citizen, or even a politician. Under a democratic system, the Government's actions or omissions must be scrutinized not only by the authorities of the legislature and the judiciary but also by the press and public opinion. The Government is in a dominant position because it is the one with the most power. The Government must show restraint when using criminal proceedings because other options are available to respond to these attacks.[112] As the ECtHR noted, the actions and behavior of politicians are inevitably and consciously subject to strict scrutiny by citizens as well as journalists. A politician should be more tolerant, especially when he makes public speeches that may lead to criticism.[113] The ECtHR protects freedom of expression for politicians more broadly.[114] Bekir Coşkun is a journalist who was sentenced to prison for insulting deputies for his words in an article he wrote in a newspaper. In this case, the Constitutional Court of Turkey stated that the expression of dissenting opinions, by all means, provides stakeholders for the expressed thought, and efforts to persuade others to realize and realize the idea is among the requirements of a pluralist democratic order. In this respect, the Court stated that freedom of expression and dissemination of thought, and freedom of the press are of vital importance for the functioning of democracy.[115] However, the limits of acceptable criticism are accordingly wider as regards a politician as such

---

[111] E. 2013/7363, KT. 16/4/2015, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/7363.

[112] Castells v. Spain, Appl. No. 11798/85, 23 April 1992, § 46.

[113] https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22artun%20g%C3%BCvener%22],%22display%22:[2],%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-125885%22]} (Date Accessed: 08.11.2021).

[114] Gerger v. Turkey, Appl. No. 24919/94, 8 July 1999, § 48.

[115] E. 2014/12151, KT. 4/6/2015, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/12151.

than as regards a private individual because a politician is a public figure and as such, they are open to more criticism.[116] Indeed, the ECtHR, in the case of *Vedat Şorli v. Turkey* stated that the offense of insulting the president of Turkey, regulated in the Turkish penal code, did not comply with the spirit of the Convention.[117]

The freedom of the press allows everyone to participate in the free political discussion that is at the heart of the democratic society notion.[118] Ensuring social and political pluralism depends on the peaceful and free expression of all kinds of thoughts.[119] Therefore, the ECtHR indicates that detention orders directly related to journalistic activities constitute breaches of the right to free expression.[120] The Court further emphasizes that the recurrent criminal prosecutions against newspaper and magazine owners, publishers, and editorial staff may have the chilling effect of partially censuring press professionals and limiting their ability openly to voice an opinion that has a place in the public discourse.[121] The Constitutional Court of Turkey underlined that journalist' imprisonment could have had a chilling effect on freedom of expression and freedom of the press because it was not based on any concrete evidence other than his writings and opinions.[122] Such an arrest is not a necessary and proportionate interference in a democratic society.[123] In an individual application to the Constitutional Court of Turkey, it was concluded that the applicant, who was at the scene to report on a demonstration, was prevented by the police and used physical force on him, thereby interfering with the applicant's freedom of expression and press.[124]

To the comparative analysis of the ECHR and the Constitutional Court of Turkey, there are considerable differences between the ECHR and Turkey regarding the legal regulation of press freedom and freedom of expression.

---

[116] Lingens v. Austria, Appl No. 9815/82, 8 July 1986, § 42.

[117] https://bianet.org/bianet/insan-haklari/252037-aihm-in-ilk-cumhurbaskanina-hakaret-kararindan-ihlal-cikti (Date Accessed: 08.11.2021).

[118] Sabuncu and Others v. Turkey, Appl. No 23199/17, 10 November 2020, § 219.

[119] E. 2014/12151, KT. 4/6/2015, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/12151.

[120] https://www.dw.com/tr/sabuncu-aihm-siyasi-k%C3%B6rl%C3%BCk-yapt%C4%B1/a-55555774 (Date Accessed: 22 March 2021).

[121] Ali Gürbüz v. Turkey, Appl. No 52497/08, 12 March 2019, § 77.

[122] Mehmet Hasan Altan v. Turkey, Appl. No 13237/17, 20/03/2018, § 38.

[123] Ibid.

[124] E. 2016/10643, KT. 8/6/2021, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/10643.

The Constitution Court of Turkey limits freedom of expression and freedom of the press broader than the ECHR. The Constitutional Court of Turkey has ruled extensive restrictions on these rights especially based on national security, territorial integrity, or for the protection of the reputation or rights of others. Freedom of expression is subject to certain restrictions, which must be properly defined, and the need for such limits must be convincingly shown.[125] Furthermore, a recurring theme in the Court's case law is the need of a freedom of press in supporting the smooth functioning of a democratic society.[126] Regarding freedom of expression and freedom of the press, Turkey has legal regulations not only in the Constitution of the Republic of Turkey (1982) but also in the Turkish Press Code and Turkish Penal Code, Turkish Anti-Terror Law. However, as demonstrated above, the provisions and restrictions regarding the Turkish domestic law on freedom of the press are not sufficiently free and respectful for the development of human rights as the ECtHR case law and the ECHR provisions have. Therefore, the number of individual applications to the ECtHR from Turkey has not decreased sufficiently.

In the light of the information given above, in a democratic society, according to the ECtHR, interference with rights or freedoms must be made only in response to a compelling social need, and there should be a proportionate relationship between the legitimate aim to be achieved. Because legal regulations and sanctions change according to the State's political agenda, disputes on freedom of expression and freedom of the press have not decreased in Turkey. Therefore, the Constitutional Court of Turkey could not create a constant attitude when deciding on its case law. In this way, human rights violations and the importance of the press are discussed in Turkey every time. With the recognition of the individual application to the Constitutional Court of Turkey, the State targeted to be more respectful to human rights and democratic state's necessities. Looking to the last case law of the Constitutional Court of Turkey, the Court started to emphasize the importance of democracy and freedom of expression through the press by mentioning the ECtHR's approach on freedom of expression. In this way, the Court's judgments started to be more compatible with international human rights and freedoms. However, many journalists are still convicted

---

[125] Pedersen and Baadsgaard v. Denmark, Appl. No 49017/99, 19.6.2003 § 71.

[126] Ibid.

and exposed to attacks, threats, and defamation in Turkey. As a result, it can be understood that legal regulations should be reformulated to be more democratic and open to the different points of view of freedom of expression by the State. Secondly, when the Constitutional Court of Turkey decides on individual applications, the ECtHR should take more into account. The Court should favor a tolerant and libertarian approach to the press freedom of the ECtHR. In this way, individual application numbers to the ECtHR may reduce through individual application to the Constitutional Court of Turkey, and Turkey may achieve to be more democratic without the interference of the international arena.

CONCLUSION

Freedom of expression and freedom of the press plays a significant role in the enjoyment and development of human rights for all members of society. Freedom of the press is one of the main debates that Turkey deals with in the Turkish political process every time. It is a very controversial issue and the issue has kept its popularity termly. However, the Constitution of the Republic of Turkey (1982), Turkish Press Law, Turkish Penal Code, and Anti-Terror Law have provisions relating to the freedom of expression and press freedom. It is also a considerable development for Turkey that, although the ECHR has not given any privilege to press freedom directly, Turkey provided additional protections in its domestic law through these regulations. However, violations of freedom of the press have been increasing day by day in Turkey, especially for people who are journalists, politicians, authors, and so on. Indeed, although freedom of the press has been a right in our law since the Ottoman-Turkish constitutional past, it still has not had sufficient guarantees. In international law, this freedom is a condition sine qua non for a democratic society, and it is regulated both in many international and regional human rights documents, such as the UDHR, ICCPR, ECHR.

Although the importance of o freedom of expression and freedom of the press is emphasized in many cases of the ECtHR regarding Article 10 of the Convention, the violations of Turkey have not decreased, especially based on the restriction of national security and territorial integrity, and the protection of the reputation or rights of others. Nonetheless, the Court indicates that the reasons for restricting freedom of the press are not proportional in Turkey in general. The ECtHR also stressed that Turkey

should be more tolerant of criticisms against the government and its practices. However, Turkish political authorities draw attention to the fact that arrested journalists are tried by an independent judiciary for crimes unrelated to the profession of journalism. Even so, Turkey is one of the countries with the most violations of freedom of expression under Article 10 of the Convention. Investigations against journalists are often based on terrorism-related issues or insulting the politicians. Especially the developments after the 2016 coup attempt and the numerous applications for violations of rights made to the ECtHR in this context have made the issue even more important in recent years.[127] Turkey, which is far ahead of other Council of Europe countries in terms of violation of freedom of expression, has become the country with the highest number of violations of freedom of expression in 2019, after 2017 and 2018, according to ECtHR data.[128] In Turkey's adventure of freedom of the press, it can be seen in retrospect, Turkey's freedom of the press has been stated to be partially free in some processes, and not free in some processes between 2010 and 2014.[129] In 2017, according to the Freedom House Reports as Turkey's freedom of the press was recognized as not free. Turkey should take steps to increase its reputation in the international arena for freedom of the press.[130]

In Turkey, interference with freedom of expression and freedom of the press takes place in all areas of the press. Social media users, journalists, authors, politicians and human rights activists face sanctions targeting freedom of expression and freedom of the press, especially in parallel with the political situation in Turkey. As a requirement of pluralism, although every segment of society has the freedom to express their thoughts freely through the press, many people deprive themselves of this right and apply a kind of self-censorship. The most important reason for this, as stated in Freedom House data, is the limitation of freedom of the press in Turkey in recent years and the decrease in society's trust in the rule of law, executive, legislative and judicial organs. Even if individuals who are aware of the

---

[127] https://expressioninterrupted.com/tr/ifade-ozgurlugu-ve-turkiye-aihm-kararlarinin-uygulanmasi-raporumuz-yayimlandi/, 2020, (Date Accessed 07.11.2021).

[128] Ibid.

[129] <https://freedomhouse.org/report/freedom-press/2015/turkey> (Date Accessed: 8 September 2017).

[130] <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2017/turkey> (Date Accessed: 8 September 2017).

right to seek justice somehow bring these violations to the ECtHR and issue a decision of violation in Turkey, the psychology of being a minority in the society causes individuals to prefer self-censorship instead of exercising their rights. More importantly, when it comes to political and public news and debates that affect public opinion, freedom of expression and freedom of the press should be interpreted to provide freedom further. In order to regain the right to freedom of the press as it should be in Turkey, first of all, the conditions of the rule of law and democratic state must be fulfilled. For this, legal regulations should be aligned with the case-law of the ECtHR, monopolization of the press should be prevented and all political parties should be given the right to make propaganda on state television channels at the same time during the election periods. As a matter of fact, due to the importance of the press in public life and the place of pluralistic thought in society, the state can take measures to prevent monopolization in the press. In conclusion, integrating the relevant standards of the ECHR with the Turkish legal system in order to reduce human rights violations in Turkey is essential not only for the right to freedom of the press, but also for all the rights guaranteed in the Convention. Because of social and political polarization, monopolization in the press, political pressure, and legal regulations freedom of the press cannot be used effectively. The Country has been ranked 153th out of 180 countries in the 2021 World Press Freedom Index, and the ranking score has been around 150 for the last seven years. Turkey falls short of fulfilling its international obligations to guarantee fundamental rights regarding freedom of expression and freedom of the press.

ABBREVIATION LIST

CRC : Convention on the Rights of the Child

CRPD : Convention on the Rights of Persons with Disabilities

ECHR : European Convention on Human Rights

ECtHR : European Court of Human Rights

ICCPR : International Covenant on Civil and Political Rights

ICERD : International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination

ICMW : The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families

UDHR : Universal Declaration of Human Rights

BIBLIOGRAPHY

AYBAY Rona, **Uluslararası Yargı**, Alfa, İstanbul, 2013.

BORA TANIL, **İfade Özgürlüğü**, İletişim, İstanbul, 2007.

BYCHAWSKA-SINIARSKA Dominika, **Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe, Strasbourg, 2017.

CARVER Richard, **Freedom of Expression, Media Law and Defamation**, International Press Institute (IPI) Media Legal Defence Initiative (MLDI), United Kingdom, 2015.

COLIVER Sandra, **Press law and practice: a comparative study of press freedom in European and other democracies**, Article 19 for the United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, London, 1993.

DONNA Gomien, **Short guide to the European Convention on Human Rights**, 3edn, Council of Europe, Strasbourg, 2005.

KARAN Ulaş, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta, İstanbul, 2013.

LIPHART Arend, **Demokrasi Modelleri**, (çev. G. Ayas / U.U. Bulsun), İthaki, Istanbul, 2014.

MACOVEI Monica, **Freedom of Expression**, 2edn, Council of Europe, Strasbourg, 2004.

MOECKLI Daniel / SHAH Sangeeta / SIVAKUMARAN Sandesh, **International Human Rights Law**, 2edn, Oxford University Press, Great Britain, 2014.

OETHEIMER Mario, **Freedom of expression in Europe**, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2007.

TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / SANCAKDAR Oğuz, vd., **İnsan Hakları El Kitabı,** 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Beta, İstanbul, 2017.

ERDOĞAN Mustafa, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", **Liberal Düşünce**, S. 24, 2001.

COMPULSORY MEMBERSHIP IN AN ASSOCIATION PRESCRIBED BY LAW FOR THE PRACTICE OF JOURNALISM (ARTS. 13 AND 29 AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS), 1985, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_ing.pdf (Date Accessed 24.03. 2021).

Esastan Bağlayıcı: AİHM Büyük Daire Selahattin Demirtaş Kararı, https://insanhaklariokulu.org/calisma-metinleri-no-24/ (Date Accessed: 20.03.2021).

EU Human Rights Guidelines on Freedom of Expression Online and Offline, 2014, https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/eu_human_rights_guidelines_on_freedom_of_expression_online_and_offline_en.pdf (Date Accessed: 17 July 2017).

Freedom House, 'Turkey' (Country Report 2015), 2015, <https://freedomhouse.org/report/freedom-press/2015/turkey> (Date Accessed: 8 September 2017).

Freedom House, 'Freedom in the World 2017' (Country Report 2017), 2017, <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2017/turkey> (Date Accessed: 8 September 2017).

Freedom in the World 2020, 2020, https://freedomhouse.org/country/turkey/freedom-world/2020 (Erişim Tarihi: 22.02.2021).

Freedom in the World 2021, 2021, https://freedomhouse.org/country/turkey/freedom-world/2021 (Date Accessed: 07.11.2021).

Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights: A Comparison with the Inter-American System of Protection of Human Rights, https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1401&context=hrbrief (Date Accessed: 4 July 2017).

Gerçeği Ortaya Koymak: Türkiye'de Basın Özgürlüğü, https://www.ab.gov.tr/files/haberler/2011/gercegi_ortaya_koymak.pdf (Date Accessed: 27.09.2021).

Human Rights Committee General Comment No. 34, 2011, https://www.refworld.org/docid/4ed34b562.html (Date Accessed 19 January 2021).

ICCPR General Comment 34, 2011, https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf (Date Accessed: 17 July 2017).

İfade Özgürlüğü ve Türkiye: AİHM Kararlarının Uygulanması raporumuz yayımlandı, https://expressioninterrupted.com/tr/ifade-ozgurlugu-ve-turkiye-aihm-kararlarinin-uygulanmasi-raporumuz-yayimlandi/, 2020, (Date Accessed 07.11.2021).

Is Watchdog Journalism Satisfactory Journalism? A Cross-national Study of Public Satisfaction with Political Coverage, (2013), https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/our-research/watchdog-journalism-satisfactory-journalism-cross-national-study-public-satisfaction (Date Accessed: 25 August 2017).

Research Division-Articles 2, 3 And 10 The Safety of Journalists, https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_safety_journalists_ENG.PDF (Date Accessed: 26.03.2021).

Sabuncu: AİHM siyasi körlük yaptı, 2020, https://www.dw.com/tr/sabuncu-aihm-siyasi-k%C3%B6rl%C3%BCk-yapt%C4%B1/a-55555774 (Date Accessed: 22 March 2021).

Secrets, Spies and Whistleblowers: Freedom of Expression in the UK, 2000, https://www.article19.org/data/files/pdfs/publications/secrets-spies-and-whistleblowers.pdf (Date Accessed: 11.10.2021).

The Concept of Democracy and the European Convention on Human Rights, 2017, https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=ubjil (Date Accessed: 30.09.2021).

Violations by Article and by State, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf (Date Accessed: 26.03.2021).

What is the role of free speech in a democratic society? 2011, https://news.uchicago.edu/story/what-role-free-speech-democratic-society' (Date Accessed: 30 June 2017).

2020 World Press Freedom Index, 2020, https://rsf.org/en/ranking (Date Accessed: 22.02.2021).

2021 World Press Freedom Index, 2021, https://rsf.org/en/ranking/2021# (Date Accessed: 22.02.2021).

Ali Gürbüz v. Turkey, Appl. No 52497/08, 12 March 2019.

Castells v. Spain, Appl. No 11798/85, 23 April 1992.

Cumhuriyet Vakfı and Others v. Turkey, Appl. No. 28255/07, 8 October 2013.

De Haes and Gijsels v. Belgium, Appl. No 19983/92, 24 February 1997.

Dilipak v. Turkey, Appl. No 29680/05, 15 September 2015.

Ekin Association v. France, Appl. No 392288/98, 17 July 2001.

Goodwin v. United Kingdom, Appl. No 17488/90, 27 March 1966.

Görmüş and Others v. Turkey, Appl. No 49085/07, 19 January 2016.

Guseva v. Bulgaria, Appl No 6987/07, 17 February 2015.

Lingens v. Austria, Appl. No 9815/82, 8 July 1986.

Mehmet Hasan Altan v. Turkey, Appl. No 13237/17, 20 March 2018.

Morice v. France, Appl No 29369/10, 23 April 2015.

Pedersen and Baadsgaard v. Denmark, Appl. No 49017/99, 19.6.2003.

Sabuncu and Others v. Turkey, Appl. No 23199/17, 10 November 2020.

The Sunday Times v. The United Kingdom (No. 2), Appl. No 13166/87, 26 November 1991.

E. 2013/7666, KT. 10/12/2015, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/7666.

E. 2013/409, KT. 25/6/2014, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/409?Dil=tr.

E.2013/7363, KT.16/4/2015, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/7363.

E. 2014/12151, KT. 4/6/2015, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/12151.

E. 2014/12151, KT. 4/6/2015, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/12151.

E. 2016/10643, KT. 8/6/2021, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/10643.

Karar İncelemesi **GSÜHFD**, 2022; 1: 743-751

INTRODUCTORY NOTE TO IMMUNITIES AND CRIMINAL PROCEEDINGS(*) (EQUATORIAL GUINEA V. FRANCE) (MERITS) (ICJ)

Oğuzhan ÖZTÜRK(**)

Abstract: On 11 December 2020, the International Court of Justice rendered its judgment related to immunities and criminal proceedings. The Court rejected Equatorial Guinea's claims based on the United Nations Convention against Transnational Organized Crime of 15 November 2000 (hereinafter Palermo Convention) and the Optional Protocol to the Vienna Convention on Diplomatic Relations. In the Judgment on preliminary objections, the Court upheld France's objection to jurisdiction over the Palermo Convention; on the other hand, it rejected France's second objection on jurisdiction of the Court under the Optional Protocol Vienna Convention on Diplomatic Relations. The Court struggled with the silence of the Vienna Convention on Diplomatic Relations on how to determine the "mission of premises," which leads the Court to consider its judgment based on the material proofs instead of interpreting article 1(i) of the Convention.

Keywords: ICJ, Immunities and Criminal Proceedings, Immunities, Vienna Convention on Diplomatic Relations, United Nations Convention Against Transnational Organized Crime.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 17.03.2022 - Makale Kabul Tarihi: 11.04.2022.

(**) Intern at the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court; Attorney-at-law, Sakarya Bar Association; Public International Law (L.L.M.) 2021, University of Amsterdam; Scholarship holder of the Turkish Ministry of National Education
(ORCID no: 0000-0002-7585-521X; *oguzhan_ozturk@yahoo.com*). I would like to thank anonymous reviewers for their constructive comments on the draft.

ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN DOKUNULMAZLIKLAR VE CEZAİ İŞLEMLER (EKVATOR GİNESİ V. FRANSA) KARARI İNCELEMESİ

Öz: Uluslararası Adalet Divanı 11 Aralık 20220 tarihinde dokunulmazlıklar ve ceza muhakemesi işlemleri hakkındaki kararını açıkladı. Divan, Ekvator Ginesi'nin Birleşmiş Milletler Sınır Aşan Organize Suçlarla Mücadele Sözleşmesi ve Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin Ek Protokolüne dayanan iddialarını reddetti. Divan, öninceleme safhasında iken Fransa'nın, Palermo Sözleşmesi'nden kaynaklı yargılama yetkisine itirazını onaylarken, Viyana Konvansiyonu Ek Protokolünden kaynaklı yargılama yetkisine itirazını reddetti. Ayrıca Divan, Diplomatik İlişkiler hakkındaki Viyana Konvansiyonu'nun 'misyon binaları' kavramının belirlenmesine dair açık bir hüküm içermemesi nedeniyle karar vermekte zorlandı, bu durum Divan'ı kararında Konvansiyonun 1(i) maddesini yorumlaması yerine maddi delilleri değerlendirmeye yönlendirdi.

Anahtar Kelimeler: UAD, Dokunulmazlıklar ve Cezai İşlemler, Dokunulmazlıklar, Diplomatik İlişkiler hakkında Viyana Konvansiyonu, Birleşmiş Milletler Sınır Aşan Organize Suçlarla Mücadele Sözleşmesi

I. BACKGROUND

On 2 December 2008, Transparency International France filed a complaint to the French judicial authorities against Mr. Teodoro Nguema Obiang Mangue, the son of the President of Equatorial Guinea and the Minister of Agriculture of Equatorial Guinea at that date.[1] In 2010, the French judicial authorities found those claims admissible. They opened an investigation regarding the claims that were based on economic offenses, such as money laundering, misuse of corporate assets, etc.[2] The common point between the Case and this criminal proceeding is the building located at 42 Avenue Foch in Paris. Due to criminal proceedings, the French judicial authorities ordered to search the building and

---

[1] Case Concerning *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v France) (Merits) (ICJ)* [11 December 2020] (hereinafter the Judgment), at para 26. Also see, GRANDAUBERT Victor, "Executing on State Property in Criminal Proceedings: Rethinking International Immunities in Light of the Dispute between Equatorial Guinea and France" Rev. BDI, 2017/2, 2017, p. 513-545.

[2] Ibid.

seized some belongings of Mr. Teodoro Nguema Obiang Mangue on 28 September 2011, and on 3 October 2011, the luxury vehicles of Mr. Teodoro Nguema Obiang Mangue were seized by a French Court's decision.[3] On 4 October 2011, Equatorial Guinea sent its first Note Verbale to the French Ministry of Foreign and European Affairs (hereinafter the French Ministry of Foreign Affairs), stating that "[t]he Embassy ... has for a number of years had at its disposal a building located at 42 Avenue Foch, Paris (16th arr.), which it uses for the performance of the functions of its diplomatic mission."[4] The French Ministry of Foreign Affairs stated that the building did not become part of Equatorial Guinea's diplomatic mission, and it is within the private domain, and it is subject to ordinary law.[5] Then, both parties had continued the communication related to the same situation. On 27 July 2012, Equatorial Guinea sent another Note Verbale to the French Ministry of Foreign Affairs, and stated that "as from Friday 27 July 2012, the Embassy's offices are located at 42 Avenue Foch, Paris (16th arr.), a building which it is henceforth using for the performance of the functions of its diplomatic mission in France."[6] Lastly, the criminal proceedings against Mr. Teodoro Nguema Obiang Mangue are still ongoing in France.[7]

II. JUDGMENT

The International Court of Justice (hereinafter the Court) rendered its judgment by examining two-fold. Firstly, how to determine the status of the "premises of the mission" under the Vienna Convention on Diplomatic Relations (hereinafter the Vienna Convention or the Convention), and secondly, what is the status of the building located at 42 Avenue Foch in Paris?

1. Determination of the status of the "premises of the mission" under the Vienna Convention

The Court stated that it had to determine this question within the meaning of Article 1(i) of the Vienna Convention.[8] Nevertheless, as noted prior, the

---

[3] Judgment at para 27.

[4] Judgment at para 27.

[5] Ibid.

[6] Judgment at para 32.

[7] Judgment at para 37-8.

[8] Judgment at para 41.

provisions of the Convention offer little help to do this determination.[9] Therefore, the Court had tried to interpret meaningful implications from the object, purposes, and preamble of the Vienna Convention.[10] As stated in Article 2 of the Convention, diplomatic relations are established on mutual consent. Thus, the Court noted that in light of the Convention, a sending State could not force its choice for mission premises against the receiving State's will because it would "not be consistent with the friendly relations among nations."[11] On the one hand, the Court pointed out that compared to the "persona non grata" mechanism for people, there is no mechanism for premises, which is why the Court did not agree the Equatorial Guinea's argument. Based on this argument, the sending State could have unilaterally declared its choice on designation because the receiving State had no choice but agree with that declaration due to Article 22 of the Convention.[12] On the other hand, the Court agreed France's argument that the Convention contains "two cumulative conditions": first, that the receiving State does not expressly object to the granting of "diplomatic status" to the building in question, and, secondly, that the building is "actually assigned" for the purposes of the diplomatic mission."[13] Also, France gave some States' practices as precedents, respectively Germany, South Africa, and Brazil.[14]

However, it has to be expressed that this interpretation is contrary to some scholarly opinion; on the one hand, Eileen Denza mentions that "Article 1(i) of the Convention does not require a sending State to seek the approval of the receiving State before acquiring property for use as premises of its mission."[15] On the other hand, regarding mutual consent, James Crawford states that "The mutual consent involved may be expressed quite informally."[16] Also, Ivor Roberts notes that "neither the sending or receiving

---

[9] Judgment at para 62.

[10] Judgment at para 66.

[11] Judgment at para 67.

[12] Judgment at para 65.

[13] Judgment at para 52.

[14] Judgment at para 69.

[15] DENZA Eileen, "Definitions", in DENZA Eileen (ed), **Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations**, 4th edn, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 16. Also see, AHMAD Nehaluddin et al., "Abuse of Diplomatic Immunities and Its Consequences Under the Vienna Convention: A Critical Study" Transnational aw & Contemporary Problems, V: 30/2, 2021, p. 165-190.

[16] CRAWFORD James, **Brownlie's Principles of Public International Law**, 9th edn, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 382; D'ASPREMONT Jean, "Premises of Diplomatic Missions", in PETERS Anna, **Max Planck Encyclopedias of International Law**, Oxford University Press, Oxford, 2009, para 16.

State has a right unilaterally to identify specific buildings as embassy premises."[17]

Then, the Court examined the Vienna Convention's preparatory work to interpret Article 1(i) of the Convention, but it was not decisive.[18] After that, the Court applied customary interpretative process that states that a receiving State may object to the choice of the sending State's mission premises, but this objection has to "be exercised reasonably and in good faith,"[19] and stated that the objection should be communicated in a timely manner and neither arbitrary nor discriminatory in character.[20]

2. The Status of the Building at 42 Avenue Foch in Paris

At this point, the Court examined the objection of France, then considered the status of the building based on the above-mentioned requirements. Even though "judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations" are sources of international law,[21] the Court rendered its judgment relied on material proofs, such as "On the same date, paper signs were put up at the building marked."[22]

On 11 October 2011 and 6 August 2012, both parties of the Case continued to assert their claims via Note Verbales. Therefore, the Court determined that "France consistently expressed its objection to the designation of the building at 42 Avenue Foch in Paris as part of the premises of Equatorial Guinea's diplomatic mission."[23] Thus, France met one of the objection requirements. Further, during the foregoing Note Verbale process, "France promptly communicated its objection," which is why the Court noted that France met the time requirement.[24] Then, the Court

---

[17] ROBERTS Ivor, **Satow's Diplomatic Practice**, 7th edn, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 232. Also see, DUQUET Sanderjin, WOUTERS Jan, "Diplomatic and Consular Relations", in CHESTERMAN Simon et al., **The Handbook of United Nations Treaties**, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 580.

[18] Judgment at para 70.

[19] Judgment at para 73.

[20] Ibid.

[21] The Statute of the International Court of Justice, Article 38(4).

[22] Judgment at para 78.

[23] Judgment at para 92.

[24] Ibid.

stated that Equatorial Guinea "was aware, or could not have been unaware, on 4 October 2011 that the building had been searched in the context of the ongoing criminal proceedings."[25] Therefore, it concluded that France's objections withstood on reasonable grounds.[26] Moreover, the Court noted that the Vienna Convention does not require co-operation between sending State and receiving State before objection; based on this fact, the Court stated that France was not required to co-operate.[27]

After that, while determining the discrimination claims, the Court examined the evidence presented by Equatorial Guinea, such as four letters sent to that building by the French Ministry of Foreign Affairs and the French Court's order. The Court found that this evidence is not irrelevant but is insufficient. Hence, it rejected this claim, too.[28] Then, the Court noted that Equatorial Guinea already had diplomatic premises in Paris, recognized by France; for this reason, the objections of France "did not prevent Equatorial Guinea from maintaining a diplomatic mission in France."[29] In the end, the Court rejected Equatorial Guinea's claims and rendered that "the building located at 42 Avenue Foch in Paris has never acquired the status of "premises of the mission" of the Republic of Equatorial Guinea in the French Republic within the meaning of Article 1(i) of the Vienna Convention on Diplomatic Relations."[30]

III. CONCLUDING REMARKS

The Judgment was rendered on split votes, nine against seven, which is why the Judgment may separate the academia because of the Court's way of handling this problem. As rightly stated by Başak Etkin, "The consent requirement and reasonableness test are unsatisfactory, especially because they're trying to solve a non-issue."[31] Especially as dissenting judges indicated that the Court could have focused on the term "use" instead of

---

[25] Judgment at para 109.

[26] Judgment at para 109-10.

[27] Judgment at para 111.

[28] Judgment at para 114-5.

[29] Judgment at para 116.

[30] Judgment at para 126.

[31] ETKİN Başak, "An Analysis of the ICJ's Judgment on the Merits of the Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France) Case: All for nothing?" EJIL:Talk!, available at https://www.ejiltalk.org/an-analysis-of-the-icjs-judgment-on-the-merits-of-the-immunities-and-criminal-proceedings-equatorial-guinea-v-france-case-all-for-nothing/ (last accessed date 28.03.2022).

saying that article 1(i) of the Convention is unhelpful.[32] According to this approach, Judge Yusuf (President at the time) noted that the Court should have determined that Equatorial Guinea met the conditions to designate its "premises of mission" from 27 July 2012 because using that building as a diplomatic premise was stated via Note Verbale by Equatorial Guinea. Besides that, Judge Yusuf criticized the majority because he said that the Court's Judgment added a new requirement to the determination of the "premises of the mission," which was unnecessary since it "is not based on any of the sources of international law."[33] Another significant critique was made by Judge Xue (Vice-President at the time), who expressed that the Judgment also should have been focused on the criminal proceedings and the immunity of the building, whether than only on the building's status.[34] The last point was indicated by Judge Gaja, who stated that "Equatorial Guinea failed to substantiate any claim that these obligations have been violated by France."[35] According to Judge Gaja, Equatorial Guinea could have claimed that France was bound by Article 22 of the VCDR, and France violated it based on the 27 July 2012 dated Note Verbale.[36] Briefly, dissenting opinion-wrote judges noted that notification of the sending State to the receiving State should be enough to recognize that premises as the 'premises of mission'.

In conclusion, this Judgment has been a disappointment because the situation could have been an opportunity for the Court to explain how to determine the 'premises of mission.' Besides, it needs to be expressed that based on Article 31 paragraph 1 of the Vienna Convention on the Law of Treaties; the Court should have interpreted the meaning of premises of mission "in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose." Article 1(i) of the VCDR contains nothing but "used for the purposes of the mission;" the term "use" should have been the main focus of the examination in order to examine whether the building is considered within the "premises of the mission." Also, it begs the question of why the

---

[32] See, Dissenting Opinion of Judge Gaja at para 3; Dissenting Opinion of Judge Bhandari at para 33-60.

[33] Dissenting Opinion of President Yusuf at para 28.

[34] Dissenting Opinion of Vice-President Xue at para 1.

[35] Dissenting Opinion of Judge Gaja at para 14.

[36] Ibid.

Court just focused on the material proofs, mainly Note Verbales, to render its Judgment rather than other international law sources, such as "the general principles of law recognized by civilized nations," "judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations."[37] Last but not least, since the building's status became controversial related to criminal proceedings, the Court should not have remained silent on this issue. The Court should have examined the judicial immunity of Mr. Teodoro Nguema Obiang Mangue; had it done so, the outcome of the judgment could have changed totally. Based on all of these reasons, this Judgment has been disappointing; as mentioned prior, it was given split votes, and it has to be expressed that the Court would possibly change its attitude in later cases.

[37] The Statute (n 21) Article 38(3), (4).

REFERENCES

Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France) (Merits) (ICJ) 2020

The Statute of the International Court of Justice

DENZA Eileen (ed), **Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations**, 4th edn, Oxford University Press, Oxford, 2016

CRAWFORD James, **Brownlie's Principles of Public International Law**, 9th edn, Oxford University Press, Oxford, 2019

PETERS Anna, **Max Planck Encyclopedias of International Law**, Oxford University Press, Oxford, 2009

ROBERTS Ivor, **Satow's Diplomatic Practice**, 7th edn, Oxford University Press, Oxford, 2016.

ETKİN Başak, "An Analysis of the ICJ's Judgment on the Merits of the Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France) Case: All for nothing?" EJIL:Talk!, available at https://www.ejiltalk.org/an-analysis-of-the-icjs-judgment-on-the-merits-of-the-immunities-and-criminal-proceedings-equatorial-guinea-v-france-case-all-for-nothing/

GRANDAUBERT Victor, "Executing on State Property in Criminal Proceedings: Rethinking International Immunities in Light of the Dispute between Equatorial Guinea and France" Rev. BDI, 2017/2, 2017, p. 513-545.

AHMAD Nehaluddin et al., "Abuse of Diplomatic Immunities and Its Consequences Under the Vienna Convention: A Critical Study" Transnational aw & Contemporary Problems, V: 30/2, 2021, p. 165-190.

DUQUET Sanderjin, WOUTERS Jan, "Diplomatic and Consular Relations", in CHESTERMAN Simon et al., **The Handbook of United Nations Treaties**, Oxford University Press, Oxford, 2019.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 753-815

ÇOKKÜLTÜRLÜ TOPLUMLARDA YURTTAŞLIK TEORİLERİ: LİBERAL ULUSÇULUK, TANINMA POLİTİKASI VE ANAYASAL YURTSEVERLİK(*)

Ertuğrul Kaan YILDIRIM(**)

Öz: Yurttaşlık, bir devletin egemenlik yetkisine tâbi olmayı, politik bir toplumun katılımcısı olmayı ve yurttaşlığa özgülenen üyelik haklarının sahibi olmayı güvence altına alan bir kurumdur. Modern ulus-devletlerde yurttaşlığın kolektif kimlik duygusu yaratarak toplumsal ilişkilerde sosyal dayanışmayı sağladığı düşüncesi kabul görmektedir. Fakat ulus-devletlerin kolektif kimlik inşa politikalarının baskıcı karakteri ve küreselleşme, göç gibi sosyal süreçlerin liberal demokratik toplumlarda yarattığı etki dolayısıyla, ayrımcılık yasakları ve farklılıkların tanınması talepleri gündeme gelmektedir. Özellikle 1970'li yıllardan itibaren siyaset ve hukuk felsefesinin güncel ilgi alanlarından birisini çokkültürlülük fenomeni oluşturmaktadır. Bu bakımdan, çeşitli kültür ve kimliklerin taşıyıcısı olan bireylerin aynı politik toplumun üyeleri olarak bir arada yaşamayı nasıl haklılaştırabilecekleri sorusu önem kazanmıştır. Bu çalışma, çokkültürlü yurttaşlık teorilerine hukuk ve devlet kuramı açısından betimleyici bir perspektif sunmayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda, ilk olarak, yurttaşlık kurumu sosyolojik, hukuki, politik veçheleriyle kısaca tahlil edilecek ve modern yurttaşlık anlayışları açıklanacaktır. Daha sonra, çokkültürlülük tartışmasına değinilecek ve çokkültürlülük karşısında liberal yurttaşlığın önerdiği argümanlar gözden geçirilecektir. Bunun ardından, Will Kymlicka'nın liberal çokkültürlü yurttaşlık teorisi ve Charles Taylor'ın tanınma politikası açıklanacaktır. Son bölümde, Jürgen Habermas tarafından formüle edilen anayasal yurtseverlik teorisinin liberal yurttaşlığa sunduğu alternatifler tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yurttaşlık, Çokkültürlülük, Liberal Yurttaşlık, Tanınma Politikası, Anayasal Yurtseverlik.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 05.02.2022 - Makale Kabul Tarihi: 20.12.2021.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Kamu Hukuku, Yüksek Lisans Öğrencisi
(ORCID no: 0000-0003-0859-3851; *ertugrulkaan.yildirim@gmail.com*).

CITIZENSHIP THEORIES IN MULTICULTURAL SOCIETIES: LIBERAL NATIONALISM, POLITICS OF RECOGNITION AND CONSTITUTIONAL PATRIOTISM

Abstract: Citizenship is an institution that ensures to subject to a sovereign state, participate in a political community and possess membership rights. In modern nation-states, it is widely accepted that the idea of citizenship provides social solidarity through creating a sense of collective identity. However, because of oppressive character of collective identity-building policies in nation-states, and also social processes in liberal democracies like globalization and immigration, the prohibition of discrimination and recognition demands of diversities have been come to the fore. The phenomenon of multiculturalism has become one of the recent interests of political and legal philosophy, especially since the 1970s. This study aims to provide a descriptive framework for the multicultural citizenship theories with respect to legal and state theory. In this regard, firstly, the institution of citizenship will be analyzed briefly in terms of sociological, legal, political aspects, and the modern conceptions of citizenship will be expressed. Then, the debate of multiculturalism and the arguments of liberal citizenship about multiculturalism will be reviewed. Thereafter, Will Kymlicka's liberal multicultural citizenship theory and Charles Taylor's politics of recognition will be explained. In the last section, the alternatives offered to liberal citizenship by Jürgen Habermas's theory of constitutional patriotism will be discussed.

Keywords: Citizenship, Multiculturalism, Liberal Citizenship, Politics of Recognition, Constitutional Patriotism.

GİRİŞ

Yurttaşlık, birey ile devlet arasındaki temel hukuki-politik ilişki biçimlerinden birisini ifade etmektedir. Yurttaş olmak, politik bir toplumun katılımcısı olmak anlamını taşıdığı gibi, yurttaşlık statüsünün içerisine dahil edilmek yurttaşlığa özgülenen birtakım haklara sahip olmayı ve ödevlerle yükümlü kılınmayı güvence altına almaktadır. Yurttaşlık, politik ve sivil toplumun üyeleri olan kişiler arasındaki ilişki biçimini de açığa çıkarır. Modern toplumlarda yurttaşlık bağı sosyal dayanışmanın ve işbirliğinin sağlanması, toplumsal çatışmaların yumuşatılması bakımından önem arz etmektedir. Bu bağlamda, bir devletin tâbiyetinde bulunmak ve kimi ortak hedef veya amaçlara yönelen bir toplumun eşit ve özgür üyesi olmak, kolektif kimlik açısından tartışma konusu oluşturmaktadır. Ulus-devlet yapısı içeri-

sinde kimliğin nasıl inşa edildiği, farklı kimlikler ile egemen kimlik arasında ilişkinin hangi düzeyde kurulduğu, farklı kimliklerin kamusal düzlemde tanınıp tanınamayacağı soruları bu başlık altında toplanabilir.

Tarihsel açıdan yurttaşlık kurumu, belirli bir politik topluluğa üye olmanın getirdiği ayrıcalıklara sahip olmak ile yakından bağlantılıdır. Buna göre, politik toplumun üyeleri, egemen varlık karşısında edindikleri özerklik neticesinde devlet politikalarının ve yasaların belirlenmesinde söz sahibi olacak, bir arada yaşamaktan kaynaklanan hak ve ödevler üzerinde mutabakata varacak, hukuk kurallarına uymayı taahhüt edeceklerdir.[1] Böylece her yurttaşın eşit ölçüde payını aldığı katılımcı bir politika çerçevesinde yaratılması nedeniyle hukuk kuralları haklılaştırılabilecektir.[2] Ancak yurttaşlığın bu şekilde kavranabilmesi görece homojen toplulukları gerektirmektedir. Özellikle küreselleşme ve çokkültürlülük gibi sosyal süreçlerin etkisiyle birlikte yurttaşlığın karakteri de değişmektedir.[3]

Modern yurttaşlık biçimlerinin ortaya çıkmasında İkinci Dünya Savaşı sonrasında gelişen uluslararası toplumun önemli bir yeri bulunmaktadır. İki dünya savaşı arası dönemde yurttaşlıktan çıkarma pratiklerinin yaygınlaşması, yurttaşlık ile insan hakları arasındaki bağın ne kadar güçlü olduğunu ortaya koymuştur. Bu durumu ilk fark eden düşünürlerden biri olan Hannah Arendt, temel insan haklarını kullanabilmenin ancak politik bir topluluğa üye olmak ile mümkün olduğuna dikkat çekmiştir.[4] Savaş sonrası dönemde yurttaşlık kurumu esaslı bir değişikliğe uğramış ve "bir ulusa aidiyet" kurumsallaştırması yerini daha evrenselci bir yurttaşlık anlayışına bırakmıştır. Buna göre, savaş öncesi dönemde ulusal haklar olarak ifade edilen haklar

---

1 BELLAMY, Richard, **Citizenship. A Very Short Introduction**, Oxford University Press, New York, 2008, s. 2; BAUMAN, Zygmunt: **Sosyolojik Düşünmek**, (çev. Abdullah Yılmaz), 16.bası, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017, s. 203.

2 Yurttaşlık kurumuna ilişkin bu yorumun kökeni modern demokrasi teorisyenlerinden Alexis de Tocqueville ve Jean Jacques Rousseau'ya kadar uzanmaktadır. Tocqueville, halkın yönetimi idealine dayanan demokratik devrimler neticesinde artık her yurttaşın yasaları kendi eseriymiş gibi göreceğini, böylece yasa ve otoriteye bağlılığın meşrulaştırılabileceğini öngörmekteydi. Rousseau da her yurttaşın egemen varlık olan genel iradeden eşit pay alması gerektiğini belirterek yurttaşların ortak kamusal amaçları ile yasanın meşruluğunu birbirine bağlamaktaydı. (TOCQUEVILLE, Alexis de, **Amerika'da Demokrasi**, (çev. Seçkin Sertdemir Özdemir, 2.bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 34-35; ROUSSEAU, Jean Jacques, **The Social Contract**, Ed. Susan Dunn, Yale University Press, New York, 2002, ss. 163-166.

3 BELLAMY, s. 3.

4 ARENDT, Hannah, **Totalitarizmin Kaynakları 2: Emperyalizm**, (çev. Bahadır Sina Şener), 6.bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018, ss. 259-293.

artık bireysellik (*personhood*) üzerinden meşrulaştırılmaktadır. Yasemin Nuhoğlu Soysal'ın "post-ulusal yurttaşlığa geçiş" olarak tanımladığı bu dönemde artık her kişinin, bağlı olduğu toplulukla kurduğu tarihsel ve kültürel bağlarına bakılmaksızın, otorite yapılarına ve kamusal alana katılma hak ve ödevi olduğu düşüncesi egemen olmaya başlamıştır.[5]

Yurttaşlık kurumunun değerlendirilmesinde yaşanan bu köklü değişiklikle birlikte modern demokratik toplumlar açısından temel açmazlardan birisi farklı kültürel yapılardan gelen ve farklı kimlikler taşıyan yurttaşların, aynı politik toplumun içerisinde kalarak kolektif bir kimlik duygusunu nasıl oluşturabilecekleri olmuştur. İyi işleyen bir demokratik toplumda, ulus-devlet şemasında kurulan egemen kolektif kimliğin ön plana çıkartılarak azınlıklar ve muhalifler üzerinde baskı oluşturmaması önem taşır. Bu bağlamda, siyasal iktidarların meşruiyet iddiaları ile kolektif kimlik taleplerinin birbirleriyle çatışmadan yaşayabilmesi gereklidir.[6]

Savaş sonrası dönemde kabul gören yurttaşlık paradigmaları küreselleşme ve göç olgusuyla birlikte yaşamsal bir krize girerken yine bu dönemde çokkültürlülük kavramı tartışılmaya başlanmıştır. Modern demokratik toplumlardaki çeşitlilik sorununun nasıl aşılabileceği, farklılıklar içerisinde yurttaşlık bağı üzerinden bir arada yaşamanın nasıl haklılaştırılabileceği meseleleri gündeme getirilmiştir. Bu doğrultuda, kültürlerin taleplerinin liberalizmle bağdaşmayacağı fikrini reddeden Will Kymlicka, etnik ve kültürel topluluklara çeşitli haklar verilmesi yordamı ile ulusçu söylem ve bireysel özerklik çerçevesinde kalarak soruna çözüm üretmeye çalışır. Charles Taylor, prosedürel hak kuramından ziyade diyalojik kimlik düşüncesinden hareket edip tanınma kavramını öne çıkararak farklılık politikası teorisini geliştirmektedir. Bunun yanı sıra Jürgen Habermas, söylem etiği (*discourse ethics, Diskursethik*) ve müzakereci (*deliberative*) demokrasi teorileri çerçevesinde politik ilkelere bağlılığı yansıtan ve post-ulusalcı bir yurttaşlık anlayışı iddiası taşıyan "anayasal yurtseverlik" (*constitutional patriotism, Verfassungspatriotismus*) kavramını formüle etmiştir.

---

5 NUHOĞLU SOYSAL, Yasemin, **Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe**, Chicago University Press, Chicago, 1994, ss. 1-3.

6 BENHABIB, Seyla, "Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy", **Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political**, Ed. Seyla Benhabib, Princeton University Press, New Jersey, 1996, ss. 67-68.

Bu çalışmada, ilk olarak yurttaşlık kavramı sosyolojik, politik ve hukuki perspektiflerden değerlendirilecek ve modern yurttaşlık anlayışlarına ilişkin sınıflandırmaların üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde, çokkültürlülük kavramı ve çokkültürcülük projeleri üzerine yürütülen tartışmalara değinilecektir. Daha sonra, liberal yurttaşlık genel olarak tanımlanarak çokkültürlü toplumlar bakımından liberal yurttaşlığın hangi paradigmaları önerdiği aktarılacaktır. Çokkültürlü liberal yurttaşlık açısından Will Kymlicka ve Charles Taylor'ın teorileri incelenecektir. Son bölümde, anayasal yurtseverlik tartışılacaktır. İlk olarak, kavramın kısa tarihsel gelişimi ortaya konulacak ve daha sonra Jürgen Habermas'ın formüle ettiği haliyle anayasal yurtseverliğin çokkültürlü toplumlar bakımından sunduğu post-ulusal yurttaşlık anlayışı açıklanacaktır.

I. YURTTAŞLIK

Yurttaşlık, bir ülkede ikamet etmeye ilişkin üyelik haklarına sahip olmayı, ülke topraklarındaki egemen devletin yargı yetkisine tâbi olmayı ve bu egemen devlet içerisinde yönetime katılarak politik toplumun katılımcısı olmayı ifade eden bir kavramdır.[7]

Yurttaşlığın dağıtılması, uluslararası hukukta, her egemen devletin mahfuz yetkisi olarak görülmektedir. Bu bakımdan devletler, yurttaşlığın kazanılması için kimi şartlar ve usuller tayin edebilmektedirler.[8] Yurttaşlığın

---

[7] BENHABIB, Seyla, **Ötekilerin Hakları. Yabancılar, Yerliler, Vatandaşlar**, (çev. Berna Akkıyal), 4.bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018, s. 154.

[8] Her ne kadar yurttaşlığa dahil etme pratiğinin devletlerin egemenlik hakları içerisinde kaldığı söylenmekte ise de bu durum iki dünya savaşının ardından kurulan uluslararası toplumda yeniden değerlendirilmiş ve sınırlı düzeyde bir değişime uğramıştır. İlk olarak 1954 yılında Vatansız/Devletsiz (*Stateless*) Kişilerin Statüsü'ne İlişkin Sözleşme akdedilmiş ve ilk kez "vatansız/devletsiz kişi"nin uluslararası düzeyde hukuki tanımı yapılarak bu kişilerin sahip olduğu haklar belirlenmiştir. Daha sonra, 30 Ağustos 1961 tarihinde Birleşmiş Milletler bünyesinde imzalanan ve Aralık 1975'te yürürlüğe giren Vatansızlık Hallerinin Azaltılmasına Dair Sözleşme (*Convention on the Reduction of Statelessness*)'de her kişinin bir devletin tâbiyetine girerek yurttaşlığa özgülenen hak ve yetkilerden yararlanabilmesi imkanı düzenlenmiş, bu doğrultuda devletlere birtakım yükümlülükler getirilmiştir. *Erga omnes* (herkese karşı ileri sürülebilme) etki gösteren bu Sözleşme ile birlikte taraf devletler, yurttaşlığa ilişkin mahfuz yetkilerini uluslararası hukukun çizdiği sınırlar içinde kullanma taahhüdünde bulunmuşlardır. (GÜNGÖR, Gülin, Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Bazı Hükümlerinin 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Üzerindeki Etkisi", **AÜHFD**, Cilt 63, Sayı 3, 2014, s. 480; THE UN REFUGEE AGENCY, **Vatansız Kişilerin Korunmasına İlişkin El Kitabı**, Cenevre, UNCHR, 2014, s. 3. https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2017/02/handbook_on_protection_of_stateless_persons_tr.pdf (Son Erişim Tarihi: 13.01.2021)

nasıl dağıtıldığı ve hangi ilkeler, statüler üzerinden tarif edildiği hususları bir toplumda geçerli olan demokrasinin karakterini ortaya koymaktadır. Ayrıca, yurttaşların devlete sadakat borcunun olduğu, bunun karşısında devletin de yurttaşlarını koruma yükümlülüğü altına girdiği belirtilmektedir.[9]

Yurttaşlık, modern devletin kurucu unsurlarından birisidir. Her devlet belirli bir insan topluluğu üzerinde egemenlik yetkilerini kullanır. İnsan veya kişiler topluluğu doğal bir birlikteliği ifade etmesine karşın, yurttaşlık ancak bir devletin tanıması halinde mevzu bahis olan hukuki bir bağı ifade eder. Ulus-devletlerde yurttaşın, bir ulus bağı ile özgülenerek kolektif kimliğe dahil edildiği kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, belirli bir ulusa veya halka aidiyet, devletin yurttaşları ile hukuki-politik olarak bağ kurması anlamını taşır.[10] Bir yanıyla yurttaşlık, bir devletin varlığına, dolayısıyla da devletin egemenlik ilkesine bağlıdır. Diğer yandan, politik kararlara katılabilmek için bireylerin yeterli kapasitede olduğunun kabulüne bağlıdır. Her siyasi rejimde güçlerin dağıtımı belirli bir yurttaşlık tanımının içerisinde kalınarak inşa edilmektedir. Ayrıca yurttaşlık, hukuken insana kayıtlar koyar. Kişinin haklarını güvence altına aldığı gibi kişiye bir arada yaşamaktan kaynaklanan ödevler yükler. Böylece toplumda birey düzeyinde sosyal ilişkilerin kurumsallaştırılması sağlanmaktadır.[11]

---

[9] GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 7.bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2015, ss. 158-159. Devlet ile yurttaş arasında karşılıklı borç ilişkinin bulunduğu yaklaşımı sosyal sözleşme teorileri ile yakından ilintilidir. Hatta devlete sadakat borcu düşüncesinden daha da ötede Alman hukukbilimci Günther Jakobs, sözleşme teorisyenlerinin teorilerinde yurttaş-düşman ayrımının bulunduğuna dikkat çeker. Buna göre, suç işleyen bir kimse (ya da "*normatif beklentiler açısından yurttaşlık statüsünü terk etmek hususunda ilkesel bir sapkınlık içinde olan kimse*") toplum hayatına saldırmaktadır ve bu kimse artık yurttaşlık kurumunun korumasından yararlanamamalıdır. Bu durumda birey, sosyal sözleşmenin tarafı olma hak ve statüsünü kaybederek doğa durumuna geri dönmektedir. Yurttaşlığın yitirilmesi ve düşman ceza hukuku tartışmaları için bkz. JAKOBS, Günther, "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku", **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Ed. Yener Ünver, (çev. Mehmet Cemil Ozansü), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, ss. 491-495.

[10] KABOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri**, 9.bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 67.

[11] Etienne Balibar, "Propositions on Citizenship", **Ethics**, No. 98, 1988, s. 723. Fransız yazar Alain Touraine, yurttaşlık ile uyrukluğu birbirinden ayırır. Yazara göre uyrukluk, ulusal devlete aidiyeti imler ve uyrukluk kavramıyla toplumsal ödevlerin yerine getirilerek sosyal dayanışmanın kurulması amaçlanır, burada devletin sivil toplumu soğurması tehlikesi baş göstermektedir. Halbuki yurttaşlık ödev yüklemez, haklar verir. En temel yurttaşlık hakkı da politik yaşama katılmaya ilişkindir. Fransız politik kültüründen hareket eden yazar, birçok ülkede yurttaşlık ve uyrukluğun hukuken birbiriyle bütünleştirildiğini de kabul eder. Krş. TOURAINE, Alain, **Demokrasi Nedir?**, (çev. Olcay Kural), 7.bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2019, s. 104.

1. Sosyolojik Açıdan Yurttaşlığın İncelenmesi

"Yurttaşlık ve Toplumsal Sınıf" *(Citizenship and Social Class*, *1950*) başlıklı çalışmasında yurttaşlığı sosyolojik açıdan inceleyen İngiliz sosyolog T.H. Marshall, 20. yüzyılın ortalarına dek geçen takriben üç yüzyıllık süreçte yurttaşlığın gelişiminin üç unsuru olduğunu öne sürmüştür. Marshall'ın hak odağındaki bu teorisine (*right-focused theory*)[12] göre ilk unsur, bireysel özgürlükleri içerisine alan sivil/medeni (*civil*) haklar düzlemidir. Medeni hakların tanınmasıyla birlikte saygınlık, soy ve zümreye bağlı aristokratik eşitsizlikler yerini modern hukuk devletinin temeli olan yasa önünde eşitlik ilkesine bırakmıştır. Kişi özgürlüğü, ifade özgürlüğü, mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü gibi esasında klasik burjuva haklarını oluşturan bu haklar, tarihsel süreçte mahkemelerde kurumsallaşmıştır.[13] İkinci unsur yurttaşlara politik katılım haklarının tanınmasıdır. Bu haklarla birlikte yurttaşlar, siyasi karar alma süreçlerine etkin bir şekilde dahil edilmektedirler.[14] Böylece

---

[12] JOPPKE, Christian, "Transformation of Citizenship: Status, Rights, Identity" **Citizenship Studies**, Vol. 11, No. 1, 2007, s. 38.

[13] Marshall'ın yurttaşlığın gelişim çizgisini incelediği çalışması öncelikle İngiliz *common law* geleneğindeki anayasal gelişmelerden hareket etmektedir. Bu bağlamda, sivil hak unsurunun kurumsallaşması jüri mahkemeleri sisteminde yargı içtihatlarıyla gerçekleşmiştir. (TURNER, Bryan S., "Citizenship studies: A General Theory", **Citizenship Studies**, Vol. 1, No. 1, 1997, s. 12.) Fakat bu hakların tanınmasında geçerli olan tek yöntem elbette mahkeme sistemi değildir. Ferman usulü anayasacılığın tarihsel bir kavşak niteliği taşıdığı toplumlarda hakların varlığı egemenin sunduğu ihsanlar olarak anlaşılmıştır. Misak anayasalarda egemenin karşısında muhalif bir blok oluşmuş ve siyasi pazarlık, uzlaşı süreciyle haklar kabul edilebilmiştir. Tarihsel açıdan yaygın olarak karşılaşılan ve hakların nispeten daha istikrarlı bir şekilde korunabildiği yöntem ise parlamentolardaki demokratik anayasacılık hareketleri olmuştur. Bu bakımdan, yurttaşlığın medeni hak ve politik hak unsurları arasında pek çok toplum bakımından keskin bir tarihsel ayrımda bulunabilmek mümkün değildir. (GÖZLER, ss. 107-111.)

[14] Bu bağlamda, modernite içerisinde türetilen "aktif-pasif yurttaşlık" ayrımının üzerinde durmak gerekir. Bu kavramsallaştırma ilk kez Fransız Devrimi sonrasında dönemin önde gelen anayasa hukukçularından Emmanuel-Joseph Sieyès tarafından ortaya atılmıştır. Sieyès'e göre, doğal ve medeni haklar o ülkede ikamet eden herkese tanınmalıdır fakat kamusal otoritenin oluşumunda aktif rol almayı sağlayan politik haklar (öncelikle seçme ve seçilme hakkı) sadece yurttaşların bir kısmına tanınmalıdır. Sieyès'in bu düşüncesi döneminin ruhuna uygundur ve Fransa Ulusal Meclisi tarafından kabul görmüştür. 29 Ekim 1789'da çıkartılan kararnameyle, doğrudan vergilendirme olarak üç günlük vergi ödemiş yurttaşlar "aktif yurttaş" kabul edilmiştir. Böylece mülkiyet, aktif yurttaşlığın koşulu kılınmıştır. Wallerstein'ın veciz ifadesiyle, "*eşitsizliğin norm olduğu yerde böyle bir ayrıma ihtiyaç duyulmaz, ancak eşitlik norm haline getirildiğinde artık kimlerin birbiriyle eşit olduğu önem kazanır*" denilebilir. (WALLERSTEIN, Immanuel, "Citizens All? Citizens Some! The Making of the Citizen", **Comparative Studies in Society and History**, Vol. 45, No. 4, 2003, ss. 651-652.)

Aydınlanma düşünürlerinden Immanuel Kant'a göre her birey özgürdür ve yasalar karşısında eşit konumdadır. Bu eşitlik ve özgürlük dolayısıyla her bireyin özerk/otonom yurttaş olma olanağı vardır. Yurttaşlık statüsüne erişebilmenin temel koşulu, kişinin kendisi üzerinde ege-

ikinci unsur da parlamentolarda kurumsallaşmaktadır. Üçüncü unsur olarak Marshall, sosyal haklara yer verir. Sosyal hakların elde edilmesiyle birlikte kapitalist piyasa düzenindeki eşitsizlikler belli ölçüde hafifletilir ve her ülkedeki toplumsal hareketlerin mücadeleleri sayesinde refah devletine doğru adımlar atılır.[15]

Marshall'ın teorisi yurttaşlığı tarihsel ve sosyolojik bakımdan ele alan klasik metinlerden biri haline gelmiştir.[16] Fakat Marshall'ın yurttaşlığı evrimci ve kümülatif bir şekilde değerlendiren bu teorisi birçok açıdan sorunludur. Marshall'ın teorisinde hakların tarihsel evrimi iyimser bir resim içerisinde sunulmaktadır. Halbuki sivil-politik-sosyal hakların tanınması bu haklara ilişkin tüm mücadelelerin başarıya ulaştığı anlamını taşımaz. Yurttaşlık hakları tamamlanmamış bir mücadele alanı olarak değerlendirilmelidir. Marshall'ın teorisinin tamamlanmamış olarak nitelendirilmesi kültürel hak-

menliğinin bulunmasıdır. Kant bu yaklaşımını daha sonrasında geliştirerek toplumun tüm üyelerinin yurttaş olması gerektiğini belirtir, ancak aktif ve pasif yurttaşlar arasında ayrım yapar. Buna göre, toplumun, varlıklarını (ve varlıklarını sürdürmek için gereksinim duydukları şeyleri) başkalarının keyfi iradesine borçlu olmayan üyelerine aktif yurttaşlar denir. Diğer bir anlatımla, aktif yurttaş burjuva özerk erkektir. Pasif yurttaşlar (kadınlar, çocuklar, hizmetçiler, mülksüz kimseler), başkalarının koruması ve yönetimi altında yer alan, yaşamını sürdürebilmek için bir başkasının desteğine muhtaç olan kimselerdir. Aktif yurttaş olabilmek, emeklerinin ürünlerini piyasada meta olarak sunabilme yetisini ve imkanını gerektirir. (ÖZENÇ, Berke, **Hukuk Devleti. Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014, ss. 196-197; KANT, Immanuel, **Metaphysical Elements of Justice: Part I of the Metaphysics of Morals**, (çev. John Ladd), Hackett Publishing, Cambridge, 1999, s. 120, §314.)

15 MARSHALL, T. H., **Citizenship and Social Class**, Plutoss, London, 1992, ss. 10-11. Marshall'ın yurttaşlık teorisinin amacı refah devletini mantıksal bir düzleme oturtmaktır. Buna göre, sivil hakların etkili şekilde korunabilmesi için parlamentoda temsil ve siyasete katılım bir zarurettir. Böylece siyasal demokrasiler doğmuştur. Fakat yeterli ekonomik kaynağa ve dağıtıma sahip olunmadığı yerde siyasi hakların tek başına anlamı olmaz. Sosyal haklar da bu ihtiyacı karşılamak için tanınmıştır ve yurttaşlık tam bir gelişim çizgisine erişmiştir. (HICKS, Alexander/ESPING-ANDERSEN, Gosta, "Refah Devleti ve Kamu Politikası Üzerine Karşılaştırmalı ve Tarihsel Çalışmalar", **Siyaset Sosyolojisi**, ed. Thomas Janoski vd., (çev. Ceren Kuşçuoğlu), 2. bası, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2013, s. 661.)

16 Albert O. Hirschman'a göre, Marshall'ın üç katlı ve üç yüzyılda gelişen teorisi aynı zamanda yurttaşlık haklarına dönük tepkisel (reaksiyoner) düşüncelerin de izleğini sunmaktadır. Hirschman *Gericiliğin Retoriği* eserinde yurttaşlığa dönük üç tepkisel dalgadan söz eder. Yurttaşlığın sivil unsurunun tanınması, yasa önünde eşitliğe ve Fransız Devrimi'ne karşı iç içe geçen tepkilerle (*karşı-devrimci dalga*) anlaşılmalıdır. Hirschman, Edmund Burke'un Fransız Devrimi'ni eleştirmesiyle başlayan tartışmaların bunun örneği olduğunu ifade eder. İkinci tepkisel dalga (*karşı-reformcu dalga*) genel oy hakkının tanınması sürecine ilişkindir. Bu tepkisel hareketlere rengini veren husus, kitle hareketlerinin, parlamentarizmin ve demokratik yönetimin küçük görülmesidir. Üçüncü tepkisel dalga, refah devletine dair koşulların geri çevrilmesini veya reforma uğratılmasını hedeflemektedir. (HIRSCHMAN, Albert O., **Gericiliğin Retoriği**, (çev. Yavuz Alogan), 2.bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 19-23.)

lara ilişkin taleplerin gün yüzüne çıkması nedeniyle de ileri sürülmektedir. Ancak bu eleştiriden çok daha önemlisi, Marshall'ın etnik, ırksal eşitlik ile ilgilenmediği yönündeki saptamadır. Buna göre, Marshall'ın yurttaşlık teorisi, modernleşmeyle ve Aydınlanma düşüncesiyle uyumlu olarak, ulus-devlet yapılarının etnik, kültürel açılardan homojen olduğunu varsayar. Marshall, sosyal statüleri ve sınıfları inceleme konusu yapmasına karşılık, dilsel, dinsel ve kültürel farklılıklarla ilgilenmemiştir.[17]

Yurttaşlık alanında kayda değer çalışmalarda bulunan sosyolog Christian Joppke, yurttaşlığı "statü, hak ve kimlik olarak yurttaşlık" olmak üzere üç boyutta inceler. Yurttaşlığın statü boyutu, bir devlete üyeliğe tekabül etmektedir. Bu sayede yurttaşlar, bir devletin sınırları içerisinde kimi şeyleri yapabilme kapasitesine erişirler veya kimi şeyleri yapmaktan bağışık tutulurlar. Statü olarak yurttaşlık özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra kutsallıktan arındırılmış ve devletler, toplumlar daha az milliyetçi bir tavır takınmaya başlamışlardır. Böylece yurttaşlığa kabul görece liberalleştirilmiştir.[18] Bunun sonucunda, toplumlar artık etnik ve kültürel açıdan çoğulculaşmaktadırlar. Hak boyutuna gelindiğinde, Joppke'ye göre, sosyal haklardan başlayan ancak çoğulculaşmayla birlikte azınlık haklarına doğru değişen bir talepler dizisi karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, ayrımcılık yasakları ve tanınma talepleri önem arz eder. Ayrımcılıkla mücadele her türlü ırksal, etnik farklılığa karşı yapılan ikincilleştirici muamelelerin giderilmesini hedeflerken tanınma politikaları farklılıkları sürdürmeyi amaçlamakta ve soyut evrenselciliğin karşısında tikelciliği (*particularism*) gündeme getirmektedir.[19] Son olarak, kimlik boyutuyla yurttaşlık söz konusudur. Kimlik ve yurttaşlık, çoğulcu demokratik toplumlarda artık yapısal bakımdan zorunlu bağlar içermemektedir. Diğer deyişle, yurttaşlığın önkoşulu olarak sabit/özsel

---

[17] TURNER, s. 13. Marshall'ın teorisine getirilen eleştiriler bununla da sınırlı değildir. Marshall'ın teorisi toplumsal cinsiyet eşitliği yönünden de problemlidir. Feminist siyaset teorisyeni Carole Pateman'a göre, Marshall'ın değerlendirmeleri erkeğin hanehalkının geçimini temin edebilmesi için üretime katılmasını esas alan Fordist varsayımlarla yakından ilişkilidir. Buna göre, bu teori içerisinde kadınların rolü ev-içi emek ve çocukların bakımının üstlenilmesi ile sınırlı kalırken yurttaşlık bakımından temelde "erkek yurttaşlar" göz önünde tutulmaktadır. (TURNER, s. 14)

[18] Yurttaşlığa kabulün liberalleşmesi "yurttaşlığın ucuzlaması" eleştirilerini de artırmaktadır. Böylece illiberal talepler yurttaşlık politikaları üzerinden popülist iddialara dönüşmektedir. (JOPPKE, ss. 39-40) Bu bağlamda demokratik yurttaşlığın krizini göçmen karşıtı, içe kapanma politikalarını meşrulaştırma çabası güden yeni sağ popülizmin yükselişi ile birlikte düşünmek mümkündür.

[19] JOPPKE, ss. 41-42.

bir kimlik aranmamaktadır. Ne var ki bu durum, toplum üyeleri arasında bir arada yaşamanın, iş birliğinin ve entegrasyonun sağlanabilmesi için evrenselci yanıtlar üretilmesinin nasıl mümkün olacağı sorusunu karşımıza çıkarmaktadır.[20] Sonuç olarak Joppke, üç boyutuyla ele aldığı yurttaşlığın birbirini destekler şekilde, yani bir nedensellik zinciri içerisinde gelişip bugünkü modern demokratik yurttaşlığın krizine doğru yol alındığını belirler. Çağdaş demokratik toplumlarda, farklılıkların ve çeşitli toplulukların, kültürlerin var olduğunun kabul edildiğini varsayarak söylersek, bu olgusal durum karşısında geliştirilecek tepkinin evrenselci mi yoksa tikelci mi olması gerektiği sorusu bu krizin düğüm noktasını oluşturmaktadır.

Ayrıca her ne kadar yurttaşlık ile uyrukluk arasında kurulan sıkı bağlar kırılmaktaysa da, yurttaşlığı verili bir kimlik ile özdeşleştirme çabası güden politikaların uygulanmaya devam ettiği de gözden kaçırılmamalıdır. "Ulus" kurgusunun başından itibaren "hayali bir cemaat" olduğunu vurgulayan Zygmunt Bauman, eğitim gibi çeşitli devlet aygıtları sayesinde ulus bakımından kimlik inşası politikalarının yürütülmeye devam edildiğine dikkat çeker. Buna göre devlet meşruiyet üretmek için ulusalcılığa, ulusalcılık ise başarılı olabilmek için devlet aygıtına muhtaçtır. Böylece ulus-devlet bu ikisinin karşılıklı çekimi ile vücut bulur.[21] Yine bununla bağlantılı olarak, yurttaşlığın kolektif dayanışma için kurucu unsurlardan birisi olma fonksiyonu taşıması, ulusçu söylemlerin yükselmesinin nedenlerindendir. Toplumsal içe kapanma dayanışmanın temel formu olarak algılanmaktadır. Yabancı korkusu (*ksenofobi*), yabancı düşmanlığı ve farklılıklara karşı hissedilen mesafe sosyal dayanışmanın itici güçleri şeklinde değerlendirilerek olumlanmaktadır.[22] Bu doğrultuda, bir "biz" içerisinde kalınarak ve kimi dışlama pratiklerinden güç alınarak inşa edilen yurttaşlık, sosyal dayanışmayı sağlayacak bir statü olarak korunmaya çalışılır.[23] Sosyal dayanışmanın kurulması

---

[20] JOPPKE, s. 45.

[21] BAUMAN, ss. 209-213. Ulus-devletlerde egemen kolektif kimliğin inşası sürecinde eğitimin kitleselleştirilmesi ve tarih disiplininin devlet politikası olarak kurumsallaştırılması gereksinimi ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda, ulusal kimliğin yaratılmasını kolektif belleğe yapılan müdahalelerden bağımsız düşünmek eksik bir kavrayışa yol açabilecektir. (ALBAL, Eymir, "Geçmişin Hakikati ve Hatırlamanın Özgürlüğü: Kolektif Bellek, Hukuk ve İnsan Hakları", **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 37, 2019, ss. 70-71.) Bellek ve ulusal kimliğin inşası bahsine anayasal yurtseverlik kavramında geri dönülecektir.

[22] TURNER, s. 7.

[23] Yurttaşlığın sosyal dayanışma fonksiyonunun öne çıkarılmasında, toplumsal gruplar arasındaki çeşitli çatışmaları (özellikle sınıf çatışmalarını) silikleştirme çabası önemli bir yer tutar. Sosyo-ekonomik eşitsizliklere meşruiyet üretilebilmesinde yurttaşlık kimliğinin birleştirici, is-

için işlevsel ve meşru bir mekanizma olarak görülen yurttaşlık, ulus-devletlerde egemen kültürün bakış açısından değerlendirildiği zaman dışlamaların, çoğunlukçu politikaların aracı haline gelebilmektedir.

Dolayısıyla yurttaşlığın kimlik boyutu, bir yandan egemen kimliğin diğer kimlikler üzerinde tahakküm kurarak homojen bir ulus yaratma girişimine duyulan tepki nedeniyle; öte yandan liberal demokratik toplumlarda kültürlerin çoğulculaşması sonucunda ayrımcılık yasakları ve tanınma talepleri sebebiyle gündeme gelmektedir.

2. Modern Yurttaşlık Teorileri

Modern ulus-devlet yapısı içerisinde çeşitli yurttaşlık anlayışları kurumsallaşmaktadır. Bu bağlamda yaygın kabul gören sınıflandırma, liberal yurttaşlık ve cumhuriyetçi yurttaşlık şeklindedir. Liberal yurttaşlığın başlıca temsilcileri olarak Thomas Hobbes, John Locke gibi sosyal sözleşme teorisyenleri ve Jeremy Bentham, John Stuart Mill gibi faydacı (*utilitarian*) etik teorisyenleri gösterilebilir. Cumhuriyetçi yurttaşlığın (veya "yurttaş cumhuriyetçiliği", *civic republicanism*)[24] temelleri ise antikitede Aristoteles, Roma devletinde Cicero, Rönesans döneminde Machiavelli tarafından atılmıştır. Modern dönemde cumhuriyetçi yurttaşlık en belirgin haliyle Jean-Jacques Rousseau tarafından kuramsallaştırılmıştır.[25]

---

tikrar sağlayıcı işlevine vurgu yapılmaktadır. Yurttaşlığın modern dünya sistemine istikrar üretebilmek için kullanılan merkezi bir kavram olduğuna dikkat çeken Wallerstein'a göre, yurttaşlık devlet-içi ilişkilerde düzensizliği azaltmıştır. Fakat yurttaşlık her zaman için "göçmenlik" statüsüyle gerilim göstermektedir. Çünkü göç, özellikle de ekonomik nedenlerle gerçekleşen göç, modern kapitalist dünyada sürekli tekerrür eden bir fenomendir, bu nedenle de "dahil etme", "entegre etme" sorunları yurttaş-göçmen ilişkisinde devamlı tartışılan bir husus olagelmiştir. (WALLERSTEIN, Immanuel, **Bildiğimiz Dünyanın Sonu: Yirmi Birinci Yüzyıl İçin Sosyal Bilim**, (çev. Tuncay Birkan), 6.bası, Metis Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 127-129.)

[24] Cumhuriyetçilik, uzun bir zaman diliminde, birbirinden farklı akımları anlatabilmek için başvurulan bir çatı kavram olmuştur. Cemal Bali Akal, cumhuriyetçiliğin politik düşünce tarihinde beş değişik siyasi gerçekliği ifade ettiğine dikkat çeker: 1. Antik Yunan demokrasisinin *politea*'sı, 2. Roma Cumhuriyeti'nin yurttaş-köle karşıtlığına dayalı *respublica*'sı, 3. Orta Çağ'daki siyasi birliği anlatan *Res publica*, 4. Erken modernitede egemen monarkla özdeşleştirilerek kullanılan cumhuriyet, 5. Modern bir yönetim biçimi olarak cumhuriyet. (AKAL, Cemal Bali, "Cumhuriyet ve Devlet Kavramları Üstüne", **Varolma Direnci ve Özerklik**, 3.bası, Dost Kitabevi, Ankara, 2016, ss. 254-255.)

[25] Sosyal sözleşme teorisyenlerinden Hobbes ve Locke'u liberal, Rousseau'yu cumhuriyetçi yurttaşlık teorisyenleri arasında saymak ilk bakışta çelişki gibi görülebilir. Fakat Rousseau'nun teorisi diğerlerinden önemli farklar içermektedir. Onun sosyal sözleşme kuramına göre, egemen 'genel irade'dir ve her bir yurttaş kamusal iyinin belirlenmesinde eşit söz hakkına sahiptir. Rousseau sözleşme fikrini sahiplenerek liberal düşünceye yakınlaşmasına rağ-

Liberal kuramın kökeninde yatan Hobbesçu düşünceye göre, siyasal iktidar, yasalarda öngörülen sınırlar dahilinde yurttaşlara mutluluk verecek iyi şeyleri temin etmek ile yükümlüdür. Liberal düşünürler, bireyin gelişiminin ve sosyal ilerlemenin sağlanabilmesi için devletin müdahalesinden uzak geniş bir özel alanın yaratılmasının zorunlu olduğunu belirtirler. Böylece iktidarın sınırlandırılması sayesinde devletin baskısından kurtulan bireyler kendi iyi hayat anlayışlarını seçebileceklerdir. Buna karşılık, cumhuriyetçi düşünceye göre özgürlük, kişinin tahakküm ilişkilerinden sıyrılarak kendi kendisinin efendisi olabilmesinde somutlaşır.[26] Rousseau, yurttaşlık bakımından Roma devleti ve Atina sitesinin örnek alınması gerektiğini düşünür. Bu iki toplum da yurttaşlık erdemlerini, iyi yurttaşlar yetiştirmeyi önemserler; fakat Rousseau'ya göre, liberal yurttaşlık paradigmasının hakim olduğu burjuva toplumlarında artık öne çıkan şey özel alan ya da mülkiyet kurumudur.[27]

Liberal düşünceye göre demokratik süreçler, hükümetlerin toplumun çıkarını gözetecek şekilde düzenlenmesi ile mümkündür. Buna göre kamu idaresi aygıtı olarak faaliyette bulunan hükümetler, piyasa yapısı içerisinde bireylerin özel menfaatlerine uygun politikaları hayata geçirmelidirler. Yurttaşların hakları, devletin ve diğer yurttaşların karşısında "negatif haklar" olarak belirlenir. Buna karşılık cumhuriyetçi yaklaşıma göre, yurttaşlık statüsü, yurttaşların özel kişiler olarak negatif özgürlüklere sahip olmasına indirgenemez. Politik katılım ve kamusal iletişim hakkı öncelikle pozitif öz-

---

men, bireysel menfaatleri ve bireysel iyileri güçlü bir şekilde eleştirerek kamusal olanı öne çıkarması bakımından liberal teorisyenlerden ayrılır. Rousseau'ya göre bir yurttaş, aynı anda hem tebaa hem de efendidir: efendidir çünkü genel iradeden pay alır ve iradesini kimseye devretmez; tebaadır: çünkü genel iradenin çıkardığı kanunlara uymak zorundadır. Rousseau için insan, sadece bir yurttaş olarak kamusal kişilik taşımaz, kamusal kişiliğin yanı sıra özel bir kişilik olarak yararlanması gereken doğal hakları da vardır (ROUSSEAU, ss. 170-176.)

[26] Cumhuriyetçi özgürlüğün çağdaş yorumları neo-Atina ve neo-Roma cumhuriyetçiliği şeklinde tasnif edilmektedir. Bu ayrıma göre, Hannah Arendt'in temsil ettiği neo-Atina cumhuriyetçiliği politik katılımı öne çıkarır ve özgürlüğün ancak kamusal alanda eylemlerde bulunarak deneyimlenebileceğini savunur. Quentin Skinner ve Philip Pettit'nin temsil ettiği neo-Roma ekolü ise tahakküm/tâbiyet ilişkilerini sorgulayarak eşitsiz güç ilişkilerinin olduğu yerde özgürlüğün gerçekleşemeyeceğini ileri sürer. Her iki cumhuriyetçilik akımı da müdahaleetmeme olarak özgürlük, seçim serbestisi olarak özgürlük şeklindeki liberal özgürlük kavrayışlarına ciddi eleştiriler getirir. Cumhuriyetçi özgürlük anlayışının ifade özgürlüğü bağlamında tartışıldığı bir çalışma olarak bkz. ŞİRİN, Tolga, **Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı-1. İfade Özgürlüğünün Grisi**, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2020.

[27] STRAUSS, Leo, **Doğal Hak ve Tarih**, (çev. Murat Erşen/ Petek Onur), Say Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 222, 289-293; BERLIN, Isaiah: "Two Concepts of Liberty", **Four Essays on Liberty**, Ed. Henry Hardy, Oxford University Press, Oxford, 2002, ss. 169-178.

gürlüklerdir. Özgürlük sadece dışsal zorlamaların ortadan kaldırılması ile ilgili değildir. Yurttaşlar, politik toplumun eşit ve özgür üyeleri olarak ortak bir eylemin (*praksis*) katılımcılarıdır. Cumhuriyetçi paradigmaya göre politika, karşılıklı anlamaya yönelen diyalojik bir süreçtir.[28]

Liberal ve cumhuriyetçi yurttaşlıktan ayrı olarak 1980'lerden itibaren komüniteryan (cemaatçi, toplulukçu) yurttaşlık anlayışı dile getirilmeye başlanmıştır.[29] Liberal bireyciliğe ve liberal devletin dayandığı adalet anlayışına karşıt olarak gelişen komüniteryan cephedeki düşünürlerin (özellikle Charles Taylor, Michael Walzer, Alasdair MacIntyre, Michael Sandel, Benjamin Barber, Robert Bellah) görüşleri tekil bir forma indirgenemeyecek çoğulluktadır.

Komüniteryan düşünce, genel olarak, pozitif bir politika ve toplum felsefesi inşa etmekten ziyade güçlü bir liberalizm eleştirisi etrafında toparlanmaktadır. Komüniteryan eleştiri iki bileşene ayrılabilir:[30] Epistemik bileşen uyarınca komüniteryanizm, sözleşme teorisinin ahlaki açıdan haklılaştırılması ve politika için normatif temeller sağlaması düşüncesini eleştirmektedir. Buna göre liberalizm bireyi içine doğduğu topluluktan ve kültürel yapıdan bağımsız, sosyallik öncesi ve kendi kendine yeten özerk bir varlık şeklinde tanımladığı için antropolojik bir hataya düşmektedir.[31] Komüniteryanlara göre liberaller bireyin etik gelişimini önemsememekte sadece bireyin özerk karar alma kapasitesini güvence altına alacak toplumsal yasa ve politikalarla ilgilenmektedirler.[32]

Komüniteryanizmin politik bileşeni ise bütünleşmeci ve katılımcı formda olmak üzere iki çizgide ilerlemektedir. Bütünleşmeci çizgi, evrensel ilke-

---

[28] HABERMAS, Jürgen, "Three Normative Models of Democracy", **Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political**, Ed. Seyla Benhabib, Princeton University Press, New Jersey, 1996, ss. 21-23.

[29] Habermas komüniteryan yurttaşlığın cumhuriyetçi yurttaşlığın çağdaş bir yorumu olduğunu belirtir. Buna göre, komüniteryanlar politik soruları, bir topluluğun üyesi olarak kim olduğumuz veya kim olmak istediğimiz şeklindeki etik sorulara indirgemektedirler; bu nedenle de cumhuriyetçi yurttaşlığı saf bir normatif analiz için bile "fazla idealist" bir hale getirmektedirler. Habermas'a göre, cumhuriyetçi demokrasinin bütünleşmeci bir etik topluluk içerisinde eritilmemesi gerekir. (HABERMAS, 1996, ss. 23-24)

[30] BENHABIB, Seyla, **Modernizm, Evrensellik ve Birey**, (çev. Mehmet Küçük), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999, s. 102.

[31] Komüniteryanizmin liberal birey tasarımına yönelttiği eleştiriler bakımından ayrıntılı olarak bkz. WALZER Michael, "The Communitarian Critique of Liberalism", **Political Theory**, Vol. 18, No. 1, 1990, ss. 7-10.

[32] ÜSKÜL, Zeynep Özlem, **Bireyciliğe Tarihsel Bakış**, Büke Yayınları, İstanbul, 2003, s. 228.

ler karşısında etik-politik bir toplulukta yurttaşlık erdemlerinin (aidiyet, dayanışma, yardımseverlik gibi) yetiştirilmesi (*cultivate*) düşüncesine vurgu yaparak politik bir topluluğun "tözsel (*substantive*) tek bir ortak iyi"ye dayanılarak inşa edilmesi gerektiğini öne sürer. Bu nedenle de yurttaşlığı ele alış tarzı "yurttaşlık dini", "sivil bir din olarak yurttaşlık" olarak ifade edilebilir. Katılımcı çizgi ise modern dönemde politik eylemlilik ve etkililik duygunun kaybedilmesini eleştirerek topluluk üyelerinin etik açıdan homojenliğine gerek duyulmaksızın politik yaşama etkin katılımlarının sağlanmasını öne çıkarır.[33]

Gerard Delanty, liberaller-komüniteryanlar tartışmasının Charles Taylor'ın tanınma politikası teorisini geliştirmesiyle birlikte yeni bir soluk kazandığını ve konunun kültürel haklar, kolektif kimliğin algılanma biçimi ve tikel toplulukların devlet tarafından kamusal ölçekte tanınması başlıklarında tartışılmaya başlandığını kaydeder. Bu tartışmada kendi tikel iyi anlayışını tayin etme kudretini haiz bir çoğunluğun[34] kültürünün devlet tarafından tanınması gerektiğini düşünen Taylor'ın karşısında evrenselciliği öne çıkararak kültürlerin etik yargılarını dışavurmasını sivil toplumla sınırlayan Jürgen Habermas konumlanmıştır.[35]

Son olarak anayasal yurtseverlik; liberal, cumhuriyetçi, komüniteryan yurttaşlık biçimlerinin kimi ilke ve değerlerini içererek bu yurttaşlık anlayışlarını modern liberal demokrasiler bakımından geliştirmek iddiası taşır. Bu kavram, Almanya'da İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ilk kez ifade edilmeye başlanmış, Habermas tarafından iletişimsel teori çerçevesinde geliştirilmiş, Doğu ve Batı Almanya'nın bütünleşmesi sırasında popülerleşerek işlevsel olduğu vurgulanmış ve Avrupa Birliği'nde "Avrupalılık" üst kimliği oluşturulurken de gündeme getirilmiştir.

---

[33] BENHABIB, 1999, ss. 112-114.

[34] Ronald Dworkin, uzlaşımsal (konvansiyonel) etik ilkelerin ceza hukuku yoluyla dayatılmasına dönük argümanları incelediği *Liberal Community* başlıklı makalesinde komüniteryanların liberal hoşgörü tezine karşı çeşitli argümanlar geliştirdiklerini belirtir. Bu argümanlardan birisi de demokrasi teorisine dairdir. Politik topluluk ile halkın çoğunluğunun etik değerleri arasında rabıta kuran toplulukçu demokrasi öğretisine göre, eğer toplulukta çoğunluğu oluşturan kesimler belirli bir ahlak anlayışını bireysel ve toplumsal yaşam için "ortak iyi" kabul ediyorlarsa bu ahlaki değerlerin tüm topluluğa dayatılması meşrudur. Dolayısıyla, halkın yönetimi çoğunluğun yönetimi şeklinde anlaşılırken kolektif karar alma süreçlerini ilgilendiren konular bakımından da kamusal-özel ayrımı silikleşir. (DWORKIN, Ronald, "Liberal Community", **Sovereign Virtue**, Harvard University Press, London, 2002, ss. 212-216.)

[35] DELANTY, Gerard, **Bir Kavramın Anatomisi: Topluluk**, (çev. F. Bilge Atay), Evrensel Yayınları, İstanbul, 2015, ss. 83-84.

II. ÇOKKÜLTÜRLÜLÜK

Çokkültürlülük kavramı, çağdaş siyasi söylemde ve politik felsefede etnik ve kültürel farklılıklar karşısında bir arada yaşamanın nasıl mümkün olacağı sorusunu anlamaya ve yanıtlamaya çalışmak için ortaya atılmıştır. Kavramın betimleyici anlamı, bir toplum içerisindeki geniş farklılıkları karakterize etmeyi hedeflemektedir. Bir başka anlatımla ifade edecek olursak, çeşitli kimlik ve kültürlerin taşıyıcısı olan birey ve gruplardan müteşekkil bir toplumun yapısını açıklayabilmek için kullanılmaktadır.[36]

Çokkültürcülük, insan toplumlarının çoğulluğu ve çeşitliliği karşısında gelişen modern demokratik devlere özgü "politik bir program"dır. Savaş sonrası refah devleti rejimlerinde sosyal adalet kavramı yoğun şekilde tartışılırken demokratik toplumlarda kültürel çeşitlilikler sorununun da toplumsal adalet meselesi olarak sorunsallaştırılması gerektiği ileri sürülmüştür.[37] Bu bağlamda, farklı kültürler ve kimlikler karşısında devletlerin nasıl bir politika izlemesi gerektiğinin normatif düzlemde yanıtlanması amaçlanmaktadır.[38] Çokkültürcülük açısından kültürel çeşitliliklerin iki normatif anlamı haizdir: Birincisi, çeşitlilik toplumsal bir değer ve insanlık durumunun bir gereği addedilir. Bireyler kendilerinden farklı kültür ve kimliklerin taşıyıcısı olan kimselerin de eşit içkin değere sahip olduklarını kabul ederler. İkinci olarak, kültürel çeşitliliğin teşvik edilmesi, geliştirilmesi kamusal politika olarak benimsenerek toplulukların kararlaştırdıkları kolektif amaçları izleyebilmeleri amaçlanır.[39]

Çokkültürlülük terimi, modern demokratik toplumların kültürel açıdan çeşitlilik göstermesini sosyolojik bir olgu olarak değerlendiren betimsel bir kavramdır; çokkültürcülük, bu olgu karşısında takınılan tavra (*ethos*), ideolojik anlayışa işaret eder. Çokkültürlülük ve çokkültürcülük arasındaki bu ayrımın önemine dikkat çeken Bhikhu Parekh, çokkültürlü toplumların üyelerinin kültürel çeşitliliklere dönük iki farklı tepki geliştirdiklerini ifade eder: Tekkültürcü (*monoculturalist*) *ethos,* farklılıkları baskılandırır ve egemen kültürün hakimiyetinin korunmasını

---

36 SONG, Sarah, "Multiculturalism", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Ed. Edward N. Zalta, 2017 https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/multiculturalism/ (Son Erişim Tarihi: 10.06.2020)

37 BALI, Ali Şafak, **Çokkültürlülük ve Sosyal Adalet**, Çizgi Kitabevi Yayınları, Konya, 2001, ss. 185-186.

38 DOYTCHEVA, Milena, **Çokkültürlülük**, (çev. Tuba Akıncılar Onmuş), 3.bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 24-25.

39 ERDOĞAN, Mustafa, "Çeşitlilik, Çoğulculuk ve Rekabetçi Federalizm", **Liberal Düşünce**, No. 6, 1997, s. 46.

esas alır. Bunun aksine çokkültürcü (*multiculturalist*) ethos, kültürel çeşitlilikleri tanıyıp destekleyerek toplulukların kültürel taleplerini saygıyla karşılar.[40]

Will Kymlicka'ya göre, çokkültürlülükten ne anlaşılması, kavramın nasıl tanımlanması gerektiği konusunda çekilen zorluk, kültür kelimesinin tekil bir anlamının olmamasından kaynaklanmaktadır.[41] Gerçekten de Wallerstein'in dikkat çektiği üzere kültür kavramı sosyal bilimlerde geniş bir kullanım alanına sahiptir ve bu nedenle birden fazla anlamı olduğu kabul edilmektedir. Wallerstein'a göre kültür, bir kişinin insan türüne ait evrensel özellikleri ve kendi kişiliğine özgü karakteristik nitelikleri dışında kalan, bir grubun üyesi olarak kendini tanımlaması nedeniyle bu grubun üyesi kişilerle paylaştığı ortak inanç, değer, davranış ve karakterler bütünüdür. Dolayısıyla, her bir tikel grup kendi kültürünü meydana getirir ve bir kişi birbirinden bağımsız hususiyetlere sahip çeşitli kültürlerin taşıyıcısı olabilir.[42]

---

[40] PAREKH, Bhikhu, **Çokkültürlülüğü Yeniden Düşünmek: Kültürel Çeşitlilik ve Siyasi Teori**, (çev. Bilge Tanrıseven), Phoenix Yayınevi, Ankara, 2002, s. 7. Türkçede çokkültürlülük ve çokkültürcülük kavramlarının kullanılmasındaki kafa karışıklığına dikkat çeken yazarlar, çokkültürlülüğün olgusal bir duruma işaret ettiğini, buna karşılık çokkültürcülüğün ideolojik, politik bir değer ve pratikler bütünü olduğunu belirtmektedirler. (BARIN, Taylan, **Çokkültürcülük Teorisi ve Ulus-Devlet Anlayışına Etkileri**, Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 19; YÜRÜŞEN, Melih, "Çokkültürlülük mü, Çokkültürcülük mü?", **Liberal Düşünce**, No. 4, 1996, s. 64.)

[41] Kültür kelimesi Latince *colere* fiilinden türemiştir ve kökeni itibariyle muhafaza etmek, bakmak, yetiştirmek gibi etkinliklerle ilişkilendirilmektedir. Bu bakımdan Roma'da kültürel etkinlik denilince akla ilk olarak tarım gelmektedir. Ancak modernitenin (kapitalist ekonomik düzen-rasyonalist bilimsel dünya görüşü-bürokratik idari kontrol) tesisi ile birlikte kültürün anlamı da değişime uğramıştır. Alman romantiklerinin düşüncesinde *Kultur*, bütünsel ve homojen bir varlık olarak kabul edilen bir halkın paylaştığı ortak değerleri, anlamları, dilsel işaretleri ve sembolleri temsil eder. Buna göre, bir bireyin bir kültürü edinmesi, onun eğitim sayesinde kolektif değerlerin içerisinde şekillendirilmesini gerektirir. Kültür, entelektüel-ruhsal-oluşum (*intellectual-spiritual-formation*) sürecidir. Kültürün aksine medeniyet (*civilization, Zivilisation*) kavramı, bireyselliği yansıtmayan ve kabaca burjuva kapitalist dünyayı ifade eden bir kavramdır. Bununla birlikte, 1920'lerden itibaren artık "kitle kültürü" (*mass culture*, *Massenkultur*) kavramından söz edilmeye başlanmıştır. Hannah Arendt ve Frankfurt Okulu düşünürlerinin (özellikle Adorno, Horkheimer) ortaya koyduğu çalışmalarda kitle kültürü güçlü bir şekilde olumsuzlanmıştır. Buna göre kültür; eğitici, dönüştürücü, kolektif ruhu biçimlendirici özelliğini yitirmiştir ve kitle toplumunda, Adorno'nun ifadesiyle, salt eğlenceye dönüşmüştür. Sosyal antropolojinin gelişmesiyle birlikte kültür kavramı bir kez daha dönüşüme uğramıştır. Kültür, sosyal sistemler ve kendi özerk mantığı içerisinde işleyen anlamlandırma, temsil ve sembolizm uygulamalarının bütünü olarak görülmektedir. Bu doğrultuda, kültür-medeniyet ayrımı önemini yitirirken kültürler eşitlikçi bir şekilde anlaşılmaya ve kültürler arası ilişki demokratikleştirilmeye çalışılmıştır. Böylece kültür kavramı kimlik nosyonuyla da iç içe geçmiştir. (BENHABIB, Seyla, **The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era**, Princeton University Press, New Jersey, 2002, ss. 1-3)

[42] WALLERSTEIN, Immanuel, "Culture as the Ideological Battleground of the Modern World-System", **Theory, Culture & Society**, Vol. 7, No. 2-3, 1990, s. 31.

Kymlicka, İngilizce konuşulan dünyada kültürün, 'bir halkın adetleri' ve 'bir halkın medeniyeti' şeklinde iki farklı anlamda kullanıldığını belirtir.[43] Birinci anlamıyla, modern toplumda karşımıza çıkan tüm yaşam tarzları, sosyal hareketler veya gönüllü, sivil topluluklar kendilerine özgü bir "kültür"ün taşıyıcısıdırlar. Bu durumda çokkültürlülük, toplumdaki egemen kültürün dışında kalan tüm sosyal grupların ve kimliklerin tanınması anlamına karşılık gelecektir. Bu bağlamda Amerika'da kadınlar, LGBTİQ+'lar, Afrikalı-Amerikalılar, engelliler, işçi sınıfı, ateistler, komünistler gibi farklı "grup"ların tarihsel dışlanışını tersine çevirmek için çokkültürlülük kavramının kullanıldığı belirtilmektedir. Örneğin bu grupların siyasal yaşamda temsilinin kısıtlı olduğunu vurgulayan teorisyenler, mevcut statükodaki dışlanmanın tersine çevrilerek eşitlikçi bir aşamaya geçilmesine dek grup temsilinin önemini vurgulamaktadırlar.[44] İkinci anlamda kültür (medeniyet olarak kültür), oldukça dar bir farklılığa işaret etmektedir. Medeniyet açısından incelemeye tabi tutulduğunda, tüm modern toplumların aynı kültürü paylaştığı söylenebilir. Kültürün yaygınlaşan üçüncü anlamı ise, bir etnisite, ulus veya halka karşılık gelir. Bu anlamıyla kültür, belli bir toprak parçası veya yurtta yaşayan, ayrı bir dili ve tarihi paylaşan, soy bağları olan bir topluluk anlamında kullanılır. Bu halde, aslında çokkültürlülük; çokulusluluk veya çoketnikliliğe karşılık gelmektedir.[45] Kymlicka, kültürü daha çok üçüncü anlamıyla kullanmaktaysa da, birinci anlamıyla kültür de çokkültürlülük tartışmalarında belirgin bir yer tutmaktadır.

Çokkültürlülük, modern bireycilik ile oldukça yakından ilişkilidir. Bu ilişki paradoksal bir biçimde iki zıt düşüncede kaynağını bulmaktadır. Buna göre, bir açıdan, modern dönemde bireycilik aşırı bir hal aldığı için toplumların asimile olmaları, kendi kültürlerini yitirmeleri tehlikesine dikkat çekilmektedir. Böylece toplulukların bütünleşmeci bir çizgiye çekilmesi için çokkültürcülük talepleri ifade edilmektedir. Ancak, öte yandan, modern bireyin kendi kendini gerçekleştirme, özerklik idealleri doğrultusunda toplum-

---

43 Balı, Türkçede de kültür kavramının İngilizcedekine yakın şekilde tanımlandığını belirtir. Buna göre, kültürün ilk anlamı bir insan grubunun ürettiği değer ve gelenekleri ifade etmektedir. İkinci olarak, bir halkın medeniyeti ve bu medeniyetin ürettikleri şeklinde tanımlanmaktadır. İkinci tanım, farklılıkları daha az öne çıkarır. Birinci tanım ise küçük grupların taşıdığı farklılıklara daha duyarlı yaklaşır. (BALI, s. 192.)

44 PHILLIPS, Anne, **Demokrasinin Cinsiyeti**, Çev. Alev Türker, 3. bası, Metis Yayınları, İstanbul, 2015, ss. 79-114.

45 KYMLICKA, Will, **Çokkültürlü Yurttaşlık. Azınlık Haklarının Liberal Teorisi**, (çev. Abdullah Yılmaz), 3.bası, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2020, ss. 51-54.

lar çok daha çoğulcu bir yapıya bürünmekte ve bireyler için kendi kimliklerinin, kültürlerinin tanınması önem taşıyan bir husus olmaktadır.[46]

Çokkültürcülük politikalarının ilk ortaya çıktığı ülkelerden birisi Kanada'dır. 1960'larda Fransız kültürüne bağlı Quebec azınlık topluluğunun ulusalcı taleplerinin yükselmesi nedeniyle Kanada'da ulusal birlik kriziyle baş edebilmek için siyasi pazarlık projesi olarak çokkültürlülükten söz edilmeye başlanmıştır. Bu doğrultuda ayrılıkçı hareketlerin dizginlenmesi için hükümet birtakım reformlar yapma yoluna gitmiştir. Ancak çokkültürlülük zamanla basit bir siyasi pazarlık olmaktan çıkarken, bu fikrin savaş sonrası insan hakları düşüncesinde sivil haklar devriminin doğal ve mantıksal bir genişlemesi olduğu düşüncesi dile getirilmeye başlanmıştır. Politik ve toplumsal açılardan liberal reformların yapıldığı bir döneme denk gelen süreçte Kanada'da çokkültürlülük kanunu (1971) yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla birlikte Kanada'daki tüm kültürlerin eşit içkin değere sahip olduğu ve devletin bireylerin kültürel özgürlüklerini koruması gerektiği kabul edilmiş; ayrıca kamu politikaları yürütülürken resmi bir kültürün değer ve normlarına referans verilemeyeceği kararlaştırılmıştır.[47] Çokkültürcülük politikalarının kişilerin etnik kimliklerini kamusal ve özel alanda özgürce ifade ederek bireysel özgürlüğün kapsamını genişletmeye yöneldiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla ulusal birliğin muhafazası ve sivil haklar liberalizmi çokkültürlülük politikasını destekleyen iki kilit hedef olmuştur.[48]

Çokkültürlülüğe ilişkin tartışmalar 1970 ve 1980'li yıllarda yaygınlaşmış ve birçok tartışma konusu oluşturmuştur. Yeni sosyal hareketlerin kamusal alanda görünürlük kazanması, toplulukların yeni hak ve yetke taleplerinin gündeme gelmesi bu kavrama olan ilgiyi artırmıştır. Öte yandan, etnosantrist bakış açısının eleştirilerek kültürler arasında herhangi bir hiyerarşik ilişkinin bulunmadığı düşüncesi de çokkültürlülüğü destekleyen argümanlar için verimli bir zemin hazırlamıştır. Bu düşünceye göre, özellikle Avrupa

---

46 DOYTCHEVA, ss. 20-21.

47 Kanunun tam metni için bkz. https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-18.7/FullText.html Erişim Tarihi: 04.09.2021.

48 KYMLICKA, Will, "The Three Lives of Multiculturalism", **Revisiting Multiculturalism in Canada**, Ed. Shibao Guo, Lloyd Wong, Sense Publishers, Rotterdam, 2015, ss. 18-20. Delanty, çağdaş demokratik devletlerde çokkültürcülük projelerinin ilk ortaya çıkışını modernitenin başında sekülerizmin/laikliğin doğuşuna benzetir. Laiklik, dini kamusal alanın dışına taşıyarak istikrarlı bir toplumsal yapı sağlamıştır. Çokkültürcülük de toplumu kültürel toplulukların çeşitliliklerinden koruyabilmek için türetilmiş bir formüldür. (DELANTY, s. 100.)

etnosantrizmi, hegemonyacı bir evrenselcilik fikri içermektedir ve öteki kültürler üzerinde tahakküm kurmaktadır.[49]

Çokkültürcülük tartışmalarında evrensel hakların yanında kültürel grup haklarının tanınması, göçmenlerin yurttaşlaştırılması, hukuk normlarının çoğullaştırılması, eğitim müfredatlarının çoğulculaştırılması, dezavantajlı kesimlere dönük ayrımcılıkların sona erdirilmesi, anayasal metinlerde farklılıkların ve çeşitliliklerin varlığının tanınarak yurttaşlık tanımının değiştirilmesi, kamusal temsil haklarının desteklenmesi vs. konu başlıkları gündeme getirilmiştir. Liberal çokkültürcülük bağlamında özellikle yerel halkların, devlet-altı ulusların ve göçmenlerin çeşitli hak ve yetke talepleri söz konusu edilmiştir.[50]

Ancak 1990'larının ortalarından, özellikle de 11 Eylül 2001'den itibaren çokkültürcülük projeleri gerilemeye ve gözden düşmeye başlamıştır. Çokkültürcülüğe yönelen tepkiler anti-çokkültürcülük ve post-çokkültürcülük şeklinde iki farklı akımdan gelmektedir. Samuel Huntington gibi anti-çokkültürcü düşünürler, çokkültürcü ideallerin doğası gereği illiberal olduğunu ve Aydınlanma değerleriyle tezat teşkil ettiğini ifade etmektedirler. Buna karşın post-çokkültürcü düşünürler, çokkültürlülüğün betimsel anlamının liberal demokrasinin değerleriyle uyum içinde olduğunu kabul etmekle birlikte çokkültürcülük teorilerinin başarısız olduğunu ve yeni sorunları

---

[49] Özellikle Claude Lévi-Strauss gibi yapısalcı antropologlar ve Pierre Clastres gibi politik antropologlar tarafından iddia edilen bu düşünceye göre, her kültür kendisiyle narsisist bir ilişki kurmaktaysa da, Avrupa etnosantrizmi (etnik merkezcilik) kendisini bilimsel bir söylemle haklılaştırmaya çalışmakta ve bu yönüyle de diğer etnosantrist düşüncelerden farklılaşarak ideoloji halini almaktadır. (CLASTRES, Pierre, **Devlete Karşı Toplum**, (çev. Mehmet Sert/ Nedim Demirtaş), 5.bası, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2019, s. 17) Her ne kadar çokkültürcülüğün Avrupa etnosantrizminin karşısında eşitlikçi ve demokratikleştirici bir kültürel okuma sunduğu belirtilse de Zizek bunun tam tersini iddia etmektedir. Zizek'e göre çokkültürcülük küresel kapitalizmin ideal ideolojik formudur. Her kültürün saygı duyulması ve üzerine çalışılması gereken bir kültür olduğu düşüncesi Zizek'e göre sömürgecilerin yerlilere gösterdiği muameleye benzemektedir. Geleneksel-kolonyalist emperyalizm yerini küresel kapitalizm koşullarında çokkültürcü ideoloji ile iç içe geçen başka tür bir sömürgeciliğe bırakmıştır. Çokkültürcü evrenselcilik esasında paradoksal biçimde Avrupa merkezciliktir. Çokkültürcülük, onaylanmamış ve ters yüz edilmiş bir ırkçılık türüdür. Çünkü burada öteki ile kurulan ilişkide öteki kapalı ve otantik toplumlar olarak resmedilir. Böylece çokkültürcülük ötekiye gösterdiği hoşgörü ve saygı üzerinden kendi ahlaki üstünlüğünü kanıtlamaya girişir. Krş. ZIZEK, Slavoj, "Multiculturalism or the Cultural Logic of Multinational Capitalism", **New Left Review**, 1997, ss. 44-45.

[50] KYMLICKA, Will, "The Rise and Fall of Multiculturalism? New Debates on Inclusion and Accommodation in Diverse Societies", **International Social Science Journal**, Vol. 61, No. 199, 2010, ss. 97-112.

beraberinde getirdiğini iddia etmekte, bu nedenle de artık post-çokkültürlü bir çağa geçiş yapılması gerektiğini belirtmektedirler.[51]

Kimlik ve kültür sorunları karşısında post-çokkültürlü bir yaklaşım geliştirilmesini savunan düşünürlerden biri olan Seyla Benhabib'e göre, söz konusu güncel politik tartışmalarda kültür sosyolojisi indirgemeci (*reductionist sociology of culture*) bir tavırla ele alınmaktadır. Buna göre, bir insan grubu birden fazla kültürü benimseyip içerisine dahil olabileceği gibi, birçok açıdan farklı olan insan gruplarının aynı kültürel geçmişe sahip olması da gayet mümkündür. Benhabib, kültür kavramının etnik veya ırksal grupların mülkiyetinde kabul edilerek özselleştirilmesinin risklerine dikkat çeker. Kültürlerin sınırlarının ve farklılıklarının aşırı vurgulanması, toplulukların uyumları adına kimi baskıcı taleplerin meşrulaştırılması ve kültürlerin içsel homojenliğinin aşırı ölçüde artması problemini beraberinde getirmektedir. Buna göre gruplar arasındaki toplumsal adalet ilişkisinin düzeltilmesi için bu hatalı epistemik yaklaşımdan uzaklaşılması gereklidir.[52]

Çokkültürcülüğe yönelik eleştirilerin önemli bir kısmı evrenselci yaklaşımı savunan düşünürlerden gelmektedir. İoanna Kuçuradi'ye göre evrensel insan hakları ile kültürel kimlikler birbiriyle çelişen iki farklı norm kümesine aittir. İnsan hakları bütün bir insanlığın onurunu korumayı hedeflerken çokkültürcülük insanlara saygıdan ziyade kültürel-yerel normlara saygıyı teşvik etmektedir. Kuçuradi, çeşitli kimlik sorunlarının insan hakları ile ilişkisini kurmak yerine bütün normların ve dünya görüşlerinin aynı değerde olduğunu kabul etmenin hatalı olduğunu belirtir ve bu durumu postmodernizmin yarattığı anomalilerden birisi olarak görür.[53]

Tüm bu eleştiriler de dikkate alındığında, kültürlerin ve kimliklerin çoğulculaştığı bir politik toplumda yurttaşlığın hangi ilke, hak, statü, kimlik üzerinden inşa edilebileceği sorusu önemini ve güncelliğini korumaktadır. Karmaşıklaşan modern demokratik toplumlarda farklı kültür ve kimliklerle bir arada yaşamak, yurttaşlık biçimlerinin normatif açıdan sorgulanıp geliştirilmesini gerektirmektedir. İlerleyen bölümlerde sırasıyla Kymlicka, Taylor ve Habermas'ın bu toplumsal ve düşünsel sorunları nasıl aşmaya çalıştıkları incelenecektir.

---

[51] KYMLICKA, Will, "The Essentialist Critique of Multiculturalism: Theories, Policies, Ethos", **SSRN Electronic Journal**, 2015, ss. 210; KYMLICKA, 2010, ss. 98-103.

[52] BENHABIB, 2002, s. 4.

[53] KUÇURADİ, İoanna, **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, 4.bası, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2018, ss. 127-140.

III. ÇOKKÜLTÜRLÜ TOPLUMLARDA LİBERAL YURTTAŞLIK

1. Genel Olarak Liberal Yurttaşlık

Liberalizm, bireylerin farklılaşan çıkarlarından ve farklı bakış açılarından kaynaklanacak çatışmaları politik kurumların oluşturulması ile çözmeyi amaçlamaktadır. Liberal yurttaşlık, yurttaşlığın hukuki statü konumunu vurgulayarak devletin baskısı karşısında bireysel özerkliği, temel hakları öne çıkarır.[54] Esasında tek bir liberal yurttaşlık teorisinden söz edebilmek mümkün değilse de, klasik anlamda liberal yurttaşlığın sosyal sözleşme teorisine dayandığı ifade edilebilir. 17 ve 18. yüzyıla dek uzanan liberal sözleşmeci gelenek, 20. yüzyılda John Rawls tarafından yeniden formüle edilerek geliştirilmiştir.[55]

Rawls, iyi-düzenlenmiş (*well-ordered*) bir demokratik toplumda, toplumun üyelerinin, aynı politik/kamusal adalet anlayışını (*public conception of justice/principles of political justice)* karşılıklı olarak kabul etmeleri gerektiğini belirtir. Rawls'a göre adalet toplumsal kurumların birinci erdemidir. Toplumun tüm kamusal kurumlarının ve politik sisteminin adaletin ilkelerine uygun olarak düzenlenmesi gereklidir. Yurttaşlar, üzerinde mutabakata varılan kamusal adalet ilkelerini anlayıp pratiğe geçirecek, ödev ve yükümlülüklerine riayet edecek bir duyguya sahip olmalıdır. Rawls'un politik liberalizmine göre, toplumda farklı kapsayıcı (ve kamusal olmayan) doktrinleri benimseyen yurttaşlar bulunabilecek ise de, bu yurttaşlar, aynı politik adalet anlayışları hususunda makul (*reasonable*) bir zeminde buluşabilirler.[56] Ancak politik adalet anlayışının ardından iyi anlayışlarına (*conception of the good*) gelindiğinde, yurttaşlar, özgür kişiler olarak, herhangi bir iyi yaşam anlayışı oluşturma, gözden geçirme, takip etme hususunda ahlaki güce (*moral power*) sahip addedilirler.[57]

---

[54] HONOHAN, Iseult, "Liberal and Republican Conceptions of Citizenship", **The Oxford Handbook of Citizenship**, Ed. Ayalet Shachar, Rainer Bauböck, Irene Bloemraad, and Maarten Vink, 2007, s. 84.

[55] ÇAĞLAR GÜRGEY, "Modern Yurttaşlık Kavramının Yeniden Okuması", **Legal Hukuk Dergisi: Rona Aybay'a Armağan**, 2014, s. 620. Bu çalışmanın sınırlarını John Rawls'u merkezine alan çağdaş liberal yurttaşlık ve liberal çokkültürlülük okumaları oluşturmaktadır. Rawlsyen liberalizmi eleştirerek değer çoğulculuğunu kabul eden *modus vivendi* liberalizminin çokkültürlülük tartışmasına dahil ettiği farklı perspektifler için bkz. GRAY, John, **Liberalizmin İki Yüzü**, (çev. Koray Değirmenci), Dost Kitabevi, Ankara, 2003, ss. 110 vd.

[56] RAWLS, John Rawls, **Hakkaniyet Olarak Adalet**, (çev. Osman Baş), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020, ss. 30-31.

[57] RAWLS, ss. 45-46.

Rawls, birden çok iyi yaşam anlayışının bulunduğu çoğulcu toplumlarda, adil olanın/hakkın iyiye üstün olması gerektiğini düşünür. Rawls'un bakış açısından yurttaşlık, her bir kişinin kendi iyi hayat tanımını biçimlendirmesi, gözden geçirmesi ve rasyonel bir şekilde sürdürmesi kapasitesidir. Yurttaşlar haklarını, başkalarının haklarına saygı gösterme zorunluluğunu içeren belirli kısıtlamalar doğrultusunda, kendi menfaatlerini geliştirmek için kullanırlar.[58] Bu bağlamda, devletin iyi yaşam anlayışları ve kamusal olmayan doktrinler karşısında yansızlığını (*neutrality*) sürdürmesi beklenir. Bireylerin kişisel özerkliğine saygı gösterilmesi ve toplumsal yapının istikrarlı şekilde muhafaza edilmesi, devletlerin farklı iyi yaşam anlayışları karşısında nötr kalmasını gerektirmektedir. Rawls'un çalışmaları esas itibariyle ahlaki, dini, felsefi farklılıklara odaklanmakta etnik, kültürel çoğulculuğu ise bu farklılıklardan birinin içine girebildikleri takdirde teorisinin kapsamında düşünmektedir.[59]

2. Çokkültürlülük Karşısında Liberal Yurttaşlığın Paradigmaları

Öncelikle çokkültürlülüğe ilişkin tartışmalarda çağdaş çoğulcu demokratik devletlerde uygulanan politikalardan yola çıkılarak üç farklı modelleme yapıldığı görülmektedir: Fransız, Amerikan, Kanada modeli. Fransız cumhuriyetçiliğinin geleneksel yaklaşımına göre çokkültürlülük özel alanın konusu haline getirilir ve sivil toplumun da dahil edildiği kamusal alanda kültürel kimliklerden bağımsız politik bir kimlik kabul edilir. "Salata kasesi (*salad bowl*) modeli" olarak da isimlendirilen bu modelde grup aidiyetleri, kolektif kimlikler ve topluluk kültürleri pre-politik addedilir; politik alanda çeşitliliğe alan açılmaz. İkinci olarak, ABD'nin göç hareketliliğine dayalı tarihiyle uyumlu şekilde gelişen Amerikan klasik çokkültürlülüğü, kültürel kimliklerin çeşitliliğine rağmen ortak bir toplumsal, ekonomik ve politik yaşamın sağlanabileceğini kabul eder. Bu yaklaşım, "eritme potası (*melting pot*) modeli" olarak ifade edilir. Diğer modellere kıyasla daha yakın tarihte gelişen kültürel çeşitlilik örneği ise Kanada olmuştur. Kanada çokkültürlülüğü, farklılıkların korunmasını, devletin farklı topluluk ve kültürleri kamusal düzlemde tanımasını amaçlamaktadır.[60]

---

[58] MOUFFE, Chantal, "Democratic Citizenship and Community.", **Dimensions of Radical Democracy. Pluralism, Citizenship, Community**, Ed. Chantal Mouffe, Verso, London, 1992, s. 226.

[59] PAREKH, s. 116. Bu bağlamda doktrindeki gerçek (*actual*) çoğulculuk ile kültürel çoğulculuk ayrımına değinilebilir. Kültürel çoğulculuk, gerçek çoğulculuğu kapsamakta ancak bunun dışına taşarak grup ve toplulukların kültürel farklılıklarını da içine almaktadır. (BALI, s. 187.)

[60] DELANTY, ss. 102-108.

Pratik politikadaki bu ayrımı ortaya koyduktan sonra teorik açıdan tartışmanın nasıl değerlendirildiğini ifade edebiliriz. Gerçekten de çağdaş liberal teorisyenler arasında çokkültürlülüğe ilişkin birçok farklı teorik yanıt girişimi bulunmaktadır. Kimi yazarlar bu kavramı benimserken kimileri de kavrama yönelik ciddi eleştiriler getirmiş ve liberalizm ile çokkültürcülüğün bağdaşamayacağını iddia etmişlerdir. Bu görüşe göre, tanınma politikaları liberal devletin yansızlık ilkesiyle ve ayrımcılık yasağıyla çelişmektedir. Liberal demokrasiler kamusal-özel alan ayrımına dayanırlar; bu nedenle bireylerin veya grupların yaşam biçimlerine ilişkin maddi/tözsel içerikleri tanıyamaz veya sırf onların değerlerine özgülenmiş bir saygı pratiği geliştiremezler. Sadece bireysel özerklik sınırları içerisinde kalınarak 'özel alan'a ilişkin kimi hakların (örneğin din ve vicdan özgürlüğü, ibadet özgürlüğü, özel yaşama saygı hakkı) sağlanması mümkündür. Ancak bunun dışında kamusal tanınma talepleri asimetrizme sebebiyet verir ve çoğulcu demokrasilerde yürütülmesi imkansız bir projedir.[61]

Ancak bunun karşısında, tam da özgürlük kavramıyla çokkültürcülüğü koşullandıran liberaller de bulunmaktadır. Rawls'un politik liberalizmindeki siyasi tarafsızlık idealini eleştiren Joseph Raz'ın liberal mükemmeliyetçilik (*liberal perfectionism*) teorisi bu açıdan güçlü bir bakış açısı sunar. Mükemmeliyetçi yaklaşıma göre, liberal devletin tarafsızlığı yürütülmesi imkansız bir politik programdır ve iyi ile adil/hak arasında yapılan ayrım isabetsizdir. Raz'a göre liberal devletin temel hedefi bireysel özerkliği artırmak olmalıdır, özerkliğin geliştirilebilmesi için de bireyin önüne çoğul seçenekler sunulması gerekmektedir. Dolayısıyla bireyin özerk şekilde davranışlarda bulunabilmesi için devletin farklı iyi yaşam anlayışlarını desteklemesi, kültürel yapıları güçlendirerek aktif şekilde politikalar gütmesi zorunluluktur.[62]

Raz, çokkültürcülüğe niçin gerek duyulduğunu açıklamaya giriştiği makalesinde, liberal bir devlette çokkültürcülüğün savunduğu politikaların temel haklar veya ayrımcılık yasağı ilkelerine başvurularak karşılanabilmesi-

---

61 JOPPKE, ss. 42-43.

62 NUSSBAUM, Martha C., "Perfectionist Liberalism and Political Liberalism", **Philosophy & Public Affairs**, Vol. 39, No. 1, 2011, ss. 11-12; RAZ, Joseph, **Özgürlük Ahlakı**, (çev. Gürkan Özturan), Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, Sakarya, 2016, ss. 107-vd. Raz, 1986'da yayınlanan *The Morality of Freedom* çalışmasında çokkültürcülükle ilgilenmez, yalnızca liberal toplumlarda özerklik kavramının geliştirilmesine odaklanır. Ancak daha sonra kültürel toplulukların özerkliğin sağlanması bakımından bir değeri haiz olduğunu kabul ederek libeal bir çokkültürcülük projesi geliştirmiştir. (PARKEH, ss. 120-121; ÇAĞLAR, F. İrem, "Joseph Raz'ın "Zarar İlkesi" Yaklaşımı", **HFSA-24**, 2012, s. 13.

nin mümkün olmadığını öne sürer. Örneğin bir halkın kültürüne ait dilin ve geleneksel değerlerin eğitim kurumlarında öğretilmesine ilişkin kararlaştırılan bir norm ayrımcılık yasağından, din özgürlüğünden veya eğitim hakkından türetilemez. O halde çokkültürcülüğün gündeme getirdiği hak taleplerinin dayandığı ahlaki iddiayı ciddiye almak gerekmektedir.[63] Raz'a göre kültür, kültürel değerler ve bunlar sayesinde oluşturulan sosyal ilişkiler ağı bireyin özerkliği, refahı ve mutluluğu bakımından değer taşıdığı için liberal devletin çokkültürlülüğe uygun şekilde düzenlenmesi işlevseldir.[64]

Raz ve Kymlicka'nın özerklik temelinde ele aldıkları liberal çokkültürcülük tartışmasına bir başka liberal teorisyen Chandran Kukathas hoşgörü/tolerans temelinde yaklaşmıştır. Kukathas'a göre toplulukların kültürel taleplerde bulunurlarken hedefleri üyelerinin özerkliklerini geliştirmekten bağımsızdır. Liberallerin liberal olmayan toplulukların kültürel kod ve davranışlarına karşı tolerans göstermekten başka yapabilecekleri hiçbir şey yoktur, devletin "müdahale etmeme ödevi"nin gereği olarak bireylerin bir araya gelerek örgütlenmelerine karışılamaz. Devlet, yalnızca gönüllü işbirliğiyle dahil olunan bir gruptan daha sonra ayrılmak isteyenlerin çıkış hakkını koruma altına almakla yükümlü kılınır. Kukathas, grupların kolektif haklarından bahis açmaksızın klasik liberal hakların bireyci içerikleriyle bağdaşır şekilde kültürel toplulukların farklılıklarını güvence altına almayı amaçlamıştır. Liberal hoşgörü tezinin uzantısı sayılabilecek bu klasik liberal haklar vicdan özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü gibi haklardır. Kymlicka, Kukathas'ın yaklaşımını fazlasıyla zayıf bir liberalizm okuması olarak değerlendirerek eleştirecektir.[65]

Görüldüğü üzere liberal devlet pratikleri ve liberal felsefenin gelişimi incelendiğinde tek bir liberalizmden ve de tek bir liberal çokkültürlülükten bahsedebilmek mümkün değildir. Michael Walzer'a göre iki tür liberalizm arasında ayrım yapmak liberalizm-çokkültürlülük ilişkisini kavramakta kolaylık sağlaya-

---

63 RAZ, Joseph, "Multiculturalism", **Ratio Juris**, Vol. 11, No. 3, 1998, s. 200

64 PAREKH, ss. 125-127; RAZ, s. 200.

65 USLU, Cennet, "Liberal Farklılık Teorisinin İki Örneği: Kymlicka ve Kukathas", **Muhafazakar Düşünce**, Sayı 32, 2012, ss. 83-88; GALENKAMP, Marlies, "Group Identity and Individual Autonomy within Liberal Democracies: In Search of Guidelines", **Peace and Conflict Studies**, Vol. 5, No. 2, 1998, https://nsuworks.nova.edu/pcs/vol5/iss2/1?utm_source=nsuworks.nova.edu%2Fpcs%2Fvol5%2Fiss2%2F1&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages Erişim Tarihi: 15.11.2021; KUKATHAS, Chandran, "Are there any Cultural Rights?", **Political Theory**, Vol. 20, No. 1, 1992, s. 108; KYMLICKA, Will, "The Rights of Minority Cultures", **Political Theory**, Vol. 20, No. 1, 1992, ss. 141-143.

bilir. Birinci türden liberalizm, yansız devlet anlayışına ve bireysel haklara olabildiğince bağlı kalır; bu çerçeve içerisinde yurttaşlar ile devlet arasında kolektif herhangi bir projenin yürütülmesi olanaksız görülür. İkinci türden liberalizmde devletin yansızlığı ilkesi daha gevşek değerlendirilir. Buna göre devlet, yurttaşların temel haklarını korumanın yanında, belirli bir ulusun, kültürün, dinin ayakta kalması ya da gelişmesi için özel olarak çaba sarf edebilecektir.[66]

Bu doğrultuda, Will Kymlicka birinci liberalizm kavramsallaştırmasını benimsemiş teorisyenleri (özellikle Rawls ve Dworkin) takip etmekle birlikte Raz'da olduğu gibi devletin tarafsızlığını kültürel toplulukların hakları bakımından esnetip "liberal kültürelci"[67] bir çokkültürlülük teorisi geliştirmiştir; böylece toplulukların kolektif iddialarını insan hakları düşüncesinin ve ulusçu bir söylemin içerisine yerleştirmiştir. Buna karşılık liberalizm ile komüniteryanizm arasında köprü kuran[68] Charles Taylor, liberalizmin sınırlarını genişleterek modern liberal devletlerin; toplulukların ve kültürlerin kamusal tanınma taleplerini karşılayabileceklerini öne sürer.

3. Will Kylimcka'nın Çokkültürcü Liberal Yurttaşlık Teorisi

Will Kymlicka, çokkültürlülük bağlamında en çok tartışılan teorisyenlerdendir.[69] Kymlicka, John Rawls'un düşüncelerinden de yola çıkarak çağdaş liberaller arasında çokkültürcü yurttaşlığın liberal savunusunu dile getirmiştir.[70] Düşünüre göre, bireysel özerklik ile toplumsal kültür arasında

---

66 WALZER, Michael, "Yorum", **Çokkültürcülük. Tanınma Politikası**, Haz. Amy Gutmann, (çev. Cem Akaş), 5.bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2018, s. 117.

67 KYMLICKA, Will, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, (çev. Ebru Kılıç), 3.bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 471.

68 Kymlicka, yurttaşlığın, bireysel hak ve yetkilerle ilişkili olduğu kadar bir topluluğa üye olma ve aidiyet duyma ile de ilişkili olduğunu belirtir ve böylece liberaller ile komüniteryanlar arasındaki tartışmada yurttaşlık bakımından ortak bir kavrayış sunulabileceğini düşünür. (KYMLICKA, 2016, s. 395.)

69 Kymlicka, ilk kez *Liberalism, Community and Culture* (1989) başlıklı çalışmasında çokkültürcülük teorisini oluşturmaya başlamıştır. Daha sonra 1995'te yayınlanan *Multicultural Citizenship* eserinde teorisini olgunlaştırır ve bu eser çokkültürcülük tartışmasının klasikleşmiş metinlerinden biri haline gelir. Yoğun şekilde tartışılan ve yorumlanan Kymlicka, bu tarihten itibaren teorisine yöneltilen eleştirilere yanıtlar vermeye koyulmuştur. Ayrıca yazar, dünya genelinde uygulanan çokkültürcü politikaların gidişatına veya farklı teorisyenler tarafından geliştirilen çokkültürcülük tezlerine ilişkin de düşüncelerini ayrıntılı şekilde açıklamayı sürdürmektedir. (MODOOD, Tarıq, **Çokkültürcülük: Bir Yurttaşlık Tasarımı**, (çev. İsmail Yılmaz), Phoenix Yayınevi, Ankara, 2014, s. 41.)

70 Kymlicka için Rawls, Dworkin ve hatta J.S. Mill'e referans vermek oldukça önemlidir çünkü bu isimler liberal gelenek içerisinde büyük bir ağırlığa sahiptirler. Kymlicka, hakim liberal paradigmaya dayanarak inşa edebileceği bir çokkültürcü yurttaşlık teorisinin daha kolay bir şekilde kabul görebileceğini düşünmektedir. (KYMLICKA, 2020, ss. 149-150.)

birbirini besleyen pozitif bir ilişki bulunmaktadır.[71] Bu nedenle de azınlık haklarını, liberal özerklik ve insan hakları ile bir arada görmenin mümkün olacağını savunur. Böylece evrensel hakların peşi sıra grup haklarının tanınmasını da olanaklı ve hatta kaçınılmaz görmekte[72], devletin tarafsızlığı ilkesinden uzaklaşarak Raz'ın mükemmeliyetçiliğine yakınlaşmaktadır.[73] Kymlicka, çokkültürlülüğü etnik, ulusal ve ırksal çeşitlilik bağlamında "geniş insan hakları devriminin bir parçası" olarak değerlendirmektedir.[74]

Kymlicka, yurttaşlığa ilişkin hak şemalarını kültürel haklarla birleştirirken farklılaşmış bir yurttaşlık çeşidi veya grup farkına dayalı haklar (*group-differentiated rights*) demeti sunar.[75] Çokkültürlü bir liberal toplumda kapsayıcı bir adalet teorisi, grup üyeliklerinin dikkate alınması ile mümkündür. Bu sebeple de evrensel hakların hemen yanında egemen kültürün dışında kalanlar için özel statüler oluşturulmalıdır.[76] Kymlicka, teorisini öncelikle çokuluslu ve çoketnikli devletler için geliştirdiğini ifade eder. Dolayısıyla çokkültürlülük, sadece bir devletin topraklarında tarihsel olarak farklı ulusların yan yana yaşaması halinde ya da göç dalgaları neticesinde etnik çeşitliliğin ortaya çıkması durumunda söz konusu olabilecektir. Çokuluslu devletlerde, egemen olmayan uluslar için tarihsel bir haksızlığın veya adaletsizliğin giderilmesi meselesi ön plana çıkarken; çoketnikli devletlerde göç eden kimselerin ortak kültüre entegrasyonlarının sağlanması ihtiyacı karşılanmaya çalışılır.[77]

---

[71] ÇAĞLAR, İrem, **Farklılıklar ve Tanınma Talepleri Karşısında Liberal Kavram ve İlkelerin Değerlendirilmesi**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 232.

[72] KYMLICKA, 2020, s. 33.

[73] ÇAĞLAR, 2009, ss. 230-231; KYMLICKA, 2016, s. 350. Kymlicka'nın liberal çokkültürcü teorisinin ulusal ve etnik topluluklarla sınırlı olduğunu vurgulayan Modood, düşünürün dini topluluklar bakımından liberal devletin tarafsızlığı tezini sahiplendiği eleştirisini yapmaktadır. (MODOOD, s. 45.)

[74] Kymlicka, İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası toplumda egemen konuma gelen insanların eşitliği düşüncesinin köklü hiyerarşik ilişkileri yıkan üç politik hareketlenmeyi tetiklediğini belirtir. İlk dalga 1948'den 1965'e dek süren dekolonizasyon mücadeleleridir. İkincisi, 1955-1965 yılları arasında ABD'de Afrikalı-Amerikalıların eşit haklara sahip olabilmek ve ırksal ayrımcılığı ortadan kaldırabilmek amacıyla başlattıkları Sivil Haklar Hareketi (*Civil Rights Movement*)'dir. Geç 1960'lardan itibaren ise çokkültürlülük ve azınlık hakları dile getirilmiştir. İnsan hakları düşüncesine başvurarak taleplerini haklılaştıran bu hareketler, hiyerarşik, eşitsiz statülere dayanan toplumsal ilişkileri liberal-demokratik yurttaşlık ilişkilerine dönüştürmeyi hedeflemişlerdir; böylece demokratik "yurttaşlaşma" (*citizenisation*) sürecine katkı sunmuşlardır. (KYMLICKA, 2010, s. 100.)

[75] DOYTCHEVA, s. 53.

[76] KYMLICKA, 2020, s. 33.

[77] KYMLICKA, 2020, ss. 41-61.

Kymlicka, kültürel azınlıkları tekilleştirmeyip kategorilere ayırarak grup hakları bakımından orijinal bir formül geliştirmiştir. Çokkültürlülük haklarını ele alırken uluslar ve etnik gruplar arasında ikili ayrım yapan düşünür, farklı toplulukların adalet ve dolayısıyla da yasal hak iddialarının birbiriyle eş değer kılınamayacağını ileri sürer.[78] Kymlicka'nın tezine göre kimi topluluklar kültürlerinin korunması taleplerinde daha güçlü bir adalet duygusuna seslenirler. Hak iddiaları en güçlü olan topluluklar ulusal azınlıklardır. Ulusal azınlıklar, ortak bir dile ve kültüre sahip, belirli bir bölgede toplu olarak yaşamlarını idame ettiren ve geniş toplumla aralarında yoğun bir bağ kuramamış kültürel topluluklardır. Hak iddiası en az olan kimseler ise gönüllü göçmenlerdir. Kymlicka, bir bölgeden gönüllü olarak göç eden kişilerin, toplumsal bir kültürden çeşitli sebeplerle kopmayı istediklerini düşünür ve bu kişilerin göç ettikleri ülkenin kültürüne göre yaşamayı tercih ettiklerini belirtir.[79] Bu doğrultuda, ulusal azınlıkların özyönetime ilişkin hak ve yetke taleplerinin karşılanmasını olanaklı hatta gerekli bulan Kymlicka, göçmenler bakımından ayrımcılık yasağı, dil ve kültürünü koruyabilme gibi daha dar içerikli çoketniklilik haklarını (*polyethnic rights*) ortaya atar.

Kymlicka, çokkültürlü toplumlarda grup farkına dayanan üç hak biçimi önerir. İlk olarak, çokuluslu devletlerde, ulusların kültürlerinin gelişebilmesi için özyönetim haklarının tanınabileceğini ifade eder. Ulusal azınlıkların farklı kültürel birimler olarak hayatta kalmaları ve kendi varlıklarına ilişkin kararları kendilerinin almaları önem taşımaktadır. Gerçekten de etnik çatışmalar, temelde, belirli bir coğrafyada yaşayan halkların bu topraklar üzerindeki idari ve politik hak iddialarını koruma mücadelelerinden kaynaklanmaktadır. Özyönetim hakları sayesinde bu topluluklar, geniş toplumdaki egemen kültürün baskısından kendilerini koruyabilecek politikalara başvurabileceklerdir. Dolayısıyla, özyönetim veya federasyon gibi kurumlar aracılığıyla, siyasi ve idari güç sınırlı düzeyde ulusal azınlıklara devredilmelidir.[80]

İkinci olarak, göçmen gruplar bakımından çok etniklilik haklarının tanınmasını önerir. Bu hak kategorisi, göçmenlerin ortak kültüre entegre olurlarken kendi kolektif kültürlerini sürdürebilmelerine olanak tanır. Etnik ya

---

[78] YOUNG, Iris Marion, "A Multicultural Continuum: A Critique of Will Kymlicka's Ethnic-Nation Dichotomy", **Constellations**, Vol. 4, No. 1, 1997, ss. 48-49.

[79] PAREKH, ss. 131-133.

[80] KYMLICKA, 2020, ss. 66-71; PAREKH, ss. 131-132.

da dini azınlıkları ilgilendiren belli pratikler için mali destek ve yasal koruma sağlanması amaçlanır. Bu grupların sahip oldukları kolektif kimliklerine saygı, kabul ve tolerans ile yaklaşılmalıdır. Böylece bu gruplar kendi kimliklerini ifade edebilirler, onların hukuki korumadan yararlanmasını talep edebilirler. Ayrıca göçmenlerin topluma entegrasyonlarının sağlanması için örneğin kılık kıyafet yönetmeliklerinde değişiklikler yapılabilir, eğitim müfredatları gözden geçirilebilir.[81]

Nihayet, grupların özel temsil haklarına dönük talepleri karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, devletin merkezi siyasi kurumlarında etnik ya da ulusal azınlıklar için kamusal mevkiler ayrılması beklenmektedir. Ulusal azınlıklar için temsil hakkı özyönetim hakkının doğal sonucudur; etnik azınlıklar bakımından ise politik karar alma süreçlerinde herhangi bir dezavantajlı durumla karşılaşmamaları için temsil haklarının tanınması gerekliliktir.[82] Ayrıca bu hak sadece etnik, ulusal gruplar için değil yeni sosyal hareketler olarak adlandırılan gruplar (toplum tarafından marjinalleştirilen, dışlanan ve kamusal temsil bakımından adaletsiz bir konumda tutulan değişik gruplar) için de önem arz etmektedir ve bunların da demokratik kurumlara etkin katılım talepleri karşılanmalıdır.[83]

Kymlicka'nın ulusal azınlıklar-gönüllü göçmenler ayrımının indirgemeci ve aşırı kategorik olduğu iddia edilebilir. Young'ın da dikkat çektiği üzere, kültürel toplulukları türlere ayırarak sınıflandırmak yerine "derece meselesi" şeklinde değerlendirmek daha güçlü ahlaki argümanlar üretmeyi sağlayabilecektir. Farklı toplulukların geniş toplumun egemen kültürü içinde yaşamaya rıza göstermesi bir derece meselesidir ve buna ilişkin kanaatler zamanla azalıp artabilir. Aksi takdirde, bir ülkeden göç ederek başka bir ülkenin toplumsal-politik yaşamına dahil olan her kişinin kendi kültüründen kopmayı istediğini varsaymamız gerekir. Örneğin iş bulabilmek için kendi ülkesindeki yetersiz ekonomik koşullardan çıkarak bir başka ülkeye giden göçmenler, yerleştikleri ülkenin ekonomik fırsatlarına ve politik karara alma süreçlerine katılmaya heveslidirler, fakat yine bu kişiler ülkenin baskın ulusal kültüre dahil olma iradesini göstermeyebilirler. Gönüllü göçmenlerin ekonomik fırsatlardan yararlanmayı istemeleri bir şeydir, ulusun toplumsal ve kültürel değerlerine entegre olmayı amaçlamaları başka bir şeydir. Dolayısıyla Kymlicka'da ekono-

---

81 KYMLICKA, 2020, ss. 71-73.

82 YOUNG, s. 49.

83 DOYTCHEVA, s. 54.

mik, politik yaşam ile kültürel, toplumsal yaşam ayrımı bulunmamaktadır.[84] Bu nedenle, grupların ve toplulukların, hak ve yetke taleplerine ilişkin iddialarını daha bütüncül ve bağlamsal şekilde değerlendirmek gerekir.

Kymlicka, kolektif hakların tanınmasında iki hususu birbirinden ayırmak gerektiğine dikkat çeker. Kolektif hakların kullanılması sonucunda ortaya çıkabilecek durumlar için iç kısıtlamalar ve dış korumalar kavram çiftini önerir. İç kısıtlamalar, grubun grup içerisindeki bireyi grup dayanışması ya da kültürel saflık adına kısıtlaması anlamını taşır. İç kısıtlamalar, başka hayat tarzlarını daha çekici bularak gönüllü seçimlerde bulunan grup üyelerinin gruptaki geleneksel hayat tarzını sürdürmeye zorlanması amacına yönelir. Grupların iç kısıtlamaya yönelik talepleri, grup üyelerinin geniş toplumun anayasal ve yasal gerekliliklerinden muaf tutulmalarını gerektirir. Ancak, liberal devlet, bireylerin temel medeni ve politik özgürlükleriyle çatıştığı için grup içerisindeki iç kısıtlamalara müsaade etmemeli, bunlara engel olmalıdır.[85]

Dış korumalar, gruplar arası ilişkilerle ilgilidir. Etnik veya ulusal gruplar, geniş toplumun kendileri üzerindeki politik veya ekonomik gücünü sınırlandırarak varlıklarının ve kimliklerinin korunmasını talep edebilirler. Dış korumaların amacı, grubun özerk bir şekilde kendi kendisini gerçekleştirmesidir. Bu sebeple de Kymlicka'ya göre liberalizmin temel ilkeleri ile uyum halindedir.[86] Böylece dış korumalar, grup üyesi olan bireylerin özgürlüklerini koruduğu, kendi kendilerini gerçekleştirme idealini kolaylaştırdığı ve geniş toplum içerisindeki farklı gruplar arasında eşitlikçi bir ilişkiyi desteklediği için liberal ilkelerle herhangi bir çelişki göstermeyecektir.[87] Kymlicka'nın özerklik temeline oturttuğu liberal çokkültürcülüğü tam da bu noktada hoşgörü esasına dayanan bir liberal çokkültürcülük projesinden ayrışır: Hoşgörü savunucuları özerklikle ilgilenmedikleri için topluluğun üyelerine karşı iç kısıtlamalar getirmesine karışmamayı yeğlerler, fakat kolektif hakları tanımamazlıktan gelerek dış koruma taleplerini de kategorik olarak reddederler.[88] Bir başka anlatımla, liberal hoşgörü tezine dayanmış bir çokkültürcülük projesi iç kısıtlamalar probleminde duyarsız, dış korumaların varlığının engellenmesinde duyarlı bir bakış açısı sunmakla maluldür.

---

84 YOUNG, ss. 51-52.

85 KYMLICKA, 2020, ss. 79-89.

86 KYMLICKA, 2020, ss. 80-90.

87 KYMLİCKA, 2016, ss. 475.

88 KYMLICKA, ss. 261-262.

Ancak yine de dış korumalarla iç kısıtlamalar arasındaki ilişki pratikte bu kadar açık ve belirgin ayrımlarla tarif edilemeyebilir. Bu kavram çiftini kale metaforu üzerinden düşündüğümüzde, dışarıya karşı korunaklı bir yapıda var olan ve belirli kültürel normları üyelerine benimsetmiş bir toplulukta iç kısıtlamalara karşı bir direncin oluşması en baştan önlenmektedir. Topluluğu yöneten kişi veya kişiler tarafından üyelerin rızasının imal edilebileceği gerçeğiyle yüzleşilebilir ve kültürel normların gerçek anlamda değer ve işlevini ortaya çıkarabilmek söz konusu olamayabilir. Keza etrafı surlarla çevrili böyle bir kalede bireylerin grup normları dışındaki normları tanıyıp öğrenebilmesi güçleşecek, bireyin kalenin dışına çıkarak farklı kültürlerle iletişime geçmesi pratikte işleyemeyebilecektir. Bu bakımdan bireyin kültürel normların değerini kendi olgunlaşmış ve bağımsızlaşmış iradesi sonucunda seçip seçmediği, bu seçimini karara bağlarken de farklı değerler sistemlerini ve kültürel düzenleri sahih bir ilişkilenme biçimiyle tanıyıp tanımadığı sorularına yanıt bulunamayabilir. Sonuç olarak, Kymlicka'nın liberal çokkültürcülük teorisinde yaşamsal önemi haiz bulunan iç kısıtlamalar-dış korumalar kavram çiftinin yeterli açıklığa sahip olmadığı düşünülebilir.

Fakat Kymlicka, çağdaş Batı demokrasilerindeki etnik-kültürel grupların çoğunun "liberal toplumların tam ve eşit düzeyde katılımcısı olmayı amaçladıklarını" kaydeder. Bu grupların üyeleri, liberal demokrasileri ortadan kaldırmayı değil, kendi üyeleriyle birlikte paylaştıkları bir liberal politik toplum kurmayı amaçlamaktadırlar. Örneğin Kanada'daki ayrılıkçı topluluk Quebecliler, şehirli, seküler, çoğulcu, sanayileşmiş, bürokratikleşmiş liberal bir topluluktur.[89] Ancak eğer çokkültürlülük tartışmasında genel geçer bir teori sunmak hedefleniyorsa liberal bir politik kültürden gelmeyen, baskıcı grupların varlığı da yadsınamaz. Kymlicka, öncelikle bu tür gruplarda iç kısıtlamaların engellenmesi sayesinde grup üyelerinin bireysel özerkliğinin korunabileceğini düşünür. Bunun ardından, liberalliğin bir derece meselesi olduğunu ileri sürerek kültürlerin zamanla liberalleşebileceğini, liberal çokkültürcülük sayesinde grup üyelerinin çok daha fazla bir şekilde yaşam biçimlerini sorgulayabileceklerini iddia eder. Bu doğrultuda, liberal çokkültürcülük projesinin nihai sonucu olarak kültürel kimlikler zayıflayacak ve ayrılıkçı karakterleri budanacaktır.[90] Kymlicka'nın teorisinde liberal reform tüm toplumlarda ve kültürlerde tamamlanabilecek bir hadise olarak iyimser bir

[89] KYMLİCKA, 2016, ss. 469-470.

[90] KYMLICKA, 2020, s. 159-161.

tabloda resmedilir.[91] Bu bağlamda, onun teorisinin kaçınılmaz şekilde çağdaş Batı demokrasileriyle ve bu demokrasilerdeki liberal azınlıklarla sınırlı olduğu anlaşılmaktadır.

Kymlicka'ya göre çokkültürlülük hakları, bireysel özgürlüğü destekleyici nitelik taşımaktadır. Buna göre bireysel özgürlük, modernite içerisinde "toplumsallık kültürleri" (*societal culturs*) ile birlikte gelişim göstermiştir. Modernleşme sürecinde ortak kurum ve pratikler tüm topluma yayılmış böylece toplum içerisinde ortak bir kültür teşkil edilmiştir.[92] Modern dönemde bir kültürün hayatta kalabilmesi ve gelişebilmesi onun "toplumsal bir kültür" halini almasına bağlıdır. Aksi halde ulusal düzeyde egemen olan kültürün taşıyıcıları haklarını kullanabilirlerken toplumsallaşamayan kültürler giderek marjinalleştirileceklerdir.[93] Kymlicka, çoğunluk kültürüne ayrıcalık tanınmasının öncelikle hakkaniyete aykırı olduğunu belirtir. Öte yandan da, kültürün insanın gelişimi için önemli bir yer kapladığını düşünmektedir.[94]

Kymlicka, liberal seçim özgürlüğünün birtakım kültürel önkoşullara bağlı olduğunu düşünmektedir. Bireysel seçimin anlam kazanabilmesi, bireylerin bir toplumsallık kültürü edinmelerine ve bu kültürel önbilgiyle düşünebilmelerine bağlıdır. Kymlicka'nın liberal özgürlük anlayışı, kişinin kendi toplumsallık kültürü içinde hareket ederken bazı kültürel rollerden kaçınması, kültürün kimi özelliklerini kullanarak bunları geliştirmesi, geliştirilemez veya değersiz olduğunu düşündüğü kültürel unsurları da faş edip

---

91 ÇAĞLAR, 2009, s. 243.

92 Modernleşmenin kolektif bir ulusal kültür inşa edilerek kurulduğu argümanı yukarıda sayfa 8'de tartışılmıştır. Kymlicka bu tarihsel olgunun gerekçesi olarak üç nedenin üzerinde durmaktadır: 1. Modern kapitalist ekonominin işleyebilmesi için eğitim sahibi işgücü gereksinimi doğmuştur. 2. Modern devletler, bireyler arasında sosyal dayanışma sağlama ihtiyacı hissetmişler ve böylece kolektif bir kimlik ve üyelik duygusu inşa etmişlerdir. 3. Farklı sınıflardan, statülerden gelen kimselere fırsat eşitliği tanınması için ortak, genel eğitim vazgeçilmez görülmüştür. (KYMLICKA, 2020, s. 143)

93 KYMLİCKA, 2020, ss. 142-147. Kymlicka, toplumsallaşamayan kültürlerin üyelerinin zamanla marjinalleşeceğini iddia eder. Bu değerlendirmeye katılmakla birlikte, eğer bu kültürlerin taşıyıcısı olan kimseler kamusal alanda özdüşünümsel tartışmalara dahil olup başka kültürlerin değer ve normlarıyla karşılaşmazlarsa, kültürler/topluluklar arasındaki mesafe artabilecek, birbirlerine karşı önyargının hakim konuma geldiği görülebilecektir. Dolayısıyla, marjinalleşmenin en çok karşılaşılan ve en tehlikeli sebebi kültürler arası iletişimin zayıflaması, kendi içine kapanma halinin önlenememesidir. Kanımızca, Kymlicka'nın grup hakları fikri bu yöndeki bir marjinalleşme eğilimine karşı savunmasızdır. Anayasal yurtseverlik başlığında değineceğimiz üzere, Habermas da grup haklarına karşı bu yönde bir eleştiri yöneltecektir.

94 PAREKH, s. 131.

ortadan kaldırması özgürlüğü olarak tanımlanabilir.[95] Kymlicka, Rawlsyen liberal düşüncenin de bu anlamda, kişinin dilini ve tarihini aşma özgürlüğü değil, kendi kültürel yapısı içerisinde özerk hareket edebilme özgürlüğü olduğunu iddia eder.[96]

Kymlicka'ya göre insanlar iyi bir yaşam sürdürebilmenin zorunlu koşulu olduğunu düşündükleri için özerkliği arzularlar. Bu bağlamda, herhangi bir aşkın insan doğası tasarımına başvurmadan, insanların iyi yaşama ilişkin hak ve taleplerini özerklik kavramına dayandırarak açıklar. Ona göre özerk her birey, eylemlerinin değer ve önemlerini anlayıp bunları rasyonel bir şekilde gözden geçirebilmelidir. Kymlicka, bireylerin özerk hareket edebilme kapasitelerini geliştirebilmeleri için kültüre gereksinim duyduklarını düşünür. İnsanı "kültürel yaratıklar" (*cultural creatures*) olarak tanımlayan Kymlicka için kültür, bireylerin dünyayı tanıyıp biçimlendirebilmesini olanaklı kılar. Kültür insanı tamamen biçimlendiremez fakat benliğin gelişiminde önemli bir payının bulunduğu da inkar edilemez.[97]

Kymlicka, liberal toplumda iyi hayat sürdürebilmenin iki önkoşulu olduğunu belirtir, birincisi bireyler yaşamlarını kendi değerlerine uygun olarak sürdürebilmek için gerekli kaynak ve özgürlüklere sahip olmalıdır. İkinci olarak, bireyler kültürün sağlayacağı her türlü inancı sorgulamak ve sınamak hususunda özgür olmalıdır. Liberal toplum kişinin kendi kavrayışını oluşturarak bunları tekrar tekrar gözden geçirmesini sağlamalıdır. Özerklik, kişinin kendi iyi kavrayışını takip edebilmesi özgürlüğünden daha çok bu iyi kavrayışlarını oluşturma ve gözden geçirme süreçleri ile ilgilidir. Liberal toplumda kişinin özkavrayışını sağlaması öteki kültürler hakkında da bilgi sahibi olmasına bağlıdır.[98]

Kymlicka'nın "liberal çokkültürlülük" anlayışının iki boyutu bulunmaktadır. Liberal çokkültürcülük, çokkültürlülüğün liberal demokratik biçimidir

---

[95] KYMLICKA, 2020, s. 164. Benliği toplumsallıkla ve kültürle iç içe konumlandırmak, Kymlicka'nın komüniteryan düşünürlere yaklaştığı eleştirilerini beraberinde getirmiştir. Fakat Kymlicka buna karşı çıkar. Ona göre, komüniteryan düşünürler için kimlik kurucu unsurdur ve kişinin nihai amaçlarını belirler. Kymlicka, komüniteryan düşünürlerle arasındaki temel farkın kendisinin kimliğin gözden geçirilebilir ve aşılabilir olduğunu vurgulamasında yattığını belirtmektedir. (ss. 164-165.) Benlik ile kimlik arasında kurulan ilişkide sınırın nasıl ve nereden çizileceği Kymlicka ve Taylor arasındaki temel ayrım noktasını oluşturur. Bu hususa Taylor'ın tanınma politikasını değerlendirirken geri döneceğiz.

[96] ÇAĞLAR, 2009, s. 233.

[97] PAREKH, s. 128-129; KYMLICKA, 2020, s. 149.

[98] KYMLICKA, 2020, ss. 148-152.

ve özgürlük, eşitlik, demokrasi gibi liberal değerlere dayanır. Bu haliyle liberal çokkültürcülük tarihte yer alan birçok barışçıl bir arada yaşama örneklerinden ayrılır. Bu örneklerde (örneğin emperyal hoşgörü düşüncesinde) grupların özgürlüklerinin ve demokratik haklarının tanınması söz konusu değildir. Diğer yandan, liberal çokkültürcülük liberal demokrasinin çokkültürlülüğe uygun hale getirilmiş biçimidir. Buna göre, liberal anayasalarda etnik ve kültürel azınlıkların korunması için kimi politikalar hayata geçirilmek durumundadır.[99]

4. Charles Taylor'ın Tanınma Politikası

Will Kymlicka'nın ardından bir başka Kanadalı düşünür Charles Taylor da çokkültürlülük problemi ile ilgilenerek tartışmaya dahil olur. Aynı zamanda Quebec topluluğuna mensup olan Taylor, çokkültürlü toplumlarda tanınma kavramına dayanan bir yurttaşlık anlayışı ortaya koyar. Taylor'ın tanınma politikası Rawlsçu liberalizmle bağdaşmasa da öne sürdüğü tezler (Michael Walzer'ın yukarıda belirtilen ayrımına dayanarak söylemek gerekirse) ikinci tür liberalizmin içerisinde değerlendirilmektedir.[100]

Charles Taylor, modern yurttaşlık anlayışının modern öncesi (premodern) toplum biçimlerinden farklı olarak doğrudan-erişimi temel aldığına dikkat çeker. Buna göre, dikey toplum yapısının geçerli olduğu pre-modern toplumlarda tebaalar, egemenle kurdukları ilişki dolayımıyla toplumsal düzenin üyesi olurlar. Ancak modern toplumda, normatif açıdan, her bir kişi, ortak bağlılık nesnesi konumundaki "gayri şahsi varlık" olan devlete eşit uzaklıktadır. Diğer bir anlatımla yurttaşlık, hiyerarşik aidiyetin heterojen niteliğine son verirken herkesi soyut bir egemen varlığın karşısında tek tip kılarak eşitliği sağlar.[101] Fakat Taylor'a göre tek tipliliğe dayanan bu eşitliğin sorgulanarak farklılıklar düşüncesinin politika olarak savunulması gerekmektedir.

---

[99] KYMLICKA, 2015, ss. 213.

[100] Taylor, esas itibariyle Robert Nozick ve John Locke gibi sosyal sözleşmeci (ve aynı kökten beslenen *utilitarian*) liberal düşünürlerin atomize birey anlayışlarını eleştirir. Atomizm, insan doğası ve bireysel hakların önceliğini (*primacy-of-right theories*) makul bulan görüşleri temsil eder. Buna göre atomist görüş, Aristoteles'in *zoon politikon*'unun aksine bireyin kendi kendine yeterliliğini savunur. Kendisini bu düşüncenin karşısında konumlandıran Taylor, ancak bir topluluk içinde varolmanın bireyin rasyonelitesinin gelişmesi anlamını taşıdığını belirtir; böylece ahlaki faillerin sorumlu ve otonom varlıklar haline gelmesinin toplumsallaşmayla doğrudan ilişkili olduğunu iddia eder. (TAYLOR, Charles, "Atomism", **Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers**, Vol. 2, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, ss. 187-191.)

[101] TAYLOR, Charles, **Modern Toplumsal Tahayyüller**, (çev. Hamide Koyukan), Metis Yayınları, İstanbul, 2006, ss. 153-158.

Taylor, kimliğe ilişkin meselelerin modern bir kaygı olduğunu ifade eder. Buna göre modern çağda kimlik, bir insan gereksinmesidir. Kimlik, insanın kim olduğunu ve bir insan olarak kişinin kendini hangi temel nitelikler üzerinden tanımladığını gösterir. Taylor için kimlik, kurucu bir unsurdur. Kimliğin biçimlenmesi tanınma, tanınmama veya yanlış tanınma yoluyla gerçekleşir. Tanımama ve yanlış tanıma kişilerin yaşamlarında onarılmaz yaralar açabilen, özsaygılarını yitirmelerine varabilen bir süreçtir. Bu nedenle de kişilerin varlıklarının hak ettikleri biçimde tanınması sadece saygının gereği değildir aynı zamanda temel bir insan gereksiniminin karşılanması anlamını taşımaktadır.[102]

Taylor, modern dönemde kimlik ve tanınma meselelerinin gündeme getirilmesinde iki düşünsel-toplumsal değişikliğin önemini vurgular. İlk olarak, modern toplumlar şeref/saygınlık (*honour*) kavramlarını terk ederek onur/haysiyet (*dignity*) kavramı üzerine inşa edilmişlerdir. Şeref kavramı hiyerarşik kademelenmeye, eşitsizliğe içkin bir kavramdır ve pre-modern toplumlarda geçerli olan bu değer anlayışının yerini evrenselci ve eşitlikçi bir fikir olan her insanın eşit onur sahibi olduğu düşüncesi almıştır. Buna göre herkesin özdeş hakları ve bağışıklıkları bulunmaktadır. Eşit onur düşüncesinin gelişmesinde Taylor, 18. yüzyıl modernite düşünürlerinden Rousseau ve Kant'ı öne çıkarır.[103]

Rousseau'nun "genel irade" kavramsallaştırması tüm iktidar ilişkilerinde egemen ve yurttaşın eşitlenmesi sonucunu doğurmuştur. Özgür bir toplumda halk, hem egemen hem de uyruk konumundadır. Rousseau'nun genel irade kavramsallaştırması üzerinden geliştirdiği sosyal sözleşme teorisinde birbiriyle bütünleşik üç unsur bulunmaktadır: a. kimsenin kimse üzerinde egemenlik kurmaması anlamında özgürlük, b. toplum içerisinde farklılaşmış rollerin doğmaması, c. halk arasında güçlü bir ortak/kamusal amacın benimsenmesi. Bu düşüncede farklılıkların kabul edilmesine oldukça dar bir alan bırakılmaktadır. Taylor'a göre, Rousseau'nun organik bütünü oluşturan bir halkın "ortak amaç" benimseyerek bunun için mücadele etmesi gerektiği şeklindeki düşüncesi, Jakobenizmden yirminci yüzyıl totaliter rejimlerine dek tüm hegemonyacı zorba yönetimlerin rol modeli olmuştur.[104]

---

[102] TAYLOR, Charles, "Tanınma Politikası", **Çokkültürcülük. Tanınma Politikası**, Haz. Amy Gutmann, (çev. Yurdanur Salman), 5.bası, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2018, ss. 46-47.

[103] TAYLOR, 2018, s. 64.

[104] TAYLOR, 2018, s. 71.

Rousseau'nun ardından evrenselci-eşitlikçi düşüncenin bir diğer uğrağı olan Kant'ta insan onuru kavramı, rasyonel bir varlık olarak özerk bir şekilde yasa koyan insan düşüncesine dayanır. Kantçı düşüncede, iyi hayat anlayışlarının belirlenmesi ve iyi bir yaşamın amaçları hususunda tözsel bir uzlaşıya varılması politikanın konusu değildir, yalnızca farklı iyi yaşam kavrayışlarını benimseyen bireylere karşı devletin eşit muamelede bulunma yükümlülüğü vardır. Rousseau'nun düşüncesinden farklı olarak Kant'ın teorisinde genel irade kavramı yer bulmaz, bu sayede toplumun ortak amaçlar doğrultusunda yönetimine kuşkuyla bakılır ve herkese aynı biçimde uygulanacak eşit bireysel haklar tanınır. Ancak Taylor'a göre Kantçı liberalizmin bireysel ve usuli haklara yaptığı vurgu, ortak bir amaca sahip olan ancak bu amaç karşısında ilgisiz bir tutum takınan devletin tâbiyeti altında varlığını sürdürmeye çalışan toplulukların taleplerine hiçbir çözüm üretememektedir. Politik topluluğun üyeleri aynı iyi yaşam anlayışı etrafında örgütlenebilirler ve bu iyi yaşamı koruyup gerçekleştirmeye yönelecek kamu politikalarını yasallaştırmayı hedefleyebilirler. Dolayısıyla Taylor, prosedürel ve temel hak liberalizmlerinin toplulukların amaçsal politika isteklerine kapalı olduklarını, herkese eşit muamelede bulunma ilkesinin kaçınılmaz olarak kolektif toplulukların sahip olduğu farklılıkları görmezden geldiğini öne sürer.[105]

Taylor, ikinci olarak, eşitlikçi-evrenselci düşüncenin yanı sıra 18. yüzyılın sonlarında ortaya çıkan ve modern topluma özgü olan *authenticity* (otantiklik, sahicilik) idealini inceler. Sahicilik etiği, ahlaki problemlerin bir hesaplama meselesi olduğu düşüncesine karşıt olarak gelişmiştir. İnsanı içsel derinliği olan bir varlık şeklinde değerlendiren sahicilik öğretisinin kökleri, Augustinus'un "*insanın Tanrı'yı kavramasının kendi özbilinçliliği ile gerçekleşebileceği*" düşüncesine dek uzanır.[106] Taylor, modern dönemde sahicilik etiğinin temsilcileri olarak Rousseau ve Alman romantiklerinden Herder'i gösterir.

Rousseau için ahlaka ilişkin sorular, doğanın içimizde duyduğumuz sesini izleme sorunudur. Bir diğer anlatımla, insan kendi kendisiyle sahici bir temas kurduğunda ancak ahlaki kurtuluşunu sağlayabilir. Herder de her bir insanın kendine özgü bir varolma biçimine sahip olduğunu belirterek herkesin kendi kendisinin "ölçüt"ü olduğunu düşünür.[107] Taylor, sahicilik etiğinin

---

[105] TAYLOR, 2018, ss. 76-86.

[106] TAYLOR, Charles, **Modernliğin Sıkıntıları**, (çev. Uğur Canbilen), 3.bası, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017, s. 32.

[107] Bu noktada Herder (1744-1803)'in kültüre ilişkin düşüncelerine daha ayrıntılı değinmekte yarar vardır. Zira Herder, sahicilik idealini sadece kişiler arasındaki ilişkilere uygulamakla kalmaz, halk (*Volk*) düzleminde de kendi kendini gerçekleştirme yaklaşımını benimser.

kişinin özgün varoluşunu kendi kendine biçimlendirebileceği idealine vurgu yaptığını söyler. Modern sahicilik etiğinin gösterdiği ahlaki önerme uyarınca, kişinin kendi içsel doğasıyla arasında kurduğu ilişkiye yaşamsal bir önem atfedilmektedir. Kişiye dışsal uyum amacıyla çeşitli iktidar yapılarından yöneltilen her türlü baskı, onun kendini gerçekleştirme idealinin ortadan kaybolmasına, kendi içsel sesini duyma becerisini yitirmesine yol açacaktır.[108]

Modern sahicilik etiği, kişinin kendine özgü varoluş biçimini keşfetmesi gerektiği fikrini ortaya atarken bu varoluşu kişinin kendi içsel deneyimleriyle yaratabileceğini düşünür. Fakat içsel yaratım, iddia edildiğinin aksine, hiçbir zaman monolojik olarak gerçekleşmez. İnsan yaşamı ve benliğin oluşumu toplumsallaşma süreçleri ile iç içedir, bu nedenle de insanların kimlikleri etkileşime girdikleri "önemli ötekiler"le (*significant others*)[109] birlikte oluşur. Diğer bir anlatımla, kimliğin oluşumu hem kişisel düzeyde hem de kamusal düzeyde ancak diyalojik bir sürecin sonucunda gerçekleşebilir. İnsan zihni monolojik bir şekilde, yani kendini ötekilerden azade kılarak tek başına edindiği bir varoluş olarak işlemez. Kişinin kendi kimliğini keşfetmesi başkalarıyla sürdürdüğü diyaloglar sayesinde mümkündür. Bu bakımdan kimlik, her zaman ötekilerle gerçekleştirilen diyalog ve çatışmalar çerçevesinde kurulur.[110] Taylor'a göre modern sahicilik etiği, bireyin kendisine dışsal olan bir dünyayla ve iyi hayata ilişkin sorularla kurduğu ilişkisinin orta-

(TAYLOR, 2018, s. 52) Herder için kültür, "doğal bir insani ihtiyaçtır". Her kültürün eşsiz bir değer taşıdığını düşünen Herder, bir kültürün değerinin ve niteliğinin ancak 'içine girilerek' anlaşılabileceğini belirtir. O, Aydınlanma döneminin ilerlemeciliğini, evrenselciliğini güçlü biçimde eleştirir; çağının hakim paradigmasından ayrılarak, örneğin yerel/başlangıç toplumlarının kültürlerinin korunması konusunda kaygılanır. Herder bakımından sanat, ahlak, din, ulusal yaşantı belleklerde yer edinmiş geleneklerden beslenmelidir. Isaiah Berlin'in ifadesiyle o, "*farklı kültürlerin büyük insanlık bahçesindeki birçok huzurlu çiçek gibi yan yana verimlilikle açabileceğini ve açması gerektiğini*" düşünmektedir. (BERLİN, Isaiah, **Akıntıya Karşı: Fikirler Tarihi Üzerine Denemeler**, (çev. Emre Erbatur), Profil Yayıncılık, İstanbul, 2016, ss. 83-85.)

108 TAYLOR, 2017, ss. 34-35.

109 Taylor bu kavramı Amerikalı sosyal psikolog ve sembolik etkileşimcilik okulunun kurucusu George Herbert Mead'in teorisinden ödünç alır. Mead'e göre benliğin oluşumunda, çocukların sosyalleşme aşamasında ilişki kurduğu bazı kişileri önemli ötekiler olarak seçmesi geniş yer tutmaktadır. Önemli ötekiler, benliği tek başına belirlemezler fakat çocuğun içgüdülerinin/dürtülerinin üzerine kendi imgelerini kazırlar. Taylor da bu bağlamda, herkesin kendisini tanımlamak için edindiği "dilleri" (yalnızca sözcükleri değil, kişinin her türlü kendisini dışavurum tarzlarını) önemli ötekilerle kurduğu ilişki içinde oluşturduğunu düşünmektedir. Kişi, önemli ötekilerle yaşamının başlarında karşılaşsa da onların etkileri yaşam boyu sürmeye devam eder. (BAUMAN, ss. 41-43; TAYLOR, 2017, s. 38)

110 TAYLOR, 2018, ss. 50-55.

dan kalkmasına yol açmış; böylece liberal toplumda devletin tarafsız bir konumda olması gerektiği düşüncesini meşrulaştırılmıştır.[111] Halbuki eğer kimlik dış dünyadaki diğer kişilerle kurduğumuz çatışmalar ve uzlaşılar sonucunda inşa ediliyorsa, bu durum politikanın kaçınılmaz şekilde kültürlerle ilişki içerisinde olmasını gerektirmektedir ve devletin farklı iyi yaşam anlayışları karşısında bağlantısız bir konumda yer tutması mümkün değildir.

Taylor, kişinin kimliğini diyalojik bir çerçeveden kurabileceğini belirtip, bu kimliklerin tanınma gereksinimini öne çıkartmasıyla farklılıklar politikasına kapı aralar. Buna göre, Taylor'ın hedef tahtasına koyduğu eşitlikçi-evrenselci düşünce kapsamlı bir yurttaşlık kimliği yaratabilmekte başarısız olmuştur; çünkü her insan kendi kendisini oluşturduğu nispette eşsizdir, fakat yine her insan belirli bir kültürün taşıyıcısı olduğu için kültürel kimliğin politikada kurucu bir anlamı, toplumsal veçhesi bulunmaktadır.[112] Farklılık politikası, bireylerin veya grupların biricik kimliğe ve başkalarından farklı, ayırt edici özelliklere sahip olduklarını kabul eder. Farklılık politikası, ayrımcılığı ve ikinci sınıf yurttaşlığı reddettiği için evrensel eşitlik ilkesine bağlanır. Ancak yine de farklılık politikası eşitlik politikasından esaslı ölçüde farklıdır.[113] Her ikisi de eşit saygı temeline dayansa da birbirlerinden tamamen ayrışırlar. Evrenselci düşünceye göre farklılıkların tanınması ayrım gözetmeme ilkesini göz ardı etmek anlamını taşır. Farklılık politikası savunusuna göre, evrenselci politika insanların homojen, tek düze bir forma indirgenerek kimliklerini inkar etmesi ile sonuçlanmaktadır.[114] Taylor'a göre, egemen kültürler, ezilen kültürler nezdinde kendi hegemonyalarını, onların zihinlerine "aşağılık imajı" yerleştirmek suretiyle kurmaktadırlar. Bu halde ezilen halkların, özgürlüklerini elde edebilmesi için bu aşağılayıcı özimajdan kurtulmaları gerekmektedir. Çokkültürlülüğün amacı da bunun gerçekleştirilmesini sağlamak olmalıdır.[115]

Taylor'a göre devlet, farklılıklar karşısında sadece yansız kalmamalı, bu farklılıkların eşit derecede, eşit saygınlıkta olduğu gerçeğini de kabul etme-

---

[111] ERGUT, Ferdan, "Adil Düzen, Eşitlikçi Liberaller ve Cemaatçiler", **Birikim**, Sayı 101, Eylül 1997, https://birikimdergisi.com/dergiler/birikim/1/sayi-101-eylul-1997/2297/adil-duzen-esitlikci-liberaller-ve-cemaatciler/4676 Erişim Tarihi: 17.09.2021

[112] GUTMANN, Amy, "Giriş", **Çokkültürcülük: Tanınma Politikası**, Haz. Amy Gutmann, (çev. Özcan Kabakçıoğlu), 5.bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2018, s. 29.

[113] TAYLOR, 2018, ss. 58-61.

[114] ÇAĞLAR, 2009, s. 47.

[115] TAYLOR, 2018, ss. 85-86.

lidir. Taylor, kültürlerin yaşamaya devam edip gelişimlerini sürdürebilmeleri için devletin elinden geleni yapması gerektiğini söyleyerek devlete aktif, pozitif bir rol biçer. Nasıl ki ulus-devletler, egemenin veya çoğunluğun kültürünün yaşaması ve tüm topluma yayılması için çabaladıysa, etnosantrik bakış açısından uzaklaşarak diğer kültürleri de içine alacak şekilde bu anlayışını genişletmelidir.[116] Buna göre tanınma politikası, farklı kültürlerin varlıklarını sürdürmelerine izin vermeyi ve ayrıca kültürlerin eşit değerde olduğunu kabul etmeyi gerektirir.[117]

Taylor, bireysel haklara öncelik tanıyan hakim liberal yurttaşlığı gözden geçirerek bir devlette farklı kolektif amaçları gerçekleştirmeye yönelmiş birden çok yurttaşlık anlayışının tanınabileceğini benimseyen derin çeşitlilik (*deep diversity*) düşüncesini ortaya koyar. Taylor ve Kymlicka, kültürlerin ve grupların korunması gerektiği konusunda hemfikir olmakla birlikte, Taylor kolektif hakların içeriklerinin ne olması gerektiğiyle daha az ilgilenir. Taylor; kimlik, benlik duygusu, sahicilik etiği, tanınma kavramları etrafında düşüncelerini geliştirmektedir. Taylor, Kymlicka'nın daha çok geniş toplumun baskısı altında kaldıkları için gelişimini sağlayamayan küçük toplulukların sosyal adalet taleplerinin gerçekleştirilmesiyle ilgilendiğini belirtir. Buna karşılık onun yaklaşımı, belirsiz bir gelecekteki nesillerin hayatta kalmasının güvence altına alınmasını da önemsemektedir.[118]

Bu başlığı kapatırken temel çatışmayı şu şekilde özetleyebiliriz: Taylor, liberal teoride politik toplulukların kural, ilke ve siyasetinin belirlenmesinde bireysel özgürlük ve kolektif amaçlar arasında bir gerilimin sürdüğünü belirler ve bu gerilimi yorumlayan iki farklı liberalizm anlayışına dikkat çekerek kendi teorisini liberal bir söylem içerisinde kurgulamayı sürdürür. John Rawls ve Ronald Dworkin tarafından temsil edilen ve Anglo-Amerikan dünyada yaygınlık kazanan politik liberalizm, evrensel olana ve birey haklarına dönük güçlü bir bağlılığı savunur; bu bakımdan farklılıkların kendilerini dışa vurmasında ve ortak bir iyi etrafında bir araya gelmiş grupların tanınma talepleri karşısında yetersiz kalır. İkinci tür bir liberalizm ise özgül kültürel kimliklere bağlılık duyan yurttaşların bu bağlılıklarını bir hak olarak görerek bu doğrultuda örgütlenmelerine müsaade eder. Diğer deyişle, kolektif toplu-

---

[116] DOYTCHEVA, s. 57.

[117] KONAK, İhsan, **Liberal ve Komüniteryan Çokkültürlülük: Kymlicka ve Taylor Perspektifinden ABD ve Kanada Örnekleri**, Nobel Yayın, Ankara, 2020, s. 164.

[118] FOSSUM, John Erik, "Deep diversity versus constitutional patriotism: Taylor, Habermas and the Canadian constitutional crisis", **Ethnicities**, Vol. 1, No. 179, 2001, ss. 180-181.

lukların kendi iyi yaşam anlayışlarını kamu politikası sorunu olarak kavramalarını olanaklı bulur. Bu tür bir liberalizmin sınırını kültürel çeşitliliğe saygı gösterilmesi hatta etkin korunma sağlanması ve bireysel hakların yeteri derecede güvence altına alınması ilkeleri oluşturur.[119] Kültürel toplulukların müşterek hedef ve değerlerinin korunmasını birey haklarından da vazgeçmeden gerçekleştirmeye çalışan Taylor'ın farklılık politikası, bu sayede liberal hak kuramından tamamen kopmamış olma iddiası taşır.[120] Ancak Taylor'ın teorisinde tanınma taleplerinin yasa ve politika olarak kurumsallaştırılması sonucunda bireysel haklar ile arasında doğabilecek gerilimler yeterince gündeme getirilmez. Belirli bir iyi yaşam anlayışının hukuki yaptırım gücüne kavuşturulması, çoğulcu demokratik toplumlarda temel hak ve özgürlüklerin değerini korumakta sorunlar yaratabilecektir. Kaldı ki Taylor, kültürlerin kamusal düzeyde tanınarak devletin korumasından yararlanması bakımından herhangi bir maddi değerlendirme ölçeği sunmaz, yani hangi kültürlerin hangi kültürel iddialarının yasalaştırılabileceği sorunu müphemdir ve bu bakımdan kültürel özcü bir perspektifi onaylar gözükür.

IV. ANAYASAL YURTSEVERLİK

1. Kavramın Kısa Tarihsel Gelişimi

Anayasal yurtseverlik, İkinci Dünya Savaşı'nın ardından Batı Almanya'da tarihsel koşullar içerisinde ortaya çıkmış bir kavramdır, bu kavram özellikle Batı ve Doğu Almanya'nın bütünleşmesi sırasında popülerleşmiştir. Söylem etiği kuramcıları, anayasal yurtseverlik düşüncesinin çokkültürlü toplumlar için post-ulusal bir yurttaşlık vizyonu sunduğunu ileri sürmüşlerdir.

Anayasal yurtseverlik kavramının öncüsü olarak Karl Jaspers gösterilmektedir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında Jaspers, Üçüncü Reich/Nasyonal Sosyalizm (1933-1945) döneminde işlenen insanlığa karşı suçlardan ötürü Almanya'nın siyasal sorumluluğu üzerine tartışmalar yürütmeye gayret etmiştir. Jaspers, demokratik bir politik toplumun kurulması ve toplumun üyelerinin bütünleşmesinin sağlanabilmesi için Alman halkının geçmişte yaşananlara ilişkin kolektif sorumluluklarını yüklenmeleri gerektiğinin üzerinde durur. Olumsuz bir geçmişin toplumsal bağlılık kaynağına dönüşebileceğini

---

[119] TAYLOR, 2018, ss. 71-81.

[120] KONAK, ss. 167-168.

düşünen Jaspers'in yaklaşımı "negatif bir milliyetçilik" vurgusu taşır.[121] Alman toplumunun içinde bulunduğu meşruiyet krizine dikkat çeken Jaspers'e göre, çeşitlilikler içerisinde bir arada yaşamanın etik-politik temeli kurulmalıdır. Jaspers, ahlaki bir kolektif kimlik oluşturabilmek için özgür kamusal iletişimin sağlanması gerekliliğine dikkat çeker.[122]

Jaspers'in ardından Alman siyaset bilimci Dolf Sternberger, 1960'lı yıllarda "devletle dostluk" (*Staatsfreundschaft*) kavramını ortaya atmıştır, buna göre yurttaşların "tutkulu bir ussallık" geliştirerek demokratik devletle özdeşleşmesi ve onu demokrasi düşmanlarına karşı savunması gerekmektedir. Aristoteles ve Hannah Arendt'in düşüncelerindeki cumhuriyetçi nosyondan ilham alan Sternberger, esasında 18. yüzyıl modernitesine dek tüm yurtseverlik biçimlerinin "yasa ve evrensel özgürlük aşkı" anlamındaki anayasal yurtseverlik olduğunu iddia eder. Böylece, Jaspers'ten farklı olarak, anayasal yurtseverliği ulus-öncesi (pre-modern) bir yurttaşlığa dönüş şeklinde formüle etmiştir.[123]

Sternberger'in "korumacı anayasal yurtseverlik" olarak adlandırılabilecek düşünceleri Jaspers'in aksine kamusal iletişimin sağlanmasına dönük herhangi bir bakış açısı sunmaz, daha çok demokratik anayasanın korunmasını ve savunulmasını hedefler, bu haliyle de "militan demokrasi" kavramı ile iç içedir. İlk kez Alman siyaset bilimci Karl Loewenstein tarafından ortaya atılan ve savaş sonrası dönemin Alman hukuk kuramcıları tarafından sıkça gönderme yapılan militan demokrasi anlayışına göre, "özgür demokratik temel düzeni" ortadan kaldırmayı veya tehlikeye atmayı hedefleyen siyasi hareketlerle mücadele edilmesi meşrudur.[124] Kavramın yöneldiği esas

---

[121] MÜLLER, Jan-Werner, **Anayasal Yurtseverlik**, (çev. A. Emre Zeybekoğlu), Dost Kitabevi, Ankara, 2012, s. 26.

[122] JASPERS, Karl, **Suçluluk Sorunu, Almanya'nın Siyasal Sorumluluğu Üzerine**, (çev. A. Emre Zeybekoğlu), İthaki Yayınları, İstanbul, 2015, ss. 21-42. Ancak Jaspers'in Nazi rejiminin çökmesinin hemen ardından yürüttüğü bu çabalar bir türlü sonuç vermez, Alman halkının yaşananları konuşmak yerine unutma yolunu seçmesi karşısında Jaspers 1948 yılında Almanya'yı terk eder. Jaspers'in dile getirdiği suçluluk problemi ve iletişim sorunu ilk kez 1968'in politik bilinciyle birlikte toplumsal temel kazanmıştır. (MURATOĞLU, Cansu, **Geçmişle Yüzleşme: İmkanlar ve İmkansızlıklar**, Zoe Kitap, İstanbul, 2019, ss. 99.-101.)

[123] MÜLLER, s. 30.

[124] 1949 tarihli Bonn Anayasasının 21. maddesinin 2. paragrafına göre, "*Amaçlarına ve taraftarlarının tutumuna göre, özgür demokratik temel düzeni zedelemek veya ortadan kaldırmak veya Alman Federal Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye sokmak eğilimini gösteren siyasi partiler, Anayasaya aykırıdırlar*." 1950'li yıllarda Anayasa Mahkemesi, bu maddeye dayanarak neo-Nazi partisi SRP ve komünist parti KPD'nin anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir.

amaç, siyasal istikrarı korumak ve yurttaşlar ile devletin demokrasi düşmanlarına karşı teyakkuzda olmasını sağlamaktır.[125]

Anayasal yurtseverliğin tarihsel kökenlerine göz attığımızda "bellek" ve "militanlık" kavramları ön plana çıkmaktadır. Bellek kavramı, Holokost ve Nazi geçmişinin öz-eleştirel biçimde yad edilmesine ve geride kalanların birbirleriyle ilişkisinin onarılmasına gönderme yaparken; militanlık, siyasi parti yasakları ve ifade özgürlüğünün kısıtlanması gibi çeşitli yollarla demokrasiyi hedef alan saldırılar karşısında hukuken mücadele edilmesi anlamını taşımaktadır.[126] Jan-Werner Müller'in belirttiği üzere, doğuşu itibariyle, militanlığa ve belleğe yapılan bu güçlü vurgular dolayısıyla anayasal yurtseverliğin, çokkültürlülüğe uygun bir vizyona sahip olduğunu söyleyebilmek güçtür.[127]

2. Post-Ulusalcı Bir Yurttaşlık Teorisi Olarak Anayasal Yurtseverlik

Jürgen Habermas, savaş sonrası Almanya'nın tarihinde özel bir yer edinen, bellek ve militanlık düşünceleri ile iç içe geçmiş anayasal yurtseverlik (*Verfassungspatriotismus*) kavramını yeniden formüle eder. Kavramı ilk defa 1986 yılında geçmişle yüzleşme/hesaplaşma (*Vergangenheitsbewältigung*) bağlamı içerisinde yürütülen "tarihçiler tartışması"nda (*Historikerstreit*) kullanmıştır.[128] Habermas'ın bu tartışmaya dahil olmasındaki temel

---

Mahkeme'ye göre, Anayasada yer alan "özgür demokratik temel düzen" kavramı değer temelli bir bakış açısıyla anayasanın yorumlanmasını gerektirmektedir. Habermas, "pozitif hukukun ötesinde değerleri" temel alan militan demokrasi öğretisini eleştirmiş, Mahkeme'nin benimsediği anayasal yorumun siyasal konuşma ve eylemin sınırlarını gereğinden fazla daralttığını, bu durumun demokratik meşruiyete aykırı olduğunu savunmuştur. (RUMPF, Christian/UZAR SCHÜLLER, Gökçe, çev., Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, 2014, https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf Erişim Tarihi: 07.09.2021; SPECTER, Matthew G., **Habermas: Entelektüel Bir Biyografi**, (çev. İsmail Ilgar), İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, ss. 56-57, 70.)

125 MÜLLER, ss. 31-34.

126 MÜLLER, s. 21.

127 MÜLLER, s. 45.

128 Tarihçiler tartışmasının kolektif kimlik bahsinde Habermas, Almanya'nın hiçbir zaman klasik bir ulus-devlet olmadığına dikkat çeker. Alman kültürü, dili ve tarihi 75 yıl önceki Bismarck Reich'ına dek henüz bir devlet örgütlenmesi teşkil edememiştir. Hatta Alman siyasi birliğini tesis eden Bismarck'ın yönetiminde dahi diğer devletlerin tâbiyetinde yaşayan Alman azınlıklar göz ardı edilmiştir. Bu halde, Habermas, iptidai bir ulusal gurur fikrine set çekerek, Federal Almanya'nın yurttaşları için geçerli olabilecek tek yurtseverliğin anayasal yurtseverlik olduğunu belirtir. (MEYER, Stephan, "Jürgen Habermas Interviewed by Jean-Marc Ferry: The Limits of Neo-Historicism", **Philosophy Social Criticism**, Vol, 22, No. 1, 1996, s. 4; MÜLLER, s. 35) Almanya'da yurttaşlık kurumunun gelişimi Fransız ve Amerikan devrimlerinde

neden, Alman milliyetçiliğinin diriltilmesinden kaygı duymuş olmasıdır.[129] Yeni muhafazakâr tarihçilerle yürüttüğü bu polemik, Habermas'ın evrenselci bir kimlik anlayışına ulaşmasında önemli yer tutmuştur.[130]

Habermas'a göre liberal ulusçuluk ile cumhuriyetçi korumacılık karşısında benimsenebilecek tek yurttaşlık biçimi anayasal yurtseverliğe dayanmaktadır.[131] Bu doğrultuda, Alman düşüncesinde köklü bir gelenek olan metafiziksel, tözsel, idealist devlet düşüncesi yerini sosyal devlet (*Sozialstaat*) ile anayasal devletin (*Verfassungsstaat*) iç içe geçtiği bir devlet anlayışına bırakmalıdır.[132]

Habermas, tarihsel süreç içerisinde, modern devletlerin demokratik cumhuriyet idealine bağlanmasında "ulus" fikrinin önemini yadsımaz. Modern devletlerde, bir yanıyla, yurttaşlar topluluğu ya da bundan daha öte bir soyutlamayla 'ulus', artık kaynağını dinsel otoritede bulmayan egemenin meşruiyetini sağlamaktadır. Öte yandan, ulusçu öz-kavrayış, tebaaların aktif

---

olduğu gibi ulus-devletin doğuşu ile eş anlı olmamıştır. Siyasi birliğin oldukça geç bir tarihte kurulabildiği (19. yüzyılın sonu) Almanya'da başlangıçta ulusçuluk ile tâbiyet arasında gerilim bulunduğu ifade edilmektedir. Ulus etno-kültürel bir olgu olarak yorumlanırken, yurttaşlık hakları ise Prusya İmparatorluğu'nun mutlak iktidarı döneminde devlete bağlılık aracılığıyla tanımlanmıştır. (ŞİT, Banu, "Modern Vatandaşlık Kavramına Bir Bakış", **TBB Dergisi**, Sayı 76, 2008, ss. 66-67.

[129] SPECTER, ss. 190-194.

[130] TİMUR, Taner, **Habermas'ı Okumak**, 2. bası, Yordam Kitap, İstanbul, 2012, s. 249. Habermas'ın eleştirdiği tarihçiler Gadamer'in hermönetiğinden etkilenen neo-Aristotelesçi ve neo-tarihselci (*neo-historicism*) tarihçilerdir. 19. yüzyıl Alman geleneğindeki "anlatısal (*narrative*) tarih" anlayışına yaslanan bu tutucu tarihçilere göre, eğer aktörleri ve onların eylemlerini anlayabilmek istiyorsak onların içerisinde bulundukları gelenek ve bağlamlara kendimizi yerleştirmemiz gerekir. Bu ekolden gelen tarihçilerin Nazi felaketini sıradanlaştırdıkları, görecelileştirdikleri iddia edilmiştir. Habermas'a göre de bu Aristotelesçi yaklaşım olağan tarihsel vakalar için geçerli olabilecekse de, "*geleneğin sarsıntıya uğramadığı ve sorunsuz bir şekilde sonraki nesillere intikal ettirildiği 'normal' durumlar fikri gaz odalarıyla birlikte temelsiz kalmıştır*." (TİMUR, s. 248; MEYER, ss. 2-3)

[131] Anayasal yurtseverlik liberal ve cumhuriyetçi yurttaşlık gerilimi karşısında *Janus* yüzlü bir karakter taşır: Buna göre, bir yandan yurttaşların birbirlerine karşı duydukları güven duygusunun (*civic trust*) ve siyasal istikrarın kaynağı olurken diğer yandan da yurttaşların yetkilendirilmesini (*civic empowerment*) mümkün kılar. (MÜLLER, s. 20)

[132] MÜLLER, s. 38. Alman siyaset felsefesinde Hegelci anlamda devlet kavrayışı uzun yıllar hakim konumda olmuştur. Bu düşünceye göre, Almanca *Staat* kavramı, devlet, hükümet veya ulusla eş anlamlı kabul edilemez. *Staat*, *Gesellschaft* (toplum)'ın üstünde yer alan, ahlaksal, bütünleşmeci, evrensel bir örgütlenmedir. Toplum, pre-politik bir aşamadır, devlet politik alandadır. Devlet, sivil toplumdaki çıkar çatışmalarını çözen tarafsız bir hakemdir, ortak amacı ve çıkarı tayin edecek olan otoritedir. Habermas'ın temel amaçlarından birisi, Alman devlet anlayışındaki devlet-sivil toplum gerilimini çözerek sivil toplumu devlet karşısında özerkleştirmek olmuştur. (SPECTER, ss. 30-32.)

yurttaşlara dönüşebilmesini mümkün kılan kültürel yapıyı meydana getirmektedir. Bir ulusun uyruğu olmak fikri, yurttaşlar arasında sosyal dayanışmanın kurulmasında ve demokratik katılımın hayata geçirilmesinde önemli bir husus teşkil etmiştir. Bu halde, ulus-devlet, hem siyasal iktidarın meşruluğunu hem de sosyal entegrasyonu elverişli kılan bir kurgudur.[133] Fakat Habermas, ulus-devlet kurgusunun içerisinde çelişkiler de barındırdığına dikkat çeker.

Egemenliğin meşruluğunu haklılaştırma çabası, eşitlikçi-evrenselci bir demokratik hukuk toplumunun oluşumunu gerektirir. Ne var ki, ortak yazgılara, dil ve tarihe yaslanan bir topluluğun ulusal anlamda özerkliği tikelci bir vurgu taşımaktadır ve bu nedenle farklı uluslar, kültürler arasında çatışmalar yaşanmasının önüne geçilememektedir.[134] Kolektif toplulukların (kitlelerin) kendilerini tikelci biçimde ortaya koyarak cumhuriyetçi ideallerle bağdaşmayan amaçlar için eyleme geçmeleri, emperyalizm, totalitarizm gibi ağır felaketlere sebep olmuştur.[135] Habermas, bu deneyimlerden de yola çıkarak, ulus-devletin yapısındaki evrenselcilik-tikelcilik çelişkisini gidermeye çalışır.

Habermas, demokratik politikanın haklılaştırılması (*justification*) gerektiği hususunda liberal gelenekten gelen politik düşünürler ile uzlaşır. Ancak bu haklılaştırma düşüncesinin bağlandığı odak olarak, ulusçu bir söyleme veya ulusal kültüre değil, anayasal yurtseverlik fikrine yer verir.[136] Habermas'a göre anayasal yurtseverlik, yurttaşların belli bir tarihsel, kültürel, coğ-

---

[133] HABERMAS, Jürgen, **Öteki Olmak Ötekiyle Yaşamak**, (çev. İlknur Aka), 10.bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 19-20. Burada Habermas'ın T. H. Marshall'ın hak temelli yurttaşlık anlayışına getirdiği eleştirinin üzerinde durulabilir. Habermas'a göre Marshall'ın İngiliz anayasal gelişmelerini esas alarak ortaya attığı tez, "fazlasıyla çizgiseldir", doğrusal bir ilerleme öngörmektedir. Marshall'ın analizi yurttaşların özerkliklerindeki artış veya azalışlara karşı duyarsızdır. Örneğin refah devleti partriyarkal bir toplumsal düzen içerisinde, hane reisinin kontrolünde bir sosyal dağıtımı esas alabilir, bu halde sosyal haklar yurttaşların özerkliğini artırmamış olur. Ya da anayasal devlet, demokrasi olmaksızın da kurulabilir. Bu nedenle yurttaşların kişisel ve politik özerkliklerinin genişletilmesiyle ilgilenmeksizin hak şemalarını soyut ve negatif şekilde kavramak yetersizdir. (HABERMAS, Jürgen, **Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**, (çev. William Rehg), Cambridge University Press, Cambridge, 1996, ss. 77-78; ANDERSON, Perry, **Spektrum: Sağdan Sola Düşünce Hayatı**, (çev. Sami Oğuz, Savaş Kılıç), İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 175.)

[134] HABERMAS, 2019, s. 23.

[135] HABERMAS, 2019, s. 25.

[136] MICHELMAS, Frank I., "Morality, Identity and Constitutional Patriotism", **Ratio Juris**, Vol. 14, No. 3, 2001, s. 253.

rafi kaynağa dayanmaksızın ahlaki, hukuki, politik değerlere bağlılığını sağlayabilecektir.[137]

Çokkültürlü demokratik toplumlarda etnik, kültürel bir ulus kavrayışının yetersizliğini vurgulayan Habermas, toplumun hangi ilke ve değerler bütünü çerçevesinde bir arada tutulabileceğini sorgulayarak politik kimliği yeniden tanımlar.[138] Habermas'ın post-ulusalcı yurttaşlık kavrayışına göre demokrasi ile ulus-devlet arasındaki ilişki olumsaldır. Demokratik bir politikanın çağdaş çoğulcu toplumlarda varlığını sürdürebilmesi ulusçu paradigmanın tarihsel yükünden kurtulmayı gerektirir. Bu bağlamda, modern demokrasilerde kültürel çeşitlilikleri aşabilmek için daha soyut ve evrenselci politik-hukuki prensiplere dayanarak kolektif kimlik yeniden inşa edilmelidir.[139]

Anayasal yurtseverlik düşüncesine göre, bir toplumda çeşitli kültürler ve verili kimlik anlayışları kendisine yer bulabilir, ancak politik kültür bunlardan tamamen bağımsız olarak anayasal metinlere dayanmalıdır[140]; yurttaşların bağlılığı anayasal normlara, ilkelere, prosedürlere yönelmelidir. Diğer bir deyişle, Habermas, yurttaşlar arasındaki ortak politik kültürün, aynı cumhuriyetçi toplum içerisinde yer tutan çeşitli kültürlerden ve verili/tözsel kimliklerden bağımsız olarak oluşması gerektiğini belirtir.[141] Jan-Werner Müller'in vurguladığı üzere, anayasal yurtseverliğin bağlılık nesnesi olan anayasal kültür, ulusal kültürlerin aksine hiçbir zaman için tamamlanmamış, dogmalaşmamış, açık bir kültür olarak belirir. Bu nedenle de anayasal yurtseverlik post-ulusalcı bir yurttaşlık iddiası taşır.[142]

---

[137] Martin Loughlin, *Kamu Hukukunun Temelleri* eserinde anayasal sözleşmeleri incelerken anayasal yurtseverlik teorisinin de üzerinde durur. Loughlin, sadece değerlere değil aynı zamanda anayasanın otoritesine bağlılığı haklılaştırmaya çalışan bu yurttaşlık anlayışının esasında modern anayasacılık uygulamalarının genel ve temel bir yönünü ortaya koyduğuna dikkat çeker. (LOUGHLIN, Martin, **Kamu Hukukunun Temelleri**, (çev. Kıvılcım Turanlı/ Dilşad Çiğdem Sever), Dipnot Yayınları, Ankara, 2017, s. 262.)

[138] ERDOĞAN, Mustafa, "Yurttaşlık, Anayasal Yurtseverlik ve Türkiye", içinde **Özgürlük, Hukuk ve Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2018, s. 118.

[139] LEYDET, Dominique, "Citizenship", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Ed. Edward N. Zalta, https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/citizenship/ (Son Erişim Tarihi: 21.01.2021)

[140] Jan-Werner Müller, "anayasal metin" ifadesinin belirli bir tarihsel süreçte yürürlükte bulunan yazılı/yazılı olmayan somut bir anayasayı imlemediğine dikkat çeker, ona göre böyle bir değerlendirme "anayasal yurtseverliğin pozitivist bir yorumu"dur. Bunun yerine anayasal metinden anlaşılması gereken, daha geniş bir bağlamda, yurttaşların bir arada yaşamayı karşılıklı olarak haklılaştırmalarıdır, bu nedenle de ahlaki bir sezgiyi içerisinde barındırır. (MÜLLER, ss. 58, 60.)

[141] HABERMAS, 2019, s. 26.

[142] MÜLLER, s. 62-63.

Habermas'ın belirttiği haliyle anayasal yurtseverliğin sunduğu orijinal tez, demokratik yurttaşlığın bir halkın ulusal kimliğinde kök salmaya ihtiyaç duymadığı şeklindedir. Farklı kültürlerin yaşam biçimleri arasında çeşitlilik olmasına karşın, bu durum ortak bir politik kültür içerisinde sosyalleşilmesine engel teşkil etmez.[143] Bu bağlamda Habermas, ortak politik kültürün çoğunluk ilkesi (*majority rule*) doğrultusunda şekillenmemesi gerektiğinin altını çizer. Çoğunluktaki toplulukların veya grupların birlikte yaşamaya ilişkin normları ve müzakere süreçlerini baskı altına alması, azınlıkta kalanların kendilerini ortak politik kültürün etkin katılımcıları olarak görmemesine yol açacaktır ve bu takdirde anayasal yurtseverlik projesinin başarıya ulaşabilmesi olanaksızdır.[144]

Habermas her ne kadar çokkültürlü toplumlarda kültürel grupların varlığını koruyabilmesi için çeşitli hakların sağlanmasının önemini yok saymasa da, Kymlicka ve Taylor'ın önerdiği çokkültürcülük projesinin çeşitli problemlerine dikkat çeker. Kolektif bir kimliği korumak maksadıyla grup haklarını güvence altına almak, toplulukların üyelerinin en temel birey haklarını (örneğin geleneksel toplulukların üyesi olan kız çocuklarının kamu kurumlarında eğitim hakkı) ihlal edebilir. Grup farkına dayalı hakların tanınması tehlikeli bir yol açacaktır. Oysa liberal hak kuramı halihazırda çoğunluk ve azınlık kültürlerinin bir arada eşit varoluşlarını mümkün kılabilecek teorik açıklığa sahiptir. Dworkin'in liberal hak kuramına atıfta bulunan Habermas, liberal düşüncenin birey haklarını her türlü kolektif hedeflerden ve

---

[143] HABERMAS, 1996. s. 500.

[144] HABERMAS, 2019, s. 54. Habermas, bu düşüncelerini Almanya'nın bütünleşmesi sırasında gündeme gelen kamusal tartışmalarda olgunlaştırmıştır. 1989 yılında Almanya'da birleşme tartışmaları yürütülürken ortaya atılan en ciddi konu başlığı anayasa olmuştur. 1949 Bonn Anayasası'nın 146. maddesinde, Almanya'nın birleşmesi ve özgürlüğünü tamamlamasıyla birlikte bu anayasanın geçerliliğini yitireceği ve Alman halkının özgür iradesiyle yeni bir anayasa yapacağı belirtilmiştir. Ancak Batı Almanyalı kimi hukukçular, Doğu'nun illiberal siyasal kültürünün yol açabileceği tehlikelerden endişe ederek mevcut anayasanın muhafaza edilmesi gerektiğini savunmuşlardır ve birleşmenin 23. madde üzerinden gerçekleştirilebileceğini iddia etmişlerdir. Bu maddeye göre ise yeni bir bölgenin federal devlete bağlanması halinde başka hiçbir prosedüre başvurulmaksızın Anayasa'nın yetki alanına dahil edileceği kararlaştırılmıştır. Habermas için bu korumacı yaklaşım ve anayasaya da aykırı olan yorum kabul edilemez niteliktedir. Kurucu meclisin oluşturularak kurucu bir anayasal an'ın inşa edilmesi gerektiğini savunan Habermas, Doğu Almanya'nın siyasal kültürünü hakir gören savları eleştirmiştir. Buna göre, demokratik kültürün korunabilmesi için kamusal iletişimin güçlendirilmesi gerekmektedir ve politik bir topluluğa atık muamelesi yapılması hukuk devletinin dayandığı sütunları zayıflatacaktır. Yeni anayasa talebinin reddedildiği bu birleşme sürecini Habermas, "katılım" kavramıyla değil "ilhak" kavramıyla tanımlar ve Doğu'nun savaş yöntemlerine benzer şekilde kontrol altına alınmaya çalışıldığını ileri sürer. (SPECTER, ss. 234-243.)

'iyi'lerden önde tuttuğunu belirtir.[145] Bu durumda çoğunluğun kolektif kimliği de azınlığın kolektif kimliği de geriye çekilecek ve bireysel haklar aracılığıyla eşitlikçi bir arada yaşam mümkün olabilecektir.[146] Ayrıca Habermas, kolektif hakların, toplumların çözülmesine ve parçalanmasına sebep olabileceğini de kaydeder. Bu nedenle, farklı kültürlerden ve kimliklerden gelen kimselerin müşterek politik, kamusal alanda var olabilmelerini önemli görür. Bu müşterek kamusal alanlar, üzerinde mutabakata varılmış ortak bir politik dili ve davranış biçimlerini gerektirir.[147]

Habermas'ın yurttaşlık düşüncesi bireysel haklara ve anayasal devlet düzeni içerisinde demokratik biçimde kurulmuş söylem ilkesine sıkı sıkıya bağlıdır.[148] Ona göre Taylor'ın liberal bireysel hakların farklılıkların ifade

---

[145] Dworkin'e göre liberalizmin kurucu politik ahlak (*constitutive political morality*) ilkesi eşitliktir. Hükümetin her bir yurttaşa eşitler olarak (*as equals*) muamelede bulunması tüm insanların eşit ilgi ve saygıya layık olduğunun kabulü anlamına gelmektedir. Eşit muamelede bulunma ilkesinin iki geçerli yorumundan bahsedilebilir: 1. Devlet iyi yaşam sorunları karşısında tarafsız kalmalıdır. Devletin tarafsızlığı felsefi bir şüphecilikten kaynaklanmaz fakat her bireyin kendisi için neyin iyi olduğunu özgürce belirleyebilmesini hedefler. Birey hangi iyi anlayışını kabul ederse etsin kamu görevlilerinin kendisine öncekinden daha farklı şekilde muamele etmeyeceğinin bilgisine sahiptir. 2. Devlet 'iyi' kavramının ne olduğu ve yurttaşlar için neyin iyi olduğu sorularına yanıt bulmaksızın gerçekleştireceği muamelenin içeriğini belirleyemez. Bu nedenle de devletin tarafsızlığı anlamsızdır. Birinci tür eşitliğin liberal hak kuramının politik ahlakiliğini belirlediğini düşünen Dworkin'e göre, Taylor'ın da benimsediği ikinci tür eşitlik anlayışı liberal değildir (*non-liberal*). (DWORKIN, Ronald, "Liberalism", **Public and Private Morality**, Ed. Stuart Hampshire, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, ss. 127-128.)

[146] HABERMAS, Jürgen, "Multiculturalism and the Liberal State", **Stanford Law Review**, Vol. 47, No. 5, 1995, ss. 850.

[147] HABERMAS, 2019, s. 54.

[148] Habermas'ın söylem etiği (*Diskursethik*) kuramı, Kant'ın evrensel ahlak yasasının iletişimsel akıl çerçevesinde yeniden prosedüre edilmiş halidir. (HABERMAS, Jürgen, "Morality and Ethical Life: Does Hegel's Critique of Kant Apply to Discourse Ethics", **Northwestern University Law Review**, Vol. 83, No. 38, 1989, s. 38.) Buna karşın Habermas, Kantçı deontolojik etik temelinde karşılık bulan kozmopolitan yurttaşlık anlayışına mesafeli durur. Fakat yalnızca kendisini tikelci bir tarzda dışarıya karşı kapalı tutmayan demokratik yurttaşlığın, kamusal iletişim çerçevesinde gelişen dünya yurttaşlığına kapı aralayabileceğini düşünür. Buna göre, evrensel bir kamusal alan fikri artık politik bir gerçeklik halini almaya başlamıştır. Bu anlamda anayasal yurtseverlik Kantçı kozmopolit durumun koşullarını daha fazla görünür hale getirmek iddiası da taşır. (HABERMAS, 1996, ss. 514-515.) Ayrıca Habermas, tıpkı Kant gibi ulus-ötesi örgütlenmeleri de olumlu karşılar. En somut örnek olarak, "Avrupalılık" kimliği etrafında bir araya gelen ve ulus-ötesi bir örgütlenme biçimi olan Avrupa Birliği'nin ortak bir politik tasarı ve Avrupa kamusal alanı meydana getirebileceğini savunmuştur. Habermas, Avrupa halklarının yeterli bir ortak geçmişe sahip olduklarını belirterek tüm Avrupa'yı kapsayacak bir iletişim sürecinin ve sivil toplum örgütlenmesinin sağlanabileceğini ifade eder. (EVRAN TOPUZKANAMIŞ, Şafak, "Anayasal Vatanseverlik Kavramının Anlamı, Amaçları ve Bu Kavram Işığında Geçmişe Yüzleşme Politikaları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 1, 2012, ss. 138-139; HABERMAS, 2019, ss. 60-61.)

edilmesinde başarısız kalacağı şeklindeki savı hatalıdır. Habermas'a göre Taylor, liberal hak kuramını yanlış yorumlamaktadır. Hak kuramı, demokratik anayasal devlette yurttaşların kendi iyi kavrayışlarına bağlanmalarına engel teşkil etmez. Burada sınır, iyi hayata ilişkin iddiaların, öteki kişi veya grupların zararına olacak ölçüde ağırlık kazanıp tekil, homojenleştirici bir yaşam biçimi haline getirilmesinden çekilir. Anayasal devlet, açık iletişim yapıları içerisinde gelişen kamusal alanlarda kültürlerin kendileri üzerine refleksif bir yaklaşım geliştirmelerini sahici bir imkan kılmalıdır.[149]

Habermas'a göre Taylor, bir kimliğin oluşumu ve korunması süreçlerine devletin etkin müdahale etmesini olanaklı görmekte hatta bu durumu olumlu karşılamaktadır. Buna göre, ulusal, etnik, kültürel veya dini azınlıkların varlığını sürdürebilmesi tehdit altındaysa, devlet bu soruna müdahale etmeli ve gerekli tedbirleri almalıdır.[150] Habermas ise kültürleri tıpkı ekosistemde yer tutan canlı türlerinin korunması şeklindeki bir bakış açısıyla yorumlamanın uygun olmadığını belirtir. Bunun yerine, tüm topluluklara eşit bireysel haklar tanıyarak birlikte yaşamaları, birbirlerinin kültürlerine açık olmaları sağlanmalıdır.[151] Habermas, kültürlerin yeniden üretilmesini ve ayakta kalabilmesini kültürlerin taşıdığı içkin değer (*traditions' intrinsic value*) ile açıklar. Toplulukların üyeleri kendilerine miras kalan bu kültürlerin sürdürülmesinin değerli olduğu inancını taşımalıdırlar. Böyle bir inancın bulunup bulunmadığını ölçebilmek için kültürlerin dışa açılması gereklidir, buna karşın topluluklara kendilerini dışa kapatmalarına yol açacak yasal haklar tanınması kültürlerin birbirine açılması sürecini sekteye uğratacaktır.[152]

Bireysel haklar, demokrasi ile anayasal devlet arasında bağlantı kurulması için oldukça önemlidir. Habermas, bu bakımdan Rawlsçu liberalizme yakınlaşır ve Taylor'ın aksine, devletin etik-kültürel topluluklar karşısında yansız bir tutum geliştirmesi fikrini benimser. Bu durumda Habermas için yansızlık ilkesinin kendisi etik bir temel halini alır. Yansızlık ilkesi yasaların yürürlüğe girmesi, gücün meşru olarak uygulanması gibi hususlarda prose-

---

[149] HABERMAS, Jürgen, "Demokratik Anayasal Devlette Tanınma Savaşımı", **Çokkültürcülük: Tanınma Politikası**, Haz. Amy Gutmann, (çev. Mehmet H. Doğan), 5.bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2018, ss. 143-147.

[150] HABERMAS, 1995, s. 850.

[151] HABERMAS, 2018, ss. 145-146.

[152] HABERMAS, 1995, ss. 850. Yukarıda 70. dipnotta Kymlicka'nın liberal teorisinde merkezi bir yer tutan dış korumalar-iç kısıtlamalar kavram çiftinin beraberinde getirdiği sorunları vurgulamıştık. Habermas'ın kolektif haklara yönelik eleştirisini de bu bağlamda değerlendirmek gerekir.

dürel bakımdan mutabakata varılması için zaruridir. Kültürel farklılıkların korunması ve canlılığının muhafaza edilmesi de demokratik bir yönetimde ancak bu prosedürler çerçevesinde inşa edilen rasyonel söylem alanı içerisinde gerçekleşebilir.[153]

Rasyonelleşmiş ve merkezsizleşmiş kimliklerin oluşumunda, yani ulusal bir kimliğe veya kültüre değil müşterek bir politik kültüre bağlanan anayasal yurtseverliğin ortaya çıkmasında, "kamusal alan" ön plana çıkmaktadır. *Kamusallığın Yapısal Dönüşümü* adlı erken dönem yapıtında "*modern toplumun gelişimini kamusal alana katılımın genişlemesi*"[154] üzerinden tahlil eden Habermas için "*kamusal alan, yurttaşların ortak sorunlar üzerine müzakerede bulundukları kurumsallaşmış bir söylemsel etkileşim alanıdır*."[155] Habermas, ahlaki ve etik söylemler arasında ayrım yapmaktadır. Etik söylem, bireyin veya grubun kendi yaşamları için iyi ve değerli olanın ne olduğunu yanıtlama girişimidir, bu nedenle de tikelcidir. Ahlaki söylem, adalet ve hak sorunlarıyla bağlantılıdır, evrenseldir. Habermas'a göre demokratik bir cumhuriyette, hukuk ve politika maddi bir *ethos*'a, değerler silsilesine dayandırılamaz. Farklı iyi anlayışlarına sahip etik toplulukların benimsediği tikelci normlar karşısında, politik yapının dayandığı evrensel insan hakları ve demokratik yurttaşlık hakları birincil niteliktedir. Hukuk normlarının ve kamusal mekanizmaların genelliği, soyutluğu, farklı iyi anlayışlarının ve değer yargılarının gelişmesine, çoğulculuğun teşvik edilmesine olanak sağlayacaktır.[156]

"Bitmemiş bir proje"[157] olarak modernitenin normatif içeriğini ve Aydınlanma'nın evrenselci-rasyonalist değerlerini savunan Habermas, pre-

---

[153] FOSSUM, ss. 189-193.

[154] BENHABİB, 1999, s. 146.

[155] FRASER, Nancy, "Kamusal Alanı Yeniden Düşünmek: Gerçekte Var Olan Demokrasinin Eleştirisine Bir Katkı", **Kamusal Alan**, Ed. Meral Özbek, (çev. Meral Özbek/ Cemal Balcı), Hil Yayın, İstanbul, 2015, s. 104.

[156] SPECTER, s. 248-251; BENHABİB, 1999, s. 146.

[157] Habermas bu kavramsallaştırmayı ilk kez 1980 yılında *Adorno Ödülü*'nü kabul ederken yaptığı konuşmada kullanır. "*Modernite: Bitmemiş Bir Proje*" (*Modernity: An Unfinished Project*) başlıklı konuşmasında Habermas, neo-muhafazakâr ve post-yapısalcı düşünce okullarını eleştirir. Böylece o, modernitenin hükmünün dolduğu veya herhangi bir özgürleşme vaat edemediği şeklindeki yaklaşımlardan uzak durur. Habermas'a göre normatif içeriğini 18. yüzyıl devrimlerinin dayandığı ilkelerde bulan demokratik bir cumhuriyet; geçmişten miras alınan bir "mülk" değil, ileriye taşınmak zorunda olunan dinamik bir "proje"dir. (CLAUDIA, Czingon/DIEFENBACH, Aletta/KEMPF, Victor, "Moral Universalism at a Time of Political Regression: A Conversation with Jürgen Habermas about the Present and His Life's Work", **Theory, Culture&Society**, 0(0) s. 13; ÇİĞDEM, Ahmet, **Bir İmkan Olarak Modernite: Weber ve Habermas**, 5.bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, ss. 168-169; SPECTER, s. 231.)

modern veya ulusal-öncesi bir yurttaşlık anlayışını takip etmez. Habermas'ın ahlak kuramı, modern sonrası toplumlarda bireylerin "post-geleneksel/uzlaşımsal kimlikler" geliştirdiği düşüncesini önvarsayar.[158] Bu sayede kimlik "merkezsizleşir" ve bireyler tamamen içine doğdukları toplulukların normları, kültürü, beklentileri tarafından şekillendirilmezler. Habermas din, ulus, gelenek vs. gibi mefhumların evrensel ilkelerin ışığında eleştirel bir yönden düşünülmesinin gerekliliğine işaret eder. Habermas'ın düşüncesinde kimlikler, söylemsel etkileşimler sayesinde refleksif olarak oluşur. Bu nedenle yurttaşlık tevarüs edilmiş bir tâbiyet değildir, özgür ve eşit yurttaşlar arasındaki iletişim topluluğunda, sürekli bir karşılıklı öğrenme süreci içerisinde, rasyonel söylemlerin sonucu olarak ortaya çıkar.[159]

3. Taylor ve Kymlicka'nın Eleştirileri

Son olarak, Habermas'ın çokkültürlülük tartışmasına getirdiği evrenselci perspektifine ve politik kültürleri esas alarak geliştirdiği anayasal yurtseverlik kavramına karşı Charles Taylor ve Will Kymlicka'nın yönelttiği eleştirilere yer vermek gerekmektedir.

Habermas'ın anayasal yurtseverlik düşüncesini eleştirdiği yazısında Charles Taylor, anayasal yurtseverlik kavramsallaştırmasının iki bileşenine dikkat çeker: Bir yönüyle bu kavram "anayasallık" fikri içermektedir çünkü toplumu bir arada tutan ahlaki-politik ilkelere atıf yapar, ancak diğer yanıyla "yurtseverlik" kavramını öne çıkarır çünkü bu ahlaki-politik ilkeleri gerçekleştirebilmek için toplumlar kendi özgül tarihlerine bağlılık duymalıdırlar.

---

[158] Habermas, sosyal teorisini oluştururken Amerikan psikolog Lawrence Kohlberg'in ahlaki gelişim modelinden etkilenmiştir. Kohlberg'in çalışmalarına göre, bireylerin ahlaki yargıları üç seviyeli bir ilerleme göstermektedir: pre-geleneksel, geleneksel ve post-geleneksel. Birinci seviyede, ahlaki iyi ve kötülerin eylemin deneysel sonuçlarıyla bağlantılı olduğu düşünülür. İlk aşamada otorite yapılarının ödül ve ceza sistemi takip edilir. İkinci aşamada bireyselleşme gelişir ve birey kendi çıkarlarını tatmin etmenin ahlaki doğru olduğunu düşünür. İkinci seviyede, birey dahil olduğu gruplara uyum amacıyla ve daha sonrasında da görev duygusuyla sosyal düzenin kurallarına riayet eder. Post-geleneksel (*conventional*) seviyede, ahlaki yargıların geçerliliği sosyal düzeni kuran veya onaylayan otorite yapılarından bağımsızlaşır. Bu seviyenin ilk aşamasında birey, sosyal kuralların ortak yararı göz önünde tutacak şekilde değiştirilmesini talep ederek sosyal sözleşme ve demokrasi yönünde eğilimler edinir. İkinci ve son aşamada, bireyin ahlaki yargıları evrensel adalet ilkelerini içselleştirir. Bu doğrultuda kişi kendi seçtiği ahlaki ilkeler doğrultusunda ötekinin haklarını gözetecektir. Kohlberg'in teorisi post-geleneksel ahlakiliği evrensel adalet ilkeleri şeklinde kavrayarak Kantçı bir perspektifi sahiplenir. (FINLAYSON, James Gordon, **Habermas**, (çev. Talat Kılıç), Dost Kitabevi, Ankara, 2007, ss. 108-112.)

[159] MÜLLER, ss. 35-36.

Bu halde, ulusçuluk akımlarında gözlemlenen şovenizmin ve tikelciliğin bir başka türü ortaya çıkacaktır. Anayasal yurtseverlikle kendini bağlı hisseden yurttaşlar, kendi toplumlarındaki demokrasilerinin, politik kültürlerinin ve rejimlerinin, liberalizm modellerinin diğerlerinden üstün olduğunu iddia edebileceklerdir. Dolayısıyla Taylor'a göre Habermas, ulus-devletlerin yapısında tespit ettiği gerilimi bir başka formda yeniden üretmektedir.[160] Fakat Taylor'ın bu tespitleri iki yönden eleştirilebilir. Öncelikle Taylor tüm yurtseverlik düşüncelerinin dışlayıcı ve şovenist bir milliyetçilikten kaynaklandığını düşünmektedir, böylece yurttaşların devlet ve toplumsal yapıyla özeleştirel, kapsayıcı bir formda ilişkilenmesini ve evrenselci bir yurtseverlik idealinin gelişmesini imkansız görmektedir. İkinci olarak anayasal yurtseverliğin tikelciliğe kaymamasında bu kavramın bağlandığı anayasal kültürün kapalı, statik, donmuş olmaması ve kamusal alanda demokratik müzakereler çerçevesinde oluşturuluyor olması önem taşımaktadır.

Bunun dışında Taylor, anayasal yurtseverliğin yurttaşlığın etnik boyutunun önemini fazlasıyla ihmal ettiğini de kaydeder. Bu yaklaşım, Kymlicka'nın Habermas eleştirisinde de göze çarpmaktadır. Kymlicka, Habermas eleştirisinde, "eşitlikçi hak kuramı" sayesinde farklı etnik-kültürel grupların bir arada yaşamaya ilişkin özgürce rıza gösterebilecekleri varsayımını yetersiz ve soyut bulur. Habermas'ın çokkültürlülük olgusu ışığında bir sistem geliştirmekten ziyade iletişimsel akıl temelinde inşa ettiği teorisini bu soruna uyguladığını ifade eden[161] Kymlicka'ya göre Habermas'ın yaklaşımı ancak "etnokültürel adaletin minimal bileşeni"ni (*minimal component of ethnocultural justice*) içerebilecek bir kapsam sunabilir. Buna göre, örneğin belirli bir coğrafyada yaşayan, geniş toplumun üyelerinden farklı dili konuşan ve tarihsel süreçte sömürgeleştirme, işgal, emperyal zor kullanımları dolayısıyla bir ulus-devletin uyruğu olmaya zorlanan topluluklar için insan hakları veya bireysel haklar hiçbir şekilde yeterli koruma sağlayamayacaktır. Nitekim, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde ve Batı demokrasilerindeki anayasalarda birey hakları yeterince güvence altına alınmış olmasına rağmen etnokültürel adaletin gerçekleştirilemediği ve bu yönde taleplerin hala dile getirilmeye devam ettiği açıkça görülmektedir.[162]

---

[160] TAYLOR, Charles, "Constitutional Patriotism", https://tif.ssrc.org/2008/01/12/constitutional-patriotism/ Yayınlanma Tarihi: 12.01.2008, (Son Erişim Tarihi: 21.02.2021) Tüm bu eleştirilerine rağmen anayasal yurtseverlik fikrinin orjinalliğinin hakkını teslim eden Taylor, bunun modern demokrasilerdeki bağlılık biçimleri arasında en az tehlikeli olanı olduğunu da belirtmektedir.

[161] KYMLİCKA, Will, **Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship**, Oxford University Press, Oxford, 2001, s. 50.

[162] KYMLİCKA, 2001, s. 72.

Ayrıca Kymlicka, ulus-ötesi, post-ulusal yurttaşlık düşüncelerine de mesafeli kalarak demokratik yurttaşlık bakımından karşılaşılan sorunların yalnızca ulus-devlet içerisinde çözüme ulaştırılabileceğini ifade eder. Buna göre, liberal ulusçuluğa dayanan ilke ve değerlerin tüm toplumlara yayılması gerekmektedir. Liberal yurttaşlık, ortak bir ulusa dayanmayı sürdürerek kolektif bir duygu ve kimlik yaratabilmektedir. Dolayısıyla verili bir ulus-devlet inşasından yola çıkarak düşünmeyi sürdürür, bu ulus kurgusunun yarattığı veya yaratabileceği tahribatları da çokkültürlülük haklarının tanınması ile aşmayı dener. Bir diğer anlatımla Kymlicka, demokratik yurttaşlığın, devletlerin liberal ulusçuluk çerçevesinde, çokkültürcü bir kavrayışla düzenlenmesi sayesinde sağlanabileceğini düşünür.[163]

SONUÇ

Yurttaşlık kurumu, birey ile devlet arasındaki hukuki-politik bağı tesis eder. Yurttaş olmak, egemen bir devletin tâbiyeti altında bulunmak anlamını taşır; ancak öte yandan yurttaşların politik katılımları ve sahip oldukları haklarını kullanmaları dolayısıyla egemen varlığın sınırlandırılması söz konusu olur. Yurttaşlık kanalıyla politik tartışmalarda demokratik karar alma süreçlerinin işletilmesi için siyasal iktidarlar üzerinde baskı oluşturulur. Bu bakımdan da yurttaşlığın tarihi sosyal hareketliliklerin tarihi ile iç içedir.

Yurttaşlık, sosyolojik açıdan, statü, hak ve kimlik boyutlarıyla değerlendirilmektedir. Yurttaşlığın fonksiyonlarından birisi de toplumun üyeleri arasında sosyal dayanışmanın sağlanmasıdır. Sosyal dayanışmanın işlerlik kazanmasında ve toplum üyelerinin birbirleriyle karşılıklı ilişkiler kurmasında yurttaşlığın kolektif kimlik boyutu ön plana çıkmaktadır. Ulus-

---

[163] KARABULUT, Tolga, **Demokratik Yurttaşlığın Krizini Yeniden Düşünmek: Liberal Milliyetçilik ve Anayasal Yurtseverlik Kuramları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, ss. 176-180.

Habermas'ın kolektif kimliklerin önemini yadsıdığı ve politik alanda tutkuların önemini göz ardı ettiği eleştirisi sol teorisyenler arasında da oldukça yaygındır. Kymlicka'dan tamamen farklı bir perspektifle konuya yaklaşan Chantal Mouffe, Habermas'ın tutkuları dışarıda bırakarak rasyonelleştirdiği kamusal alan fikrinin ve söylem kuramının, Carl Schmitt'in liberalizm eleştirisinde belirttiği gibi "politik olan"ı (*political*) kavramakta hataya düştüğünü düşünür. Politik olan, politikanın kurucu özelliği olan *agonistik* boyutu dikkate almayı gerektirir. Buna göre politik meseleler her zaman için çatışmayı beraberinde getirmelidir. Ne var ki, Habermas'ın geç modern toplumlar için geliştirdiği iletişimsel temeldeki teorisi kamusal alanı özneler arası oydaşmaya dayanarak açıklamaya çalışır. Chantal Mouffe'nin agonizma ve politik tutku temelindeki Habermas eleştirileri için bkz. MOUFFE, Chantal, **Dünyayı Politik Düşünmek. Agonistik Siyaset**, (çev. Murat Bozluolcay), 2.bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, ss. 24-28, 65-66.

devletlerde, bir ulus, etnisite, ırk, kültür yurttaşların bağlandığı nesne olabilmektedir. Ancak ulus-devlet kurgusu çağdaş demokrasilerde sarsılmış, çeşitli toplulukların, grupların hak ve tanınma talepleri gündeme gelmeye başlamıştır. Kültürlerin ve kimliklerin çoğulcu bir düzlemde ifade edildiği, yurttaşları homojenleştirmeye dönük egemen kültür inşalarının politik, hukuki ve ahlaki açılardan sorunlu bulunduğu demokratik rejimlerde farklılıklarla birlikte bir arada nasıl yaşanabileceği sorusu karşımıza çıkmaktadır.

Modern demokratik toplumlarda farklı kültür ve kimliklerin taşıyıcısı olan yurttaşların var olduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan, özellikle 1970'li yıllarda başlayan çokkültürlülük tartışmaları çağdaş siyaset ve hukuk felsefesinin önemli konu başlıklarından birisidir. Çokkültürlü yurttaşlığa ilişkin tartışmalar kültür, kimlik, benlik, eşitlik-farklılık, evrenselcilik-tikelcilik, prosedürel haklar, kolektif amaçlar, devletin yansızlığı, tanınma, tahakküm, liberalizm, cumhuriyetçilik, komüniteryanizm, anayasal yurtseverlik gibi birçok kavram ve politik öğretiyi içerisinde barındırmaktadır.

Bu çalışmada Will Kymlicka, Charles Taylor, Jürgen Habermas'ın çokkültürlü toplumlarda yurttaşlık tartışmasına ilişkin düşüncelerine yer verilmiştir. Çağdaş liberalizmin önemli temsilcilerinden biri olan Will Kymlicka, çokkültürlülük tartışmalarında en çok referans verilen düşünürlerdendir. Kymlicka'nın çokkültürlü yurttaşlık paradigması, liberalizmin temel değerlerini koruyarak çokkültürlülüğe alan açılabileceğini gösterme iddiası taşır. Kymlicka, Raz ve Rawls'u takip ederek bireysel özerklik temelinde düşüncelerini ortaya koymuştur. "Liberal kültürcü" bir teori geliştiren Kymlicka'ya göre bireysel özerklik ile kültür birbirini destekler niteliktedir, bu nedenle evrensel hakların yanında kimi grup haklarının tanınması liberal değerleri geriletmez, aksine güçlendirir. Kymlicka her toplumun zamanla liberalleşip ortak değerleri benimseyebileceği inancını paylaşırken, liberalleşmenin mümkün olmasını farklı kültürlerin birbirlerine açılmasında görmektedir. Ancak topluluklara kimi grup haklarının tanınması halinde kültürler arasında müşterek kamusal alanın ortadan kaybolacağı, toplulukların kendi içlerine daha fazla gömülebilecekleri, grup içerisinde baskılanan üyelerin bireysel özerkliklerini ister istemez yitirebilecekleri yönündeki eleştiriler Kymlicka'nın teorisinin zayıf yanlarını oluşturmaktadır.

Kymlicka'nın teorisi ulusçu bir söylem içerisinde şekillenmektedir ve ulus-ötesi toplulukların başarılı olabileceği savına şüpheyle yaklaşır. Yine Kymlicka, yurttaşlar arasında anayasal, politik kültüre bağlılığa dayanan bir sosyal birliğin gelişebilmesini güç bulmaktadır, bunun yerine verili ulus

şeması kolektif kimlik duygusu oluşturabilmekte oldukça işlevseldir ve korunmalıdır. Kymlicka'nın görüşlerini cazip kılan hususlardan birisi teorisinin kültürel sorunlara çok daha somut bir bakış açısıyla yaklaşmasıdır. Bu bakımdan Kymlicka, etnik, kültürel çeşitlilikler sorununa gerçekçi ve geniş bir perspektiften çözüm üretmeye çalışmaktadır. Nitekim, Habermas'a yönelik eleştirisinde de sahiplendiği pozisyona göre, bir ulus-devletin tâbiyeti altında bulunan fakat bu ulus-devleti oluşturan geniş toplumla arasında ortak bir dil ve kültür geliştirememiş ulusal, etnik azınlıkların hak ve yetke taleplerini karşılamak bakımından onun teorisi daha işlevsel ve yalın kıldığı gibi, bunlardan da ötede sosyal adalete uygun çözümler sunmaktadır.

Charles Taylor, çokkültürlülüğe ilişkin düşüncelerini Kantçı liberal düşüncenin karşısında konumlandırır. Taylor teorisini kimi liberal ve komüniteryan değerleri bir araya getirerek oluşturur. Buna göre Taylor, en somut haliyle Kant'ın ahlak ve politika felsefesinde karşımıza çıkan "evrensel eşitlik" düşüncesini hegemonyacı ve farklılıkların ifade edilmesinde yetersiz bulur. Modernite içerisinde gelişen bir başka akım olarak sahicilik kavramının üzerinde duran Taylor, sahicilik etiğini diyalojik bir perspektifle yorumlayıp geliştirerek tanınma politikasını ortaya koyar. Buna göre, devletin aktif politikalarla farklılıkları, çeşitli kültür ve kimlikleri koruması, güvence altına alması gerekmektedir. Taylor'a göre kimlik, hem bireysel hem de kamusal düzlemde diyalojik olarak kurulur, bu bakımdan kişilerin kimliklerinin ötekilerce tanınması onlar için yaşamsal bir gereksinimdir. Taylor için tanınma sadece ötekiye saygı ile değil, ötekinin ihtiyacının giderilmesi ile ilgili bir problemdir. Taylor, belirli bir kültüre dayanan ve kolektif amaç etrafında toplanan yurttaşların farklılıklarının kabul edilmesinin ardından, bu toplulukların kendi farklılıkları çerçevesinde politik ve hukuki programlar oluşturabilmelerini olanaklı görür.

Taylor, devletin yansızlığı ilkesini ve prosedürel hak kuramını eleştirerek maddi/tözsel bir çokkültürcü liberalizm teorisi ortaya koymuştur. Taylor'ın kimliğin kuruluşunu özneler arası bir düzleme oturtarak tanınma kavramı doğrultusunda çokkültürlülüğü düşünmesi teorisinin güçlü yanını oluşturur; fakat prosedürel hak kuramını reddetmesi çağdaş liberal hukuk teorisiyle arasındaki mesafeyi açmaktadır. Ayrıca Taylor, niçin bir kültürün her ne şartta olursa olsun korunması gerektiğini açıklamakta zorlanmaktadır. Kültürleri ve kimlikleri, toplulukların ve bireylerin ayrılmaz hatta değişmez bir parçası olarak kavramak; liberal devlet düzeninin homojenleştirici, tahakküm kurucu niteliklerinden kaçınmaya çalışırken bu defa bir kültürün içerisindeki bireyleri homojenleştirmekte, tahakküm altına sokabilmektedir.

Savaş sonrası Almanya'da özel koşullar içerisinde gelişen ve Jürgen Habermas tarafından ulus-devletin çelişkilerini aşmak için önerilen anayasal yurtseverlik düşüncesi karmaşıklaşan, çoğulcu liberal demokrasilere yeni bir yurttaşlık anlayışı sunma iddiası taşır. Habermas, bir ulusa, etnisiteye bağlılık kavrayışının artık ne sosyal dayanışma ne de egemenin sınırlandırılması için zorunlu olduğunu; aksine içerisinde tikelci unsurlar barındıran ulus-devlete bağlı yurttaşlık anlayışının çatışmalara sebebiyet verdiğini düşünür. Bu nedenle, evrenselci-eşitlikçi demokratik anayasal devletlerde tek bağlılığın politik, anayasal kültüre yönelmesi gerektiğini öne sürer.

Habermas'a göre kültürel, etnik kimlikler kamusal alanda rasyonel söylemler çerçevesinde refleksif olarak kurulmalıdır. Kimliklerin kendileri üzerine eleştirel bir şekilde düşünerek yeniden üretilmeleri ayakta kalmaları için zaruridir. Kültürlerin korunması endemik canlı türlerinin korunması gibi bir vakıa değildir, kültürlere bu şekilde yaklaşılmasını sosyolojik bir hata olarak değerlendiren Habermas, çokkültürcülüğe getirilen post-çokkültürcü eleştiri ile ortak kanıda buluşur. Ona göre, ulusal veya etnik kültürler/kimlikler müşterek politik kültür üzerinde tahakküm kurmamalıdır. Politik kültür, herhangi bir ulusun kültüründen kök salmaz. Çoğunluğun kendi kültürünü dışarıda bırakılanlara empoze etmesi veya dayatması, anayasal yurtseverliğin başarıya ulaşmasının önünde engel teşkil eder. Anayasal yurtseverlik, bir arada yaşamaya dair haklı gerekçeler bulabilmek için evrensel adalet ve insan hakları normlarını öne çıkarır.

Habermas için yurttaşlık bir ulusa, kimliğe, kültüre bağlı olmaksızın da haklılaştırılabilir. Bu doğrultuda evrensel normlar düzleminde kalarak farklılıkların bir arada yaşayabileceğini düşünür. Habermas, anayasal devlet ile sosyal devleti birlikte gerçekleştirebilecek bir teori geliştirme iddiası taşır. Bu bağlamda, evrensel liberal değerleri, yansız devlet anlayışını öne çıkardığı ölçüde Rawls, Kymlicka gibi liberal kuramcılara yaklaşır. Öte yandan müzakereci demokrasiyi, kamusal alanın canlanmasını ve politik katılımın asliliğini savunması dolayısıyla cumhuriyetçi yurttaşlık düşüncesine yakınlaşır. Habermas, liberal atomize birey düşüncesinin yerine toplumsallaşma süreçleri içerisinde gelişen bir benlik veya kimlik düşüncesi ortaya koyarak komüniteryan düşünce ile de temas kurar.

Fakat Habermas'ın teorisi, ulus-devletlerin tikelci karakterini aşmaya çalışırken anayasal yurtseverlik yaklaşımının post-ulusal, evrenselci bir kolektif kimlik yaratabileceği konusunda fazla iyimser görüldüğü için eleştirilmiştir. Anayasal yurtseverlik de farklı politik, anayasal kültürlere bağlılık

duyan topluluklar arasında gerilimler oluşturabilir. Bir ulusa bağlanmadan önce çok daha küçük topluluklara sadakat duyan bireyler, ulusa aidiyet bağı ile daha evrenselci bir düzleme taşınmışlardır. Nitekim ulus-devletlerin kuruluşu ile birlikte özgürlük, eşitlik gibi evrensel değerler ortaya çıkmıştır. Ancak bu durumda, ulus duygusu şovenist tutkulara sebebiyet vermiş ve çeşitli dışlama pratikleri gündeme gelmiştir. Ortak bir politik kültüre aidiyet, verili bir toplumda bir arada yaşamak için hukuki ve ahlaki bir neden sunabilecekse de farklı politik kültürlerin birbirleriyle karşı karşıya gelmesi halinde benzer çatışmalar söz konusu olabilecektir. Taylor'ın eleştirisinde yer tutan bu hususu Habermas, politik kültürün ulusal kültüre kıyasla dogmalaşmamış ve iletişime açık bırakılmış yapısıyla aşmayı hedefler. Habermas'a göre böyle bir yurtseverlik anlayışı, tikelci dışavurumların ve şovenist duyguların aksine; bir arada yaşamayı kolaylaştıracak ortak bir kamusal dil sunacaktır. Bu sayede farklı politik kültürlerin birbirine yakınlaşacağını düşünen Habermas için anayasal yurtseverliğin tikelci, dışlayıcı tutku ve pratikleri yeniden üreteceği yönündeki eleştiri temelsizdir.

Bir başka yönden Habermas, ortak bir ulusa dayanmanın beraberinde getirdiği kolektif tutku ve kimliğin önemini ihmal ettiği için eleştirilmektedir. Buna göre, ulus kurgusu toplumlar için geri dönülmez derecede güçlü bir aidiyet bağı yaratmıştır; bu çerçeveden ayrılarak oldukça soyut ve cansız sayılabilecek politik, hukuki kültürler üzerinden kolektif kimlik inşa etmeye çalışmak kaçınılmaz bir şekilde başarısızlıkla sonuçlanacaktır. Bu eleştiri ulus fikrinin başarısını abartmakta, ulus-devlet kurgusunu gereğinden fazla öne çıkararak sabitleştirmektedir. Oysa ulus düşüncesinin insanlık tarihi içerisinde oldukça geç bir tarihte geliştiği göz önünde tutulmalıdır. Bu doğrultuda, çeşitli kültürlerden gelen insanların oluşturduğu modern demokratik devletlerde ulus, etnisite temelli bir kimlik yerine daha çoğulcu ve kapsayıcı bir kolektif kimlik inşa etmek mümkün görülebilir. Burada temel problem, ulus-devletlerin ortaya çıkışıyla eş değer bir tarihe sahip olan politik kültürlerin içerisinden ulusu sıyırıp çekebilmenin ve yine de güçlü bir kolektif duygu yaratabilmenin nasıl mümkün olacağı sorusudur. Diğer deyişle, politik kültürlerin tarihi ulus-devletlerin doğuşuyla ve serpilmesiyle eş anlı bir süreç olarak değerlendirildiği takdirde, bir politik kültürü savunmanın o ulusal kimliği savunmakla aynı anlama gelebileceği dikkate alınmalıdır. Bu durumda, anayasal yurtseverliğin hayata geçirilebilmesinde demokratik ve çoğulcu anayasalcılık hareketlerinin, kapsayıcı kurucu değerlerin önemi yadsınmamalıdır.

Son olarak, bu çalışmada teorilerine yer verilen üç düşünür de çokkültürlülüğe ilişkin farklı yanıt ve yaklaşımlar geliştirmelerine karşın, ulus-devlet inşasının beraberinde evrenselcilik-tikelcilik gerilimini getirdiği hususunda uzlaşmaktadırlar. Diğer bir deyişle, sorunun ne olduğu konusunda ortada bir anlaşmazlık bulunmamaktadır fakat niçin bu sorunun ortaya çıktığı ve nasıl çözülebileceği aşamasına gelindiğinde birbirinden farklı cevaplar dile getirmişlerdir. Charles Taylor, ulus-devletlerde evrensellik iddiası taşıyan egemen kültür ve kimliklerin hegemonyasını sorunun kaynağı olarak tespit ederken kültürlerin tikelci varoluşlarına alan açmayı hedeflemektedir. Buna karşın Habermas, tikelciliğin beraberinde getirdiği çatışmaların demokratik toplumlar için sorun oluşturduğunu iddia ederek evrensel değerlere, normlara bağlanan bir yurttaşlık kimliği oluşturmaya çabalamaktadır. Will Kymlicka ise evrenselcilik-tikelcilik gerilimini ikisi arasında orta bir yol bularak giderme amacı gütmektedir. Evrenselci düşüncenin bireysel haklar, özerklik gibi kazanımlarını korumayı birincil hedef olarak gören Kymlicka, azınlıkların yaşadıkları tarihsel haksızlıkların ve göçmenlerin karşılaştıkları entegrasyon sorunlarının çözümünde kültürel toplulukların hak ve yetke taleplerini güvence altına almaya çalışmaktadır. Dolayısıyla, Kymlicka'nın liberal kültürcü teorisi ulus-devletlerde inşa edilen kolektif kimlik duygusunun işlevsel olduğunu varsayımına yaslanarak tikelci yaklaşımını sürdürür, bireysel özerkliği ve kültürlerin birbirine açılmasını önemsediği için evrenselci yaklaşımını da tamamen terk etmez.

Demokratik politikanın ve hukukun krizde olduğu günümüz modern toplumlarında; yurttaşlık kurumu aşındırılmakta, otoriter rejimler tarafından kolektif kimlik hegemonik biçimde tayin edilmektedir. Sistematik ırkçılığın ortadan kaldırılmasına ve dışlanan kimlikleri kapsayıcı politikaların hayata geçirilmesine karşıt olarak gelişen yeni reaksiyoner dalgalar, modern demokrasilerinin varlığını tehdit eder hale gelmiştir. Öte yandan küresel ölçekte göç yaygınlaşmakta, pek çok insan çatışma bölgelerinden, zulüm ve baskılardan, ekonomik eşitsizliklerden, iklim ve doğa krizinin yarattığı tehlikelerden dolayı tâbiyetinde bulundukları devletlerden ayrılarak başka egemen devletlere sığınmaktadırlar. Bu doğrultuda, otoriter iktidarların ayakta kalabilmek için yürüttükleri kimlik inşası politikaları baskıcı tonunu artırmakta, buna karşılık toplumlar ise çok daha fazla ve yoğun bir düzeyde çokkültürlü yapıya bürünmektedirler. Tüm bu nedenlerle, kolektif kimliğin nasıl tanımlanması, kültürel toplulukların hak ve tanınma taleplerine hangi düzeyde yaklaşılması, yurttaşların statü, hak ve ödevlerinin ne şekilde düzenlenmesi gerektiği soruları çözülmeyi bekleyen toplumsal problemler olarak karşımızda durmaktadır.

KAYNAKÇA

AKAL, Cemal Bali, "Cumhuriyet ve Devlet Kavramları Üstüne", **Varolma Direnci ve Özerklik**, 3.bası, Dost Kitabevi, Ankara, 2016, ss. 245-260.

ALBAL, Eymir, "Geçmişin Hakikati ve Hatırlamanın Özgürlüğü: Kolektif Bellek, Hukuk ve İnsan Hakları", **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 37, 2019, ss. 67-103.

ANDERSON, Perry, **Spektrum: Sağdan Sola Düşünce Hayatı**, (çev. Sami Oğuz, Savaş Kılıç), İletişim Yayınları, İstanbul, 2017.

ARENDT, Hannah, **Totalitarizmin Kaynakları 2: Emperyalizm**, (çev. Bahadır Sina Şener), 6.bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018.

BALIBAR, Etienne, "Propositions on Citizenship", **Ethics**, No. 98, 1988, ss. 723-730.

BARIN, Taylan, **Çokkültürcülük Teorisi ve Ulus-Devlet Anlayışına Etkileri**, Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011

BAUMAN, Zygmunt, **Sosyolojik Düşünmek**, (çev. Abdullah Yılmaz), 16.bası, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017.

BELLAMY, Richard, **Citizenship. A Very Short Introduction**, Oxford University Press, New York, 2008.

BENHABIB, Seyla, **Modernizm, Evrensellik ve Birey**, (çev. Mehmet Küçük), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999.

BENHABIB, Seyla, **Ötekilerin Hakları. Yabancılar, Yerliler, Vatandaşlar**, (çev. Berna Akkıyal), 4.bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018.

BENHABIB, Seyla, "Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy", **Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political**, Ed. Seyla Benhabib, Princeton University Press, New Jersey, 1996, ss. 67-94.

BENHABIB, Seyla, **The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era**, Princeton University Press, Princeton, 2002.

BERLIN, Isaiah: "Two Concepts of Liberty", **Four Essays on Liberty**, Ed. Henry Hardy, Oxford University Press, Oxford, 2002.

BERLİN, Isaiah, **Akıntıya Karşı: Fikirler Tarihi Üzerine Denemeler**, (çev. Emre Erbatur), Profil Yayıncılık, İstanbul, 2016.

CANADIAN MULTICURALISM ACT, https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-18.7/FullText.html Erişim Tarihi: 04.09.2021

CLASTRES, Pierre, **Devlete Karşı Toplum**, (çev. Nedim Demirtaş/ Mehmet Sert), 5.bası, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2019.

CLAUDIA, Czingon/ DIEFENBACH, Aletta/ KEMPF, Victor, "Moral Universalism at a Time of Political Regression: A Conversation with Jürgen Habermas about the Present and His Life's Work", **Theory, Culture&Society,** 0(0), s. 1-26.

ÇAĞLAR GÜRGEY, İrem, "Modern Yurttaşlık Kavramının Yeniden Okuması", **Legal Hukuk Dergisi: Rona Aybay'a Armağan**, 2014, ss. 619-652.

ÇAĞLAR, F. İrem, "Joseph Raz'ın "Zarar İlkesi" Yaklaşımı", **HFSA-24**, 2012, ss. 7-14.

ÇAĞLAR, F. İrem, **Farklılıklar ve Tanınma Talepleri Karşısında Liberal Kavram ve İlkelerin Değerlendirilmesi**, Yayımlanmamış doktora tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

ÇİĞDEM, Ahmet, **Bir İmkan Olarak Modernite: Weber ve Habermas**, 5.bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015.

DELANTY, Gerard, **Bir Kavramın Anatomisi: Topluluk**, (çev. F. Bilge Atay), Evrensel Yayınları, İstanbul, 2015.

DOYTCHEVA, Milena, **Çokkültürlülük**, (çev. Tuba Akıncılar Onmuş), 3.bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.

DWORKIN, Ronald, "Liberalism", **Public and Private Morality**, Ed. Stuart Hampshire, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, ss. 113-143.

DWORKIN, Ronald, "Liberal Community", **Sovereign Virtue**, Harvard University Press, London, 2002, ss. 211-236.

ERDOĞAN, Mustafa, "Çeşitlilik, Çoğulculuk ve Rekabetçi Federalizm", **Liberal Düşünce**, No. 6, 1997, ss. 44-54.

ERDOĞAN, Mustafa, "Yurttaşlık, Anayasal Yurtseverlik ve Türkiye", içinde **Özgürlük, Hukuk ve Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2018, ss. 111-133.

ERGUT, Ferdan, "Adil Düzen, Eşitlikçi Liberaller ve Cemaatçiler", **Birikim**, Sayı 101, Eylül 1997, https://birikimdergisi.com/dergiler/birikim/1/sayi-101-eylul-1997/2297/adil-duzen-esitlikci-liberaller-ve-cemaatciler/4676 Erişim Tarihi: 17.09.2021.

EVRAN TOPUZKANAMIŞ, Şafak, "Anayasal Vatanseverlik Kavramının Anlamı, Amaçları ve Bu Kavram Işığında Geçmişe Yüzleşme Politikaları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 1, 2012, ss.133-168.

FINLAYSON, James Gordon, **Habermas**, (çev. Talat Kılıç), Dost Kitabevi, Ankara, 2007.

FRASER, Nancy, "Kamusal Alanı Yeniden Düşünmek: Gerçekte Var Olan Demokrasinin Eleştirisine Bir Katkı", **Kamusal Alan**, Ed. Meral Özbek, (çev. Meral Özbek/ Cemal Balcı), Hil Yayın, İstanbul, 2015, ss. 103-132.

GALENKAMP, Marlies, "Group Identity and Individual Autonomy within Liberal Democracies: In Search of Guidelines", **Peace and Conflict Studies**, Vol. 5, No. 2, 1998, https://nsuworks.nova.edu/pcs/vol5/iss2/1?utm_source=nsuworks.nova.edu%2Fpcs%2Fvol5%2Fiss2%2F1&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages Erişim Tarihi: 15.11.2021

GRAY, John, **Liberalizmin İki Yüzü**, (çev. Koray Değirmenci), Dost Kitabevi, Ankara, 2003.

GUTMANN, Amy, "Giriş", **Çokkültürcülük: Tanınma Politikası**, Haz. Amy Gutmann, (çev. Özcan Kabakçıoğlu), 5.bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2018, ss. 25-45.

GÜNGÖR, Gülin, "Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Bazı Hükümlerinin 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Üzerindeki Etkisi", **AÜHFD**, Cilt 63, Sayı 3, 2014, s. 479-507.

GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 7.bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2015.

HABERMAS, Jürgen, **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**, (çev. William Rehg), Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

HABERMAS, Jürgen, "Three Normative Models of Democracy", **Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political**, Ed. Seyla Benhabib, Princeton University Press, New Jersey, 1996, ss. 21-30.

HABERMAS, Jürgen, "Morality and Ethical Life: Does Hegel's Critique of Kant Apply to Discourse Ethics", **Northwestern University Law Review**, Vol. 83, No. 38, 1989, ss. 38-53.

HABERMAS, Jürgen**: Öteki Olmak Ötekiyle Yaşamak**, (çev. İlknur Aka), 10.bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2019.

HABERMAS, Jürgen, "Demokratik Anayasal Devlette Tanınma Savaşımı", **Çokkültürcülük: Tanınma Politikası**, Haz. Amy Gutmann, (çev. Mehmet H. Doğan), 5.bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2018, ss. 125-161.

HABERMAS, Jürgen, "Multiculturalism and the Liberal State", **Stanford Law Review**, Vol. 47, No. 5, 1995, ss. 849-853.

HICKS, Alexander/ESPING-ANDERSEN, Gosta, "Refah Devleti ve Kamu Politikası Üzerine Karşılaştırmalı ve Tarihsel Çalışmalar, **Siyaset Sosyolojisi**, ed. Thomas Janoski/Robert Alford/Alexander Hicks/Mildred A. Schwartz, (çev. Ceren Kuşçuoğlu), 2. bası, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2013, ss. 659-680.

HIRSCHMAN, Albert O., **Gericiliğin Retoriği**, (çev. Yavuz Alogan), 2.bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2013.

HONOHAN, Iseult, "Liberal and Republican Conceptions of Citizenship", **The Oxford Handbook of Citizenship**, Ed. Ayalet Shachar, Rainer Bauböck, Irene Bloemraad, and Maarten Vink, 2007, ss. 83-106.

JAKOBS, Günther, "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku", **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Ed. Yener Ünver, (çev. Mehmet Cemil Ozansü), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, ss. 489-506.

JASPERS, Karl, **Suçluluk Sorunu. Almanya'nın Siyasal Sorumluluğu Üzerine**, (çev. A. Emre Zeybekoğlu), İthaki Yayınları, İstanbul, 2015.

JOPPKE, Christian, "Transformation of Citizenship: Status, Rights, Identity", **Citizenship Studies**, Vol 11, No. 1, 2007, ss. 37-48.

KABOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri**, 9.bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014

KANT, Immanuel, **Metaphysical Elements of Justice: Part I of the Metaphysics of Morals**, (çev. John Ladd), Hackett Publishing, Cambridge, 1999.

KARABULUT, Tolga, **Demokratik Yurttaşlığın Krizini Yeniden Düşünmek: Liberal Milliyetçilik ve Anayasal Yurtseverlik Kuramları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.

KONAK, İhsan, **Liberal ve Komüniteryan Çokkültürlülük: Kymlicka ve Taylor Perspektifinden ABD ve Kanada Örnekleri**, Nobel Yayın, Ankara, 2020.

KUÇURADİ, İoanna, **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, 4.bası, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2018.

KUKATHAS, Chandran, "Are there any Cultural Rights?", **Political Theory**, Vol. 20, No. 1, 1992, ss. 105-139.

KYMLICKA, Will, "The Rights of Minority Cultures", **Political Theory**, Vol. 20, No. 1, 1992, ss. 140-146.

KYMLICKA, Will, "The Three Lives of Multiculturalism", **Revisiting Multiculturalism in Canada**, Ed. Lloyd Wong/ Shibao Guo, Sense Publishers, Rotterdam, 2015, ss. 17-36.

KYMLICKA, Will, **Çokkültürlü Yurttaşlık. Azınlık Haklarının Liberal Teorisi**, (çev. Abdullah Yılmaz), 3.bası, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2020.

KYMLICKA, Will, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, (çev. Ebru Kılıç), 3.bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.

KYMLICKA, Will, **Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship**, Oxford University Press, Oxford, 2001.

KYMLICKA, Will, "The Rise and Fall of Multiculturalism? New Debates on Inclusion and Accommodation in Diverse Societies", **International Social Science Journal**, Vol. 61, No. 199, 2010, ss. 97-112.

KYMLICKA, Will, "The Essentialist Critique of Multiculturalism: Theories, Policies, Ethos", **SSRN Electronic Journal**, 2015, ss. 209-249.

LEYDET, Dominique, "Citizenship", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Ed. Edward N. Zalta, https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/citizenship/, (Son Erişim Tarihi: 21.01.2021)

LOUGHLIN, Martin, **Kamu Hukukunun Temelleri**, (çev. Kıvılcım Turanlı/ Dilşad Çiğdem Sever), Dipnot Yayınları, Ankara, 2017.

MARSHALL, T. H., **Citizenship and Social Class**. Plutoss, London, 1992.

MEYER, Stephan, "Jürgen Habermas Interviewed by Jean-Marc Ferry: The Limits of Neo-Historicism," **Philosophy Social Criticism**, Vol, 22, No. 1, 1996, ss. 1-8.

MICHELMAS, Frank I., "Morality, Identity and Constitutional Patriotism", **Ratio Juris**, Vol. 14, No. 3, 2001, ss. 253-271.

MODOOD, Tarıq, **Çokkültürcülük: Bir Yurttaşlık Tasarımı**, (çev. İsmail Yılmaz), Phoenix Yayınevi, Ankara, 2014.

MOUFFE, Chantal, "Democratic Citizenship and Community", **Dimensions of Radical Democracy. Pluralism, Citizenship, Community**, Ed. Chantal Mouffe, Verso, London, 1992, ss. 225-239.

MOUFFE, Chantal, **Dünyayı Politik Düşünmek. Agonistik Siyaset**, (çev. Murat Bozluolcay), 2.bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017.

MURATOĞLU, Cansu, **Geçmişle Yüzleşme: İmkanlar ve İmkansızlıklar**, Zoe Kitap, İstanbul, 2019.

MÜLLER, Jan-Werner, **Anayasal Yurtseverlik**, (çev. A. Emre Zeybekoğlu), Dost Kitabevi, Ankara, 2012.

NUHOĞLU SOYSAL, Yasemin, **Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe**, Chicago University Press, Chicago, 1994.

NUSSBAUM, Martha C., "Perfectionist Liberalism and Political Liberalism", **Philosophy & Public Affairs**, Vol. 39, No. 1, 2011, ss. 3-45.

ÖZENÇ, Berke, **Hukuk Devleti. Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014.

PAREKH, Bhikhu, **Çokkültürlülüğü Yeniden Düşünmek: Kültürel Çeşililik ve Siyasi Teori**, (çev. Bilge Tanrıseven), Phoenix Yayınevi, Ankara, 2002.

PHILLIPS, Anne, **Demokrasinin Cinsiyeti**, Çev. Alev Türker, 3. bası, Metis Yayınları, İstanbul, 2015.

RAZ, Joseph, "Multiculturalism", **Ratio Juris**, Vol. 11, No. 3, 1998, ss. 193-205.

RAZ, Joseph, **Özgürlük Ahlakı**, (çev. Gürkan Özturan), Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, Sakarya, 2016.

RAWLS, John, **Hakkaniyet Olarak Adalet**, (çev. Osman Baş), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, **The Social Contract**, Ed. Susan Dunn, Yale University Press, New York, 2002.

RUMPF Christian/UZAR SCHÜLLER, çev., **Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası**, 2014, https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf Erişim Tarihi: 07.09.2021

SONG, Sarah, "Multiculturalism", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Ed. Edward N. Zalta, 2017 https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/multiculturalism/ (Son Erişim Tarihi: 10.06.2020)

SPECTER, Matthew G., **Habermas: Entelektüel Bir Biyografi**, (çev. İsmail Ilgar), İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.

STRAUSS, Leo, **Doğal Hak ve Tarih**, (çev. Petek Onur/ Murat Erşen), Say Yayınları, İstanbul, 2011.

ŞİRİN, Tolga, **Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı-1. İfade Özgürlüğünün Grisi**, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2020.

ŞİT, Banu, "Modern Vatandaşlık Kavramına Bir Bakış", **TBB Dergisi**, Sayı 76, 2008, ss. 64-82.

TAYLOR, Charles, **Modern Toplumsal Tahayyüller**, (çev. Hamide Koyukan), Metis Yayınları, İstanbul, 2006.

TAYLOR, Charles, **Modernliğin Sıkıntıları**, (çev. Uğur Canbilen), 3.bası, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017.

TAYLOR, Charles, "Tanınma Politikası", **Çokkültürcülük. Tanınma Politikası**, Haz. Amy Gutmann, (çev. Yurdanur Salman), 5. bası, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2018, ss. 46-93.

TAYLOR, Charles, "Atomism", **Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers**, Vol. 2, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, ss. 187-210.

TAYLOR, Charles, "Constitutional Patriotism", https://tif.ssrc.org/2008/01/12/constitutional-patriotism/ Yayınlanma Tarihi: 12.01.2008, (Son Erişim Tarihi: 21.02.2021)

THE UN REFUGEE AGENCY, **Vatansız Kişilerin Korunmasına İlişkin El Kitabı**, Cenevre, UNCHR 2014, https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2017/02/handbook_on_protection_of_stateless_persons_tr.pdf (Son Erişim Tarihi: 13.01.2021)

TİMUR, Taner, **Habermas'ı Okumak**, 2.bası, İstanbul, Yordam Kitap, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de, **Amerika'da Demokrasi**, (çev. Seçkin Sertdemir Özdemir, 2.bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019.

TOURAINE, Alain, **Demokrasi Nedir?**, (çev. Olcay Kural), 7.bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2019.

TURNER, Bryan S., "Citizenship studies: A General Theory", **Citizenship Studies**, Vol. 1, No. 1, 1997, ss. 5-18.

USLU, Cennet, "Liberal Farklılık Teorisinin İki Örneği: Kymlicka ve Kukathas", **Muhafazakar Düşünce**, Sayı 32, 2012, ss. 75-104.

ÜSKÜL, Zeynep Özlem, **Bireyciliğe Tarihsel Bakış**, Büke Yayınları, İstanbul, 2003.

YOUNG, Iris Marion, "A Multicultural Continuum: A Critique of Will Kymlicka's Ethnic-Nation Dichotomy", **Constellations**, Vol. 4, No. 1, 1997, ss. 48-53.

YÜRÜŞEN, Melih, "Çokkültürlülük mü, Çokkültürcülük mü?", **Liberal Düşünce**, No. 4, 1996, 54-68.

ZIZEK, Slavoj: "Multiculturalism or the Cultural Logic of Multinational Capitalism", **New Left Review**, 1997, ss. 28-51.

WALLERSTEIN, Immanuel, "Culture as the Ideological Battleground of the Modern World-System", **Theory, Culture & Society**, Vol. 7, No. 2-3, 1990, ss. 31-55.

WALLERSTEIN, Immanuel, "Citizens All? Citizens Some! The Making of the Citizen", **Comparative Studies in Society and History**, Vol. 45, No. 4, 2003, ss. 650-679.

WALLERSTEIN, Immanuel, **Bildiğimiz Dünyanın Sonu: Yirmi Birinci Yüzyıl İçin Sosyal Bilim**, (çev. Tuncay Birkan), 6.bası, Metis Yayınları, İstanbul, 2019.

WALZER Michael, "The Communitarian Critique of Liberalism", **Political Theory**, Vol. 18, No. 1, 1990, ss. 6-23.

WALZER, Michael, "Yorum", **Çokkültürcülük. Tanınma Politikası**, Haz. Amy Gutmann, (çev. Cem Akaş), 5.bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2018, ss. 117-121.

ÖZEL HUKUK

GSÜHFD, 2022; 1: 819-848

BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ(*) (İİK md. 111/a)

Prof. Dr. **Hakan PEKCANITEZ**(**)

Öz: Borçluya satış yetkisinin verilmesi, uygulamada açık arttırma yolu ile yapılan satışların olumsuzluklarının giderilmesini amaçlayan alternatif bir satış türü olarak düşünülmüş olup bu düşünce son derece isabetlidir. Ancak borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin olarak kanunlaşan düzenleme, doktrinde hiç tartışılmamış, hazırlanan taslak ilgili kişilerle paylaşılmadan kanunlaşmış ve uygulamaya konulmuştur. İsviçre hukukunda ve Alman hukukunda borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin benzer bir düzenleme Fransız hukukunda bulunmaktadır. Anlaşmalı satış olarak ifade edilebilecek bu satış türü, taşınır ve taşınmaz mallar bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir. Hukukumuz için kanunlaşan düzenleme ise Fransız hukukunda kabul edilen anlaşmalı satış sisteminden oldukça farklıdır.

Anahtar Kelimeler: Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi, Rızai Satış, Zaman Bakımından Uygulanma, Cebrî Satış, Kıymet Takdiri.

(*) Bu makale, hakem incelemesinden geçmemiştir.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku, Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi
(ORCID no: 0000-0001-7809-4535; *hpekcanitez@gsu.edu.tr*).

GRANTING OF SALE AUTHORIZATION TO THE DEBTOR

(Enforcement and Bankruptcy Code art. 111/a)

Abstract: Granting of sale authorization to the debtor has been considered as an alternative type of sales aimed at eliminating the negative effects of sales by auction in practice, and this idea is extremely right. However, the regulation regarding the granting of sale authorization to the debtor was never discussed in the doctrine, and the draft was enacted and put into practice without being shared with the relevant persons. There is no regulation in Swiss law and German law regarding the granting of sale authorization to the debtor. A similar regulation regarding the granting of sale authorization to the debtor exists in French law. This type of sale, which can be expressed as amicable sale, is regulated separately in terms of movable and immovable properties. The regulation enacted in our law is quite different from the amicable sale accepted in French law.

Keywords: Granting of Sale Authorization to the Debtor, Amicable Sale, Ratione Temporis Application, Forced Sale, Appraisal.

I. GENEL OLARAK

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu, son olarak 2021 yılında 7343 sayılı "*İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*" ile değişikliğe uğramıştır. Böylelikle İcra ve İflâs Kanunu son on yıl içinde 2011 yılında (2 kez); 2012 yılında (1 kez); 2014 yılında (1 kez); 2016 yılında (3 kez); 2017 yılında (1 kez); 2018 yılında (4 kez); 2019 yılında (1 kez); 2020 yılında (1 kez); 2021 yılında ise (2 kez) olmak üzere **toplam 16 kez** değiştirilmiştir. Temel bir Kanunun bu kadar sık ve genellikle ilgili kişi ve kurumlarla hiç tartışılmadan değiştirilmesinin, kanun yapma tekniğine, amacına ne kadar uyduğu ve kime ne kadar yarar sağladığı mutlaka düşünülmelidir.

7343 sayılı Kanun kapsamında;

- 1, 4, 13, 36, 87, 88, 97/a, 106, 110, 111, 114, 115, 118, 124, 126, 127, 128/a, 129, 130, 134, 135, 142/a, 242, 244. (**toplam 24 madde**) maddelerinde **değişiklik yapıldığı**;
- 3/a, 111/a ve 111/b (toplam **3 madde**) maddelerinin Kanuna **eklendiğ**i,
- 25, 25/a, 25/b, 133 ve 341. (toplam **5 madde**) maddelerinin **yürürlükten kaldırıldığı** görülmektedir.

7343 sayılı Kanunun uygulanması ile ilgili olarak özetle şu üç tarihe dikkat edilmesi gerekmektedir:

- Bazı maddelerin Kanunun yayımı tarihinde derhal uygulanması kabul edilmiştir. Bunun örneği, inceleme konumuz olan 111/a madde, Kanunun yayım tarihi olan 30.11.2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İlgili yönetmeliği altı ay sonra çıkarılan 111/a maddesinin, derhal uygulanması gereksiz bir acelecilikten öte yarar sağlamamıştır[1].
- Bazı maddelerin zaman itibariyle uygulanması hakkında İcra ve İflâs Kanununun geçici 18. maddesi uyarınca uygulama kabul edilmiştir.
- Çocuk Koruma Kanunu hakkındaki hükümler için ise, geçici 2. madde hükmü zaman itibariyle uygulama için kabul edilmiştir.

Yukarıda sözü edilen geçici maddelerde belirtilen şekilde, bazı yeni kanuni düzenlemelerin uygulanma tarihleri bakımından kanun koyucu tüm ülke genelinde geçerli belli bir tarih tespit etmemiştir. Söz konusu geçici maddeler kapsamında kalan hükümlerin uygulama tarihi, **Adalet Bakanlığı'nın resmî internet sitesinde yapılacak duyurusu ile** belirlenecektir. Bu durumun ülke genelinde hangi hükümlerin uygulanacağına yönelik belirsizlik yaratacağı ve uygulamada çeşitli sorunlara yol açacağı şimdiden öngörülebilir. İcra ve İflâs Kanununun önceki değişikliklerinde her bir madde için zaman itibariyle uygulanma hükümlerine yer verilerek (Örneğin Geçici Madde 3, 5, böyledir), uygulamadaki karmaşanın önlenmesi istenirken, bu değişiklikler bu tür geçiş hükümlerine yer verilmemiştir[2].

7343 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerde getirilen kanuni düzenlemelerin ayrıntılı olduğu göze çarpmaktadır, bunun yanında bazı hükümlerde yapılan değişikliklere ilişkin olarak kanunen birçok Yönetmelik ve bir Tarife çıkarılması veya Yönetmelikle düzenleme yapılması da zorunludur. Bunlar sırasıyla aşağıdaki gibidir:

- İcra ve İflâs Kanunu'nun 1. maddesine 7343 sayılı Kanunla eklenen 3. fıkrasında düzenlenen **icra başmüdürüne ilişkin olarak Yönetmelikle düzenleme yapılması** (İİK m. 1/3);

---

1 PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 231.

2 Zaman itibariyle uygulama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PEKCANITEZ Hakan/AKKAN Mine, "7343 sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması", **TBB Dergisi**, S. 160, 2022, s. 259 vd.

- İcra ve İflâs Kanunu'na 7343 sayılı Kanunla eklenen **3/a maddesinde düzenlenen icra daireleri başkanlığına ilişkin olarak Yönetmelikle düzenleme yapılması** (İİK m. 3/a, son fıkra);
- İcra ve İflâs Kanunu'nun 7343 sayılı Kanunla değişik **87. maddesinin uygulanmasına ilişkin olarak Yönetmelikle düzenleme yapılması** (İİK m. 87/son);
- İcra ve İflâs Kanunu'na 7343 sayılı Kanunla **eklenen 111/a maddesinde düzenlenen borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin olarak Yönetmelikle düzenleme yapılması** (İİK m. 111/a, son fıkra);
- İcra ve İflâs Kanunu'na 7343 sayılı Kanunla eklenen 111/b maddesinde düzenlenen **elektronik ortamda açık artırma suretiyle satışa ilişkin olarak Yönetmelikle düzenleme yapılması** (İİK m. 111/b, son fıkra);
- İcra ve İflâs Kanunu'nun 106. maddesinde yapılan değişiklik üzerine Tarife çıkarılması (İİK m. 106/son),
- Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin olarak Çocuk Koruma Kanunu'na eklenen Dördüncü Kısmın uygulanmasına ilişkin olarak **Yönetmelikle düzenleme yapılması** (ÇKK m. 41/İ).

Böylelikle İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği yanında (RG 11.04.2005, S. 25783), yedi yönetmelik ile bir tarife çıkarılması daha öngörülmüştür. Alışılmış olan genellikle bir kanununa ait bir yönetmelik yapılması iken, bu yeni düzenleme ile genel bir yönetmeliğin yanında, sadece İcra ve İflas Kanununa ait ayrıca altı yeni yönetmelik kabul edilmiş olacaktır: Uygulamada toplam yedi yönetmeliğin takibi gibi ayrı bir zorluk daha getirecek ve takip zorluğu bakımından hak kayıplarına neden olabilecektir.

İcra ve İflas Kanunun 111/a maddesi uyarınca çıkarılması öngörülen uyarınca borçluya satış yetkisi verilmesine Dair İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesine Dair Yönetmelik 28 Mayıs 2022 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Ülkemizde taşınır ve taşınmazlar için öngörülmüş olan ve uygulanan satış usulü açık arttırma yolu ile satıştır. Eskiden beri bilinen ve uygulanan bu satışın olumlu yönlerine rağmen, satış sonrası başvurulan ihalenin feshi süreci günümüz ekonomik koşullarına aykırıdır. Bu nedenle açık arttırma yolu ile satışa katılan kişiler, genellikle mahcuz malı gerçek değeri ile değil, düşük bedelle satın alabilmeyi amaçlamaktadırlar. Bu olumsuzluklara rağmen

bugüne kadar karşılık alternatif satış usulü düşünülmemiş, tartışılmamıştır. Her ne kadar İcra ve İflâs Kanunumuzda taşınırlar için pazarlık suretiyle satış (m.119) düzenlenmiş ise de bu tür satışın yapılabilmesi çok istisnai haller için kabul edilmiştir. Nitekim, mahcuz malın tahmin edilen değeri 2022 yılı için 8280 lirayı geçmiyorsa, pazarlık suretiyle satış yapılabilecektir. Yine bütün ilgililer isterse, borsa veya piyasada fiyatı bulunan kıymetli evrak veya diğer mallar için o günün piyasasında mukarrer fiyat teklif edilirse, arttırmada maden kıymetini bulmamış olan altın ve gümüş eşyaya bu kıymet verilirse, 113. maddenin ikinci fıkrasında gösterilen, kıymeti süratle düşen yahut muhafazası masraflı olan malların satışına ilişkin pazarlık suretiyle satışa izin verilmiştir. Pazarlık suretiyle satış da cebri icra satışı olarak kabul edildiğinden ve bu satıştan sonra ihalenin feshi talep edilebildiğinden, ihalenin feshi süreciyle ilgili olumsuzluklar bu satış usulü için de geçerlidir. Bugün için pazarlık suretiyle satışın iflâs hukukunda geçerli olabilmesi mümkün ise de, külli tasfiye usulünde de bu satış usulü hemen hemen hiç uygulanmamaktadır. Halbuki İsviçre hukukunda pazarlık suretiyle satış taşınırlar yanında taşınmazlar hakkında da başarılı biçimde uygulanmaktadır[3].

Yıllardır ihalenin feshini talep edebilecek kişilerin hukuki yararı bulunması yerine, kimlerin başvurabileceği tek tek sayılarak bu yolu başvurular sınırlandırılmaya çalışılmış ve hatta ihalenin feshi talep eden kişinin talebinin esastan reddi üzerine para cezasına mahkûm edilmesi öngörülmüş ise de bu tür önlemler uygulamada pek işe yaramamıştır. 7343 sayılı Kanunla bu konuda daha da ileri gidilerek, ihalenin feshini talep eden bazı kişilerden alınacak harcın nisbi harç olarak öngörülmesi (İİK. m.134, 3) pek bir yarar sağlayacak nitelikte değildir. Zira önceki kanunlarla ihalenin feshine ilişkin 134. maddede yapılan sınırlamalar maalesef bu konuda pek yararlı olmamıştır. Bu tür çabalar yerine, alternatif satış usullerinin araştırılıp tartışılması ve daha sonra kabul edilerek uygulamaya sokulması son derece isabetli olabilecektir.

Borçluya satış yetkisinin verilmesi, uygulamada açık arttırma yolu ile yapılan satışların olumsuzluklarının giderilmesini amaçlayan alternatif bir satış olarak düşünülmüştür. Düşünce son derece isabetlidir. Zira hukukumuzda açık arttırma yolu ile yapılan satışlardan sonra ihalenin feshi talep edildiği takdirde, alıcı satış bedelini peşin olarak ödediği malın görünüşte maliki olmasına rağmen, üzerinde tasarruf edememekte, ihalenin feshi süre-

---

[3] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZMUMCU Seda, **Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 221 vd.

cinin kesinleşmesini beklenmektedir. Bu ise yaklaşık dört beş yıl sürmektedir. Ticari hayata tamamen aykırı olan bu satış, günümüz cebri icra hukukuna da uymamaktadır. Ancak kanunlaşan borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin düzenleme, doktrinde hiç tartışılmamış, hazırlanan taslak kimseyle paylaşılmadan kanunlaşmış ve uygulamaya konulmuştur[4].

Mehaz Kanun olan İsviçre İcra ve İflas Kanunu ile ve Alman Hukukunda borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. İsviçre hukukunda pazarlık suretiyle satış hem taşınırlar hem de taşınmazlar bakımından sıkça uygulanmaktadır. Borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin benzer düzenleme Fransız hukukunda bulunmaktadır[5]. "*Anlaşmalı satış*" olarak ifade edilebilecek bu satış, taşınır ve taşınmazlar bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir[6]. Hukukumuz için kanunlaşan düzenlemede bu hükümlerden haberdar olunduğu ve dolayısıyla yararlanıldığını düşünmemekteyim.

İcra ve İflâs Kanununa eklenen 111/a maddesinde düzenlenen madde başlığı «***borçluya satış yetkisi verilmesi***» iken, madde metinde "***rızai satış***"tan söz edilmektedir. Rızai satış terimi kanaatimce doğru değildir. Zira böyle bir satışa hiç kimse rıza göstermemektedir. Hiç kimsenin rıza göstermediği böyle bir yetkiye, rızai satış denilmesi yanlıştır. Ancak kısa olması sebebiyle uygulamaya rızai satış olarak yerleşeceğini tahmin ediyorum. Eğer açık arttırma yolu ile yapılan satıştan ayırt edilmek bu ibare kullanılıyorsa, bunun yerine daha doğru ve isabetli başka bir terim kullanılması isabetli olurdu.

Maalesef değişiklik yapılan kanun maddelerinde ciddi kavram ve Türkçe yanlışlar vardır.

111/a maddesinde «***Rızai satışta bedel, malın muhammen kıymetinin yüzde doksanına karşılık gelen miktarı***» denilmiş ve para için "miktar" kelimesi kullanılmıştır. Halbuki miktar ölçülebilen, sayılabilen ya da azalıp

---

4 7343 sayılı Kanun taslağı hiç kimse ile tartışılmamış ise de çıkarılan yönetmelik taslakları, Üniversitemize gönderilmiş ve iki ya da üç gün içinde değerlendirme yapılarak(!) sonucun bildirilmesi istenmiştir.

5 LEBORGNE Anne, **Droit de l'exécution**, 2. édition, Dalloz, Paris, 2014, s. 617 vd., s. 828 vd.; PIÉDELIÈVRE Stéphane, **Procédures civiles d'exécution**, Economica, Paris, 2016, s. 421 vd.; s. 649 vd.

6 Taşınırlar bakımından bkz. LEBORGNE, s. 617 vd.; PIÉDELIÈVRE, s. 421 vd.; ALPASLAN Mehmet Emin, **İcra Dairelerinin Özerkleştirilmesi: Fransız İcra Görevliliği Modeli**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 125-126. Taşınmazlar bakımından bkz. LEBORGNE, s. 828 vd.; PIÉDELIÈVRE, s. 649 vd.; NAMLI Mert, **İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 575 vd.

çoğalabilen, ölçü parça, sayı için kullanılır. Bu ayırıma Hukuk Muhakemeleri Kanununda özellikle yer verilmiştir (Karş. HMK.m.2/1, m. 4/1).

İcra ve İflâs Kanununun 7343 sayılı Kanunla değiştirilen 114. maddesinde doğru olarak «***Birinci ve ikinci arttırma***» dan söz edilirken, 115. maddede «***birinci ve ikinci ihale***» denilmiştir. Artırma ile ihale tamamen farklı kavramlar olduğundan, kanun metninde bu yanlışın yapılması çok ciddi bir durum arz etmektedir. Artırmanın düzenlendiği madde başlığında da "*İhalenin Yapılması*" denilmektedir. Kanun koyucunun bu tür basit hataları tekrarlaması kabul edilebilir değildir. Nitekim bu yanlışlık ilk kez 2012 yılında 6352 sayılı Kanunla yapılmış, kanun koyucunun artırma yerine ihale dediği, bu yanlış terimlerin (m.114, 115 ve 126) doğru olarak kullanılması gerektiği ifade edilmiş ise de[7], muhtemelen aradan geçen on yıla rağmen yanlışlık fark edilmediğinden, aynı yanlış terimin kullanılmasına devam edilmiştir.

İİK'nun 111/a maddesinin, diğer fıkralarında da düzgün olmayan ifadeler yer almaktadır. Örneğin, "*Rızai satışta bedel, malın muhammen kıymetinin yüzde doksanına karşı gelen miktarı ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyenin alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise* ***bu*** *miktarı ve ayrıca* ***bu*** *miktara ilave olarak* ***bu*** *aşamaya kadar* ***bu*** *mahcuz için yapılan takip masrafları toplamından az olamaz*" (İİK.m.111/a, 2) denilmiştir. Bu cümlede "ve" bağlacı ile muhammen bedelin yüzde doksanına karşılık gelen tutar ile satış isteyen kişinin alacağına rüçhanlı olan alacak toplamından hangisi fazla ise bu tutarı ve denilerek, buna eklenecek olan takip masrafları ifade edilirken, "*ve*" bağlacına ek olarak "*ayrıca*" denildikten sonra "*bu miktara ilave olarak*" denilmesi, gereksiz tekrardan başka bir şey değildir. Keza aynı cümlede dört kez "*bu*" denilmesi de maddenin özensiz bir şekilde hazırlandığını göstermektedir.

İsabetli olmayan bu fıkra yerine, 115. maddenin birinci fıkrasındaki ifade, yani «*... teklif edilen bedelin, hacizli malın muhammen kıymetinin yüzde doksanı ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyenin alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca mahcuz mal için o zamana kadar yapılan takip masraflarını geçmesi gerekir.*» denebilirdi. İşaret ettiğimiz bu husus, 111/a maddesinin, kanundaki diğer maddeler ile mukayesesi yapılmadan, acele ile özensiz biçimde hazırlandığını göstermektedir.

---

[7] Örneğin, PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku**, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 361.

II. HÜKMÜN UYGULANMA ALANI

Borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin 111/a hükmü ilâmsız icra takiplerinde uygulanma alanı bulacaktır. Genel haciz yolu ile takip ya da kambiyo senetlerine özgü takiplerde, borçlu kıymet takdiri üzerine kendisine satış yetkisi verilmesini talep edilebilecektir.

Borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin hüküm hem taşınır mallar için hem de taşınmaz mallar için kabul edilmiştir. Böylelikle gerek maddi hukukta ve gerekse cebri icra hukukundaki taşınır ve taşınmaz mal ayırımı yapılmamıştır. Bu ayırımın yapılmaması isabetli değildir. Gerek maddi hukukta gerekse İcra ve İflâs Kanununda taşınır ve taşınmaz mallar arasındaki ayırım, borçluya satış yetkisi verilmesi hakkında da yapılmalıydı. Zira bu ayırım, hem maddi hem de takip hukuku bakımından önem arz etmektedir.

İİK.m.150/g maddesine göre, «***Satılması istenen rehin hakkında 92'nci maddenin üçüncü fıkrası ve 93, 96, 97, 97a, 98 ve 99'uncu maddeler ile 112 den 137nci maddeye kadar hükümler kıyas yolu ile uygulanır***» denilmiştir. İİK.m.111/a maddesi Kanuna eklenirken, bu maddede 111/a maddesine atıf yapılmaması bilerek ve farkında olarak değil, kanaatimce acele ile unutulmuştur. Nitekim Taslakta ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takiplerde, elektronik ortamda satış hakkındaki İcra ve İflâs Kanununun111/b maddesine de atıf yapılmamışken, daha sonra Mecliste verilen önerge ile Geçici 18. Maddeye yapılan ilave ile bu eksiklik giderilmeye çalışılmıştır. Ancak bu konuda genel maddede, yani 150/g maddesinde bununla ilgili atıf yapılması yerine, geçici madde ile atıf yapılması kanun yapma tekniğine aykırıdır. Bu düzenleme karşısında rızai satışın rehinli malların satışında da geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir.

Doktrinde 150/g maddesinde kıymet takdirine ilişkin 128/a atıf yapılmış olması sebebiyle, 111/a maddesinin rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takiplerde de uygulanabileceği söylenmiş ise de bu görüş kanaatimce isabetli değildir[8]. Zira 150/g maddesinde, 128/a maddesine yapılan atıf, borçluya satış yetkisi verilmesi hakkındaki 111/a maddesinden çok öncedir. Yine kıymet takdirine ilişkin düzenleme, borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin bir düzenleme değildir. Kıymet takdiri borçlunun satış isteme yetkisi verilmesini için gereken sürenin başlangıcı ile ilgilidir. Bu ilgi kıymet takdirine

---

[8] ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 287.

yapılmış atfın, borçluya satış yetkisi verilmesi hakkındaki maddeye de yapılmış olduğu biçiminde değerlendirilemez.

Doktrinde bir başka görüşe göre borçluya satış yetkisi verilmesinin, sadece hacizli mallar ile sınırlandırılmaması, rehin borçlusuna bu yetkinin verilmesinin yerinde olacağı, iflâs tasfiyesi açısından da 111/a maddesinin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir[9]. Bu görüşe gerekçe olarak, 111/a maddesinde "*Bu madde uyarınca yapılacak satışlar hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu Kanunun diğer hükümleri uygulanır*" denildiği ve taraf menfaatinin sağlanması amacıyla borçluya satış yetkisi verilmesinin rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipler hakkında da uygulanması önerilmektedir.

İcra ve İflâs Kanununun 111/a maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenlemede, bu madde uyarınca yapılacak satışlar hakkında İcra ve İflas Kanunu'nun diğer hükümlerinin uygulanacağını söylenirken, esas alınan borçluya satış yetkisi verilmesi sonucu yapılacak satış hakkında, Kanunda yer alan diğer hükümlerin uygulanacağını ifade edilmiştir. Diğer hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmasına örnek olarak, paraların paylaştırılması (m.138), sıra cetveli düzenlenmesi (m.140 vd.), aciz vesikası düzenlenmesi (m.143) hakkındaki hükümlerin uygulanması ifade edilmektedir. Bu düzenlemeden, 111/a hükmünün, diğer satışlar hakkında uygulanacağı sonucu çıkarılamaz. Ne lafzen ne de yorum yolu ile böyle bir sonuca varılamaz[10]. Ancak olması gereken hukuk bakımından, 111/a maddesi hükmünün rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipler hakkında da uygulanmasının doğru olacağı söylenebilir. Bunun için rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipler hakkında da 111/a maddesinin uygulanabileceği açıkça düzenlenmelidir[11].

Doktrinde borçluya satış yetkisi verilmesi hakkındaki 111/a hükmünün, iflâs tasfiyesi açısından da uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür[12]. Ancak bu görüşü belirten yazarlar, iflâs tasfiyesinde bu yetkinin nasıl kullanılacağını açıklamamışlardır. Her şeyden önce iflâs kararıyla birlikte müflis sıfatı-

---

[9] GÖRGÜN Şanal/ BÖRÜ Levent/KODAKOĞLU Mehmet, **İcra ve İflâs Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 272.

[10] PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, **Ders Kitabı**, s. 233.

[11] PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, **Ders Kitabı**, s. 233.

[12] GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 272. Atalı/Ermenek/Erdoğan'a göre, İİK.m.242-245 maddelerine 111/a maddesi ile atıf yapılmamıştır. Bu nedenle iflâs tasfiyesi sırasından 111/a hükümlerinden hareketle borçlu kendisine satış yetkisi verilmesini isteyemez. Ancak ikinci alacaklılar toplantısında borçluya satış yetkisi verilmesi verilebilir (ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 287).

nı alan borçlunun, tasfiye aşamasında kendisine satış yetkisi verilmesini talep etmesi mümkün değildir. Zira iflâs kararı ile birlikte müflis sıfatını alan borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi sona ermektedir. Ancak iflâs tasfiyesinde İcra ve İflas Kanununa göre pazarlık suretiyle satış mümkündür. Hem taşınır hem de taşınmazlar pazarlık suretiyle satılabilecektir. İcra ve İflas Kanununun 241. maddesinin birinci fıkrasına göre, masaya ait mallar iflâs idaresi marifetiyle açık artırma yahut alacaklılar karar verirse, pazarlık suretiyle satılabilir. O halde adi tasfiye usulünde pazarlık suretiyle satışın yerine getirilmesinde iflâs idaresi yetkilidir[13]. İflas tasfiyesi bakımından hiçbir hukuki dayanağı olmayan borçluya satış yetkisi verilmesi hakkındaki hükmün uygulanmasını mümkün görmemekteyim[14].

III. BORÇLUNUN SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİNİ TALEP ETMESİ

Satış yetkisi verilmesini borçlu talep edebilecektir. Borçlu, kıymet takdirinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde haczedilen malın satış yetkisinin kendisine verilmesini isteyebilir (m.111/a, 1).

İcra memurunun talebi üzerine borçluya süre verebilmesi için herhangi bir koşul aranmamıştır. Keza süre verilmesi için icra memurunun bir takdir yetkisi de yoktur. Borçlu hiçbir sebep göstermeden, süresi içinde talepte bulunursa, icra memuru kendisine süre vermek zorundadır. Verilecek olan süre çok uzun bir süre olmasa da borçlu sırf satışı geciktirebilmek için de süre isteyebilecektir. Aslında süre isteyen borçlunun somut bazı girişimleri ve bunu gerçekten kısa süre içinde satabileceği konusundaki ikna edici bilgileri icra memuru ile paylaşması ve bunun üzerine kendisine süre verilmesi isabeti oldurdu. Örneğin mahcuz mal için ilan verdiğini, alıcıların mevcut olduğunu ve aldığı teklifleri icra memuruna vererek süre talebinin ciddi bir girişim olduğunu göstermeliydi.

Borçlu kendisine süre verilmesini "*kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde*" talep etmelidir (m.111/a, 1). Her şeyden önce yedi günlük süre hak düşürücü bir süre olup, bu sürenin geçmesinden sonra yapılan talebi icra memuru kendiliğinde nazara alıp reddetmelidir[15]. Bu açıdan yedi günlük sürenin başlangıcını belirlemek son derece önemlidir.

---

[13] İflâsta pazarlık suretiyle satış hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZMUMCU, s. 315 vd.

[14] Aynı yönde PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, **Ders Kitabı**, s. 233.

[15] İcra memurunun bu konuda verdiği karara karşı yedi günlük süre içinde şikâyet yoluna başvurulabilecektir (İİK.m.16).

Borçlunun kendisine satış yetkisi verilmesini istemesi için yedi günlük sürenin başlangıcını taşınır ve taşınmazlar bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü uygulamada taşınırlarda kıymet takdiri haciz aşamasında; taşınmazlarda ise, haciz ve satış aşamalarında olmak üzere genellikle iki kez yapılmaktadır[16]. Kıymet takdirinin yapılış zamanı, kıymet takdirinin işlevini de belirlemektedir.

Haciz aşamasındaki kıymet takdiri asıl olarak takip konusu alacak, işlemiş faiz ve takip masraflarını karşılayabilecek malların haczedilmesini belirlemek için yapılır. Böylelikle eksik ya da aşkın haciz yapılması önlenmiş olur. Haciz aşamasında yapılan kıymet takdiri, taşınırlar bakımından açık artırma yolu ile yapılacak satışta esas alınacak muhammen bedelin tespiti amacıyla da yapılır. Haciz sırasında kıymet takdiri yapılmamışsa, borçlu önce kıymet takdiri yapılmasını isteyerek arkasından kendisine satış yetkisi verilmesini isteyebilir.

Haciz aşamasında yapılan kıymet takdir raporu bağımsız bir işleme dayanmamaktadır. Başka bir ifade ile haciz sırasındaki tutanak, hacze konu edilen tüm taşınır ve taşınmazlara yönelik haciz tutanağının bir parçası ya da ona bağlı bir tutanak niteliğindedir[17]. Nitekim İcra ve İflâs Kanunun 102. maddesine göre, taşınırların haczi için tutulan tutanakta "*haczedilen mallar ve takdir edilen kıymetleri*" yazılır ve haczi uygulayan icra memuru tarafından imzalanır. Haciz sırasında borçlu veya alacaklı adına Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebellüğe yetkili kimse bulunduğu takdirde, haciz tutanağının bir örneği orada bulunan kişiye verilir, borçlu ve alacaklıya ayrıca haber verilmez (m.193). Bu durumda kıymet takdiri kendisine bu şekilde elden verilen borçlu, bu tarihten itibaren yedi gün içinde kendisine satış yetkisi verilmesini istemelidir. Yine bu tutanak kendisi adına tebliğe yetkili kişiye verilmişse, bu tarihten itibaren yedi gün içinde satış yetkisi verilmesini istemelidir. Haciz tutanağının ayrıca tebliği yapılmayacağından, sürenin başlaması için tebligat söz konusu olmayacaktır. Yönetmeliğin 7. maddesine göre de borçlu veya namına Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebellüğe yetkili kimse huzurunda yapılan hacizlerde, kıymet takdirini içeren haciz tutanağının borçluya ayrıca tebliği edilmesi gerekmez. Borçlunun veya borçlu namına Tebligat Kanunun hükümlerine göre tebellüğe yetkili kimsenin

---

[16] BORAN GÜNEYSU Nilüfer, **İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 61.

[17] BORAN GÜNEYSU, s. 166.

yokluğunda yapılan hacizlerde ise kıymet takdirini içeren haciz tutanağı borçluya tebliğ edilir (Yönetmelik m.6, 2).

Haciz sırasında borçlu ve kendisi adına tebellüğe yetkili kişi bulunmuyorsa, icra dairesi tarafından borçlu veya alacaklıya davetiye gönderilir. Bu davetiye uygulamada "*103 davetiyesi*" olarak anılır.

Borçluya davetiye gönderilmesi haciz tutanağını icra dairesi gelip incelemesi içindir. Eğer borçluya 103 davetiyesi ile birlikte haciz tutanağı gönderilmemişse, borçlunun kendisine satış yetkisi verilmesi için talepte bulunma süresi davetiye üzerine icra dairesine gelip tutanağı incelediği tarihe göre belirlenecektir. Davetiyede borçlunun haciz tutanağını incelemesi için üç günlük süre verildiğinden, satış yetkisi verilmesinin talep süresi üç günlük süre içinde tutanağın incelendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Buna karşılık borçluya 103 davetiyesi ile birlikte haciz tutanağı da gönderilmişse, yedi günlük süre bu tebligattan itibaren işleyecektir.

Taşınmazların satış talebi üzerine icra memuru tapu siciline kayıtlı olan taşınmaz üzerindeki mükellefiyetlerin bir listesini yaparak itirazları olup olmadığını bildirmeleri için haczeden alacaklılarla borçluya gönderir (m.128). Taşınır mallarda haciz aşamasındaki kıymet takdirinden sonra taşınmaz üzerindeki, mükellefiyetlerde bir değişiklik varsa, bunların tespit ile kıymete olan etkisi esas alınarak gerçek muhammen bedel tespit belirlenecektir. Taşınmazların satışında icra memuru taşınmazın kıymetini yeniden takdir ettirir ve taşınmaz üzerindeki mükellefiyetlerin kıymete olan etkisini nazara alır (m.128/2). Taşınmazın önceden takdir edilen kıymetini etkileyen mükellefiyetlerin ortaya çıkması halinde icra dairesi satışa esas olmak üzere taşınmazın kıymetini yeniden takdir ettirir. Kıymet takdirine ilişkin rapor borçluya, haciz koydurmuş alacaklılara ve diğer ipotekli alacaklılara tebliğ edilecektir.

Taşınmazlar bakımında iki kez kıymet takdiri yapılması gerekmişse, borçlu ilk kıymet takdirinin tebliğinden sonra süresi içinde kendisine satış yetkisi verilmesinin talep etmişse, ikinci kez yapılan kıymet takdiri üzerine yeniden kendisine satış yetkisi verilmesini talep etmeli midir? Yine birinci kıymet takdirinin tebliği üzerine talepte bulunmayan borçlu, ikinci kıymet takdirinin tebliği üzerine kendisine satış yetkisi verilmesini isteyebilir mi?

Kanaatimce taşınmazlar bakımından ikinci kez kıymet takdiri yapılmışsa, borçlunun satış yetkisi verilmesini isteyebileceği ve gerçeğe yakın olan değer, ikinci kıymet takdiri ile belirlenecektir. Borçlu kendisine satış yetkisi verilme-

sini talep ederken, gerçekten taşınmazı piyasada satabileceği bir değeri görerek talepte bulunabilecektir. Kıymet takdiri sonunda belirlenen kıymet çok yüksek ise, böyle bir talepte bulunmak istemeyebilecektir. Borçlu ilk kıymet takdiri üzerine satış yetkisi verilmesini istemişse, ikinci kez belirlenen kıymet takdiri üzerine yeniden satış yetkisi verilmesini talep etmesine gerek yoktur. İlk kıymet takdirinden sonra kendisine satış isteme yetkisi verilmesini talep eden borçlunun bu talebi ve isteği değişmemişse, yeniden talepte bulunmasına gerek olmayıp, ilk talebi geçerliliğini koruyacaktır. Ancak ilk talebinden sonra yapılan ikinci kıymet takdiri üzerine yüksek bir bedel belirlenmiş ise, borçlu bu bedelle alıcı bulamayacağını düşünüyorsa, ikinci kıymet takdir üzerine talebini geri alabilir. Kanaatimce borçlunun icra memuru süre verinceye kadar borçlunun talebini geri alabilmesi mümkün olmalıdır. Bu durum özellikle borçlunun kendisine satış yetkisi verilmesini talep etmesinden sonra, şikâyet üzerine kıymet takdirinin icra mahkemesi tarafından yapılması ve kesinleşmesi üzerine mümkün olmalıdır. Zira ilk kıymet takdiri yapıldığında hacizli malı muhammen bedel üzerinden satabileceğini düşünen ve bu düşünceyle talepte bulunan borçlu, kıymet takdirinin icra mahkemesi tarafından yeniden yapılıp kesinleşmesi üzerine, kesinleşen bedel üzerinden mahcuz malı satamayacağını görmesi halinde, talebini geri alabilmelidir. Böylelikle satışın gereksiz gecikmesine de sebep vermeyecektir. Ancak bu konuda borçlunun kendisine satış yetkisi verilmesi için talep bulunacağı zamanı da doğru tespit etmek gerekir. Borçlu en doğru şekilde, kesinleşen kıymet takdirine göre hacizli malı satıp satamayacağını öngörebilir. Yani kıymet takdiri kesinleştikten sonra borçlunun doğru bir karar vermesi beklenebilir. Henüz kesinleşmemiş kıymet takdiri üzerine talep bulunması, henüz belli olmayan bir değere göre yapılmış olacaktır. İlk kıymet takdiri üzerine borçlu talepte bulunsa da borçluya süre verilebilmesi için kıymet takdirinin kesinleşmesi beklenecektir. Borçlunun kendisine satış yetkisi verilesini talep etmesiyle kıymet takdirinin kesinleşmesi arasında bir süre geçecek, en önemlisi de farklı bir değerin tespit edilmesine mümkün olabilecektir. Hal böyle iken borçlunun henüz kesin olarak kıymet takdiri yapılmamasına rağmen talepte bulunmasının zorunlu kılınması isabetli bir düzenleme değildir. İlk kıymet takdiri üzerine talepte bulunan borçluya ne süre verilmekte ne de bunun için bir işlem yapılmaktadır. Bu nedenle borçlunun kendisine satış yetkisi verilmesini talep etmesi, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra daha isabetli olurdu.

Borçlu kendisine satış yetkisi verilmesini, sadece ilk satış talebinden önceki kıymet takdiri üzerine mi isteyebilecek, yoksa daha sonraki satış talepleri üzerine de isteyebilecek midir? Maddenin düzenlenişinde kıymet

takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçlunun kendisine satış isteme yetkisi verilmesini istemesinden söz edilmektedir. İlk bakışta bunun ilk satış için öngörüldüğü düşünülebilir. Ancak borçluya satış yetkisi verilmesi alternatif bir satış usulü olarak cebri icra yolu ile satışa nazaran çok daha pratik ve tarafların menfaatine uygun bir satış usulüdür. Kanun koyucunun bu satış yetkisinin daha sonraki satışlar için öngörmediği düşünülmemelidir. Kanaatimce borçlu daha sonraki satış talepleri üzerine de kendisine satış yetkisi verilmesini isteyebilmelidir. Ancak borçlu satışın düşmesinden sonra yapılacak her yeni satış talebi üzerine kendisine satış isteme yetkisinin verilmesini ayrıca talep etmelidir. Başka bir ifade ile ilk satış aşamasında böyle bir yetki istemesi, daha sonraki her satış bakımından bu yetkinin talep edildiği biçiminde değerlendirilemez.

Talebi üzerine icra memuru tarafından kendisine satış yetkisi verilen borçlu, kendisine verilen süre içinde satışın gerçekleşmeyeceğini görürse, bu talebinden vazgeçebilecektir. Örneğin alıcının, borçlu ile anlaştığı bedeli ödeyemeyeceğini açıklaması üzerine, başka bir alıcı da bulamayacağını anlayan borçlu, on beş günlük süre geçmeden de kendisine verilen satış yetkisinden vazgeçebilir. Bu bildirim üzerine durmuş olan satış isteme süresi işlemeye devam eder.

İcra ve İflâs Kanununun 128/a maddesinin üçüncü fıkrasına göre, yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemeyeceğinden, kesinleşen kıymet takdiri iki yıl boyunca geçerli olacaktır. Böyle bir durumda iki yıl dolmadan yeniden satış istendiğinde, borçluya satış yetkisi verilmesi halinde, muhammen bedelin çok düşük kalması muhtemeldir. Ancak bu durum borçluya satış yetkisi verilmesiyle ilgili bir sorun olmayıp, kıymet takdirinin iki yıl sabit kalmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim açık arttırma yolu ile yapılacak satışta da kesinleşen kıymet takdiri esas alınarak ihale yapılabilmesi için ileri sürülecek pey hesaplanacaktır. Aradan bir yıldan fazla bir zaman geçmişse, kıymet takdiri gerçek değerin çok altında kalabilecektir. Kısa süreler içinde yeniden kıymet takdiri istenmesi önemli bir zaman kaybına neden olduğundan, 2003 yılında 4949 sayılı Kanunla bu değişiklik yapılmış ve 128/a maddesi Kanuna eklenmiştir. Ancak günümüzde enflasyon oranının yüzde seksen olduğu ve taşınmazların değer artışının son bir yıl içinde yüzde yüzden fazla olduğu düşünülürse, kıymet takdirinin iki yıl boyunca sabit kalması, günümüz koşullarına uygun düzenleme olmaktan çıkmıştır. Bu hüküm enflâsyonun ve değer artışının düşük olduğu dönemler için isabetli olursa da ekonomik krizler ve yüksek enflasyonda

muhafazası isabetli olmayan bir düzenlemedir. İki yıl boyunca değişmeyecek olan muhammen bedel, özellikle günümüzdeki yüksek enflâsyon nedeniyle mutlaka sorgulanmalıdır.

Kıymet takdirinin iki yıl boyunca sabit kalması, borçlunun haksız menfaat sağlamasına, kötü niyetli girişimlerde bulunmasına da neden olabilir. Örneğin muhammen bedeli çok düşük olan mahcuzu, satış yetkisine dayanarak kanunun aradığı koşullara uygun biçimde satan borçlu, bu malın yüzde doksanını karşıladığı gibi, kendisine de alıcı tarafından açıktan bir ödeme yapılmasını sağlayabilir. Bu tür kötü niyetli davranışları engellemek için kanunda herhangi bir kontrol yapılmamış, borçlunun hesap vermesi öngörülmemiştir.

IV. BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİNİN VERİLMESİ

Borçlunun süresi içinde kendisine satış yetkisi verilmesini talep etmesi üzerine, icra memuru borçluya yetki belgesi düzenleyip verecektir. İcra memuru borçluya verilen satış yetkisine göre, satışın gerçekleşebilmesi için asgari satış bedelini belirlemek üzere, haczedilen malın sicile kayıtlı olan takyidatlarını temin ederek, rüçhan hakkı alacaklısının alacağının devam edip etmediğini; devam ediyor ise, alacak miktarını soracak ve alacağı cevaba göre asgari satış bedelini belirleyecektir. Örneğin satış yetkisi verilmesi talep edilen bir taşınmaz üzerinde üst sınır ipoteği kurulmuş ise, icra müdürü lehine ipotek tesisi edilen kişiye, alacak miktarını soracaktır. 100.000 liralık üst sınır ipoteği kurulan kişinin 80.000 lira alacağı olduğunu bildirirse, asgari satış için alacaklının alacağına rüçhanlı alacağı tespiti için 80.000 lira esas alınarak hesap yapılacaktır. Keza taşınmazın kıymeti üzerindeki ipoteğin değerine göre belirlenecektir. Muhammen bedel belirlenirken, özellikle taşınmaz üzerindeki takyidatlar ve henüz muaccel olmayan ipotekler dikkate alınmalıdır. Kanaatimce açık arttırma yolu ile yapılan satışlarda takyidatlar ve müeccel olan ipoteklerin devri kabul edildiğinden, bu satışta da bundan ayrılmayı haklı kılacak bir sebep bulunmamaktadır.

Borçluya talebi üzerine, satış yetkisi verildiğine dair bir yazılı bir belge verilir. Bu belgede bulunması gereken hususlar Yönetmeliğin 5. maddesinde sayılmıştır[18]. Bu belge yazılı kağıt olarak kullanılır (Örnek No. 57).

---

[18] Ancak 5. maddenin d bendinde iki kez alıcının adı ve soyadı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, tüzel kişi ise unvanı, vergi kimlik numarası ve MERNİS numarası, tebligata elverişli adresi, iletişime yarar bilgileri, banka hesap bilgileri, anlaştıkları bedel ile malın ayırt edici özellikleri iki kez yazılmıştır.

Kendisine satış yetkisi verilmesini isteyen borçlunun, adı ve soyadı ile Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını, tüzel kişi ise unvanını, vergi kimlik numarası ile ticaret sicil numarasını, merkezi sicil kayıt sistemi (MERNİS) numarasını, anlaştıkları bedeli ve malın ayırt edici özelliklerini icra dairesine bildirmesi istenir. Yine yetki belgesinde, borçlunun, alıcının adı ve soyadı ile Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarasını, tüzel kişi ise unvanını, vergi kimlik numarasını ve MERNİS numarasını, tebligata elverişli adresini ve iletişime yarar bilgilerini, banka hesap bilgilerini, borçlu ile anlaştıkları bedeli ve malın ayırt edici özelliklerini borçluya verilen on beş gün içinde bildirmesi istenir.

Borçlu hakkında birden fazla takip başlatılmış ve aynı mal üzerine haciz konulmuşsa, bu takiplerden birisi hakkında borçluya satış yetkisi verilerek takip işlemlerinin durdurulması, diğer takipleri etkilemeyecektir. Takip işleminin durması sadece borçluya yetki verilen takip bakımından geçerli olacaktır. Diğer takipler bakımından takip işlemlerine devam edilecektir.

Sicile kayıtlı bir mal ile ilgili borçlunun satış talebinde bulunması halinde icra müdürü rızai satış talebinin ilgili sicile işlenmesine yönelik gerekli işlemleri yapar (Yönetmelik, m.7, 2, 3). Sicile kayıt aynı mal üzerine daha sonraki takipler ve haciz koyacak alacaklılar bakımından bilgi edinilmesi bakımından önemlidir. Her ne kadar takiplerden birisi hakkında borçluya satış yetkisi verilmesi, diğer takip bakımından takip işlemlerinin devamına engel olmasa da bu durumdan haberdar olan alacaklı ya da alacaklılar satış talep etmek için borçluya verilen satış süresinin dolmasını bekleyebilecektir. Böylelikle gereksiz masraf yapmaları da önlenmiş olacaktır.

İcra müdürünün kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra talebi olmasa da cebri satış işlemlerini durdurarak borçluya on beş günlük süre verme zorunluluğu yoktur. Maddede «*İcra müdürü, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebri satış işlemlerinin durdurarak borçluya onbeş günlük süre verir*» denilmişse de (m.111/a, 1), süre verilmesi ancak borçlunun satış yetkisi verilmesini istemesi halinde mümkün olabilecektir.

İcra memuru, süresi içinde satış yetkisi verilmesini talep eden borçluya haczedilen malın satışı için yetki belgesi düzenleyerek tebliğ eder. On beş günlük süre yetki belgesinin borçluya tebliğinden itibaren başlar (Yönetmelik, m.9).

Doktrinde, Görgün/Börü/Kodakoğlu, aynı mahcuz mal için farklı icra dairelerinden kıymet takdiri yapılması halinde, kıymet takdir tutanağının bir suretinin haciz ve rehin koyan(?) icra dosyasına bildirimi sağlanarak, geçerli

ve kesinleşen kıymet takdirlerinden en yüksek bedel üzerinden borçluya satış yetkisi verilmesi yerinde olacaktır demektedirler. Borçlunun satış yetkisi istediği dosyadaki kıymet takdirinin icra dairesince esas alınması ve borçlunun diğer dosyalarındaki daha yüksek kıymet takdirinin göz önünde bulundurulması halinde, borçlunun satış yetkisi istediği icra dairesinin bu işleminin şikâyet yoluyla icra mahkemesine götürülmesi mümkündür. Yine yazarlara göre, farklı dosyalar üzerinden yapılan kıymet takdirlerinden hangisinin satış yetkisi verilirken esas alınacağına ilişkin tereddüdün giderilmesi amacıyla farklı dosyalarda yapılan kıymet takdirlerinden en yüksek olanın esas alınması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yapılması taraf menfaatleri açısından yararlı olacaktır[19].

Atalı/Ermenek/Erdoğan'a göre de aynı mal varlığı üzerinde birden fazla haczin bulunması halinde, talep ilk kesin haczin uygulandığı icra dairesine yöneltilmelidir. Ancak aynı malvarlığı hakkında farklı kıymet takdirleri söz konusu ise, alacaklı menfaatlerinin korunması için talebin en yüksek kıymet takdirini yapan icra dairesine yöneltilmesi yerinde olur[20].

Kanaatimce kanunda böyle bir zorunluluk öngörülmediğinden ve her bir icra takibi diğerinden bağımsız olduğundan, her kıymet takdiri, yapıldığı takip bakımından kesinleşir ve esas alınır. Başka bir takipte yapılan ve kesinleşen kıymet takdirinin esas alınması mümkün değildir. Bu talebi yapan borçlu bakımından böyle bir zorunluluk öngörülmemiştir. Ayrıca en yüksek kıymet takdirinin beklenmesi ciddi gecikmelere de neden olabilir. Kaldı ki kıymet takdirleri henüz kesinleşmediğinden, zaman kaybedilerek beklenen ve en yüksek olarak belirlenen kıymet takdiri, şikâyet üzerine daha düşük bir kıymete dönüşebilir ve bu durum aldatıcı olabilir. Borçlu süresi içinde kendisine usulüne uygun olarak satış isteme yetkisinin verilmesini istemişse, bu talepte bulunduğu takipteki kesinleşen kıymet takdiri esas alınmalıdır.

Birden fazla haczin bulunması halinde, satış isteme yetkisi verilmesi için talep, ilk haczin uygulandığı icra dairesine yöneltilmek zorunda değildir. Her şeyden önce her bir takip dosyası bakımından satış isteme yetkisi verilmesine ilişkin süre farklı zamanlarda işlemeye başlayıp sona erecektir.

Borçluya satış yetkisi verilmesi için belirlenen asgari tutarın birden çok alıcı tarafından satın almak için talepte bulunması halinde, talep sahiplerin-

---

[19] GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 273.

[20] ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 288.

den hangisinin talebi uygun görülecektir? 111/a maddesinde kendisine satış yetkisi verilmesini talep eden borçlunun, kesinleşen kıymet takdirine göre kanunun aradığı koşullara uygun bir alıcı bulması ve bu alıcının on beş günlük süre içinde ödeme yapması yeterli görülmüştür Borçlunun kimlerden ne kadar teklif aldığı, daha yüksek teklif veren bir kişinin olup olmadığı konusunda açıklama yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Keza on beş günlük süre içinde ödemenin yapılması üzerine, icra memurunun da borçluya daha fazla teklif veren olup olmadığını sorması istenmemiştir. En önemlisi alacaklı ya da alacalıların borçluya satış yetkisi verilmesi üzerine, alıcı olarak teklifte bulunmaları mümkün ise de, kendi tekliflerinin değerlendirilememesi ya da daha yüksek bir teklifte bulunan kişinin var olduğunu ileri sürmelerine de imkân tanınmamıştır. Tek aranan kesinleşen kıymet takdirinin yüzde doksanını aşan bir teklifin yapılmış olmasıdır.

Kanun borçluya yetki verildikten sonra, borçlunun bulduğu alıcı dışında bilgilerin sunulmasını ve denetlenmesini beklenmiyor. Tek beklenti kanundaki koşullara uygun bir teklifin mevcut olması ve paranın icra dairesine on beş günlük süre içinde yatırılmasıdır. Bu durum borçlunun keyfi bir şekilde teklif verenler içinden istediği alıcıyı seçip onun mahcuz malı satın almasını sağlaması anlamına gelecektir. Yine kendisine verilen süre içinde borçlu nasıl alacaklı bulacak, hangi yolları deneyecek, kimlere soracak, bu konu tamamen borçluya bırakılmıştır. Adeta kimi bulursan bul, kanında aranan koşullara uygun ödeme yapacak birisini bulursan, bu satış yapılsın denilmiştir.

İcra hukukunda haczedilen malın mümkün olduğu kadar yüksek bir bedelle satılması hem alacaklı hem de borçlunun menfaatinedir. Borçlunun aldığı teklifleri icra memuruna bildirmesi ve bunu esas alan icra mahkemesinin de bu teklifleri değerlendirerek satışı tasdik etmesi uygun olurdu.

Böylelikle icra hukukundaki menfaat dengesi burada korunmamıştır. Zira borçlu yanında alacaklı ya da alacaklıların da kanunda öngörülen tutarda bir teklif için araştırma yapması düşünülebilirdi. Bu anlamda yine borçlunun bulduğu alıcıdan daha fazla teklife bulunulması sebebiyle bu teklife itiraz edebilirlerdi[21].

Kendilerine bir teklif yapılmasa da alacaklı ya da alacaklılar kanunda aranan koşullara uygun bir teklifi borçluya yapabilir. Hatta alacaklı ya da alacaklılar alacağına mahsuben satın alma talebinde bulunabilirler.

---

[21] PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, **Ders Kitabı**, s. 232.

V. SATIŞIN YAPILMASI

Borçlunun kendisine verilen süre üzerine on beş gün içinde kanunda aranan koşullara uygun bir alıcı bulması yeterli değildir. Aynı on beş günlük süre içinde alıcının bedeli ve takip masraflarını icra dairesine eksiksiz olarak yatırmasını sağlaması gerekir Bunun için icra dairesinin aranan bedele takip masraflarını da hesaplayıp eklemesi gerekir. Takip masrafları «***bu aşamaya kadar mahcuz mal için yapılan takip masrafların***» hesaplayıp bildirmesi gerekir. Satış için gerekli bilgi ve belgelerin de aynı süre içinde icra dairesine teslimi gerekmez. İcra memuru bu bilgi ve belgeleri elde ettikten sonra kanunun aradığı koşulların mevcut olduğunu tespit ederse, satışın onayı için dosyayı icra mahkemesine gönderecektir.

İcra memurunun bu aşamada yapacağı işlemlerine karşı, şikâyet yoluna başvurulabilecektir. Örneğin koşullar ve gereken bilgi ve belgeler mevcut olduğu halde dosyayı icra mahkemesine göndermemesi ya da yatırılan bedelin kanuna uygun olmadığı gerekçesi ile dosyayı icra mahkemesine göndermeden reddetmesi halinde şikâyet yoluna başvurulabilecektir.

Alacaklı ya da alacaklılar kendi alacağına mahsuben taşınmazı satın alabilirler. Bu durumda alacakları kanunda öngörülen asgari ödeme koşulunu karşılıyorsa, ayrıca bir para yatırmak zorunda kalmayacaklardır. Eksik ise sadece bu aradaki farkı yatırmaları yetecektir.

Alıcı asgari satış bedelinden az olmamak kaydıyla anlaştıkları bedeli on beş gün içinde icra dairesinin banka hesabına ödemelidir. (Yönetmelik, m.11). Bu bedel eksik yatırılmış ise, icra memurunun borçluya verilen yetkiye göre satışın sağlanmadığına karar vermesi gerekecektir. Kanunda icra memurunun eksik bir bedel ödenmesi halinde alıcıya ek süre vermesi öngörülmemiştir. Ancak icra memurunun eksik bedel yatıran alıcıya kısa bir süre vererek bu paranın yatırılmasını sağlaması ve dosyayı icra mahkemesine göndermesi uygun olurdu. Zira bu sebeple satışa izin verilmediği takdirde, açık arttırma yolu ile satış ve muhtemelen ardından ihalenin feshi süreci çok daha uzun bir süre alacaktır. Borçluya satış yetkisi verilmesindeki asıl amaç, açık arttırma yolu ile yapılan satışlarda, ihalenin feshi talebi sonucu fesih sürecinin çok uzun sürmesi ve ihalenin kesinleşmesinin gecikmesini engellemektir. Borçluya tanınan satış yetkisi sayesinde bu süreçten tasarruf edilmiş olacaktır. Ancak ihalenin feshi sürecinin dört beş yıl gibi bir süre alması düşünüldüğünde, borçluya satış süresi için sadece on beş günlük süre verilmesi anlaşılabilir değildir. Normal koşullardaki bir malın satışı dikkate alındığında bu süre oldukça kısadır. Bazı mahcuz malların bu şekilde satışı

mümkün olabilirse de özellikle taşınmazlar için kısa süre içinde alıcı bulmak ve satış bedelinin eksiksiz yatırılmasını sağlamak çok zor olacaktır. Çok uzun bir süreden tasarruf ediliyorsa, alternatif olarak öngörülen satış için verilen sürenin daha makul bir süre olması ve hatta haklı sebeplerle uzatılmasına imkân tanınması daha isabetli olurdu[22]. Yine mahcuz malın değerine veya taşınır ya da taşınmaz olmasına göre daha uzun ve farklı sürelerin öngörülmesi hükmün amacına daha uygun olurdu.

VI. SATIŞIN SONUÇLARI

Borçluya verilen yetki üzerine satışın yapılabilmesi için,

- hacizli malın muhammen kıymetinin yüzde doksanına karşılık gelen tutarı ile
- Satış isteyen alacaklının alacağına rüçhanlı olan alacakların toplamından hangisi daha fazla ise, bu tutar ve o aşamaya kadar yapılan takip masraflarının karşılanması gerekir.

Alıcı, borçlu ile anlaştıkları bedeli on beş günlük süre içinde icra dairesinin banka hesabına ödemek zorundadır (Yönetmelik, m.11).

Muhammen bedelin yüzde doksanının takip masraflarıyla birlikte karşılanması şartı uygulamada kıymet takdirinin tespitini çok önemli kılacaktır[23]. Zira buna göre hacizli malın borçluya verilen yetki sonucu satışı daha kolay ya da zor olacağı gibi, mahcuz malın daha ucuz ya da daha pahalı olarak satılmasını da mümkün kılacaktır.

Alıcının borçlu ile anlaştıkları bedeli on beş günlük süre içinde dosyaya ödemesi halinde, icra müdürü gerekli bilgi ve belgeleri temin ettikten sonra satış için gereken koşulların mevcut olduğunu tespit ederse, satışın onayı ile devir teslim işlemlerinin yapılmasına karar verir ve dosyayı derhal mahkemeye gönderir (Yönetmelik, s.12). Bu mahkeme icra mahkemesi olacaktır.

İcra mahkemesi, icra müdürü tarafından gerekli bilgi ve belgelerin kendisine ulaştırılmasından sonra, en geç on gün içinde dosya üzerinden yapacağı inceleme üzerine, talebin kabulüne veya reddine karar verecektir. Burada en önemli husus, icra mahkemesinin bu incelemesi aşamasında, özellikle alacaklılar ya da ilgililerin itiraz edebilmesine yer verilmemesidir. Örneğin

---

[22] PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, **Ders Kitabı**, s. 231.

[23] Bu oran taslakta yüzde seksen iken TBMM'de verilen önerge ile yüzde doksana çıkarılmıştır.

daha yüksek ödeme yapacağını teklif ettiği halde, kendisine böyle bir imkânı sunulmayan üçüncü kişi mahkemeye itiraz edebilecek midir? Mahkemenin dosya üzerinden yapacağı inceleme bir yargısal faaliyet, en azından çekişmesiz yargı faaliyeti olarak dahi öngörülmemiştir. Böylelikle borçlunun kanundaki koşulları karşılamak şartıyla yapacağı teklif soruşturulmadan, bu konudaki itirazların yapılmasına imkân tanınmadan, sürecin mahkemenin incelemesi üzerine kapatılması amaçlanmıştır. Mahkemenin dosya üzerinden yapacağı inceleme üzerine verdiği karar da kesindir. Bu düzenleme ile açıkça açık arttırma yolu ile yapılan satışlardaki gecikme ve olumsuzluklardan kurtulmak istenirken, denetimsiz ve çeşitli sorunları doğurabilecek başka bir sorunlu satış usulü tercih etmiştir. Gecikmeye neden olmayacak ve fakat daha güvenli bir satış düşünülebilirdi.

Malın mülkiyeti alıcıya bu kabul kararı ile birlikte geçecektir. Devir ve teslim işlemlerini icra dairesi yapacaktır. (Yönetmelik, m.13/2). İcra dairesi bu devir ve teslim işlemlerinin yaparken tüm hacizleri kaldırarak devir ve teslim işlemini gerçekleştirir. Eğer satılan mal tescile tâbi bir mal ise icra müdürü mahkeme kararını ekleyerek tescil işleminin yapılmasını sağlar (Yönetmelik, m.14). Devir ve teslim masrafları alıcıya aittir.

İİK.m.114/13 de öngörülmüş olan, «***İhalenin kesinleşmesi üzerine malın tescil ve teslim işlemlerinin yapılacağı ve ihale alıcısına teslimi veya sicile kayıtlı malın ihale alıcısı adına tescili, damga vergisi ve katma değer vergisinin yatırılmasından sonra gerçekleştiği***» yönündeki hüküm, borçluya yetki verilmesi üzerine yapılan satış hakkında da uygulanacaktır.

İİK.m.114/13 de öngörülmüş olan, «***İhalenin kesinleşmesi üzerine malın tescil ve teslim işlemlerinin yapılacağı ve ihale alıcısına teslimi veya sicile kayıtlı malın ihale alıcısı adına tescili, damga vergisi ve katma değer vergisinin yatırılmasından sonra gerçekleştiği***» yönündeki hüküm, borçluya yetki verilmesi üzerine yapılan satış hakkında da uygulanacaktır.

Satış konusu mal alıcıya teslim edilmedikçe veya teslime hazır hale getirilmedikçe alıcının dosyaya yatırmış olduğu para alacaklılara dağıtılmaz (Yönetmelik, m.14/4).

Mahkeme satış talebinin reddine karar verirse, bu karar icra dairesine bildirir ve icra dairesi de yatırılan bedeli üç iş günü içinde alıcının bildirdiği banka hesabına iade edilir. Ayrıca borçluya satış yetkisi verildiğine dair şerhin terkini için gerekli işlemleri yapar (Yönetmelik, m.13/3). Bu tutarın nemalandırılması öngörülmediğinden alıcı ne yatırmışsa o kendisine ödene-

cektir denebilir. İhalenin feshi sürecinde olduğu gibi çok uzun bir zaman geçmese de yüksek enflasyonunu olduğu dönemlerde bu durumdan alıcılar zarar görmektedir. Bu nedenle icra dairesine yatırılan tüm paralar için nemalandırma yönünde düzenleme yapılmalıdır.

Borçluya satış yetkisi verilmesi üzerine gerçekleşen satışın hukuki niteliği nedir? Kanunda özellikle rızai satış deniliyor ise de bu satış;

- başlamış bir icra takibinde;
- Borçlunun kendisine kıymet takdirinin tebliği üzerine;
- Kanunda öngörülen yedi günlük süre içinde borçlunun talepte bulunması üzerine;
- Kanunda öngörülen koşullarda ve sürede alıcı bulması;

icra memurunun satış talebiyle ilgili bilgi ve belgeleri temin etmesi ve satış için gereken şartların bulunduğunu tespit etmesi ve icra mahkemesine bunları göndererek mahkemenin yapacağı inceleme sonunda talebin kabulüne karar vermesi üzerine gerçekleştiğinden, bir cebri icra satışı olarak değerlendirilmelidir. Hukukumuzda pazarlık suretiyle satışı dahi cebri icra satışı olarak değerlendirdiğimize göre, bu satış da cebri icra satışıdır[24].

İİK.m.111/a, 4. fıkrasında yer alan «*Bu madde uyarınca yapılacak satışlar hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu Kanunun diğer hükümleri uygulanır*» hükmü, ihalenin feshi hükümlerinin uygulanmasını sağlar mı? İcra mahkemesi satışa onay ve devir işlemlerin yapılmasına karar verirken, sadece kanunda belirtilen şartların bulunup bulunmadığını inceleyecek oluşu, bu incelemesini dosya üzerinden yapması, ilgili kişi ya da kişilerin itiraz etmesine imkân tanınmaması, ihalenin feshi hükümlerinin uygulanmasını mümkün kılmayacaktır. Zira kanun alacaklı ve ilgililere satış süreci bakımından hiçbir itiraz edebilme, karşı koyabilme hak ve yetkisi tanımamıştır. Bu nedenle ihalenin feshi hükümleri, borçluya verilen satış yetkisi üzerine icra mahkemesi tarafından onaylanan satış hakkında geçerli olmayacaktır. Bunun yanında mahkemenin kararından sonra ihalenin feshi talep edilemeyecektir.

Borçluya satış yetkisi tanınması halinde satışın gerçekleşmesi üzerine mülkiyetin ne zaman alıcıya geçeceği hususu önemidir. İcra mahkemesinin

---

[24] ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 286; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, **Ders Kitabı**, s. 233.

on gün içinde yapacağı inceleme sonunda talebin kabulüne karar vermesi halinde kabul kararı ile birlikte mülkiyetin alıcıya geçeceği kabul edilmiştir (m.111/a, 3). Böylelikle hakimin kabul kararı ile birlikte tescilden önce mülkiyet geçmektedir.

Borçluya satış yetkisi verilmesi sonucu, icra mahkemesinin kararı ile mülkiyetin alıcıya geçmesi, tescilden önce iktisaba imkân veren hallerden birisi olarak kabul edilmelidir. İcra mahkemesinin kararından sonra yapılan tescil işlemi kurucu değil, açıklayıcı niteliğe sahiptir. Alıcının satın aldığı mal üzerine tasarruf edebilmesi ise ancak tescilden sonra yapılabilecektir. Bu nedenle tapu kütüğünde tescil işlemi tamamlanmadıkça temliki tasarruflarda bulunulamaz.

Bilindiği gibi taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tescille olur (MK.m.705/1). Ancak, miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Bununla birlikte malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi için, mülkiyetin tapu siciline tescil edilmiş olması gerekir. İcra mahkemesinin kararından sonra tapu sicilinde tescil yapılabilmesi için tapuya müzekkere yapılarak tescil talep edilmelidir. Bu konuda açık hüküm olmasa da 111/a maddesinin 4. fıkrasına göre, bu madde uyarınca yapılacak satışlar hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde, bu Kanunun diğer hükümleri uygulanır denildiği için, açık artırma yolu ile satışlar hakkındaki İİK.m.135, 1 hükmü bu satış hakkında da uygulanır. Buna göre alıcı namına tescil edilmesi için tapuya müzekkere yazılır. Tescil için herhangi bir sürenin geçmesine gerek bulunmamaktadır, zira mahkemenin kararı kesin olup bu karara karşı gidilebilecek bir yol yoktur.

Borçluya satış yetkisi verilmesi sonunda mahcuz malın satışının gerçekleşmesi halinde yarar ve hasar hangi tarihten itibaren alıcıya ait olacaktır? Borçlar Kanunu'nun 279 maddesi hükmü, özel hükümleri saklı tuttuğu için, mülkiyetin kazanılması 111/a maddesine göre belirlenecektir.

Borçlar Kanunu'nun 280 maddesine göre cebri artırmalarda zapttan ve ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanmaz. Bu hüküm borçluya verilen satış yetkisi sonunda gerçekleşen satış hakkında da uygulanmalıdır. Dolayısıyla borçluya verilen yetki üzerine gerçekleşen satış usulünde de zapta ve ayıba karşı sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

Medeni Kanun'un 733. maddesine göre, cebri arttırmayla satışlarda ön alım hakkı kullanılamaz. Bu düzenlemede borçluya verilen satış yetkisi üze-

rine ön alım hakkından açıkça söz edilmese de borçluya verilen satış yetkisi sonunda yapılan satışları da cebri satış olarak kabul etmek gerektiğinden, cebri artırmayla satış kapsamına borçluya verilen satış yetkisi üzerine satışlar da dahil olmalıdır[25].

Bununla birlikte bu satış hakkında genel hükümlere göre dava açılmasına bir engel olmadığını düşünüyorum. Özellikle iradeyi fesata uğratan sebeplerden ötürü hukuki yararı olan kişi ya da kişilerin satışın iptalini isteyebileceği kanısındayım[26].

Borçluya satış yetkisi verilmesi üzerine gerçekleşen satış hakkında İcra ve İflas Kanununun 277 ve devamı maddelerine göre tasarrufun iptali istenebilecektir. Örneğin, İİK.m.280 hükmüne göre alacaklılara zarar verme kastıyla yapılan tasarrufların iptali istenebilir. Özellikle gerçek olmayan alacaklılar yaratarak veya onların başlattıkları takibe karşı koymayarak, itiraz etmeyerek, takip süresince haklarını kullanmayarak alacaklılarına zarar vermesi mümkündür. Borçlunun gerek icra ve gerekse iflâs hukukundan kaynaklanan haklarını kullanmaktan vazgeçmesi iptale tabidir.

Kanaatimce borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin satış hakkında en son olarak mahkemenin yaptığı inceleme sonunda verdiği kararın kesin olması, öncelikle bu karara karşı kanun yoluna başvurulmasına engeldir[27]. Doktrinde mahkemenin vereceği karara karşı kanun yolunun kapalı olmasının hak arama hürriyeti açısından doğru olmadığı belirtmiştir[28].

VII. FRANSIZ HUKUKUNDAKİ ANLAŞMALI SATIŞLA KARŞILAŞTIRILMASI[29]

Borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin benzer bir düzenleme Fransız hukukunda yer almaktadır. Ancak bu ülkedeki düzenlemenin hukukumuzda düzenlemeden çok önemli farkları olduğu açıktır. Her şeyden önce borçluya satış yetkisi verilirken alacaklı ya da alacaklılar da bu satışı denetleyebil-

---

25 Pazarlık suretiyle satışlar hakkında benze görüş için bkz. ÖZMUMCU, s. 164 vd.

26 GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 274; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 291; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, **Ders Kitabı**, s. 233.

27 ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 291.

28 GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 273.

29 Fransız hukuku hakkında yaptığı tercüme ile bu çalışmaya destek veren Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlisi Emin Alpaslan'a teşekkür ediyorum.

mekte ve itiraz edebilmektedir[30]. Böylelikle takipte her iki tarafın da menfaati korunmuş olmaktadır. Bizdeki borçluya satış yetkisi verilmesi ise, sadece borçlunun belli süreler içinde başvurması üzerine kanunda öngörülen asgari miktarı ödeyecek alıcı bulmasını amaçlamaktadır.

Bizim düzenlememizde borçluya tanınan satış bedelin icra dairesine yatırılması süresini kısaltarak ve alacaklıların bu satışa menfaatleri olmasına rağmen, yetki ya da müdahalesini ve en önemlisi kanun yoluna başvuru imkânını önleyerek bu satışın yapılabilmesini öngörmekteyiz. Hukukumuzdaki düzenlemede, borçlunun hesap vermesi, denetlenmesi söz konusu edilmemiştir. Borçlu kendisine satış yetkisi verilmeden önce ya da sonra; kimlerden ne tutarda teklif aldı, nasıl bir araştırma yaptı, komisyoncu aradı mı gibi sorular sorulmamakta ve denetlenmemektedir. Borçlu bu hesabı vermezse, kime satış yapılacağı konusunda adeta keyfi karar verebilecek durumda kabul edilmelidir. Zira daha yüksek bir bedel teklif eden olmasına rağmen, daha düşük ve fakat kanundaki koşullara uygun bir alıcıya satış yapılmasını sağlayabilir.

Fransız hukukunda taşınır ve taşınmaz malların anlaşmalı biçimde satılması ayrı ayrı düzenlenmiştir[31].

Taşınır malın cebrî yollardan satılmasından evvel, daha yüksek bir bedel elde edilmesi maksadıyla borçluya malları anlaşmalı olarak satma imkânı Fransız İcra Kanunu L. 221-3 ve m. R. 221-30 ilâ m. R. 221-32 hükümlerinde düzenlenmiştir[32]. Buna göre borçlu haciz tutanağının tebliğinden itibaren bir ay içinde haczedilen malların anlaşmalı satışının gerçekleştirilmesi için alıcılar bulmaya çalışabilir. Bu sürede de mallar üzerinde tasarruf yetkisi sınırlanmıştır ve borçlunun (veya mallar usûlüne uygun olarak yediemine bırakılmışsa bu üçüncü kişinin) bu malları koruma yükümlülüğü devam etmektedir[33]. Borçlu yalnızca malın anlaşmalı satımı için alıcılar bulmaya

---

[30] Taşınmazların anlaşmalı satışında alacaklıların rolü hakkında bkz. LEBORGNE, s. 832, s. 834; PİÉDELIÈVRE, s. 652; NAMLI, s. 578. Taşınırların anlaşmalı satışında alacaklıların rolü hakkında bkz. LEBORGNE, s. 618; PIÉDELIÈVRE, s. 422; ALPASLAN, s. 126.

[31] LEBORGNE, s. 617 vd., s.828 vd.; PIÉDELIÈVRE, s. 421 vd.; s. 649 vd.

[32] LEBORGNE, s. 617 vd.; PIÉDELIÈVRE, s. 421 vd.; FRICERO Natalie, **Répertoire de procédure civile, Saisie-vente** (Décembre 2011, actualisation Mai 2020), https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY%2FPCIV%2FRUB000140&scrll=ENCY%2FPCIV%2FRUB000140%2FBIBLIO&FromId=PCIV_DOC_1, Erişim Tarihi: 21.06.2022, N. 118 vd.; ALPASLAN, s. 125-126.

[33] FRICERO, N. 122; LEBORGNE, s. 617; ALPASLAN, s. 125.

çalışmaya izinlidir. Borçlu bu süre içinde bulduğu alıcıları, teklif ettikleri bedelleri, vaad ettikleri ödeme tarihini ve iletişim bilgilerini de belirterek yazılı olarak icra görevlisine bildirir (Fransız İcra Kanunu m. L. 221-3/III). İcra görevlisi bu bildirimi alacaklıya ve varsa hacze iştirak eden diğer alacaklılara iadeli-taahhütlü posta yoluyla bildirir. Alacaklıların on beş gün içerisinde bir yanıt vermesi gerekmekte olup bu süre içerisinde yanıt verilmezse bedeli uygun buldukları kabul edilir. Alacaklılar bedeli açıkça kabul ederse veya susmalarına kabul sonucu bağlanırsa malın anlaşmalı satışı gerçekleştirilir. Böylelikle alacaklıların itiraz imkânı da kabul edilmiş ve onların da menfaatleri korunmaya çalışılmıştır. Bizdeki düzenlemede alacaklıların hiçbir şekilde söz hakkının olmaması, menfaat dengesine aykırıdır. Satılan malların bedeli icra görevlisine ödenmeksizin malların alıcıya teslimi mümkün değildir. Mülkiyet malların bedelinin icra görevlisine ödenmesiyle alıcıya intikal eder (Fransız İcra Kanunu m. L. 221-3/V, m. R. 221-30 ve m. R. 221-32/I). Anlaşmalı satış prosedüründe, kabul edilen bedelin alacaklının icra görevlisine ödenmemesi hâlinde cebrî satış işlemlerine başlanır.

Alacaklıların anlaşmalı satış prosedürüyle teklif edilen bedeli yetersiz bulmaları hâlinde kabul etme yükümlülükleri yoktur. Alacaklıların kararı yerindelik bakımından denetlenmemekle birlikte, bu konudaki yetkiler keyfî olarak kullanılamaz[34]. Bu çerçevede bedel sırf borçluya zarar vermek maksadıyla kabul edilmezse bu hâlde alacaklıların sorumluluğu gündeme gelir (Fransız İcra Kanunu m. L. 221-3/IV). Alacaklılar teklif edilen bedeli yetersiz bulursa veya anlaşmalı satış prosedürü hiç işletilmezse icra görevlisi açık artırma yoluyla cebrî açık artırma prosedürüne girişir[35]. Ancak bu prosedüre girişilmesi için her hâlde haciz tutanağının tebliğiyle başlayan bir aylık sürenin geçmiş olması gereklidir. Keza alacaklıların teklifi reddetmesi söz konusu olmuşsa alacaklılara yanıt için verilen on beş günlük süre de bir aylık süreye eklenir (Fransız İcra Kanunu m. R. 221-31/IV). Gerekli süreler geçtikten sonra malların açık artırma suretiyle satışına girişilir. Bu sürelere uyulmadan cebrî satış işlemlerine girişilmesi hâlinde itiraz yolu ile icra hâkimine müracaat edilebilir[36]. Bu hukukî çare hukukumuzdaki şikâyet hukukî çaresine benzemektedir.

---

[34] PIÉDELIÈVRE, s. 422; LEBORGNE, s. 618.

[35] PIÉDELIÈVRE, s. 423; LEBORGNE, s. 619.

[36] PIÉDELIÈVRE, s. 421.

Fransız İcra Kanunu m. L. 322-1 uyarınca taşınmazlar, mahkemenin izni olması kaydıyla anlaşmalı olarak da satılabilirler[37]. Fransız İcra Kanunu m. R. 322.17 uyarınca taşınmazların anlaşmalı satış talebi oryantasyon (yönlendirme) duruşmasında sözlü olarak da yapılabilir. Oryantasyon (yönlendirme) duruşması, taşınmazlara ilişkin cebrî icra prosedürünün bir aşamasıdır ve icra hâkimi önünde yapılır[38]. Bu duruşma genellikle duruşma davetiyesinin tebliğinden itibaren 1-3 ay içerisinde yapılmaktadır. Borçlunun oryantasyon duruşmasına kadarki süreçte de belli bir hazırlık yapması, anlaşmalı satış için yetki alabilmesi bakımından önemlidir. Örneğin borçlunun taşınmazın satılması için bir emlâk komisyoncusu ile anlaşmış olması, gazetede veya internet sitelerinde ilânlar yapmış olması bu kapsamda sayılmaktadır[39]. Taşınmazlara ilişkin icra prosedüründe borçlu, oryantasyon duruşmasından evvel de icra hâkiminden kendisine anlaşmalı satış yetkisi verilmesini talep edebilir (Fransız İcra Kanunu m. R. 322-20). Paraya çevirmenin ne şekilde olacağına karar verecek olan icra hâkimi, borçluya anlaşmalı satış yetkisi verebilmektedir. İcra hâkimi taşınmazın durumu, piyasa koşulları ve borçlunun niyetini ve özenini (sürecin herkesin menfaatine olacak şekilde neticelenmesini hedefleyip hedeflemediğini) tetkik ederek borçluya anlaşmalı satış yetkisi verebilir (Fransız İcra Kanunu m. R. 322.15).

Bu noktada borçlunun icra hâkimini, anlaşmalı satışın tatminkâr koşullarda gerçekleşeceği hususunda ikna etmesi önemlidir[40]. İcra hâkimi anlaşmalı satış yetkisi verirken, taşınmazın satılabileceği asgarî bedeli ve en geç dört ay içinde yapılması gereken duruşmanın tarihini de belirler (Fransız İcra Kanunu m. R. 322.21). Bu duruşma, rapel (hatırlatma, geri çağırma) duruşması olarak anılmaktadır[41]. O hâlde icra hâkimi temelde asgarî satış bedelini ve süreyi tayin etmektedir. Öte yandan icra hâkimin başkaca özel koşullar getirmesi de mümkündür. Hâkimin borçluya anlaşmalı satış yetkisi vermesi ile birlikte icra prosedürü durur (Fransız İcra Kanunu m. R. 322.20). Bu süreçte borçlu, taşınmazın anlaşmalı olarak satılabilmesi için özenli bir şekilde hareket etmelidir. Keza borçlu, alacaklının talep etmesi hâlinde, yapmış olduğu işlemlere ilişkin bilgi ve hesap vermek zorundadır (Fransız

---

37 Ayrıntılı bilgi için bkz. LEBORGNE, s. 828 vd.; PIÉDELIÈVRE, s. 649 vd.; NAMLI, s. 575 vd.

38 LEBORGNE, s. 830; PIÉDELIÈVRE, s. 650-651.

39 LEBORGNE, s. 833-834; NAMLI, s. 578.

40 LEBORGNE, s. 830; NAMLI, s. 576.

41 LEBORGNE, s. 832.

İcra Kanunu m. R. 322.22). Rapel duruşmasına kadar olan süre içerisinde, alacaklıların icra hâkimine müracaat ederek satışın cebrî yollarla gerçekleştirilmesini talep etmeleri mümkündür[42], bu nedenle borçlunun olabildiğince hızlı hareket etmesi kendi yararınadır. Rapel (hatırlatma) duruşmasını beklemeksizin, anlaşmalı satış sürecinin sona erdirilmesini isteyen alacaklının, borçlunun anlaşmalı satış sürecini gereği gibi yönetemediğini ispat etmesi gerekir.

Oryantasyon duruşmasından azamî dört ay sonra yapılacak rapel (hatırlatma, geri çağırma) duruşmasında (Fransız İcra Kanunu m. R. 322.21) hâkim, anlaşmalı satış sürecinin gerektiği gibi işleyip işlemediğini kontrol edecektir. Duruşmaya gelen borçlu, (noterde düzenlenmiş) bir satış sözleşmesi sunarsa icra hâkimi koşullara riayeti inceledikten ve varlığını saptadıktan sonra satışa onay verecektir. Eğer noterde resmî şekilde yapılan satış sözleşmesi sunulmaz yalnızca bir taşınmaz satış vaadi sunulursa, icra hâkimi koşullara riayeti tetkik ettikten ve varlığını saptadıktan sonra resmî şekilde düzenlenecek satış sözleşmesinin sunulması için azamî üç aylık bir süre daha verebilecektir[43] (Fransız İcra Kanunu m. R. 322.21). Bu sürede resmî şekilde düzenlenen ve icra hâkimi tarafından belirlenen koşullara da uygun olan bir satış sözleşmesi sunulursa icra hâkimi satışa onay verecektir. Satışın onaylanması durumunda elde edilen paradan alacaklı veya alacaklılar tatmin edilecek, artan bir para kalırsa borçluya verilecektir. İcra hâkiminin anlaşmalı satışı onay kararı, satış işlemini kurmamakta yalnızca noterde gerçekleştirilen satış sözleşmesinin, hâkim tarafından belirlenen koşullara uygun olduğunu tasdik etmektedir[44].

---

42 LEBORGNE, s. 835; NAMLI, s. 578.

43 LEBORGNE, s. 832-833.

44 LEBORGNE, s. 840; NAMLI, s. 579.

KISALTMALAR

Art. : Article

ÇKK : Çocuk Koruma Kanunu

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İİK : İcra ve İflâs Kanunu

L. : Législative

m. : Madde

N. : No

R. : Réglementaire

RG : Resmî Gazete

s. : Sayfa

S. : Sayı

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

vd. : Ve devamı

KAYNAKÇA

ALPASLAN Mehmet Emin, **İcra Dairelerinin Özerkleştirilmesi: Fransız İcra Görevliliği Modeli**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

BORAN GÜNEYSU Nilüfer, **İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

FRICERO Natalie, **Répertoire de procédure civile, Saisie-vente** (Décembre 2011, actualisation Mai 2020), https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY%2FPCIV%2FRUB000140&scrll=ENCY%2FPCIV%2FRUB000140%2FBIBLIO&FromId=PCIV_DOC_1, Erişim Tarihi: 21.06.2022).

GÖRGÜN Şanal/ BÖRÜ Levent/KODAKOĞLU Mehmet, **İcra ve İflâs Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

LEBORGNE Anne, **Droit de l'exécution**, 2. édition, Dalloz, Paris, 2014.

NAMLI Mert, **İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

PEKCANITEZ Hakan/AKKAN Mine, "7343 sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması", **TBB Dergisi**, S. 160, 2022, s. 259-297.

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku**, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

PIÉDELIÈVRE Stéphane, **Procédures civiles d'exécution**, Economica, Paris, 2016.

ÖZMUMCU Seda, **Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 849-876

İNŞAAT PROJELERİ ÇERÇEVESİNDE TAŞINMAZDA (ARAZİDE) MEVCUT İPOTEKLERİN KAT İRTİFAKINA / KAT MÜLKİYETİNE GEÇİŞ SONRASI HÜKÜM VE SONUÇLARININ TÜKETİCİ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ(*)

Prof. Dr. **Etem Saba ÖZMEN**(**)
Doç. Dr. **Melek BİLGİN YÜCE**(***)

Öz: Günümüzde konut ve işyerine yönelik sat-yap muadili yapılan ön ödemeli konut satışları yaygın bir şekilde görülmektedir. Bu şekilde yapılan projelerde yüklenicilerin ilk aşamada oldukça yüksek miktarlarda kredi kullandığı, bu krediler çerçevesinde projenin gerçekleştirildiği taşınmaz üzerinde banka lehine ipotek tesis edildiği görülmektedir. Taşınmaz üzerinde projenin ilerleyen aşamalarında kat irtifakı ya da kat mülkiyeti kurulması halinde, uygulamada mevcut ipotek kurulduğu miktar üzerinden, kat mülkiyeti kütüğünde açılan bağımsız bölüm sayfalarına taşınmaktadır. Tüketicilerin çoğu projelerden bağımsız bölüm satın aldıklarında, bağımsız bölümlerinin değerlerinden çok fazla, neredeyse projenin tamamının değerine yakın bir miktarla yüklü olarak mülkiyeti kazanmakta; bu durumun ya farkına varmamakta ya da farkına varsalar bile sorun olmayacağını düşünmektedirler. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla satış yapılması ihtimalinde tüketiciler durumdan haberdar olup, satın aldıkları bağımsız bölümün satışına katlanmak zorunda kalmaktadırlar. Bu uygulama Türk Medeni Kanun madde 889'a aykırıdır. Uygulamada tapu uygulaması nedeniyle ortaya çıkan bu kanuna aykırı durumun düzeltilmesi zorunludur. Bunun için yapılması gereken ise, TMK m.889 hükmünün uygulanması ve mevcut ipotek miktarının bağımsız bölümlerinin değerleriyle orantılı olarak tapu kayıtlarına taşınmasıdır. Tapu müdürlükleri tarafından görevleri

---

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2022 - Makale Kabul Tarihi: 10.05.2022.

(**) Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0002-8622-9660; *sabaozmen@hotmail.com*).

(***) Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0002-7029-9939; *melekyuce@hotmail.com*).

gereği ipotek miktarının dağıtımının yapılması zorunluyken, yapılmaması sonucu hem tüketiciler hem de diğer alıcılar zarara uğramaktadır.

Anahtar Kelimeler: İpotek, Bağımsız Bölüm, Kat Mülkiyeti, Kat İrtifakı, İpoteğin Dağıtılması.

EVALUATION OF THE TERMS AND CONSEQUENCES OF THE EXISTING MORTGAGES IN THE FRAMEWORK OF CONSTRUCTION PROJECTS IN TERMS OF CONSUMER LAW AFTER THE TRANSITION TO CONDOMINUM SERVITUDE / CONDOMINUM OWNERSHIP

Abstract: Today there are a lot of projects, in which prepaid housing sales, which are equivalent to sell-built for residences and workplaces, are widely seen. The contractors use very high amounts of loans in the first stage of the project, and within the framework of these loans, a mortgage is established in favor of the bank on the real estate where the project is made. In case of establishment of condominium servitude or condominium ownership on the immovable in the later stages of the project, in practice, the existing mortgage is moved to the independent section pages opened in the condominium registry over the whole amount of the first established mortgage. When most of the consumers buy independent sections from the projects, they gain ownership by being loaded with an amount that is much more than the value of the independent section, almost the value of the entire project; they either do not realize this situation or they think that even if they do, it will not be a problem. In the event of a sale by converting the mortgage into cash, consumers are aware of the situation and have to endure the sale of the independent section they purchased. This practice is contrary to article 889 of the Turkish Civil Code. In practice, it is obligatory to correct this unlawful situation that arose due to the practice of title deed. What needs to be done for this is the implementation of the provision of Article 889 of the Turkish Civil Code and the transfer of the existing mortgage amount to the land registry in proportion to the values of the independent parts. While it is obligatory to distribute the mortgage amount due to their duties, both consumers and other buyers suffer losses as a result of not doing so.

Keywords: Mortgage, Independent Section, Condominium Ownership, Condominium Servitude, Distrubition of Mortgage.

I. GENEL OLARAK

Günümüzde konut ve işyerine yönelik sat-yap muadili yapılan ön ödemeli konut satışları yaygın bir şekilde görülmektedir. Bu şekilde yapılan projelerin birçoğunun büyük inşaat şirketleri tarafından yapılan kapsamlı projeler olmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şeklinde yapılan projeler yanında, sermaye sahibi yüklenicilerin taşınmazı ya da taşınmazları edinerek de büyük çaplı projeler gerçekleştirdikleri ve bunları henüz proje aşamasında satışa çıkardıkları bilinmektedir. Çalışmamız bu projelerde henüz kat irtifakı ya da kat mülkiyeti kurulmadan önce, yüklenicinin proje maliyetinin bir kısmını karşılamak için aldığı krediler çerçevesinde, projenin konusu olan taşınmazda kurduğu ipoteklere dayalı olarak tüketicilerin uygulamada karşılaştığı bir sorunu ele almaktadır.

Yüklenicilerin büyük çaplı projeler için kullandığı krediler karşılığı taşınmaz üzerinde tesis edilen ipotekler dolayısıyla uygulamada ciddi bir sorun ortaya çıkmaktadır. İpoteklere dayalı olarak gündeme gelen bu sorun, özellikle tüketici işlemlerinde tüketicilerin büyük meblağlı ipoteklerle baş başa kalmasına yol açmakta ve bu yanlış uygulamaya dayalı olarak mağduriyetler yaşanmaktadır. İpoteklerle ilgili ortaya çıkan bu sorunun kaynağı, arazide ipotekten sonra kat irtifakına veya kat mülkiyetine geçiş sırasında mevcut ipoteğin bağımsız bölümlere aktarılması sırasında yapılan kanuna aykırı işlemlerdir.

Bilindiği üzere, proje yapacak olan yükleniciler, özellikle büyük projelerde, henüz projeye başlamadan dahi kredi kullanmayı tercih etmektedirler. Proje kredisi olarak adlandırılan ve bankadan TBK m.386 vd.'da düzenlenen tüketim ödüncü olarak temin edilen kredinin teminatı olarak da, projeye konu taşınmaz üzerinde bir ipotek tesis edilmesi gündeme gelmektedir. Proje kredisinin teminatı olarak verilen ipotekler, kredi miktarının yüksekliğine bağlı olarak, olayların büyük çoğunluğunda doğal bir sonuç ile taşınmazın bütününe yönelik olarak tesis edilmektedir.

Projenin konusu olan taşınmazda banka lehine konulmuş olan bu yüksek meblağlı ipotek teminatı, kat irtifakı kurulması veya doğrudan kat mülkiyetine geçiş sonrası bağımsız bölümler üzerinde devam ettirilmektedir. Bu husus, yoğunlukla ön ödemeli satışlarda hukuki uyuşmazlıklara gebe olmaktadır. Yaşadığımız somut bir örnekte, tüketiciler 2+1 dairelerini borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) niteliğindeki taşınmaz satış sözleşmesi (TBK m.237 vd.) öncesi arazi mülkiyeti ile ilgili olarak konulmuş olan (çerçeve

sözleşme niteliğindeki genel kredi sözleşmesi ile firmaya tanınan limit çerçevesinde tesis ile) üst sınır ipoteği yüklü olarak kurulmuş olan kat irtifakına bağlı olarak, her bağımsız bölümde varlığını devam ettirmişlerdir. Başka bir örnekte, İstanbul 1. Tüketici Mahkemesinde görülmekte olan bir davada bankaya yazılan yazıya gelen yanıt şu şekildedir: "*... Kemerlife ... sitesi ... Blok 37-38 nolu taşınmazlara ilişkin ipoteğe konu kredi sözleşmesi ve hesap ekstresinin çıkartılarak Mahkemenize gönderilmesi talep edilmiştir. Bankamız ... şubesi tarafından ... AŞ'ne 18.07.2012 tarih 85.000.000,00 TL, 10.02.2016 tarih 70.000.000,00 TL, 21.06.2017 tarih 40.000.000,00 TL tutarlı Genel Kredi Sözleşmelerine isitnaden Ticari krediler kullandırılmıştır. Söz konusu krediler sebebi ile imzalanan Genel Kredi Sözleşmesi örnekleri ile ipotek resmi senet örnekleri ve kredi hesap ekstreleri yazımız ekinde CD olarak sunulmaktadır. (...) bedelle bankamız lehine üst sınır ipotekleri tesis edilmiş olup mevcut ipotekler tüm yasal hakları ile beraber devam etmektedir. Söz konusu ipotekler ile ilgili olarak kredili borçlu ... AŞ hakkında ... sayılı dosya ile ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı ipotek takibi başlatılmıştır.*". Bankanın cevabi yazısından da açıkça görüldüğü üzere, yüklenicinin genel kredi sözleşmesi çerçevesinde kullandığı kredilerin teminatı olan ipotek, aynı rakamlar üzerinden her bir bağımsız bölümde devam ettirilmiştir. Benzer olaylar, 15 Temmuz kalkışması sonrasında yurtdışına kaçan yüklenicinin borçlandığı bağımsız bölümlerin mülkiyetini devredememesi sonucu, TMSF kontrolüne geçen projelerde de yaşanmıştır. Tüketicilerin, bağımsız bölüm mülkiyetlerinin ancak yüksek meblağlı ipotek ile veya borcun tümünün TMSF'ye ödenmesiyle ipoteksiz olarak devredileceği önerileri ile başbaşa kaldıkları görülmüştür. Bağımsız bölümlerin zilyetliğini KMK m.17/son fıkra hükmünce 2/3 oranla yerleşmeye dayalı teslimle elde etmiş tüketicilerin bu hukuki durumu, benzer birçok olayda karşımıza çıkar.

Araştırmanın amacı, bu konuda Atamızın armağanı olan ve eşsiz bir yapıya sahip, Roma Hukukundan gelen kuralları içeren TMK'nun hükümlerine uygun uygulamaların düzgün bir şekilde yürütülmesinde fayda olduğunun gösterilmesi; TMK hükümlerinin korunmasında birçok yarar mevcut iken, kanunun açık hükmüne aykırı olan Tapu Sicil Tüzüğü (TST) hükümleri ile yaratılan sorunun çözüme kavuşturulmasıdır. Çözümün TMK hükümleri içinde bulunacak olması en doğal sonuçtur.

Araştırmamızda TMK hükümlerinin uygulanmasıyla sorunun büyük oranda çözülmesinin mümkün olduğunu; en azından günümüz uygulamasından daha iyi bir sonuç elde edilebileceğini söyleyebiliriz. Ancak takdir edi-

leceği üzere, çalışmanın anılan uygulamaya derhal ve mutlak bir çözüm sağlamayacağını da hemen belirtmemiz gerekir. Hukuk konusunda duyarsızlığı olan bir toplum olarak, milyonlarca lira değerinde taşınmaz edinirken hiç de bilinçli davranmadığımız ortadadır. Kanun koyucunun da bu konuda TKHK ile getirdiği hukuk tekniğinden uzak hükümler sorun çözmekten uzaktır. Gerçekten de sağduyulu bir hukukçunun kanını donduracak şekilde, TKHK m.41/f.I'de "*Ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesi, satış vaadi sözleşmesinin ise noterde düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Aksi hâlde satıcı, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez.*" şeklindeki düzenleme ile adi yazılı taşınmaz satışını[1] yalnızca tüketici açısından geçerli saymaktadır. Hukuk tekniğine tamamen aykırı olan bu hükümle tüketicinin yüklenici karşısında korunması hedeflenmişken; çalışmamızın konusu olan ipotek, belki şekil konusundan çok daha fazla tüketiciye zarar vermektedir. Ayrıca TST'nin kaleme alınmasında aşağıda belirttiğimiz üzere, Medeni Kanun değişikliklerinin farkında olunmaksızın eMK hükümlerine dayalı düzenlemeler getirilmesi de sorunun tırmanmasına yol açmıştır.

Bu konuya ilişkin tüketicilerin bu tür ipotekle yüklü bağımsız bölümleri edinmesi sırasında yeterli araştırmayı yapmamakla eleştirebiliriz. Tüketiciler tapunun açıklığı ilkesinden yararlanarak taşınmazın devrinden önce tapuda mevcut olan kayıtların tümünü öğrenebilirler. Hele de günümüzde büyük şehirlerde inanılmaz rakamlara bağımsız bölümlerin alınması sırasında bir hukukçuya danışılmaması başlı başına bir eleştiri konusu olabilir. Tapuya bakıp durumu öğrenme imkân varken uygulamada tüketicilerin büyük bir çoğunluğu bunu yapmamakta[2]; tapuda devrin yapılacağı son anda, tapuda

---

[1] Tapu dairelerinin garabet uygulaması ile vade ve koşula bağlı satışı resmi senede aktarılamamasına bağlı olarak, noterde taşınmaz satış vaadi yapma zorunluluğu doğmaktadır. Bu durumda hem noterde işlem için hem de tapuda iki defa masraf yapmak istemeyen alıcı ve satıcılar, adi yazılı şekilde satış sözleşmeleri yapmaktadırlar. Bu konuya ilişkin birçok eser ve eleştiri ortaya konmasına rağmen tapu dairelerindeki bu yanlış uygulamanın değiştirilmesi mümkün olmamıştır. Buna bağlı olarak, günümüzde artık taşınmazlara ilişkin tüm borçlandırıcı işlemlerin noterlerde düzenlenmesi yönünde eğilim artmış; bu yönde düzenlemelerin yapılarak uygulamadaki yanlışlığın düzeltilmesi hedeflenmektedir. ÖZMEN E. Saba, "Tapu Daireleri Uygulamaları Üzerine Düşünceler", **İstanbul Barosu Dergisi**, C.86, Y. 2012, S.4, s.44 vd.

[2] Hatta bazı tapu dairelerinin kişisel verilerin korunmasıyla bağlantılı olarak proje hakkında bilgi vermediğini, ancak malik ile birlikte gelinirse tapu bilgilerini alıcıya verebileceklerini söylediklerini dahi duymuş bulunuyoruz. Bu sonucun kabul edilmesi, "*Tapu sicili herkese açıktır. / İlgisini inanılır kılan herkes, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin kendisine verilmesini iste-*

imza atılırken taşınmazın durumunu öğrenmektedirler. Bu aşamada, nasıl olsa ileride ipotek ve buna bağlı olarak mülkiyet sorununun çözüleceği iyimserliğini taşıyan tüketicilerin çoğu da ses çıkarmamaktadır. Büyük projelerin birçoğunda da tüketicilerden kat irtifakı veya kat mülkiyetine geçiş, mülkiyet devri gibi sürece ilişkin tüm hususlarda süresiz temsil yetkisi alınmakta, tüm aşamalar yüklenici tarafından yapılmakta ve çoğu zaman tüketici verdiği vekaletnamenin kullanımı ile, tapuya dahi gitmeden bağımsız bölümün mülkiyetini kazanmaktadır. Kredinin ödenmemesi ve ipoteğin paraya çevrilmesi yoluna başvurulması sonrasında tüketiciler, ayni hakların mutlak olma ve herkese karşı ileri sürülebilme özelliğini, oldukça acı bir şekilde öğrenmektedirler.

İşte bu makale ile, soruna ilişkin olarak TKHK'ya bu yönde öneri hükümlerimiz olmakla[3], farklı bir çözüm bulunana kadar, hiç olmazsa TMK m.889 hükmünün uygulanması önerilerek; uygulamada mevcut olan mağduriyetlerin, konuya ilişkin düzenleme yapılana kadar, çözüme kavuşturulması amaçlanmaktadır.

II. SORUNUN KAYNAĞI OLARAK ARAZİDE İPOTEĞİN VARLIĞI

TMK'nunda taşınmaz rehni üst başlığı altında uygulama bulabilen tek tür olarak ipotek[4], TMK m.704 hükmünde sayılan taşınmaz olma gerekliliği ile[5]

---

yebilir." diyen TMK m.1020/f.I-II hükmüne aykırı davranışı kabul etmek demektir. Bir projedeki bağımsız bölüme ilişkin bilgi almak isteyen tüketiciye, satıcı gelmeden bilgi verilmeyeceğinin söylenmesi, maddenin son fıkrasındaki "*Kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez*" hükmünü anlamsız bir hale sokmaktadır. Bu tutumun bir an önce değişmesini temenni etmekteyiz.

3 TKHK'daki 01.04.2022 tarihinde yapılan değişiklik ile tüketiciyi korumayı hedefleyen bir kanun, tüketiciyi korumayan düzenlemeler getirmiştir. Yapılan değişikliklerinden biri bağımsız bölüm teslim süresinin 36 aydan 48 aya çıkarılmasıdır; uygulamada zaten yüklenicilerin temerrüdüne dayalı birçok sorun yaşanmaktadır, bir de kanun ile sürenin daha da uzatılması tüketiciler açısından sıkıntı yaratacak niteliktedir. Bunun dışında bir diğer garabet hükümlerle devremülk konusunda yapılan değişiklikler hiç de tüketicinin lehine değildir. Değişiklik yapan 24.03.2022 tarihli ve 7392 sayılı "*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*" için bkz. **RG**, 01.04.2022, 31796.

4 "Taşınmaz rehni türleri" başlıklı TMK m.850'ye göre, "*Taşınmaz rehni, ancak ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde kurulabilir*". İpotek dışında öngörülen ipotekli borç senedi ile irat senedinin uygulaması bulunmamaktadır. Bilgi için bkz. OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, B.23, Filiz, İstanbul, 2021, N.3179 vd.; ACAR Faruk, **Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi**, B.2, Vedat, İstanbul, 2017, s.59 vd.; ÇETİNER Bilgehan, **Taşınmaz Teminatı**, Filiz, İstanbul, 2015, s.97; SİRMEN Lale, **Eşya Hukuku**, B.8, Yetkin, Ankara, 2020, s.630 vd.; SCHMID-TSCHIRREN Christina, **OrellFüssliKommentar**, ZGB KommentarSchweizerischesZivilgesetzbuch, 3. Auflage, OrellFüssliVerlag, Zürich, 2016, Art.793, s.1631 vd.

arazi, kat mülkiyetine tabi bağımsız bölüm ve tapuda ayrı sayfaya kaydedilmiş olan bağımsız ve sürekli haklara bağlı kurulabilir. Ayrıca TMK m.668/son fıkra düzenlemesi uyarınca, paylı mülkiyet ilişkisi içinde paya bağlı olarak da ipotek tesisi mümkündür. Bu ayrıma dayalı özellik, bu tür projelerdeki ipoteğin ilk başta arazi mülkiyetine bağlı iken sonradan aynı arazide kat irtifakı ve kat mülkiyeti kurulması sonrasında, bağımsız bölümler üzerinde devam etmesidir. Çalışma konusu bakımından ipotek türünün anapara (kapital, re'sulmal) veya üst sınır (azami had) ipoteği[6] olarak kurulması farklılık yaratmamaktadır. Bu çalışmadaki amaç, ipoteğin türünün önemi olmaksızın, henüz kat irtifakı ya da kat mülkiyeti kurulmamışken, arazinin tümüne ilişkin tesis edilen ipoteğin kat irtifakı kurulması ya da kat mülkiyetine geçiş sonrasında bağımsız bölümlere aktarılmasının irdelenmesidir.

Hemen belirtelim, arazi mülkiyeti üzerinde ipotek tesisinin bağımsız bölümlere aktarımına dayalı bu sorun, ipotek borçlusu taşınmaz malikinin bağımsız bölümler üzerinde mülkiyet hakkının devam etmesi halinde çıkmaz. Konuya ilişkin uygulamadaki sorun incelenmeden önce, bu husus açıklanacaktır. Daha sonra, ipotek borçlusu malikin, tek kişi malik olarak kurduğu kat irtifakı (KMK m.14) ve kat mülkiyetindeki (KMK m.12) bağımsız bölümlerin borçlu olmayan üçüncü kişilere devredilmesi halinde, ipoteğin durumu ve bu bağımsız bölümlere TMK m.889 ifadesi ile dağıtılmasını; sonrasında ise bu dağıtımın yapılmamasına bağlı olarak tüketici açısından sorun doğuran boyutuyla incelenecektir.

---

5 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.1373 vd.; ACAR, s.22 vd.; ÇETİNER, s.85 vd.; SİRMEN, s.636 vd.

6 İpotek ile teminat altına alınan alacak bakımından anapara dikkate alınarak kurulan bu ipotek türünde, alacak miktarı belli olup, onun üzerinde teminat şekillendirilmekte; bununla birlikte feri nitelikte olan faiz alacağı da belirlilik ilkesi uyarınca oran olarak tespit edilmektedir. Üst sınır ipoteği ise, alacak hakkının parasal değeri tam belirlenmediğinde ya da belirlense dahi, olası borca aykırılıklar göz önünde bulundurularak borç miktarından daha yüksek bir miktar belirlenmesi halinde kurulur ve belirlenen miktar teminatın en üst limitini belirler. Bizim çalışmamız bakımından çoğunlukla bir kredi sözleşmesi teminatı olması itibariyle anapara ipoteği konulması muhtemeldir. Ancak alacak hakkının konusu olan anaparanın belirli olması üst limit ipoteği konmasına engel bir durum değildir. Belirttiğimiz üzere, açıklamalarımız ve çözüm önerilerimiz bakımından hangi ipotek türünün mevcut olduğunun önemi bulunmamaktadır. Anapara ve üst limit ipoteklerine ilişkin bilgi için bkz. ÇETİNER, s.143 vd.; HELVACI İlhan, **Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, Filiz, İstanbul, 2008, s.141 vd.; KUNTALP Erden, "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", **Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan**, İstanbul, 1995, s.263 vd.; KUNTALP Erden, **Anapara ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayırımı**, Ankara, 1989, s.265 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.3204 vd.; SİRMEN, s.582 vd.; SCHMID-TSCHIRREN, Art.794, s.1632 vd.

III. KAT İRTİFAKI YA DA KAT MÜLKİYETİ KURULMASI SONRASINDAKİ DEVİRLERDE KIDEME İTİBAR UYARINCA MEVCUT İPOTEĞE KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sınırlı aynî haklar (mülkiyetin gayrı ayni haklar) üst başlığı altında ipotek, mutlak haklar içinde yer aldığından herkese karşı ileri sürülebilir bir haktır. Bu özellik taşınmazın sonradan mülkiyetinin edinilmesi halinde de devam eder. Mülkiyetin devrine dayalı çıkan ipoteğe dayalı sorunun temelinde de, yeni maliklerin mevcut ipoteğe katlanma yükümlülüğü yatmaktadır.

Bu makalenin yazılış amacını oluşturan boyutuyla arazi mülkiyetinde kurulmuş olan ipoteğin andığımız olasılıklarla tek kişi mülkiyetinden paylı mülkiyete dönüşmesi (TMK m.688 vd. hükümlerine tabi olması), arazinin bölünmesi (TMK m.1000; imar tabiriyle ifrazı) ve bu hükümde açıkça düzenlenmemiş olsa da, hiçbir şekilde hükmün uygulanmasına engel olmayan boyutuyla, kat irtifakına ya da kat mülkiyetine konu olması TMK'nın düzenlemesi içinde kalmakta ve TMK m.689 hükmüne konu olmaktadır. Anılan tüm olasılıklarda, farklı hukuki kurumlara dayalı olarak ipotekle yüklü taşınmazdan veya onunla bağlantılı olarak birden fazla taşınmaz oluşmaktadır. Taşınmazın TMK m.1000 çerçevesinde bölünmesi halinde birden fazla parsel, yani birden fazla arazi niteliğinde taşınmaz söz konusu olmaktadır. Paylı mülkiyet oluşması halinde, pay üzerinde malik hak ve yetkileri doğmakta; taşınmaz gibi işlem görmektedir (TMK m.688/III). Benzer şekilde, taşınmaz üzerinde kat mülkiyeti kurulması halinde de, tek bir taşınmaz iken kanunun verdiği imkan ile, TMK m.704/b.3 uyarınca yine taşınmaz mülkiyetine konu birden fazla bağımsız bölümler oluşturulmaktadır. Sonradan oluşan bu taşınmazların, mevcut olan ipotekle sorumlu olması esastır. Kıdeme itibar ilkesi (TMK m.1022/II) gereği, mülkiyeti sonradan edinen kişi, mevcut bir sınırlı ayni hakkın varlığına katlanmakla yükümlüdür.

IV. TAŞINMAZIN BÖLÜNMESİ HALİNDE MEVCUT İPOTEĞİN AKTARILMASI SORUNU

Bir taşınmazın birden fazla taşınmaza dönüşmesinde veya taşınmazın üzerinde mevcut olan ipoteğin, oluşan yeni taşınmazlar üzerinde devam etmesinde herhangi bir sorun yoktur. Ancak katlanılması gereken ipoteğin kapsamının, miktarının ne olduğu önemlidir. Hiçbir sınırlama olmaksızın ipotekle yükümlülük getirmek mümkün değildir. Zaten bu nedenle TMK m.889 hükmü ile, bu tür bir durumda ipotek yükünün dağıtılması esası getirilmektedir.

İpotekle yüklü bir taşınmazın sonradan birden fazla taşınmaza (paya, bağımsız bölüme) dönüşmesi halinde, mevcut ipotekle ilgili nasıl bir işlem yapılması gerektiği konusunda TST m.60 ve TMK m.889 hükümleri bir arada yürürlüktedir. Bu konuda sorun tapu sicil müdürlüğü tarafından bu gibi işlemlerin yapılması sırasında, her zaman yadırgadığımız tutumuyla, kanun hükümlerine bağlı olmayıp; tüzük ve hatta bununla da bağlı olmayıp somut bir genelge (tamim) arayışı içinde olmalarıdır.

Normlar hiyerarşisi Hans Kelsen adlı Fransız hukukçusunun eserine dayanmakla Türk Anayasa Hukuku açısından da yer verilmiş ilkelerden biridir. Ancak ne hikmetse günümüz uygulamalarında bu ilkeye aykırılıklar neredeyse kanıksanmış durumdadır. Kanunların Ruhu adlı eserinde Montesquieu'nun doktrine kazandırdığı temel ilke olan güçler (erkler) ayrılığı ilkesi günümüzde artık çok dikkate alınmamakta; buna dayalı çıkan sorunlar ise uygulamada sıkıntı yaratmaktadır. Bu nedenle öncelikle kanun hükümlerinin dikkate alınması ve bunlara uygun işlemler yapılması gereği izahtan uzaktır.

İpoteğin yeni oluşan taşınmazlara aktarımındaki sorun, TST m.60 düzenlemesinin TMK m.889 hükmüne aykırı olmasından kaynaklanır. TST m.60'ın TMK m.889 düzenlemesine uygun olmamasının, bununla bağlantılı olarak da aykırılık taşımasının sebebi eMK m.804 düzenlemesi ile bağlantısıdır. eMK m.804 hükmü "*İpotekle takyit edilmiş gayrimenkulün bir kısmı, yahut aynı malikin bu suretle mukayyet müteaddit gayri menkullerden birisi, ahare temlik yahut gayri menkul taksim edilirse; hilafına bir mukavele bulunmadıkça, teminat her kısmın kendi kıymetine göre mütenasiben tevzi olunur. Bu tevzii kabul etmiyen alacaklı, tevziin kesbi katiyet ettiği tarihten itibaren bir ay içinde alacağının bir sene zarfında ödenmesini istiyebilir. Gayri menkulü iktisap edenler borçtan kendi parçalarına düşen hisseyi kabul ettikleri takdirde eğer alacaklı, hakkını evvelki borçluya karşı muhafaza ettiğini senesi içinde tahriren beyan etmemiş ise, evvelki borçlu borcundan kurtulur.*" şeklindedir. Madde düzenlemesi çerçevesinde tarafların anlaşması varsa, dağıtımın ona göre yapılması öngörülmekteydi. Ancak tarafların anlaşmasının olmaması halinde, dağıtımın kıymetlerine göre yapılması öngörülmekteyse de, bunun TMK m.889'da olduğu gibi re'sen yapılması konusunda bir açıklık bulunmamaktaydı. Buna bağlı olarak TST m.60 ile, o dönem için mantıklı bir hükümle, alacaklının yapılan dağıtıma onay vermesinin istenmesi öngörülmüştür. İlgili düzenlemeye göre, "*Taşınmazların bölünmesinde (kıyasen bağımsız bölümler), rehin hakları yeni taşınmazların tamamına aynen nakledilir. Bu durumda, yeni oluşan taşınmazların kütük*

sayfalarının düşünceler sütununda, rehinlerin birbirleriyle bağlantıları belirtilir ve taşınmazın bölünmesi ile rehnin taşınması alacaklılara hemen bildirilir. (2) Taşınmazların bölünmesi sırasında, rehnin ayrılan parçaların kıymeti oranında veya farklı oranlarda paylaştırılması istenilirse; taraflar arasında sözleşme varsa sözleşme hükümlerine, rehin alacaklısının onayının bulunması hâlinde ise bu onaya göre rehin hakları oluşan taşınmazlara nakledilir.". Düzenlemeden görüldüğü üzere, alacaklıya bildirim esası getirilerek, alacaklının onayı düzenlenmiştir. Alacaklının onay vermemesi halinde dağıtım yapılamamakta ve bu ihtimalde taşınmaz önceki haliyle, yani tüm miktarla yüklü ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe dayalı olarak satışa çıkarılmaktadır.

Her ne kadar TST'nde, eMK m.804 ile uyumlu ve onun boşluğunu dolduran bu hüküm, hala aynı yönde mevcutsa da, 2002'den beri yürürlükte olan TMK m.889 hükmü ile bu düzenleme çelişmektedir.

Konuya ilişkin temel kanun hükmü olan "*Taşınmazın bölünmesi*" başlıklı TMK m.889 hükmü, ipoteğin tescilinden sonra yüklü arazinin bölünmesi halinde ipoteğin akıbetini düzenler[7]. İlgili hükme göre,

> "*İpotekli taşınmazın bir kısmının veya aynı malike ait bulunan ipotekli taşınmazlardan birinin başkasına devredilmesi ya da ipotekli taşınmazın bölünmesi hâlinde, aksine bir anlaşma yoksa, rehin taşınmazlara değerleri oranında tapu idaresince re'sen dağıtılır.*
>
> *Bu dağıtımı kabul etmeyen alacaklı, dağıtımın kesinleştiğinin kendisine tebliğinden başlayarak bir ay içinde yazılı bildirimde bulunmak suretiyle alacağın bir yıl içinde ödenmesini borçludan isteyebilir.*
>
> *Yeni malikler, kendilerine ait taşınmaza düşen borcu yüklendikleri takdirde alacaklı, kendisine başvurma hakkını saklı tuttuğunu önceki borçluya bir yıl içinde yazılı olarak bildirmezse, borçlu borcundan kurtulur.*"

TMK m.889'da da, önceki düzenlemede olduğu gibi, tarafların arasında bir anlaşma varsa ona göre hareket edilir; ancak taraflar arasında bir anlaşma olmaması, tapuda birden fazla taşınmazın oluşmasına bağlı olarak, ipoteğin

---

7 KUNTALP Erden, "Aynı Alacak İçin Birden Çok Taşınmazın Rehni", **Yiğit Okur'a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 265-293 (Taşınmaz Rehni).

dağıtımına engel olamaz[8] ve bu noktada artık alacaklının onayı aranmaz, dağıtım tapu müdürlüğü tarafından yapılır.

Metinden hemen fark edebileceği üzere TMK m.889 hükmü re'sen ifadesiyle, idare hukuku açısından, "bağlı yetki" yani takdir yetkisine asla yer vermediğini belirten düzenleme ile, "dağıtılma" yolunda emredici bir düzenleme getirmektedir. Tapu müdürlüğü görevinin gereği olarak dağıtımı yapmakla yükümlüdür, alacaklının onayını almasına gerek yoktur[9]. Madde düzenlemesi emredici niteliğe sahip olup, tapu müdürlüğünün oranları belirleme[10] dışında bir takdir hakkı söz konusu olamaz.

Uygulamada bu düzenleme hiç dikkate alınmadan işlemler yapılması; aşağıda açıklanacağı üzere bir taşınmaz üzerinde kat irtifakı ya da kat mülkiyeti kurulması sonrası, tapu müdürlükleri, görevleri gereği taşınmazdaki ipotek yükünü, yeni oluşan taşınmazlara değerleriyle orantılı olarak dağıtmaları gerekirken bunu yapmayarak oluşan bağımsız bölümlere ipoteğe konu teminat miktarının tümünü aktarmaları kanuna aykırı olup, düzeltilmesi zorunludur.

Aşağıda önce mevcut taşınmazda malik değişmeksizin kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulması, daha sonrasında da kat irtifakı ya da kat mülkiyeti kurulması sonrasında üçüncü kişilere devirler yapılması halleri ayrı başlıklar altında irdelenecektir.

1. İpotek Yükümlüsü Borçlu Tarafından Arazisinde Kat İrtifakı / Kat Mülkiyeti Tesisine Yönelik Hüküm ve Sonuçlar

A. Arazi İpoteğinin Devre Konu Olmaksızın Kat İrtifakına ve Kat Mülkiyetine Geçilme Sonrası Hukuki Durum

Sınırlı aynî hak niteliğindeki ipoteğin konusu bir taşınmazdır, bu nedenle TMK m.704 uyarınca taşınmaz niteliğine sahip olan arazi üzerinde ipotek

---

8 "*Rehin sözleşmesinin tarafları arasında rehin yükünün nasıl paylaştırılacağına ilişkin bir anlaşma bulunmuyorsa tapu idaresi, TMK m. 855/III uyarınca rehin yükünü her bir taşınmaza değeri oranında re'sen dağıtır. Buna mukabil TST m. 32/I-c hükmü ise "Her bir taşınmaz veya payın ne miktar için rehnedildiği belirtilmezse istem reddedilir." düzenlemesini içermektedir. Anılan tüzük hükmünün, TMK m. 855/III hükmüne aykırı olduğu açıktır.*" KAŞAK F. Erdem - GÜVENÇ İpek, "Taşınmazların Birlikte Rehni (TMK m. 855)", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIII, Y.2019, S.1, s.81.

9 Konumuz dışında kalan boyutuyla alacaklının yapılmış olan dağıtıma itiraz hakkı olduğu unutulmamalıdır. Ancak TMK m.889'daki alacaklının itirazı dağıtımın yapılmasına engel olan bir itiraz hakkı olmayıp; alacağın kendisine bir yıl içinde istenmesi isteme hakkıdır. Burada önemli olan husus muacceliyet açısından olup, alacak daha sonra muaccel olsa dahi alacaklı artık talep hakkına sahip olmasıdır. ÖZER, s.57; KAŞAK, - GÜVENÇ, s.79;

10 Taşınmazların değerinin tapuda gözükmemesine bağlı olarak dağıtımın nasıl yapılacağı konusundaki tartışmalar ve görüşler için bkz. KAŞAK, - GÜVENÇ, s.81-82.

tesisinde bir özellik bulunmaz. Arazi maliki, kullanacağı kredinin teminatı olarak arazi üzerinde ipotek tesis edebilir ve bu ipotek, miktarından veya türünden bağımsız olarak, arazinin bütününü kısıtlar. İpotek ile hak sahibine verilen yetki, geciktirici koşula bağlı olarak borcun ödenmemesine bağlı olarak alacağı elde etme amacıyla taşınmazın paraya çevrilmesini talep etmektir[11]. Malik, taşınmazında ipotek tesis ettiğinde bu sonuca katlanmakla yükümlüdür.

Her ne kadar malik ipotek hakkı sahibine, sahip olduğu tasarruf yetkisini tanımaktaysa da, ipoteğin tesisi malikin tasarruf yetkisini kaybetmesine yol açmaz; TMK m.683/I'in tanıdığı tasarruf yetkisine hala sahip olur. Tasarruf yetkisine dayalı olarak, ipotek mevcut olsa dahi, araziyi devredebileceği gibi, konumuzla bağlantılı olarak, arazi üzerinde kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurabilir. İpoteğin varlığı taşınmazın bölünmesine ya da KMK çerçevesinde bağımsız bölümlerin oluşturulmasına engel değildir, bu işlemin yapılmasında alacaklının rızası aranmaz.

İpotekle yüklü taşınmaz üzerinde kat irtifakı ya da kat mülkiyeti kurulabileceğini söylemek, derin bir eşya hukuku bilgisini gerektirmez; ancak ipotekle yüklü olan bu arazi üzerinde kat irtifakı ya da kat mülkiyeti kurulması sırasında, mevcut olan ipoteğin bağımsız bölümlere nasıl aktarılacağının yanıtını vermek o kadar kolay değildir. Arazi üzerinde kat irtifakı ya da kat mülkiyeti kurulmasının, taşınmaz çeşitliliği bakımından farkı vardır. İpoteğin ilk tesis edildiği anda arazi özelliği taşıyan tek bir taşınmaz söz konusu iken, kat irtifakına veya kat mülkiyetine geçişten sonra, hala arazi mevcut olmasına rağmen, artık tek bir taşınmaz söz konusu olmayıp; KMK kapsamında düzenlenen, bağımsız bölüm özelliğinde olan birden fazla taşınmazın varlığı gündeme gelir. Zaten ipoteğe ilişkin bu sorun da tek taşınmaz iken birden fazla taşınmazın ortaya çıkmasıyla doğmaktadır.

Aşağıda sırasıyla kat mülkiyetine geçişe bağlı, sonrasında da kat irtifakı tesisine dayalı hüküm ve sonuçlar irdelenecektir.

a. Kat Mülkiyeti Tesisine Bağlı İrdeleme

Arazi üzerinde KMK çerçevesinde kat irtifakı ya da kat mülkiyeti kurulması ile birden fazla kişinin arazi üzerindeki bağımsız bölümlere malik olmasını

---

[11] OĞUZMAN - SELİÇİ - OKTAY-ÖZDEMİR, N.3176; SEROZAN Rona,"Taşınmaz Rehni", **İÜHFM**, C.LXIV, S.2, 2006, s.301; ACAR, s.58; SCHMID-TSCHIRREN, Art.793, s.1631 vd.

sağlanmaktadır. Farklı bir şekilde birlikte mülkiyet ilişkisi yaratan KMK sistemi düşünüldüğünde sanki kat irtifakı ya da kat mülkiyeti kurulabilmesi için arazinin mülkiyetinin de birden fazla kişiye ait olması gerektiği yanılgısına rastlanabilir[12]. Gerçekten de uygulamada böyle bir yanılgı söz konusudur; oysa tek kişi malik de arazisi üzerinde, tümünde kendisi hak sahibi olacak şekilde kat irtifakı ya da kat mülkiyeti kurabilir. Bu bağlamda ipotek borçlusu konumundaki arazi maliki de, tasarruf yetkisini kaybetmediğinden, her malik gibi arazisi üzerinde kat mülkiyeti kurabilir. Kat mülkiyeti kurulması halinde arazi maliki, kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümlerin tümünün de tek maliki olur.

İpotek borçlusu malikin, kat mülkiyeti kurulması ile birden fazla taşınmaza malik olması ve maliki olduğu tüm bu taşınmazların da ipoteğin konusunu oluşturması sonucu doğar. Birlikte rehin (ipotek) olarak anılan, aynı alacak için birden fazla taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilmesi hali TMK m.855'te düzenlenmektedir[13]. "*Taşınmaz birden çok ise*" başlıklı hükme göre, "*Birden çok taşınmazın aynı borç için rehnedilmesi, taşınmazların aynı malike veya borçtan müteselsilen sorumlu olan maliklere ait olmalarına bağlıdır. / Aynı alacak için birden çok taşınmazın rehnedildiği diğer hâllerde, her taşınmazın alacağın ne miktarı için güvence oluşturduğu rehin kurulurken belirtilir. / Aksine bir anlaşma bulunmadıkça, tapu idaresi, re'sen güvenceyi taşınmazların her birine değeri oranında dağıtır.*".

Maddede birlikte rehin bakımından iki tür öngörülmektedir. Birlikte rehin hallerinden ilki "*toplu ipotek*"[14] (müşterek rehin)[15] olarak adlandırılmak-

---

[12] Bu yanılgı KMK m.57 vd. hükümlerince tek kişi malik tarafından devremülk irtifakı kurulabilecek iken tapu uygulamalarında en azından iki kişilik paylı mülkiyet birliğinin varlığı aranmaktadır. Bu konuda Özmen de Devremülk adlı eserinde bu konuda şu anki tapu dairelerinin gerekçesine dayalı yanılgıya düşerek hatalı görüş beyan etmiştir. Bkz. ÖZMEN E. Saba, **Devre Mülk Hakkı**, Olgaç, Ankara, 1988 s.111 vd.

[13] Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇETİNER, s.199 vd.; ACAR, s.235 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3216 vd.; SİRMEN, s.586 vd.; KUNTALP Erden, Taşınmaz Rehni, s. 265 vd.; ÖZER M. Tolga, *Taşınmazların Birlikte Rehni*, Filiz, İstanbul, 2015, s.26 vd.; KAŞAK - GÜVENÇ, s.61 vd.; TÜMERDEM Murat, "Taşınmaz Rehninde Belirlilik İlkesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y.8, S.32, Ekim 2017, s.347 vd.; LEEMANHans, **Kommentar zum SchweizerischenZivilgesetzbuch**, Band IV, Sachenrecht, II. Abteilung, Art. 730-918 ZGB, VerlagvonStämpfli&Cie, Bern, 1925, Art.798, N.1 vd.; SCHMID-TSCHIRREN, Art.798, s.1638 vd.

[14] "*TMK m. 855/I ve TST m. 32/I/a-b düzenlemeleri çerçevesinde birden çok taşınmazın aynı borç için rehnedilmesi, öğretide ağırlıklı olarak 'toplu rehin' (Gesamtpfand, Gesamtpfandrecht, droit de gagecollectif) şeklinde adlandırılmaktadır. Ayrıca 'ortak rehin', 'müşterek rehin', 'kollektif rehin' veya 'müteselsil rehin' kavramlarına da rastlanmaktadır.*" KAŞAK - GÜVENÇ, s.63

tadır. Bu türde alacağın teminatı olarak tesis edilecek ipotek, tek bir miktar üzerinden birden fazla taşınmaz üzerinde kurulmaktadır[16]. Bu tür bir ipotek tesis edilebilmesi için, taşınmazların tümünün aynı malike ait olması gerekir[17] ya da farklı maliklere ait taşınmazlar söz konusu ise, o zaman da teminat alınan borca ilişkin olarak maliklerin müteselsil sorumlu olmaları aranır[18].

Toplu ipotek kurma için koşulların oluşmadığı bir durumda, yani tüm taşınmazların aynı kişiye ait olmadığı ya da taşınmaz maliklerinin ayrı olması halinde borçtan müteselsil sorumlu olmadıkları halde, birden fazla taşınmaz üzerinde aynı alacak için ipotek tesis edilmek istenirse "*Paylı ipotek*"[19] gündeme gelir. Her ne kadar bu iki terim de kanunumuzun tanımlayıcı bir kurala dayanmamakta ise de, öğreti kavramları olarak isabetlidir. Elbette taraflar toplu ipotek kurabilecekken de, paylı ipotek kurmayı tercih edebilirler; buna engel bir durum söz konusu değildir[20]. Paylı ipotekte, madde ifadesinden de görülebileceği üzere, aynı alacak için yine birden fazla taşınmaz üzerinde rehin kurulmakta; ancak bu sefer ipotekle teminat altına alınan miktar, taşınmazların değerleriyle orantılı olarak paylaştırılarak her bir ta-

---

15 Öğretide baskın bir şekilde toplu ipotek kullanılmaktaysa da, TST bağlayıcı bir mevzuat kaynağı olmakla müşterek rehin terimini tercih etmesine dayalı olarak, uygulamada kopukluğa yol açmamak için bu terime de yer veriyoruz. Terim için bkz. TST m.32, m.61/II, m.62/III.

16 Bu halde tek bir ipotek hakkı mı yoksa birden fazla ipotek hakkının mı var olduğu konusu doktrinde tartışmalıdır. Bkz. ÇETİNER, s.203-204; KAŞAK - GÜVENÇ, s.75; ÖZER, s.26-27; SİRMEN, s.637

17 Belirlilik ilkesi uyarınca taşınmazların ferdileştirilmesi zorunludur. Borçluya ait tüm taşınmazlar gibi genel bir ifadeye dayalı olarak ipotek kurulması mümkün değildir. Buna genel rehin yasağı denir. ACAR, s.236-237. "*Borçlanma işlemi için yeten 'beirlenebilirliğin' ayni hakkı geçiren tasarruf işlemi için yetmemesi ve devredilecek eşyanın en geç teslim aşamasında bireyselleşmiş olmasının gerekmesi yolundaki ilke rehin hukukunda 'tahsis ilkesi' diye tanınır.*" SEROZAN Rona/HATEMİ Hüseyin/ARPACI Abdülkadir, **Eşya Hukuku**, Filiz, İstanbul, 1991, s.45; SİRMEN, s.636-637.

18 "*Ayrıca belirtelim ki, toplu ipotek kurulabilmesi için, müteselsil borçluların tamamının ipotek teminatı sağlıyor olması gerekli değildir; ancak tamamının müteselsil sorumlu olması gündeme geldiğinden burada üçüncü kişi ipoteği gündeme gelmez.*" ÇETİNER, s.203; SİRMEN, s.637.

19 "*TMK m. 855/II-III ve TST m. 32/I/c çerçevesinde birden çok taşınmazın, her birinin sorumlu olduğu rehin yükü gösterilerek rehinle yüklenmesine 'paylı rehin' (Pfandhaftverteilung, Teilpfandrecht, Aufteilung der Pfandhaft, répartitiondugage) denir. Öğretide bu minvalde 'rehin yükünün taşınmazlar arasında paylaştırılması suretiyle kurulan rehin', 'rehin yükünün birden fazla taşınmaz arasında paylaşılması', 'güvence bölünerek oluşturulan rehin', 'müşterek rehin', 'kollektif olmayan rehin' ve 'teminatın bölünmesi' kavramları da kullanılmaktadır.*"KAŞAK - GÜVENÇ, s.80.

20 ÇETİNER, s.205; KAŞAK - GÜVENÇ, s.

şınmaz üzerinde belirlenen miktar üzerinden tescil yapılmaktadır. Türlerin ayrıntısına girmeyecek olmakla birlikte, aşağıda yapılan açıklamalarımızın anlaşılması için temel noktalarını belirtmek istedik.

Kat mülkiyeti öncesi mevcut ipoteğin kat mülkiyetine geçiş ile ilgili olarak ipoteğin anılan iki türüne bağlı olarak, tek kişi malik tarafından tesisinde sorun bulunmaz. Konuyu bu açıdan da irdeleyerek, bağımsız bölüm oluşması halinde ipoteğin geçişini pekiştirmek için, KMK m.13/III hükmü ile konunun bağlantısını kurmak gerekir. İlgili hükme göre, "*Anagayrimenkulün sayfasında evvelce mevcut olan haklara ait sicil kaydı, irtifak hakları hariç, bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki sayfasına geçirilir. Anagayrimenkulün mülkiyetinin kat mülkiyetine çevrilmesinden sonra, anagayrimenkulün leh ve aleyhine tesis edilecek irtifak hakları da anagayrimenkulün tapu kütüğü sayfasına tescil edilir ve kat mülkiyeti kütüğünün beyanlar hanesinde belirtilir.*". Bu hüküm çerçevesinde arazi, kat mülkiyetine geçiş sonrasında KMK m.2/ a bendi uyarınca (üzerindeki yapı ile birlikte TMK m.718 son fıkradaki bütünleyici parça niteliği ile) anagayrimenkul niteliğine bürünmektedir. Bu konuda KMK m.13/III ile, arazi üzerinde mevcut olan bir sınırlı aynî hak olan ipotek de, kat mülkiyeti kütüğünde oluşturulmuş olan bağımsız bölümlerin sayfalarına aktarılmaktadır.

Çalışmamızdaki soruna ilişkin olarak, arazi mülkiyeti söz konusu iken toplu ya da paylı ipotek söz konusu değildir; çünkü malik kendisine ait taşınmaz üzerinde bir ipotek tesis etmektedir. Eş deyişle, ilk tescil edilme anında aynı borç için birden fazla taşınmaz ipotek konusu yapılmamışken, sonrasında kat mülkiyeti kurulması sonucu aynı borç için birden çok taşınmaz ipoteğe konu edilmiş olmaktadır. Bu nedenle sonuçların netlikle görülebilmesi için, birlikte rehnin öngörüldüğü hüküm dışında, ipotekle yüklü taşınmazın bölünmesine ilişkin konuyla doğrudan ilintili TMK hükmünün de bilinmesi zorunludur.

Arazinin TMK m.1000 hükmüne dayalı olarak bölünmesi (imar mevzuatı uyarınca ifrazı) konumuzu oluşturan kat irtifakına ve kat mülkiyetine geçişle ilintisi bulunmamaktadır. Ancak bu tür bir bölünme (ifraz) haline ilişkin olarak da, detaya girmeden özlüce belirtmemiz gerekirse, bölünen parsellerde malikin aynı kişi olması özelliğine bağlı olarak, TMK m.855 ile uyumlu olarak, yeni oluşan parsellerin değerleri ile orantılı bir değer dağıtımına gerek olmadığı düşünülebilir. Oysa Kanun koyucu bu durumda da, re'sen dağıtılma hükmü ile madde düzenlemesinin TMK m.855 ile bağını koparmaktadır. Araştırma konumuzun hacmi dışında kaldığından, bölünmeye ilişkin bu bilgiyle yetiniyoruz.

Konumuzla doğrudan bağlantılı olmayan bir diğer olasılık da, birden fazla taşınmaza malik olan kişinin TMK m.855 hükmünce, her iki taşınmazda aynı miktar üzerinden toplu ipotek kurması, sonrasında ise söz konusu taşınmazlardan birini üçüncü bir kişiye devretmesi halidir. Bu ihtimalde de, ipoteğin dağıtılması başlığı altında açıklama yaptığımız üzere, TMK m.889 ile re'sen dağıtılma yönünde hüküm tesis edildiğini görmekteyiz. İpotekle yüklü olan bir taşınmazın sonradan bölünmesi, kat mülkiyeti kurulması gibi yollarla birden fazla taşınmaz haline dönüşmesi, her birine ayrı sayfa açılması halinde ipotek miktarının aynı kalmasını arzu etmemektedir. Bu halde, emredici düzenleme ile, aynı malik üzerinde kalmaya devam etse dahi, birden fazla taşınmaz üzerinde, değerlerle orantılı olarak ipotek miktarının dağıtılmasını öngörmektedir. Bu haliyle kanun koyucunun bu durumlarda, taşınmazlar üzerinde paylı ipotek kurulmasını amaçladığı görülmektedir. Kanun koyucunun amacını (ratiolegis) anlamakla konu başlığımız altında kat irtifakı ve kat mülkiyeti tesisinin toplu ipoteğe vücut vermeksizin kanun hükmü gereği, zorunlu olarak paylı ipoteğe vücut vermesine ilişkin hüküm ve sonuçları irdelemeye geçebiliriz.

Tek bir taşınmaz iken, kat mülkiyeti kurularak birden fazla bağımsız bölüm oluşturulması; ancak malikin hala aynı kişi olarak kalması halinde ipotekte bir değişiklik yapılması, artık tapu sicil müdürlüklerini idare hukuku açısından bağlı yetki ile yükümlü kılan, kanuni bir emir oluşturulduğunu görüyoruz. Bu noktada kat mülkiyeti kurulmasına bağlı olarak oluşan bağımsız bölümlere dağıtımda esasların ne olacağının da irdelenmesinde yarar bulmaktayız. Taşınmazın TMK m.1000 çerçevesinde bölünmesi halinde, yani taşınmazların değerlerinin tespitinde zorluk yaşanacağı açıktır. Ancak kat mülkiyeti kurulmasında tapu müdürlüklerinde bu yönde bir zorluk yaşanmaz; kat mülkiyetinin kuruluşundaki özellik, normalde sorun olacak bu hususa kendiliğinden çözüm oluşturmaktadır.

KMK m.3/II 1. cümleye göre, "*Kat mülkiyeti ve kat irtifakı, bu mülkiyete konu olan anagayrimenkulün bağımsız bölümlerinden her birinin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleri ile oranlı olarak projesinde tahsis edilen arsa payının ortak mülkiyet esaslarına göre açıkça gösterilmesi suretiyle kurulur.*". Madde ile getirilmiş olan arsa paylarının tespiti zorunluluğu, kat mülkiyetinin kurulmasında bağımsız bölümlerin değerlerini tespit etmeyi de zorunlu kılar. Hatta fıkranın ikinci cümlesinde belirtildiği üzere, "*Arsa paylarının bağımsız bölümlerin payları ile oranlı olarak tahsis edilmediği hallerde, her kat maliki veya kat irtifakı sahibi, arsa paylarının yeni-*

den düzenlenmesi için mahkemeye başvurabilir.". Arsa payının düzeltilmesi davası olarak adlandırılan bu dava ile, değerleriyle oranlı bir belirleme olmadığı hallerde kat maliklerine düzeltme imkanı verilir. Buna göre, kat mülkiyeti kurulduğunda KMK m.3 uyarınca her bir bağımsız bölüme, bir arsa payı tahsisi zorunludur ve diğer bir zorunluluk da tapunun açıklığı kapsamında yer alan bu arsa paylarının bağımsız bölümlerin değerleriyle orantılı belirlenmesidir. Bağımsız bölümlerin her birinin arsa payının belirlenmesinde esasen, sistemin bütünü içinde her bir bağımsız bölümün değeri bulunarak diğerleriyle orantılı olarak tespitler yapılır. Ayrıca her zaman hatırlanması gereken bir husus da, arsa payının sadece metrekare bazında yapılan bir hesaplama olmayıp, bağımsız bölümün kat mülkiyetinin kurulma anındaki gerçek değeri ile bağlantılı bir değerleme olduğudur. Tüm arsa paylarının toplamı, aslında arazinin değerine eşittir[21].

İpoteğin mevcut olduğu arazide kat mülkiyeti kurulması halinde meydana gelen bağımsız bölümlerin kendileri de taşınmaz niteliğindedir. TMK m.704/b.3'te "*Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler*" açıkça taşınmaz olarak sayılmaktadır. Bağımsız bölümlerin taşınmaz niteliğine bağlı olarak, mevcut araziye bağlı olarak birden fazla taşınmazın varlığı gündeme gelir. İşte bu haliyle mevcut ipoteğin, TMK m.889'un uygulanmasıyla, bu bağımsız bölümlere, arsa payları ile somutlaşan değerleriyle orantılı olarak re'sen dağıtılması gündeme gelir.

Bu noktada konumuzla tam olarak bağlantısı olmamakla birlikte, bu işlemler bakımından, alacaklının itirazının sonuçlarına da kısaca değinmek isteriz. TMK m.889/II'de alacaklıya işleme sonradan itiraz etme hakkı tanınmaktadır. Yine aynı maddenin ilk fıkrasında öngörüldüğü şekilde, "*aksine bir anlaşma olmadıkça*" ifadesinden bu yönde malikin korunan hukuki yararı ile bölünmeye ilişkin resmi senede ipoteğin toplu ipotek olarak kalmasını arzu edebilir. Aynı zamanda re'sen bölünme sonrasında alacaklıların itirazı sonucu dağıtılma gerçekleşmeyebilir. Bu nedenle tüm bağımsız bölümler üzerinde temel borç ilişkisindeki borç miktarının tamamının tesciliy-

---

[21] Her ne kadar KMK m.3/I'de, "*Kat mülkiyeti, arsa payı ve anagayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyettir*" şeklinde bir ifade ile, apayrı bir mülkiyet kavramından bahsedilmekteyse de, arsa payı aslında arazinin bütünündeki hak sahipliği oranını gösterir. Arazi üzerinde kurulan kat mülkiyetinin herhangi bir şekilde sona ermesinden sonra, bağımsız bölüm maliklerinin araziye paylı mülkiyet ilişkisi gündeme gelir. Arazide oluşan bu paylı mülkiyet ilişkisindeki oranlar, bağımsız bölümlere özgülenen arsa paylarından gelir. Bu nedenle arsa payı esasen paylı mülkiyet ilişkisindeki payın, KMK ile bağımsız bölüme tahsisi ile özel bir mülkiyet haline getirilmiş şeklidir.

le, kat irtifakı ile kat mülkiyetinde temelinde yatan taşınmazda sonradan pay devri ile paylı mülkiyet birliği oluşmasına bağlı olarak, toplu ipoteğin korunmasında herhangi bir sorun bulunmaz. Bu konuda itiraz sebeplerine örnek vermek gerekirse, "aksine anlaşma olmaması" ifadesini içeren ilk fıkra hükmünce malikin yeni kredi temininin güvencesi; TBK m.127/b.1, TMK m.884/II[22] hükmünce üçüncü bir kişinin TBK m.183 vd. hükümlerince alacağı devralma koşuluyla, ipotek alacaklısına ödeme yapması halinde bu konuda sözleşme hükmü olarak toplu ipotek korunması isteğiyle hareket etmesi ihtimalinde, ipotek borçlusu malik tapudan re'sen dağıtılmayı önleyebilir. Diğer örnekle ikinci fıkra hükmündeki "alacaklının itirazı" konusunu somutlaştırmak gerekirse, re'sen dağıtılma konusunda önceden bilinçle ana cadde tam cepheli dükkana en düşük arsa payını vererek, bu oranda dağıtımla ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla satışında değer düşüklüğü ile artırma katılma arzusuna alacaklı, o bağımsız bölüm satışından alacağını itfaya dayalı olarak itiraz edebilir. Elbette ipotek alacaklısının arsa payının düzeltilmesi davası açma hakkı bulunmaz; ancak arsa paylarını HMK m.400 hükmünce delil niteliğinde olmak üzere, SPK lisanslı bir değerleme uzmanına tespit ettirme hakkı her zaman bulunur. İtirazını bu tür bir tespitle delillendirmesi elbette alacaklının lehine olacaktır. Bu tür durumlar dışında ya da bu tür bir durum olmasına rağmen alacaklının itirazının bulunmaması halinde dağıtılma yapılmış olur.

b. Kat İrtifakı Tesisine Bağlı İrdeleme

Kat irtifakı KMK'da düzenlenen bir kurumdur, ancak her kat mülkiyeti kurulması aşamasında kurulması zorunlu değildir. Arazi üzerinde zaten tamamlanmış yapılar söz konusu olduğunda kat mülkiyeti doğrudan kurulur. Ancak arazi üzerinde yapılar henüz tamamlanmamışsa o zaman kat irtifakı kurulabilir. Kanundaki tanıma göre, "*Bir arsa üzerinde ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak veya yapılmakta olan bir veya birden çok yapının bağımsız bölümleri için o arsanın maliki veya ortak malikleri tarafından bu Kanun hükümlerine göre kurulan irtifak hakkına*" (KMK m.2/c bendi) kat irtifakı denir[23].

---

[22] Borçlar kanunumuzun halefiyete ilişkin genel hükmünün aksine, TMK m.884 hükmünde halefiyet terimine yer vermeksizin, fıkra II'de "Alacak, borcu ödeyen malike geçer" şeklindeki ifade ile terim birliğini gözetmemekle hatalı olmuştur.

[23] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.2149 vd.; SİRMEN, s.496; ÖZMEN E. Saba/VARDAR HAMAMCIOĞLU Gülşah: **Kat İrtifakı**, XII Levha, İstanbul, 2015, 2. Baskı, s.31 vd.

Arazide ipotek mevcutken kat irtifakı kurulması halindeki sonuçlar kat mülkiyetine bağlı olasılıkta olduğu kadar kolay olmayacaktır. Kat mülkiyeti halinde, yukarıda anıldığı şekilde TMK m.704 uyarınca yine taşınmaz niteliğinde bağımsız bölüm oluşmaktadır. Bu nedenle bir sınırlı aynî hak olan ipoteğin aktarılması ve oluşan yeni taşınmazlara dağıtılması kolayca anlaşılabilir. Oysa kat irtifakının niteliği ipotekle bağını kurmayı ilk anda zorlaştığı düşünülebilir. Kat irtifakı konusunda sağlıklı sonuçlara ulaşabilmek için kurumun niteliğine ilişkin saptamanın doğru yapılması gerekir.

Araştırmanın hacmi gözetildiğinde, kat irtifakının bir irtifak hakkı olarak kabul etmeyen görüşler[24] hemen dışlanmalıdır. Her ne kadar doktrinde ağırlıktaki görüş bu yönde ise de, uygulama asla bu yönde değildir. Uygulamada irtifaklar sütununa yazım yapılmaktadır. Kat irtifakının niteliğine ilişkin olan bu tartışmanın temelinde, TMK m.779/II (eMK m.703/II) hükmü yatar. İlgili fıkra, "*Yapma borçları, irtifaka başlı başına konu olamaz; ona ancak yan edim olarak bağlanabilir*" şeklindedir. Bu fıkrayı temel alan görüş, kat irtifakı kurumunda inşaatı tamamlama yükümlülüğünün (KMK m.26/I) varlığı nedeniyle eşyaya bağlı borç niteliği taşıdığını; bir yapma borcu mevcut olduğundan irtifak olamayacağını belirtmektedir. Bu görüşe katılmadığımızı, irtifak niteliği taşıdığına ilişkin yeterli gerekçelerin bulunduğunu tekrar belirtmek isteriz[25]. Kat irtifakının sınırlı ayni haklar içinde yer almasının temel gerekçesi basittir; kat irtifakı arazi mülkiyetinde paya bağlı olarak bölünemez eşya (TMK m.688/I) özelliğindeki arazide ayni haklara hâkim olan "belirlilik (muayyenlik) ilkesi" gereği tüm paydaşlara projeye dayalı inşa edilecek ve kat mülkiyetine geçişle cismani hale gelecek bağımsız bölümlerin bu şekilde bölünmesine dayalı yararlanma hakkı uygulanmakta iken diğer tüm kat irtifakı sahiplerine katlanma borcu yükler[26].

İsviçre Medeni Kanunda yer almayan kat irtifakının, KMK'na konuluş amacı (ratio legis, hikmet-i vücudu) henüz inşaatın tamamlanmadığı hallerde paylı mülkiyete dayalı satışlarda bağımsız bölümlerin belirli olmasını sağlamaktır. Böylece geçmişte yaşanan ve paylı mülkiyet ilişkisi yaratan durumlardan kaynaklanan olumsuz sorunlara çözüm getirilmek istenmiştir. Böylece alıcıların güven duyabilmeleri için, mükerrer satışlar önlendiği gibi paylı mülkiyete dayalı paylaşım anlaşmalarının nisbiliği gereği herkese karşı ileri sürülememesi sorununu da çözülmüş olmaktadır.

---

[24] Tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 49-52.

[25] ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, s.50.

[26] ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, s.298.

Öte yandan medeni hukukun paya bağlı bir irtifaka yabancı olduğu da söylenemez. Konunun can alıcı gerekçelerinden biri de kanımızca Tapu Kanunu m.26/I'dır. Tapu Kanununda 1954 yılında yapılan değişiklikle[27] arazide bir inşaatın olması veya yapılmak istenmesi halinde, KMK öncesi çözüm olarak paya bağlı irtifak hakkı kurulması öngörülmekteydi[28]. İlgili hüküm, "*Mülkiyete, mülkiyetin gayrı ayni haklara ve müşterek bir arzın hissedarları veya birbirine muttasıl gayrimenkullerin sahipleri arasında bunlardan birinin veya bir kaçının o gayrimenkul üzerinde mevcut veya inşa edilecek binanın, muayyen bir katından veya dairesinden yahut müstakillen istimale elverişli bir bölümünden munhasıran istifadesini temin gayesiyle Medeni Kanunun 753'üncü maddesi hükümlerine göre irtifak hakkı tesisine veya tesisi vadine mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir*" şeklindedir. Buna göre, bir arazi üzerinde paylı mülkiyet olmasına rağmen ve üst arza tabidir kuralı söz konusu iken, arazi üzerinde bir inşaat yapılmak istenmesi ya da mevcut olan üzerinde bir hak sahipliği oluşturmak için paya bağlı olarak irtifak hakkı tesis edilmesi mümkündür. Daha fazla detaya girmeden gerekçemizi güçlendirecek olursak pay, konusu eşyadan (araziden) ayrı olarak bir taşınmaz niteliğine sahip değildir. Taşınmaz üzerindeki payların taşınmazmış gibi işleme tabi tutulması söz konusudur[29]. Niteliği gereği tapu sicilinde taşınmaz gibi tescile[30] ve de niteliği ile bağdaştığı ölçüde intifa, ipotek, taşınmaz yükü ve devre mülk gibi kat irtifakına da konu olması şaşırtıcı gelmemelidir.

Niteliği bu şekilde ortaya konulan kat irtifakı kurulması ile, öncesinde arazi mülkiyetine dayalı tesis edilmiş ipoteğin ayrı malike ait olduğu durumda sonuçları irdeleyebiliriz. Bu irdelemeye geçmeden belirtmek gerekirse, kat irtifakı artık anagayrimenkul kütük sayfasında tescile tabi olmakta iken 5711 sayılı KMK değişikliği[31] sonrası artık tapu kütüğünde ayrı sayfaya kayıt edilmektedir. İşte bu durumda arazi üzerinde mevcut ipoteğin aynı malik tarafından kat irtifakı kurulması halinde tüm bağımsız bölümlere akta-

---

27 6/1/1954 - 6217/m.1.

28 KMK'nın yürürlüğe girmesiyle uygulaması yaygınlaşmayan bu kurum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, s.206-207

29 Bu konuda bkz. ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, s.219; SİRMEN, s.281; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.1238.

30 TST m.28 vd.

31 KMK m.11/I *"Kat mülkiyeti ve kat irtifakı, Tapu Sicili Tüzüğüne göre tutulacak kat mülkiyeti kütüğüne tescil olunur. Bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça, tescille ilgili genel hükümler, kat mülkiyeti kütüğüne yapılacak tescillerde de uygulanır".*

rılması işlemi bir üst bölümde kat mülkiyetine geçiş halinde açıklamalarla aynı olmaktadır. Burada da tüm bağımsız bölümlerin mülkiyetine sahip olan kişi, arazi maliki olduğundan bir sorun bulunmaz; önceki açıklamalar geçerliliğini korur. Bu defa kat mülkiyetinden farklı olarak TMK m.704/b. hükmünde düzenlendiği gibi, kat irtifakına konu bağımsız bölüm ayrı bir taşınmaz mülkiyeti konusu olmayacaksa da, artık taşınmaz paylarının dahi taşınmazmış gibi işlem gördüğü[32] karşısında, artık hele bir de ayrı sayfaya payların kaydına dayalı irtifak tesisi ile birlikte salt TMK 889 hükmünde yer alan bir kısmının ifadesi altında paylı mülkiyete dayalı hukuki nitelik bu yönde ipoteğin dağıtılmasına tamamen elverişli bir zemin hazırlar.

Bir taşınmaz üzerinde kat irtifakı kurulması sırasında da arsa paylarının belirlenmesi zorunludur. KMK m.3'te sadece kat mülkiyeti değil, kat irtifakı kurulmasında da, arsa paylarının değerlerle orantılı olarak özgülemesinin yapılması gerekir. Bu nedenle, kat irtifakının kurulması halinde de, sonradan kat mülkiyetine dönüşmekle taşınmaz niteliğini kazanacak olan bağımsız bölümlere özgülenen arsa paylarına bağlı olarak ipoteğin dağıtılması mümkündür.

B. Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakının Kurulmasından Sonra Üçüncü Kişiye Devir Halinde İpoteğin Durumu

a. Kat Mülkiyetinden Sonra Üçüncü Kişiye Devir Halinde

Arazi üzerinde sonradan bir kat irtifakı veya kat mülkiyeti sistemine bağlı bağımsız bölümler oluşturulması halinde, tek kişi malik tarafından kurulması veya sonradan tapu sicil müdürlüklerinde tüm bağımsız bölümlere ipotek miktarının tamamının tescili ile yüklü olarak üçüncü kişilere devredilmesi hali, yukarıda taşınmazların malik adına tescil edilmiş olmasından farklı sonuçlara sahiptir. Bu şekilde edinilen taşınmazın üzerinde, girişte örnekle açıklandığı üzere, proje başlangıcında tesis edilmiş olan tüm ipotek miktarının aktarılması halinde yeni malik ve haleflerinin bu sonuca katlanmakla yükümlü olacağı açıktır. Ancak mevcut tapu uygulamasında TST m.60 uygulanıp, TMK m.889 hükmündeki resen dağıtılma kuralına uygun davranılmaması sonucunda bu sonucun ortaya çıktığı da bir gerçekliktir.

İlk olasılıkla ipotek borçlusu konumundaki malikin değişmemesi halinde, kredi ödenmediği takdirde satışa çıkarılacak olan yine borçlu olan mali-

---

[32] ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, s.45

kin mülkiyetindeki bir taşınmazdır. Bu halde ayni malike ait olan birden fazla taşınmaz üzerinde ve aynı miktar üzerinden kurulmuş bir ipotek söz konusu olur. Fiili uygulamanın bir toplu ipoteğe vücut verdiği görülebilir. Malikin aynı kaldığı hallerde alacaklının ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesinde bir sorun yaşanmaz. Yaşanabilecek sorunlardan biri, ipoteğe konu alacak bakımından TBK m.84 hükmünce kısmi ifanın varlığı olabilir. İpotekle teminat altına alınan borcun ifa edilmiş kısmına bakarak, TMK m.873/III "*Aynı alacak için birden çok taşınmazın rehnedilmiş olması hâlinde, rehnin paraya çevrilmesi istemi, taşınmazların tamamı hakkında yapılır. Bununla birlikte, icra dairesi onlardan ancak gerektiği kadarını paraya çevirir*" şeklindeki hükmü uygulanabilir. Bu noktada hükmün uygulanması sonucunda, alacaklının menfaatinin dikkate alınmış olup olmayacağı tereddüt yaratabilir. Bu nedenle bilinçli bir yaklaşımla eğer kısmen ifa ile ipotek konusu borcun ciddi anlamda bir ödeme ile azaltıldığı hallerde, yani bakiye borcun birden fazla taşınmazda alacağın tümüyle konu olması halinde, icra memurunun takdirine bırakılmak istenmeyebilir. Bu sonuç, TMK m.889 hükmünün devreye sokularak, TMK m.873/III hükmünce satışa çıkacak taşınmazların borçlu malik yararına belirlenmesi ile sağlanabilir[33].

İkinci olasılık olarak, söz konusu arazi kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulduktan sonra bir bağımsız bölümün üçüncü kişiye devredilmesi sonrasında ipoteğin paraya çevrilmesi gündeme geldiğinde üçüncü kişi kredi borçlusu olmamasına rağmen (evleviyetle müteselsil borçluluk ilişkisi söz konusu olmamasına rağmen) sınırlı aynî hakkın kendisine karşı ileri sürül-

---

[33] "*Toplu rehinle yükümlü taşınmazların paraya çevrilmesine gelince, bu husus 743 sayılı Türk Medeni Kanununun 788 (4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 873) maddesinde düzenlenmiş; (...) Buna göre; toplu rehin durumunda, ipotek alacaklısı, alacağı gününde ödenmemişse açıklanan yasa hükmü gereği toplu (birlikte rehin) kurulmuş olan taşınmazların her ikisinin de aynı zamanda satılmasını talep etmek zorundadır. Toplu rehin taşınmazlar ister aynı malikin ister müteselsil borçlu farklı maliklerin olsun bu kural uygulanacaktır. Bu zorunluluk alacaklının istediği taşınmazı sattırarak keyfi davranmasını önlemeye yöneliktir. İşte bu nedenledir ki, yasaca satış talebi için getirilen bu zorunluluk, satışın uygulanması yönünden getirilmemiştir. Her iki taşınmazın satışı yasa gereği birlikte istenmiş olsa bile bu ipotekli taşınmazlar aynı anda satılmayacak, yine yasanın açık hükmü gereği icra müdürlüğünce ancak satışı zorunlu olanlar satılacaktır*. (...)" Yargıtay HGK, 27.11.2002, E.2002/12-823, K.2002/1020. "(...) *rehinli taşınmazın birisinin paraya çevrilmesi ile alacağını elde ederse diğer taşınmazlar üzerindeki rehin sona erer. MK.nun 788. maddesi gereği alacaklı rehinli taşınmazların tamamının paraya çevrilmesini istemek zorunda ise de hangi taşınmazın önce satılacağı konusunda seçimlik hak icra müdürüne aittir.*" Yargıtay 12. HD, T. 23.11.2001, E. 2001/17448, K. 2001/19796 Benzer ifadeler kullanan yakın tarihli bir karar için bkz. Yargıtay 12 HD, E.2020/1059, K.2020/4586. legalbank.net (erişim tarihi 26.04.2022). Ayrıca bkz. GÜRSOY/EREN/ CANSEL, s. 1040; ACAR, s. 248.

mesi sonucu sonradan malik olduğu taşınmazdaki, alacağın tümüyle yüklü ipoteğin paraya çevrilmesine katlanma borcu altına girer. Çalışmanın incelediği sorun da zaten bu noktada ortaya çıkmaktadır.

Arazi maliki, ipotek tesisi sonrasında tasarruf yetkisi çerçevesinde kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurduğunda, yukarıda açıklandığı üzere, söz konusu ipotekle teminat altına alınan miktarın tümünün bağımsız bölümlere aktarılması artık TMK m.889 hükmü uyarınca zorunludur. Bu tapu sicil müdürlüğünde eski hükümden TST m.60 hükmü uyarınca yapılmayacağı bilinmekle, ortaya şu manzara çıkar: Malik tasarruf yetkisi ile herhangi bir bağımsız bölümün mülkiyetinin üçüncü kişiye devrettiğinde yeni malik bağımsız bölümün mülkiyetini ipotekle ve fakat dağıtılmamış, bu özellikle ipoteğin bağlı olduğu (TBK m.131) tüm alacak miktarıyla yüklü olarak kazanır. Bu halde, ileride kredi borcunun ifasının yapılmaması, borçlunun temerrüdü sonrasında alacaklının ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibine geçerek bağımsız bölümün satışını gerçekleştirmesine katlanma borcu söz konusudur. Bağımsız bölümü satın almış olan çoğu halde tüketicinin, edindiği bağımsız bölüme ödediği değerle alakası olmayan bir borçla sorumlu tutulması yolundaki yanlışlığın düzeltilmesi gerektiği açıktır.

Ayrıca TMK m.855 hükmü hatırlandığında, toplu ipotek, ancak ipotek konusu yapılacak taşınmazların aynı kişiye ait olması ya da farklı kişilere aitse de asıl borçtan müteselsilen sorumlu olmalarına bağlı tutulmuştur. Kanuni düzenlemenin sınırlı sayıda öngördüğü toplu ipotek, ancak bu iki halin varlığı halinde kurulabilir; bu koşulların sağlanmaması halinde toplu ipotek kurulması mümkün değildir. Hal böyleyken, tapu müdürlüklerinin, açıkça TMK m.889'a kanun hükmüne aykırı olarak yaptığı bu uygulamalar, aynı zamanda TMK m.855 hükmüne aykırı bir sonuç da yaratmaktadır. Tapuda bağımsız bölümlerin oluşturulması sonrasında, üçüncü kişilere devirler sonrasında, ipotekle yüklü olan birden fazla taşınmaza farklı kişiler malik olmakta; ancak bu malikler asıl borçtan müteselsilen sorumlu olmamalarına rağmen tüm bağımsız bölümler üzerinde aynı miktar üzerinden tek ipotek varlığını sürdürmektedir. Bu halde kanuna aykırı bir toplu ipoteğin bulunduğu açıktır.

Tekrar tartışmasız sonucuyla belirtmek gerekirse, "Taşınmazın bölünmesi" başlıklı TMK m.889 hükmü, bir taşınmazın ipoteğin kurulmasından sonra bölünmesi halinde ipoteğin akıbetini düzenlemektedir. İlgili hükmün ilk fıkrasında göre, "*İpotekli taşınmazın bir kısmının veya aynı malike ait bulunan ipotekli taşınmazlardan birinin başkasına devredilmesi ya da ipotekli taşınmazın bölünmesi hâlinde, aksine bir anlaşma yoksa, rehin taşınmazlara de-*

ğerleri oranında tapu idaresince re'sen dağıtılır.". Madde düzenlemesi ipotekli taşınmazın bölünmesi veya bir kısmının paylı hale dönüşmesi yolundaki ifadesiyle kat mülkiyeti ve kat irtifakı olasılığını barındırmadığından bahisle, deyimsel yorumla uygulanmama sonucu bağlanması doğru olmaz. Her ne kadar maddede kurumlardan bahsedilmemekteyse de, düzenlemenin arazide bağımsız bölümler oluşturulması haline kıyasen uygulanmasının hiçbir tereddüt barındırmayacağını gerekçelendirmiş bulunmaktayız.

Çalışmada andığımız TMK m.889 ile TMK m.855 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi halinde kanun koyucunun maddeleri getirmesindeki amacın, kolaylıkla anlaşılabileceğini düşünmekteyiz. Buna göre kanun koyucu birden fazla taşınmaz, aynı borç için ipoteğe konu edildiğinde temel borç ilişkisinde borçtan sorumlu kişi ya da müteselsil borçlu sıfatını taşımayan kişiler ile (TMK m.881/II'de yer alan, "*İpoteğe konu olacak taşınmazın, borçlunun mülkiyetinde bulunması gerekmez*" şeklindeki hüküm gereği) ipoteğe konu taşınmazı edinen borçlu olmayan kişiler arasında bir farklılık yaratmak istemektedir. Bu kurallarla, bu tür ipotekle yüklü taşınmazlardan birinin üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde, kanun koyucu yeni malikin adeta müteselsil borçluymuşçasına, adlarına tescil sonrası ipotek konusu borcun tamamıyla sorumlu olmalarını arzu etmemiştir. İpotekli taşınmazdan ayrılan, doğal sonuçla daha küçük bir parseli edinen bir kişinin, taşınmaz üzerindeki tüm ipotek yüküne katlanmasını istemek uygun değildir. Hele TMK m.873'ün gereği olarak salt icra memurunun takdirine bırakılarak, kolay satılabilecek olma özelliğiyle bir kısmı ödenmiş ipotekle teminat altına alınmış bakiye bedelin, tümünün dağıtılmaksızın bir bağımsız bölümden teminini adil bulmamaktadır. İşte bu çalışmanın hedefi de, uygulamada en çok sıkıntı yaratan boyutuyla ön ödemeli konut satışlarında, kanun koyucunun arzusuyla paralel olarak, bir proje kapsamında bağımsız bölüm satın alan tüketicilerin tüm taşınmazın üzerindeki ipotek yüküne katlanmaması yolunda TMK m.889 hükmünün, yeni düzenlemesiyle uyumlu TST hükmünde değişikliğe gidilmesinin zorunluluğunu işaret etmektir.

b. Kat İrtifakından Sonra Üçüncü Kişiye Devir Halinde

Kat irtifakının devri konusunda da benzer sorunlar gündeme gelir. Hatırlanacağı üzere, üst hakkı ve kaynak hakkı kural olarak devredilebilir; diğer irtifaklar kural olarak devredilemez ve intifa ile oturma hakları ise hiçbir şekilde devredilemez özelliktedir[34]. Sınırlı aynî hak içinde bir irtifak hakkı ola-

[34] SİRMEN, s.585, s.604; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.2743 vd.

rak kabul ettiğimiz, İsviçre Medeni Kanununda yer almayan[35], ancak hukukumuzda yaygın bir biçimde uygulaması bulunan kat irtifaklarının devredilebilirliği[36] konusunda kanunda bir hüküm mevcut olmadığını saptamak gerekir. Bu sonuç yadırgatıcı gelmemelidir, çünkü arsa payına bağlı bir irtifak olması düzenlendiğinden, temelinde yatan paylı mülkiyetin de TMK m.688/son fıkra hükmünce hak sahibine tanıdığı tasarruf yetkisi ile devredilebilir bir hak olması zaten bizi bu sonuca götürmektedir. Kaldı ki, devamında dönüşeceği kat mülkiyetine tabi bağımsız bölüm ile zaten ayrı bir mülkiyet hakkı konusu taşınmaz ortaya çıkar ve devredilebilir. Açıklanan bu nedenlerle kat irtifakının devredilebilir olduğu konusunda herhangi bir tereddüt olmamalıdır. Zaten uygulamada da kat irtifakına dayalı devir yapılmaktadır.

Kat irtifakına dayalı bir devrin, TMK m.889 hükmünce kat mülkiyetinde vardığımız sonuca götürüp götüremeyeceği konusunda tereddüt yaşanabilirse de, bu tereddütün yersiz olduğunu hemen söylememiz gerekir. Maddede yer alan "*ipotekli taşınmazın bir kısmının ... başkasına devri*" kapsamında, taşınmazda ipotek mevcut iken payın devri halinin de mümkün olabileceği düşünülmelidir. Eşya hukuku ilkeleri açısından anılan hükmün taşınmazda mevcut ipotek hakkının tesisinden sonra malikin pay devri yapması halinde de ipotek değerinin paylara oranlı dağılımını zorunlu kılar; bu zaten pay devrinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkar.

Pay, yukarıda andığımız niteliği ile taşınmaz sayılmamışsa da, taşınmazmış gibi işlem görmektedir. Bu nedenle TMK m.688/son ve TMK m.857/I hükümleri çerçevesinde bağlı bulunduğu taşınmazdan ayrı bir hak objesi olarak ipotek konusu edilebilmektedir. İşte tek kişi mülkiyetine konu iken ipotek ile yüklü hale getirilen arazide, üçüncü kişiye yapılan pay devri ile (bir kısım payın ipkası ile[37]) paylı mülkiyet birliği oluşmaktadır. TMK

---

[35] ZGB 712 a-t maddelerinde düzenlenen kat mülkiyeti sisteminde, bizde düzenlenmiş olan kat irtifakı uygulaması yaratılmamış; sadece kat mülkiyeti kurulması sistemi benimsenmiştir. Bu konuda 1965 yılında yapılan değişiklikleTMK'nun 689/II hükmü ile getirilen yararlanma ve yönetim anlaşmalarının şerhine benzer bir değişiklikle kat mülkiyeti sistemine olan ihtiyaç TMK sistemi içinde giderilmiştir. Ülkemizde Oğuzman da bu yönde bir düzenlemeyi önermişse de, bizim kanun koyucumuz ayrı bir kanun ve hukuki kurum ile sorunları çözmeyi tercih etmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.

[36] Kat irtifakının irtifakların hak sahibinin tayini açısından yapılan ayrım bakımından ayrı tutulması gerektiği hakkında bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY/ÖZDEMİR, N.2751-2753.

[37] Sözlük anlamı olarak "*Yerinde, önceki durumunda bırakmak*"tır. Taşınmazların mülkiyeti bakımından da bir malikin kendi hak sahipliği içinde pay yaratarak, bir kısmını başkasına devretmesine rağmen; bir kısmını kendisinde tutması anlamındadır. Malikin taşınmazın tümünde mülkiyet hakkına sahipken bütününde bir pay yaratarak bir kısmını devretmesi ya da

m.889 hükmüne bağlı olarak, arazi değerine bağlı tesis edilmiş ipotek, üçüncü kişi ile oluşan paylı mülkiyet ilişkisinde mevcut ipotek miktarı, payların değerleri ile orantılı olarak dağıtılmalıdır.

Kat irtifakına geçilme ile birlikte tüm bağımsız bölümlere, paylı mülkiyet temelli arsa payları tahsis edildiğinden, irtifakın tesisi sonrasında zaten tümünün değerleri bilinir hale gelir. Bu halde kat irtifakının tesisinde de, yukarıda tek kişi malik iken yapılacak olan TMK m.889/I'in takdir hakkına yer vermeyen emri ile teminat miktarı kat irtifakına konu bağımsız bölümün sayfasına, arsa payı ile oranlı olarak kaydedilecektir. İrtifakın üçüncü kişiye devri halinde de, arsa payıyla orantılı dağıtılmış miktarla yüklü devir söz konusu olup; herhangi bir sorun yaşanmayacaktır.

SONUÇ

Uygulamada tapu müdürlükleri tarafından, TMK m.889 hükmünde yer alan "re'sen" ifadesi hiç dikkate alınmaksızın, eMK m.804 hükmüyle bağlantılı olan TST m.60 hükmüne dayalı olarak işlem yapılması, özellikle tüketicilerin büyük miktarlı ipoteklerle karşı karşıya gelmesine yol açmaktadır. TST m.60'taki alacaklının onayı olmadan dağıtımın yapılamaması esaslarının uygulanmasına dayalı olarak, tapu müdürlüklerinin taşınmaz üzerinde kurulan büyük miktarlı ipotekleri sonradan tesis edilen kat irtifakı ve kat mülkiyeti sistemindeki bağımsız bölümlere, aynı miktar üzerinden aktarması TMK m.889 hükmüne aykırıdır.

Taşınmazın ipotek borçlusu malik üzerinde kalarak ve kat mülkiyeti kütüğünde oluşturulan bağımsız bölümlerin tümünün aynı malike ait olarak kalması halinde, yine de sorun yaşanmayabilir. Ancak kanun koyucu bu halde dahi istisna getirmemiş; toplu ipotek gibi tesis edilmesini ancak tarafların iradesiyle olduğu takdirde kabul etmiştir.

---

paylı mülkiyet ilişkisi içinde paya sahip olan bir malikin payının tamamını değil de, bir kısmını başkasına devretmesi hallerinde terimin kullanımı gündeme gelir. İfadenin bir Yargıtay kararına yansıması şu şekildedir: "*Çekişme konusu 243 ada 148 parsel sayılı taşınmazda davalılar ve dava dışı bir çok kişinin paydaş olduğu, davalıların paylarını satış suretiyle edindikleri ... vekili ...'ün 243 ada 148 parseldeki 30859/510880 payın ipkası ile 8000/510880 payı 04.07.1979 tarihli akitle ...'ya, satış suretiyle temlik ettiği, daha sonra 5579/510880 payın ipkası ile 17216/510880 payın ...'a, 8064/510880 payın ...'a 06.07.1979 tarihli akitle satış suretiyle temlik edildiği, bu satış işlemlerinden sonra tapu idaresinin 5579 payın ipkaen tescilini yaptığı, ancak temlike konu 30859 payın terkinin unutulduğu ardından 1979, 1980 ve sonraki yıllarda davalılara da pay satışlarının anılan pay üzerinden yapıldığı kayden sabittir.*" Yargıtay 1. HD, E: 2015/13600, K: 2016/2409. www.kazancı.com (Erişim tarihi 28.03.2022).

İpotekle yüklü olarak kaydedilen bağımsız bölümlerin, üçüncü kişilere devri ise daha da büyük sıkıntılara yol açmaktadır. Birden fazla ve farklı kişilere ait olan taşınmazlar üzerinde aynı miktar üzerinden ipotek devam etmekte, TMK m.855 hükmüne aykırı olarak tapu müdürlüklerin kanuna aykırı uygulaması ile toplu ipotek oluşturulmaktadır.

Bu halde tapu müdürlüklerinin yanlış ve hukuka açıkça aykırı uygulamasına dayalı olarak, bir projeden bağımsız bölüm edinen tüketici[38], satıcıya ya da yükleniciye ödediği miktarın onlarca katı kadar miktarla sorumlu tutulmaktadır. Bu şekilde taşınmazının değeri ile orantılı olarak tesis edilmemiş bir ipotekle sorumlu olan tüketicinin zararının varlığı halinde, TMK m.1007 uyarınca devletin tapu sicilinin tutulmasından kusursuz sorumluluğuna başvurabileceği açıktır.

Aslında bu öneriden pek hoşlanmasak da, (çünkü hem yargı kararı hatasının kanun değişikliği ile önlenmesi önerilerine sıcak bakmamakta; içtihatların mahkemelerde verilen kararlarla düzeltilmesini arzu etmekteyiz.) kanun koyucunun bu konuyu açıkça düzenlemesi de düşünülebilir. Buna göre, "*İpotekle yüklü bir taşınmaz üzerinde kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulması halinde, mevcut ipotek bağımsız bölümlerin sayfalarına arsa payları ile orantılı olarak taşınır*" şeklinde bir ek fıkra ile konu hem doktrin hem de uygulama bakımında net bir hale getirilebilir. Bu tür yanlış uygulamalarla en çok tüketicilerin karşılaştığı dikkate alındığında, onların mağduriyetleri bakımından kısa sürede bu sorunun çözülmesinde fayda olduğunu düşünmekteyiz.

---

[38] Diğer yönden, dağıtılma yolunda işlem tesis etmeyen idare hakkında idare hukukunda susma ile red vücut verecek talebin altmış gün içinde yerine getirilmemesi halinde ki bu sonucun net olduğunu düşünmekteyiz, idari yargıda iptal davası açılarak işlem yapılması gerektiği söylenebilecekse de, önerdiğimiz yolun uzun bir zaman diliminde sonuçlanacak olması nedeniyle uygun olmadığının biz de farkındayız. Anılan davanın Türk hukuk sisteminde en az üç dört yıl sürebileceği yanında, Danıştay'ın bu tür idarenin susmasına dayalı açılan davalardaki tutumu nedeniyle büyük olasılıkla reddedilecek olmasına bağlı olarak sonuç alınamama ihtimali de oldukça yüksektir.

KAYNAKÇA

ACAR Faruk, **Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi**, B.2, Vedat, İstanbul, 2017,

ÇETİNER Bilgehan, **Taşınmaz Teminatı**, Filiz, İstanbul, 2015

HELVACI İlhan, **Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, Filiz, İstanbul, 2008

KAŞAK F. Erdem - GÜVENÇ İpek,"*Taşınmazların Birlikte Rehni (TMK m. 855)*", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIII, Y.2019, S.1, s.61-92

KUNTALP Erden, **Anapara ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayırımı**, Türkiye Bankalar Birliği, Ankara, 1989 (İpotek)

KUNTALP Erden,"*Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*", **Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan**, İstanbul, 1995, 263-298 (Teminat)

KUNTALP Erden,"*Aynı Alacak İçin Birden Çok Taşınmazın Rehni*", **Yiğit Okur'a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, s.265-293 (Taşınmaz rehni)

LEEMANHans, **Kommentar zum SchweizerischenZivilgesetzbuch**, Band IV, Sachenrecht, II. Abteilung, Art. 730-918 ZGB, VerlagvonStämpfli&Cie, Bern, 1925

OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİRSaibe, **Eşya Hukuku**, B.23, Filiz, İstanbul, 2021

ÖZER M. Tolga, **Taşınmazların Birlikte Rehni**, Filiz, İstanbul, 2015

ÖZMEN E. Saba, **Devre Mülk Hakkı**, Olgaç, Ankara, 1988

ÖZMEN E. Saba, *"Tapu Daireleri Uygulamaları Üzerine Düşünceler"*, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.86, Y. 2012, S.4, s.42-54

ÖZMEN E. Saba/VARDAR HAMAMCIOĞLU Gülşah, **Kat İrtifakı**, B.2, XII Levha, İstanbul, 2015

SCHMID-TSCHIRREN Christina, **OrellFüssliKommentar**, ZGB KommentarSchweizerischesZivilgesetzbuch, 3. Auflage, OrellFüssliVerlag, Zürich, 2016

SEROZAN Rona,"Taşınmaz Rehni", **İÜHFM**, C.LXIV, S.2, s.301-323.

SEROZAN Rona/HATEMİ Hüseyin/ARPACI Abdülkadir, **Eşya Hukuku**, Filiz, İstanbul, 1991

SİRMEN Lale, **Eşya Hukuku**, B.8, Yetkin, Ankara, 2020

TÜMERDEM Murat,"Taşınmaz Rehninde Belirlilik İlkesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y.8, S.32, s.337-365.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 877-896

DE L'EXECUTION EN NATURE EN DROIT PRIVE TURC(*)

Doç. Dr. **K. Berk KAPANCI**(**)
Doç. Dr. **Başak BAŞOĞLU**(***)

Résumé: Normalement une obligation tend à l'exécution. A cet égard, l'exécution est l'accomplissement de la prestation due au créancier. Quant à l'exécution en nature, elle signifie la requête du créancier sur la même matière envers le débiteur. Pour le droit turc, qui fait partie du monde de droit civil (civil law), elle constitue, si on l'explique avec une allégorie qui y va bien, «l'épine dorsale» de l'obligation, composant non un remède mais une extension naturelle de l'obligation, c'est à dire, elle est en principe tout à fait réclamable. En fait, c'est un recours accordé au demandeur en cas de d'inexécution du contrat par le débiteur, et par lequel celui-ci peut être condamné à exécuter son engagement dans les termes précis où il l'avait contracté. Mais comment le créancier va le demander en droit si le débiteur persiste à ne pas prendre une action pour le réaliser ? La réponse est bien nette: On le lui «rappelle gentiment» avec les procédures de l'exécution forcée. Ces moyens sont tous prévus pour faire pression sur le débiteur et le déterminer à exécuter ce qu'il doit envers le créancier. Notre travail ci-près vise à expliquer les règles principales en droit turc, qui est lui-même inspiré de droit suisse, sur l'exécution forcée en nature pour tous les différents types d'obligation.

Mots-clés: Exécution en nature, Mesures de contrainte, Obligation de donner, Obligation de faire, Obligation de ne pas faire.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2022 - Makale Kabul Tarihi: 07.05.2022.

(**) MEF Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0002-6540-5872; *kapancib@mef.edu.tr*).

(***) Pîrî Reis Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0002-4093-0136; *bbasoglu@pirireis.edu.tr*).

TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA AYNEN İFA TALEBİ

Öz: Bir borcun olağan sona erme yolu ifadır. Bu bağlamda ifa, alacaklıya karşı borcun yerine getirilmesini ifade eder. Aynen ifa ise, alacaklı tarafından borçluya yöneltilen talebi ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Kıta Avrupası (Civil Law) hukuk geleneğini takip eden Türk Hukukunda, aynen ifa borcun bel kemiğini teşkil eder, açılacak olursa aynen ifaya yönelik olan talep borcun (diğer yönden alacağın) doğal bir uzantısıdır, dolayısıyla kural borcun aynen ifasıdır. Aynen ifa talebi, alacak hakkının sahibi borcunu yerine getiremeyen borçlunun bu uğurda harekete geçmesini ve borcu yerine getirilmesini sağlamaktadır. Peki, alacaklı hukuken talebini boşa çeviren borçlu karşısında ne yapabilir, nasıl hareket edebilir ? Cevap bellidir, eğer borçlu talebi boşa döndürürse bu kez ona aynen ifaya yönelik yaptırımlar diziniyle «nazikçe bir hatırlatmada» bulunulacaktır. Bu yaptırımlar, alacaklının borçlu üzerinde baskı meydana getirmek üzere tasarlanmış özel hukuki imkânlardır. İşbu aşağıdaki çalışmamız, İsviçre Hukuku'ndan ilham alan Türk Hukuku'ndaki farklı borç türleri özelindeki aynen ifa talebini ve bu talebin gerektiğinde cebri olarak (zorla) yerine getirilmesi için hukuken sağlanan imkânları ayrıntılarıyla ele almayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Aynen İfa, Aynen İfaya Yönelik İcraî Yaptırımlar, Verme Borçları, Yapma Borçları, Yapmama Borçları.

SPECIFIC PERFORMANCE UNDER TURKISH PRIVATE LAW

Abstract: Usually, an obligation tends to be performed. At that regard execution is the fulfillment of the obligation owed to the creditor. As for the performance in kind, or in more technical terms specific performance, it means the request of the creditor with regard the exact subject matter of the obligation from the debtor. For Turkish law, which belongs to the legal tradition of civil law, it constitutes "the backbone" of the obligation, constituting not a remedy but a natural extension of the obligation, that is to say, it is in principle entirely claimable. In fact, it is a tool provided to the creditor in case of non-performance of the obligation by the debtor, and by which the latter is ordered to perform his duty in the very terms that he had agreed upon. But how will the creditor claim it in law, if the debtor persists in not taking an action? The solution is crystal clear: When the debtor ignores it, it is "kindly reminded", with compulsory execution procedures. These means are all intended to create a pressure on the debtor to make him/her perform what he is actually owing to the creditor. Our work in below aims to explain the main rules in Turkish private law, which is itself inspired by Swiss law, on specific performance for all different types of obligation.

Keywords: Specific Performance, Coercive Measures, Obligation to give, Obligation to do, Obligation not to do.

A pound of that same merchant's flesh is thine:
The Court awards it, and the law doth give it(****).

I. INTRODUCTION: *Du principe général de l'exécution en nature en droit turc*

Si on tente à donner une définition générale d'exécution en nature (*alias «exécution spécifique»*), elle peut être formulée comme suit: «*L'exécution en nature est un recours accordé au demandeur en cas de d'inexécution*[1] *du contrat par le défendeur, et par lequel celui-ci peut être condamné à exécuter son engagement dans les termes précis où il l'avait contracté.*»[2]

Le droit turc, un système légal qui suit la tradition de droit civil, a adopté le Code des Obligations Suisse («COS») en 1926 presque dans sa totalité sous le titre de Code des Obligations Turc («COT»). Ce code est renouvelé en 2011, avec «*certains changements mineurs -mais pas négligeables*»[3]. Le nouveau code entré en vigueur le 1er juillet 2012 a bien gardé le concept de «*l'exécution en nature*» (ou bien avec le terme populaire en anglais «*specific performance*»), même s'il n'est pas expressément énoncé dans une disposition spécifique du COT, à l'exception de l'article 125 al. 1 que nous allons traiter juste ci-dessous, qui peut être considéré comme une source indirecte à cet égard. A l'opposition des systèmes de droit anglo-américain (ce terme est utilisé ici au sens de *common law*[4] en anglais), l'exécution en nature n'est pas un remède secondaire et

---

(****) Traduction en français: «*Une livre de chair de ce marchand-là est tienne / La Cour te l'adjuge et la loi te la donne*» (Traduction par BARDA Ernst, **L'exécution spécifique des contrats - Étude de Droit Anglais Comparé,** Dalloz, Paris, 1928, p. 185).

1 Soit l'exécution ne prend pas place du tout, soit elle est mal faite.

2 BARDA, p. 55.

3 Il faut ici souligner le fait que cette interprétation est faite de façon générale et en comparaison à la totalité du Code, on a gardé la plupart des normes du Code des obligations Suisse, sinon certaines normes sont changées de vrai ou contiennent des nouveautés importantes: Les normes relatives aux conditions générales de transaction; au contrat de bail, au contrat de travail, au contrat de cautionnement; à l'extrême onérosité de l'exécution ... etc. à part d'autres. Pour plus de détails voir BÜYÜKSAĞİŞ Erdem, **Le nouveau droit turc des obligations, perspective comparative avec les droits suisse et européen,** Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2014, p. 3.

4 Pour ces systèmes voir en général MALAURIE Philippe / AYNES Laurent / STOFFEL-MUNCK Philippe, **Droit des obligations**, 9e Edition, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2017, 2017, p. 499-500; BAŞOĞLU Başak, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi,** Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, p. 5 et seq.

exceptionnel[5], elle n'est pas non plus un remède dans sa nature juridique, mais une extension de l'obligation, voire même, avec une comparaison qui peut être faite: *l'épine dorsale de celle-ci*[6].

> Si on fait juste une comparaison avec le droit français, on peut dire que le Code civil («CCF») a prévu l'exécution en nature comme une règle générale, mais à la différence du droit turc, comme un remède. En droit français, il est nécessaire que le débiteur soit mis en demeure[7]. Ainsi, selon l'art. 1217 du CCF: «*La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut: - refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation; / - poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation; / - obtenir une réduction du prix; / - provoquer la résolution du contrat; / - demander réparation des conséquences de l'inexécution. / Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.*» et selon l'art. 1221 du CFF: «*Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier.*»

Donc dans le système de droit des obligations turc, en principe générale, comme l'obligation tend naturellement à être exécutée, c'est la «*bonne fin*» de l'obligation (on parle aussi de la *primauté* de l'exécution en nature[8]). Le créancier

---

5 Voir aussi AKKAN Mine, **Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası (İİK m. 30, m. 343),** Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, p. 13-14; AYDINCIK Şirin, **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları, Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, p. 103; ANTALYA Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,3, Borçların İfası, Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları: Borcun İfa Edilmemesi - Borçlunun Temerrüdü,** 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, p. 220; SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa - İfa Engelleri - Sebepsiz Zenginleşme - Ek: Uygulama Çalışmaları,** Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, p. 221; KILIÇOĞLU Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Turhan Kitabevi, 24. Bası, Ankara, 2020, p. 807; TEKINAY Selahattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, p. 920; HELVACI İlhan, **Turkish Law of Contract,** Springer Nature, Cham, 2017, p. 145.

6 BAŞOĞLU, p. 1.

7 Voir aussi BENABENT Alain, **Droit des obligations,** 16e Edition, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2017, p. 301 et seq.; MALINVAUD Philippe / FENOUILLET Dominique / MEKKI Mustapha, **Droit des obligations,** 14e Edition, LexisNexis, Paris, 2017, p. 857; MALAURIE/AYNES/STOFFEL-MUNCK, p. 499 et seq.; FRANÇOIS Clément, «Présentation des articles 1221 à 1222 de la nouvelle sous-section 2 «L'exécution forcée en natüre"», **La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1,** https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect2-execution-forcee/ [Son Erişim Tarihi: 18 Mart 2022].

8 A l'inverse, il faut aussi souligner le fait que pour autant que l'exécution soit possible, le créancier ne peut demander en principe que l'exécution en nature (et en cas de demeure, plus

peut exiger du débiteur l'exécution en nature sans soucis et peut obtenir satisfaction, à condition bien sûr que les conditions nécessaires soient parfaitement accomplies et l'obligation soit due. En effet c'est l'exercice direct de la prétention du créancier provenant de la créance qu'il possède[9]. Si le débiteur ne répond pas à sa demande, cette fois-ci il s'agira des moyens légaux dont le créancier peut bénéficier. Ces moyens sont tous prévus pour faire pression sur le débiteur et le déterminer à exécuter ce qu'il doit envers le créancier.

On peut ajouter qu'en fait, en droit turc dans le Code des Obligations il n'existe pas de norme directe qui prévoit ouvertement l'exécution en nature, mais quand même le principe fondamental de «*pacta sunt servanda*» (les pactes doivent être honorés) et certaines règles générales sur l'inexécution (par exemple on peut citer COT Art. 125 al. 1er concernant la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux: «*Si l'exécution n'est pas intervenue à l'expiration de ce délai, le droit de la demander et d'actionner en dommages-intérêts pour cause de retard peut toujours être exercé.*») forment les sources indirectes, l'exécution en nature est par principe attendue[10].

Dans notre étude qui suit, nous voudrions examiner en détail les voies et les mesures de contrainte prévues dans les lois *(plus spécifiquement COT et Code sur la poursuite des dettes et la faillite turc («CPDFT»))* pour exiger l'exécution en nature, plus spécifiquement de l'action en justice (en exécution) et l'exécution forcée[11].

---

les dommages-intérêts moratoires). A ce sujet, demander des dommages-intérêts au lieu de l'exécution (l'intérêt positif) ou résoudre le contrat et demander des dommages-intérêts résultant de la caducité du contrat (l'intérêt négatif) sont des mesures exceptionnelles qui peuvent avoir lieu quand la loi les mentionne explicitement, comme le cas de demeure qualifiée dans les contrats bilatéraux, cf. COT Art. 128: «*Lorsque, dans un contrat bilatéral, l'une des parties est en demeure, l'autre peut lui fixer ou lui faire fixer par l'autorité compétente un délai convenable pour s'exécuter. / Si l'exécution n'est pas intervenue à l'expiration de ce délai, le droit de la demander et d'actionner en dommages-intérêts pour cause de retard peut toujours être exercé; cependant, le créancier qui en fait la déclaration immédiate peut renoncer à ce droit et réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution ou se départir du contrat.*»

A ce propos voir aussi OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1,** 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, p. 396.

9 En ce qui concerne le concept de «*prétention*» et sa relation avec la créance voir OĞUZMAN/ÖZ, p. 15.

10 ANTALYA, p. 221; SEROZAN, s. 221; DEMİRSATAN Barış, «Le principe d'exécution en nature et ses exceptions en droit civil turc», **La réforme du droit des contrats, Journée franco-turque actes du colloque, le 30 Mars 2014,** Oniki Levha Yayınları, Istanbul, 2015, p. 195.

11 EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 24. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, p. 1154-1155.

II. LES VOIES ET MESURES DE CONTRAINTE PREVUES DANS LES LOIS POUR EXIGER L'EXECUTION EN NATURE

1. Aperçu général sur les voies et les mesures de contrainte concernant l'exécution en nature: De l'action en justice (ou proprement dite «*action en exécution*») et de l'exécution forcée (ou proprement dite «*exécution forcée en nature*»)

Face au débiteur qui s'est engagé pour une certaine obligation, le créancier a le droit de faire valoir sa prétention, donc d'en réclamer sa prestation.

Si le débiteur n'exécute pas l'obligation une fois promise, quand le créancier l'exige, il n'y aura pas bien sûr lieu que ce dernier agisse de justice propre et sanctionne son droit par ses propres moyens. La règle générale est la procuration et la défense d'un droit par l'intermédiaire et l'intervention des organes / autorités étatiques: L'état prêtera au créancier la main forte, le cas échéant. On peut aussi dire que toute obligation (à moins qu'elle soit imparfaite (naturelle)) est potentiellement soumise à la force étatique / publique (un droit d'actionner en justice et des voies de poursuites). Donc en résumé, une créance n'habilite son titulaire qu'à obtenir la sanction étatique. Le contraire est inimaginable dans un pays civilisé[12].

Une question: Mais est-ce que le créancier ne peut jamais agir à son propre nom, se posant comme le «*vigilante*» (justicier) d'une bande dessinée, sans avoir besoin de s'adresser à l'appareil étatique, pour obtenir l'exécution en nature ? La réponse serait «*positive*» mais seulement quand l'inaction créerait un désordre plus grand que le risque d'intervention par soi-même[13]. Cf. COT Art. 64 al. 3: «*Celui qui recourt à la force pour protéger ses droits ne doit aucune réparation, si, d'après les circonstances, l'intervention de l'autorité ne pouvait être obtenue en temps utile et s'il n'existait pas d'autre moyen d'empêcher que ces droits ne fussent perdus ou que l'exercice n'en fût rendu beaucoup plus difficile.*»

On peut dire, la prétention (c'est à dire, la prérogative (droit) d'exiger / réclamer l'obligation / la prestation), qui se pose comme l'une des facultés des plus importantes, issues directement de la créance, ouvre la porte d'intenter une action en exécution devant la juridiction étatique (ou si on a

---

[12] EREN, p. 1154; BAŞOĞLU, p. 72.

[13] BAŞOĞLU, p. 72.

prévu la soumission à l'arbitrage, la cour arbitrale) compétente. Le débiteur, cette fois, va être condamné à l'exécution en nature par une décision de l'autorité étatique c'est à dire de la cour de justice compétente[14]. Le contenu de la décision peut varier selon le type de l'obligation due (*en détails ci-dessous II, 2 et seq.*).

Pour toute obligation, deux conditions principales suffisent pour une action en exécution[15]: i) *l'exigibilité* (*il faut qu'il n'y ait pas une impossibilité pour l'exécution ou d'autres cas exceptionnels*[16] *dans lesquels l'exécution en nature est inadmissible*) et ii) *l'échéance (il faut* que *le moment auquel le débiteur doit faire sa prestation soit déjà venu*). A part ceux-ci, pour une action en exécution, on ne cherche ni la faute du débiteur, ni sa demeure[17].

Une fois que cette décision est obtenue, la procédure de poursuite pour l'exécution forcée peut commencer, si encore et toujours le débiteur n'exécute pas l'obligation. En fait l'exécution forcée est le recours du créancier à la force publique[18]. Parfois, le créancier, a son choix, peut directement entamer la procédure de poursuite pour l'exécution forcée, c'est le cas par exemple pour les obligations pécuniaires[19] (*Voir les détails ci-dessous II, 4*).

---

[14] OĞUZMAN/ÖZ, p. 395-396; EREN, p. 1155; TERCIER Pierre / PICHONNAZ Pascal / DEVELİOĞLU Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 2. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, p. 400; AKKAN, p. 12; KILIÇOĞLU, p. 808; HELVACI, p. 145.

[15] AKKAN, p. 12.

[16] On peut lister ces cas exceptionnels, comme suit: 1) la limitation de la prétention (la formation volontaire d'une obligation naturelle), 2) l'accord initial ou subséquent des parties (en ce qui concerne la résiliation du contrat ou bien la demande de dommages-intérêts au lieu de l'exécution), 3) les cas de certaines obligations accessoires ayant la qualité de renforcer l'obligation principale (prévues seulement pour la bonne et parfaite exécution de l'obligation principale et donc dépendantes à elle), 4) l'extrême onérosité des coûts de l'exécution (COT Art. 138), 5) l'exception de l'inexécution (COT Art. 97), 6) l'exception de la violation de Code civil turc («CCT») Art. 2 (principe de bonne foi objective) et CCT Art. 23 (droits de personnalité), 7) la liberté de révocation et de répudiation dans le contrat de mandat en tout temps (COT Art. 512), 8) la faillite du débiteur (qui transforme toute obligation en obligation pécuniaire), 9) l' effet des raisons d'extinction de l'obligation et de la prescription (COT Art. 132 et seq.), 10) la limitation apporté par la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises («CVIM») Art. 28 dans les contrats de vente soumis à CVIM.

A ce propos, voir aussi OĞUZMAN/ÖZ, p. 397-398; EREN, p. 1155-1156; AYDINCIK, p. 161 et seq.; ANTALYA, p. 241; DEMİRSATAN, p. 198 et seq.

[17] A ce propos, voir EREN, p. 1155; BAŞOĞLU, p. 70-71; NOMER, p. 374.

[18] EREN, p. 1155; OĞUZMAN/ÖZ, p. 398; NOMER, p. 374; AKKAN, p. 13; SEROZAN, p. 221.

[19] OĞUZMAN/ÖZ, p. 399; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, p. 405.

En passant, il faut aussi souligner le fait que ces mesures de contraintes ne portent que sur le patrimoine (pour les biens saisissables qui y existent) du débiteur et seulement du débiteur. *Id est*, le principe de contrainte corporelle est aboli, depuis des siècles[20] et ces mesures de contraintes ne peuvent être effectives que sur le patrimoine du débiteur responsable et non sur ceux d'autres personnes quel que soit le lien sauf si celles-ci s'engagent personnellement envers le créancier par d'autres voies (comme par exemple si elles ont fourni des garanties personnelles)[21].

Les procédures à suivre pour une exécution forcée peut différer selon le contenu de l'obligation, de la prestation. On y reviendra en détails dans la suite.

2. Obligations de livrer une chose mobilière

Pour les obligations de livrer/donner une chose (bien) mobilière (l'objet de la prestation peut varier d'une chose certaine à une chose de genre) comme rendre un objet prêté, donner un objet à bail, restituer la chose louée, il s'agit d'une action condamnatoire; le juge de la cour compétente (il se peut que l'autorité compétente soit la cour d'arbitrage conformément aux volontés des parties, alors là, on dira *l'arbitre*) ordonne par sa décision au débiteur d'exécuter la prestation due *in forma specifica*. Pour les prestations de chose certaine, l'objet de la prestation est précisément déterminé, il ne peut différer. De l'autre côté pour les prestations de chose de genre, le débiteur est permis d'offrir toute chose du dit genre convenu.

Cette décision du juge doit être mise en œuvre par l'intermédiaire de l'office des poursuites compétent et là on parle de l'exécution forcée de l'obligation. L'huissier (le fonctionnaire de l'office des poursuites) va enlever la chose et la remet aux mains du créancier. A cet égard, CPDFT Art. 24 s'applique[22]. Selon le premier alinéa de cette disposition: «*A la suite de la remise de la décision concernant la livraison d'une chose mobilière à l'office des poursuites, l'huissier ordonne au débiteur de livrer ladite chose dans un délai de sept jours au créancier.*»

---

[20] A ce propos, en droit français voir encore MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, p. 858.

[21] TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, p. 402-403.

[22] EREN, p. 1157; SEROZAN, p. 222; HELVACI, p. 146.

3. Obligations de procurer un droit relatif à une chose mobilière

En ce qui concerne les obligations de procurer un droit relatif à une chose mobilière, c'est à dire pour constituer un droit sur la chose (comme le gage mobilier) ou bien transférer un droit (la propriété) concernant la chose, la situation est un peu différente. Mais il s'agit en fait d'une obligation de donner au sens large. Dans ce cas-ci, le juge ordonne encore au débiteur d'exécuter la prestation due, seulement cette fois-ci, son jugement remplace aussi la déclaration de volonté nécessaire pour l'acte de disposition qui fait partie de l'exécution. CPDFT Art. 24 (*voir ci-dessus II, 2*) s'applique également avec une petite différence et donc cette fois-ci l'huissier enlève la chose et la remet au créancier dans ce but. Quant au droit sur la chose, il ne sera acquis par le créancier que quand il la recevra[23].

4. Obligations pécuniaires

Pour les obligations pécuniaires (le transfert d'un montant de monnaie ou verser une somme d'argent), le créancier est libre d'en demander l'application directement à l'office des poursuites sans aller devant le juge pour l'action en exécution. Il peut choisir évidemment d'intenter l'action en justice)[24]. En tout cas, avec ou sans la décision du juge, l'huissier va collecter la somme due de la part du débiteur en saisissant et liquidant les composants de son patrimoine sur lequel il va répondre. C'est CPDFT Art. 42 qui s'applique. Selon le premier alinéa de cette disposition: «*La poursuite concernant le paiement d'une somme d'argent ou la provision d'une sureté commence par une réquisition de poursuite et continue par la voie de saisie, la voie en réalisation des gages ou bien la voie de faillite.*». Si le débiteur s'oppose à la poursuite, le créancier est alors tenu d'intenter une action pour l'annulation de cette opposition, s'il se voit toujours comme ayant-droit. En fin de compte, on peut dire que c'est une forme plus spéciale d'action condamnatoire à l'exécution en nature[25]. Cf. CPDFT Art. 67: «*Si le débiteur fait une objection à la poursuite commencée, le créancier peut faire une application à la cour et intenter une action en justice, à partir de la date de notification de l'objection, en prouvant sa créance dans le cadre des dispositions générales. »*

---

[23] BAŞOĞLU, p. 73.

[24] TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, p. 405; SEROZAN, p. 222; HELVACI, p. 149.

[25] BAŞOĞLU, p. 77.

En outre, la procédure de poursuite commence par la réquisition de poursuite de la part du créancier, celle-ci est suivie par le commandement de payer de l'office des poursuites, le débiteur quant à lui, peut faire opposition à ce commandement, dans ce cas le créancier doit obtenir la mainlevée (provisoire ou définitive lié à l'existence d'un jugement exécutoire) pour continuer la procédure. A la suite, les biens nécessaires à satisfaire le créancier qui a initié la poursuite seront saisies et réalisés pour l'obtention du montant dû au créancier[26].

5. Obligations concernant le transfert de la propriété d'une chose immobilière

Quant aux obligations concernant le transfert de la propriété d'une chose immobilière, la constitution d'un droit réel limité *(selon l'opinion dominante dans la doctrine, sauf pour le cas des gages immobiliers, pour lesquels, la décision n'aurait pas là un effet formateur, elle ne fait que remplacer la réquisition de l'inscription; ainsi c'est toujours avec l'inscription au registre foncier que le créancier obtient le droit de gage immobilier)*, il s'agit cette fois d'une action formatrice pour forcer le débiteur à faire la déclaration de volonté (*la réquisition de l'inscription*) nécessaire pour l'inscription au registre foncier, qui aboutira à un jugement (*ici l'arbitrabilité du litige échoue pour raison d'ordre public*[27]) formateur[28]. (Cf. Code Civil Turc (CCT) Art. 716 al. 1: «*Celui qui est au bénéfice d'un titre d'acquisition peut exiger que le propriétaire fasse opérer l'inscription; en cas de refus, il peut demander au juge l'attribution du droit de propriété.*») Là, il n'y a pas le besoin d'une exécution forcée, la propriété est directement acquise par le créancier; autrement dit, le droit est directement attribué au créancier sans avoir besoin d'une action tendant à obtenir la réquisition du débiteur au registre[29]. Quant à l'inscription qui fait suite à cette décision, elle est dite «déclaratoire » et joue son rôle uniquement pour les actes futurs de disposition[30], surtout pour éviter le risque potentiel d'acquisition de droit que par les tiers de bonne foi); cf. CCT Art. 1023: «*Celui qui acquiert la propriété ou d'autres droits réels en se fondant de bonne foi sur une inscription du registre foncier, est maintenu dans son acquisition*» et CCT Art.

---

26 TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, p. 405.

27 NOMER, p. 376.

28 EREN, p. 1158; SEROZAN, p. 222; HELVACI, p. 146; DEMİRSATAN, p. 197.

29 NOMER, p. 376.

30 EREN, p. 1158.

1025 al. 2: «*Demeurent réservés les droits acquis aux tiers de bonne foi par l'inscription, ainsi que tous dommages-intérêts.*».

6. Obligations prévoyant la cession d'une créance

Pour les obligations prévoyant la cession d'une créance, la situation est similaire à celle du transfert de la propriété d'une chose immobilière. On parle encore d'une action formatrice pour forcer le débiteur à faire la déclaration de volonté nécessaire et le juge rend un jugement formateur qui va tenir lieu de ladite déclaration et la cession s'opère sans une coopération quelconque du débiteur[31]. Cf. COT Art. 185 («*Lorsque la cession s'opère en vertu de la loi ou d'un jugement, elle est opposable aux tiers sans aucune formalité et même indépendamment de toute manifestation de volonté de la part du précèdent créancier.*») s'applique.

7. Obligations de libération et livraison d'une chose immobilière

En ce qui concerne les obligations de libération et livraison d'une chose immobilière (dans les contrats de bail, suite à une action en libération ou une action déclaratoire en restitution suivant la résiliation), CPDFT Art. 26 trouve application, et les jugements les concernant s'effectuent par l'intermédiaire des offices de poursuite de manière forcée, si non exécutés par le débiteur lui-même[32]. Selon le premier alinéa dudit article: «*A la suite de la remise de la décision concernant la libération et livraison d'une chose immobilière à l'office des poursuites, l'huissier ordonne au débiteur, selon la procédure indiquée sous l'article 24, de livrer ladite chose dans un délai de sept jours au créancier.*»

8. Obligations de faire

Pour les obligations de faire concernant l'accomplissement d'une action, d'une activité, d'une industrie, d'un travail etc. il faut encore faire des sous-distinctions:

Certaines obligations de faire ne peuvent être exécutées que par la personne du débiteur *(une prestation absolument personnelle ou dite «personnelle qualifiée»).*

---

[31] ENGİN Baki İlkay, **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, p. 87-88; BAŞOĞLU, p. 85 et seq.; OĞUZMAN/ÖZ, p. 400; NOMER, p. 376; SEROZAN, p. 222; HELVACI, p. 146; DEMİRSATAN, p. 198.

[32] OĞUZMAN/ÖZ, p. 400.

- *Quand elles sont uniques et ne sont exécutables qu'une fois et seulement par le débiteur,* comme par exemple l'obligation de donner un concert pour une soirée spéciale, ces obligations aboutissent à l'impossibilité subséquente si elles ne sont pas exécutées comme prévues dans le contrat. Donc il n'y a pas lieu ni à une action en exécution, ni à une procédure d'exécution forcée[33]. La conséquence de l'impossibilité va différer selon l'imputabilité de l'impossibilité au débiteur[34].

  - A ce dernier propos, en ce qui concerne l'impossibilité de l'exécution, COT Art. 112 prévoit que: «*Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable*» et COT Art. 136 al. 1: «*L'obligation s'éteint lorsque l'exécution en devient impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur.*»

- *Quand elles sont continues ou périodiques,* comme elles s'insèrent ou se répètent dans la durée, l'exécution en nature relative au futur peut être encore demandée. Donc on peut réussir à obtenir un jugement relatif à une action en exécution et puis appliquer CPDFT Art. 30 al. 1: «*A la suite de la remise de la décision concernant l'obligation de faire une tâche à l'office des poursuites, l'huissier ordonne au débiteur, selon la procédure indiquée sous l'article 24, de compléter ladite tâche dans le délai fixé par le jugement ou s'il n'y en est prévu aucun, en attribuant un délai où se sont aussi spécifiés les temps de commencement et la fin.*» Mais en réalité, une voie de poursuite pour l'exécution forcée directe et véritable de ce jugement «*n'existe pas*», puisque si le débiteur insiste à ne pas exécuter, on peut seulement demander (par voie d'une complainte) l'emprisonnement[35] (de pression) du débiteur jusqu'à trois (3) mois pour opposition à un jugement rendu conformément à CPDFT Art. 343[36]. Et ce n'est qu'un moyen de pression sur le débiteur, la conséquence restante incertaine. En réalité, on ne force pas (*et d'ailleurs on*

---

33 SEROZAN, p. 222, 223; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, p. 921.

34 ANTALYA, p. 222.

35 On peut aussi avoir des doutes en ce qui concerne la justesse de cette disposition, face à une disposition de la Constitution turque qui stipule "*Nul ne peut être privé de sa liberté en raison qu'il n'a pas exécuté son obligation contractuelle*". Dans ce sens, voir ainsi SEROZAN, p. 222.

36 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, p. 921; HELVACI, p. 147. Pour plus de détails voir AKKAN, p. 115 et seq.

ne le peut pas puisque on n'est pas capable de toucher et diriger la propre volonté du débiteur) le débiteur à accomplir les comportements nécessaires pour l'exécution de l'obligation[37], uniquement on crée une pression indirecte dont le résultat est insu[38]. Donc la conséquence de l'exécution en nature des obligations de faire (de nature absolument personnelle ou dite «*personnelle qualifiée*») n'est pas toujours certaine en comparaison avec les autres types d'obligations. En outre, si l'inexécution se répète encore une fois, après avoir déjà reçu un jugement qui y concerne, les procédures susdites de l'exécution forcée peuvent se renouveler sans avoir besoin d'une autre décision encore une fois prévoyant l'exécution en nature. Cf. CPDFT Art. 30 al. 4: «*A la suite de l'exécution de la décision concernant les obligations de faire ou ne pas faire, si le débiteur se voit dans un comportement éliminant les conséquences de la procédure l'exécution forcée une fois réalisée, la même décision sera encore une fois exécutée sans besoin d'une autre décision.*»

Si l'obligation de faire du débiteur peut s'exécuter par d'autres personnes[39], entrera en ligne de compte CPDFT Art. 30 al. 2 («*Si le débiteur ne commence pas à (ou ne finit pas de) compléter ladite tâche dans les délais fixés et la tâche est parfaitement exécutable par un tiers et encore le créancier le souhaite, l'office des poursuites fait calculer à un expert, les coûts et les dépenses relatives à ladite tâche. Si le créancier donne son consentement, les coûts et les dépenses pour la réalisation de la tâche par un tiers sont demandés de lui, à la suite à être collectionné du débiteur et à lui être rendu. Si le créancier n'y consent pas, suivant la procédure de saisie des valeurs du débiteur pour l'obtention du montant nécessaire, la tâche se fait compléter à un tiers.*»), la loi prévoit aussi la possibilité de l'exécution par substitution, autrement dit l'exécution par le créancier lui-même ou par un tiers aux frais du débiteur, par l'intermédiaire de COT Art. 113 al. 1: «*S'il s'agit d'une obligation de faire, le créancier peut se faire autoriser lui-*

---

[37] Cela est probablement dû à un principe de base qui énonce «*Nemo praecise ad factum cogi potest.*» (Personne ne peut être obligé directement d'effectuer une tâche). Voir aussi AKKAN, p. 11; ANTALYA, p. 222; SEROZAN, p. 222.

[38] EREN, p. 1160; SEROZAN, p. 222.

[39] Il faut aussi dire que parfois les obligations de faire qui ne sont pas absolument personnelles, peuvent devenir objectivement (pour toute personne) impossible (AYDINCIK, p. 30). Dans ce cas-là, COT Art. 112 ou COT Art. 136, selon l'imputabilité de cette conséquence au débiteur (*Pour l'apport de ces articles voir juste ci-dessus*).

même à l'exécution ou peut également demander la délégation d'un tiers pour ladite exécution aux frais du débiteur; toute action en dommages-intérêts demeure réservée». Le type d'exécution en nature aux normes de COT Art. 113 et CPDFT Art. 30 al. 2 est aussi appelé *l'exécution par substitution*[40].

> Il apparaît que le droit français prévoit l'exécution par substitution d'une façon plus générale, sans mentionnant le type d'obligation[41]. *Cf. CCF Art. 1222:* «*Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. / Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction.*»

Dans la partie spéciale du COT, qui est consacré -essentiellement- aux contrats typiques, il existe encore des normes similaires en ce qui concerne ce dernier type d'exécution (l'exécution par substitution), sans exigeant même l'autorisation préalable du juge[42]. Cf. dans le contrat de bail, COT Art. 304 al. 2: «*Le locataire peut demander au bailleur de remettre la chose louée en état dans un délai convenable; si le défaut n'est pas remédié dans ledit délai, le locataire peut le remédier lui-même aux frais du bailleur et il peut réduire le montant du loyer ou demander le remplacement de la chose louée avec un similaire sans défaut.* » et puis dans le contrat d'entreprise, COT Art. 473 al. 2: «*Lorsqu'il est possible de prévoir avec certitude, pendant le cours des travaux, que, par la faute de l'entrepreneur, l'ouvrage sera exécuté d'une façon défectueuse ou contraire à la convention, le maître peut fixer ou faire fixer à l'entrepreneur un délai convenable pour parer à ces éventualités, en l'avisant que, s'il ne s'exécute pas dans le délai fixé, les réparations ou la continuation des travaux seront confiées à un tiers, aux frais et risques de l'entrepreneur.*»

---

[40] EREN, p. 1159; BAŞOĞLU, p. 78 et seq.; NOMER, p. 374.; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, p. 408; AKKAN, p. 20-21, 191 et seq.; AYDINCIK, p. 73 et seq.; ANTALYA, p. 223; SEROZAN, p. 222-223; KILIÇOĞLU, p. 808; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, p. 921; HELVACI, p. 147; DEMİRSATAN, p. 200-201.

[41] Voir aussi BENABENT, p. 304; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, p. 862; MALAURIE/AYNES/STOFFEL-MUNCK, p. 500-501; FRANÇOIS.

[42] EREN, p. 1160; ANTALYA, p. 224; SEROZAN, p. 223.

Certains auteurs en droit turc soutiennent que l'exécution forcée des obligations de faire est toutefois inimaginable et voient ces articles susmentionnés (COT Art. 113 al. 1 et CPDFT Art. 30 al. 2) comme des normes particulières de dommage-intérêts. La grande différence que cette opinion produit est premièrement que le créancier devrait prouver qu'il a subi un préjudice et deuxièmement même s'il n'y a pas lieu à la preuve de la faute du débiteur grâce à la présomption de faute prévue à COT Art. 112, le débiteur peut se défendre en prouvant qu'il n'était pas fautif pour la violation du contrat[43].

Parmi les obligations de faire, il y a encore un autre type (*qui peut être encore classifié comme une obligation de faire absolument personnelle, voir ci-dessus*), qui doit être traité différemment des autres aux termes d'exécution en nature: *C'est l'obligation de faire (émettre) une déclaration de volonté.* Quand on intente une action en exécution de ce genre d'obligation devant le juge compétant, l'action aurait plutôt une qualité formatrice puisque le juge rendra un jugement formateur qui remplacera la déclaration de volonté nécessaire du débiteur[44]. Dans le droit turc, il n'y a pas de norme générale semblable en ce qui concerne les obligations de faire une déclaration de volonté, mais on accepte généralement par voie d'interprétation élargie de l'action condamnatoire du Code de la Procédure Civile Turc (CPCT) Art. 105, et aussi par analogie des COT Art. 185 et CCT Art. 716[45]. Il faut aussi dire que si cette opinion est acceptée, on n'aura pas besoin d'une procédure d'exécution forcée[46]. Certains auteurs voient COT Art. 185 et CCT Art. 716 comme des dispositions exceptionnelles qui doivent être interprétées d'une façon restrictive et donc selon l'opinion de ces auteurs, dans le cas des obligations d'émettre une déclaration de volonté, il faut appliquer les normes générales: C'est à dire, CPDFT Art. 30 al. 2, à la suite d'une action condamnatoire[47].

A la différence du droit turc, en droit suisse il existe une disposition spécifique concernant la matière, dans le Code de procédure civil suisse («CPCS») Cf. CPCS Art. 344 al. 1: «*Lorsque la condamnation porte sur une déclaration de volonté, la décision tient lieu de déclaration dès qu'elle devient exécutoire.*»[48]

---

43 Pour les détails voir OĞUZMAN/ÖZ, p. 400-401, 457 et seq.

44 EREN, p. 1158; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, p. 410; AKKAN, p. 241.

45 OĞUZMAN/ÖZ, p. 401; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, p. 410; SEROZAN, p. 222; DEMİRSATAN, p. 197; ENGİN, p. 88 réf. 33.

46 OĞUZMAN/ÖZ, p. 402.

47 AKKAN, p. 244-245.

48 Voir aussi TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, p. 410; AKKAN, p. 238.

9. Obligations de ne pas faire

Enfin, concernant les obligations de ne pas faire (s'abstenir) et de laisser faire (de souffrir / tolérer), il faut aussi faire des sous-distinctions.

Certaines de ces obligations, parallèlement aux obligations de faire, ne peuvent être exécutées que *par le débiteur lui-même*.

- *Quand elles sont uniques et ne sont exécutables qu'une fois et que par le débiteur lui-même* comme dans les obligations de tenir (non révéler) un secret à autrui, il n'y a pas lieu à chercher pour une exécution en nature, parce que ces obligations aboutissent à l'impossibilité subséquente si elles ne sont pas exécutées une fois comme prévues dans le contrat[49]. Donc il n'y a pas lieu à une action en exécution, ni à une procédure d'exécution forcée[50]. La conséquence de l'impossibilité va différer selon l'imputabilité de l'impossibilité au débiteur. Cf. COT Art. 112 ou Art. 136.
- *Quand elles sont continues ou périodiques,* comme elles s'insèrent ou se répètent dans la durée et l'intérêt du créancier est encore vif, c'est ainsi dans le cas d'une obligation de non-compétition (non-concurrence), l'exécution en nature relative au futur peut être demandée à part les dommages-intérêts pour la première violation qui s'est déjà produite[51] (Cf. COT Art. 113 al. 2: «*Celui qui contrevient à une obligation de ne pas faire doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention.* »). Donc on peut aussi réussir à recevoir un jugement relatif à une action en exécution. Selon CPDFT Art. 30 al. 3 («*Si la décision porte à une obligation de ne pas faire, le contenu du jugement est communiqué au débiteur par l'office des poursuites, en indiquant que la contravention exige l'application de la sanction de l'article 343.*»), ce jugement est communiqué par une ordonnance de durée expliquant que la contravention à celle-ci résultera directement par l'application de CPDFT Art. 343[52]. Ici aussi, comme dans le cas des obligations de faire, une voie véritable de poursuite pour l'exécution forcée directe de ce jugement

---

49 AKKAN, p. 261; ANTALYA, p. 236; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, p. 921, 924.

50 SEROZAN, p. 222.

51 AKKAN, p. 261.

52 EREN, p. 1159; OĞUZMAN/ÖZ, p. 403; AKKAN, p. 288; SEROZAN, p. 223; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, p. 924; HELVACI, p. 148.

n'existe pas, exclusivement, on peut demander (par voie d'une complainte) l'emprisonnement (de pression) du débiteur jusqu'à trois (3) mois pour faire opposition à un jugement rendu, conformément à CPDFT Art. 343. Mais en fait, on ne force pas pour de vrai et de bon le débiteur à accomplir les comportements nécessaires pour l'exécution de l'obligation, seul on crée une pression indirecte dont le résultat est insu *(Voir aussi CPDFT Art. 30 al. 2)*[53]. En outre, si l'inexécution se répète encore une fois, après avoir déjà reçu un jugement qui y concerne, les procédures susdites de l'exécution forcée peuvent se renouveler sans avoir besoin d'une autre décision prévoyant l'exécution en nature. Cf. CPDFT Art. 30 al. 4.

Pour les obligations de ne pas faire et de laisser faire qui ne sont pas sont de qualité personnelle, c'est à dire qu'autres personnes à part le débiteur peuvent l'exécuter de la même manière, le créancier peut agir conformément à COT Art. 113 al. 3: «*Le créancier a, en outre, le droit d'exiger que ce qui a été fait en contravention de l'engagement soit supprimé; il peut se faire autoriser à opérer cette suppression aux frais du débiteur.*» Le type d'exécution en nature aux normes de COT Art. 113 al. 3, comme dans le cas des obligations de faire, est aussi appelé *l'exécution par substitution*[54].

Parallèlement aux obligations de faire (*voir ci-dessus II, 8*), certains auteurs en droit turc soutiennent que l'exécution forcée des obligations de ne pas faire et laisser faire est inimaginable et voient ces articles susmentionnés (COT Art. 113 al. 2-3) comme des normes particulières de dommage-intérêts. La grande différence que cette opinion produit est premièrement que le créancier devrait prouver qu'il a subi un préjudice et deuxièmement même s'il n'y a pas lieu à la preuve de la faute du débiteur grâce à l'exception de faute prévue à COT Art. 112, le débiteur peut se sauvegarder de cette demande en prouvant qu'il n'était pas fautif pour la violation du contrat[55].

---

[53] AKKAN, p. 265; SEROZAN, p. 223.

[54] EREN, p. 1160-1161; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, p. 409; ANTALYA, p. 238; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, p. 924; HELVACI, p. 148.

[55] Pour les détails voir OĞUZMAN/ÖZ, p. 402.

III. CONCLUSION

En droit turc qui fait partie du monde de droit civil (*civil law*), l'exécution en nature est de règle. Si le débiteur n'agit pas pour l'exécution ou s'il est réticent, il y a des voies et des mesures de contraintes desquelles le créancier peut bénéficier. Ces voies et mesures se diffèrent selon le type d'obligation. Seulement pour les obligations de faire et de ne pas faire, la possibilité de l'exécution forcée est bien débattue.

BIBLIOGRAPHIE

AKKAN Mine, **Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası (İİK m. 30, m. 343),** Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

ANTALYA Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,3, Borçların İfası, Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları: Borcun İfa Edilmemesi - Borçlunun Temerrüdü,** 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

AYDINCIK Şirin, **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları, Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

BARDA Ernst, **L'exécution spécifique des contrats - Étude de Droit Anglais Comparé,** Dalloz, Paris, 1928.

BAŞOĞLU Başak, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi,** Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

BENABENT Alain, **Droit des obligations,** 16e Edition, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2017.

BÜYÜKSAĞİŞ Erdem, **Le nouveau droit turc des obligations, perspective comparative avec les droits suisse et européen,** Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2014.

DEMİRSATAN Barış, «Le principe d'exécution en nature et ses exceptions en droit civil turc», **La réforme du droit des contrats, Journée franco-turque actes du colloque, le 30 Mars 2014,** Oniki Levha Yayınları, Istanbul, 2015.

ENGİN Baki İlkay, **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 24. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

FRANÇOIS Clément, «Présentation des articles 1221 à 1222 de la nouvelle sous-section 2 «L'exécution forcée en nature», **La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1,** https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect2-execution-forcee/ [Son Erişim Tarihi: 18 Mart 2022].

HELVACI İlhan, **Turkish Law of Contract,** Springer Nature, Cham, 2017.

KILIÇOĞLU Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Turhan Kitabevi, 24. Bası, Ankara, 2020.

MALAURIE Philippe / AYNES Laurent / STOFFEL-MUNCK Philippe, **Droit des obligations**, 9e Edition, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2017.

MALINVAUD Philippe / FENOUILLET Dominique / MEKKI Mustapha, **Droit des obligations,** 14e Edition, LexisNexis, Paris, 2017.

OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1,** 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa - İfa Engelleri - Sebepsiz Zenginleşme - Ek: Uygulama Çalışmaları,** Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

TEKINAY Selahattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

TERCIER Pierre / PICHONNAZ Pascal / DEVELİOĞLU Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 2. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 897-932

ANA HATLARI İLE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SATIM HUKUKU(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Ahmet Hakan DAĞDELEN**(**)

Öz: Bu çalışmanın konusunu, Türkiye'de ders kitaplarında hak ettiği yeri ve ilgiyi henüz bulamadığı söylenebilecek Birleşmiş Milletler satım hukukunun kısaca ana hatları oluşturur. Viyana'da Birleşmiş Milletler nezdinde yapılan Milletlerarası Satım Antlaşması'na dayanan Birleşmiş Milletler Satım Hukuku, on seneyi aşkın süredir Türk hukukunun bir parçasıdır. Ülke sınırlarını aşan satım sözleşmeleri açısından öncelikle uygulama alanı bulacak bu kurallar bütünü, satım sözleşmesi çerçevesince ortaya çıkabilecek problemlere kimi yerlerde ulusal nitelikteki Türk hukukundan farklı şekilde yaklaşır, bunları farklı şekilde değerlendirir. Büyük ölçüde Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Anglo Sakson hukuk sistemi (*Common Law*) arasında verilen tavizlere ve uyuşmaya dayanan bu kurallar satım sözleşmesinin kuruluşu, satım konusu eşyaya ilişkin hasar tehlikesinin intikali, satıcı ve alıcının yükümlülükleri, bunlara aykırılıkları, tazminat, sözleşmenin tasfiyesi ve malların muhafazasına ilişkin maddi hukuk normu niteliğinde düzenlemeler içerir. Antlaşma değindiği problemler açısından hem bahsi geçen bu iki hukuk sistemini hem de bu kuralları iktibas etmiş ve aynı hukuk sisteminde yer alan ülkelerin hukuklarını yakınlaştırma fonksiyonu görür.

Anahtar Kelimeler: Satım, Sözleşme, İfa Aksaklığı, İfa Engeli, BM.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 23.11.2021 - Makale Kabul Tarihi: 03.03.2022.

(**) Beykent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0003-3794-1333; *hakandagdelen@beykent.edu.tr*).

FUNDAMENTALS OF THE UN SALES LAW

Abstract: The following paper briefly examines United Nations sales law fundamentals that have not received enough attention in textbooks written in Turkey. UN sales law, which has its roots in a multilateral treaty on international sales prepared before the UN, has been a part of Turkish law for more than ten years now. Compared to Turkish law with national character, the rules laid down by the UN sales law follow some different, notable, and sometimes questionable approaches with a view on cross-border sales contracts. Mainly, these rules were established on the ground standing on compromises between Common Law and continental European legal tradition. The UN sales law sets solutions regarding the formation of the contract, passing of risk, obligations of the seller and buyer with remedies against breach of the contract, damages, avoidance of the contract, and preservation of the goods. These rules don't only aim at the harmonization of these two different legal traditions, but also harmonization of different national laws in different countries in the same legal tradition.

Keywords: Sale of Goods, Contract, Failure in Performance, UN.

I. GİRİŞ

Uyuşmazlığı çözmeye yetkili Türk mahkemesinde uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu durumlarda, hakimin göz önünde bulundurması gereken kurallar bütünü içerisinde yer alan bir kümeyi de Milletlerarası Mal Satıma İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması[1] (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods - CISG*) oluşturur. 10 Mart - 11 Nisan 1980'de Viyana'da gerçekleşen bir konferansta kabul edilen ve 1 Ocak 1988'de yürürlüğe giren bu antlaşmaya[2], diğer bir adıyla Viyana Satım Antlaşması[3], Türkiye, 2009'da katılmayı 5870 sayılı kanunla[4] uygun bulmuştur. Türkiye'nin katılma belgesinin 7 Temmuz 2010'da tevdiinden sonra[5], antlaşmanın 99. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak, antlaşma Türkiye'de 1 Ağustos 2011'de yürürlüğe girmiştir[6].

---

1 Resmi Gazete 07.04.2010, Sayı: 27545.

2 ATAMER Yeşim, **Uluslararası satım sözleşmelerine ilişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca satıcının yükümlülükleri ve sözleşmeye aykırılığın sonuçları**, Beta, İstanbul, 2005, s. 24.

3 Antlaşma her ne kadar Viyana ile yakından alakalı olsa da, antlaşmanın resmi dilleri arasında Almanca'nın olmadığına dikkat edilmelidir. Uyuşmazlıkların çözümünde ve antlaşmanın incelenmesinde öncelikle resmi dildeki metinlere başvurulması gerekir.

4 Resmi Gazete 14.04.2009, Sayı: 27200.

5 Bu tarih için: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status, son erişim 26.08.2021.

6 ERDEM Ercüment, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 159.

Sınır tanımayan ticaretin, günümüz dünyasında ülke sınırları ile çevrelenmiş hukuk kurallarına riayet edilerek gerçekleştirilmesindeki güçlüğü bir ölçüde zayıflatan Milletlerarası Satım Antlaşması (çalışmanın devamında kısaca **MSA** olarak anılacaktır[7].) bugün doksan dört ülke tarafından kabul edilmiştir[8]. Bu yönüyle antlaşmanın devletler arasında hukukun uyumlulaştırılması alanında gördüğü vazifenin önemi yadsınamaz. Satım sözleşmesini temel alan bu antlaşma, milletlerarası nitelik taşıyan satım ilişkilerinde uygulanmak üzere, tıpkı Borçlar Kanunu gibi kişiler arasındaki ilişkilerde riayet edilmesi gereken iç düzen kuralları niteliğinde maddi hukuk kuralları getirmektedir.

MSA; satım sözleşmesinin kurulması ve yorumlanması, borcun ifası, borcun gerektiği şekilde ifa edilmemesi ve bunun sonuçları gibi alanlarda karşılaşılabilecek bir dizi probleme ilişkin, MSA m. 6'da öngörüldüğü üzere emredici nitelikte olmayan, diğer bir ifade ile tarafların farklı yönde anlaşabilecekleri düzenlemeler getirmektedir. Bu problemleri Türk hukukuna göre farklı bir yaklaşım ile değerlendiren MSA'nın, kendi uygulama sahasına giren uyuşmazlıklarda, diğer bir ifade ile ülke sınırlarını aşan satım sözleşmeleri açısından özel kural olması gereği öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir[9]. Ancak MSA kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin bir uluslararası anlaşma olmadığından, normlar hiyerarşisinde kanunun üzerinde değildir.

MSA'da düzenlemeyen konularda, bağlama kurallarının gösterdiği ulusal hukuka başvurulacaktır[10], buna örnek olarak sözleşmenin tamamının

---

[7] Esasen CISG'i örnek alarak, "Milletlerarası Mal Satıma İlişkin Antlaşma - MMSA" kısaltması da yapılabileceği gibi, ifadeyi kısa ve basit tutmak amacıyla metinde farklı bir tercihte bulunulmuştur. Viyana Satım Antlaşması'ndan hareketle, "VSA" kısaltması için: AKÇURA KARAMAN Tuba, "Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) çerçevesinde satıcının ayıptan sorumluluğu ve alıcının hakları", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, sy. 1, ss. 225-259, s. 225; ERDEM, s. 159.

[8] Güncel sayılar için: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status, son erişim 27.08.2021.

[9] ATAMER, CISG, s. 123; ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, "Viyana Konvansiyonu'nun Milletlerarası Özel Hukuk bakımından uygulama alanı", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, sy. 1, ss. 19-53, s. 34.

[10] ATAMER, CISG, s. 108; BECKMANN Roland Michael, "Kauf", **Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch -- Eckpfeiler des Zivilrechts**, ed. Michael Martinek, Sellier - de Gruyter, Berlin, 2008, ss. 559-643, s. 639; POSCH Willibald, **Bürgerliches Recht VII Internationales Privatrecht**, ed. Peter Apathy, 5. bs., Springer, Wien, 2010, para. 19/8; WELSER Rudolf/ZÖCHLING-JUD Brigitta, **Bürgerliches Recht Band II**, 14. bs., Manz, Wien, 2015, para. 819.

veya bir kısmının geçerliliği, ehliyet, temsil, zaman aşımı[11], satılanın mülkiyetinin geçişi veya satım konusu eşyanın kişinin yaralanmasına/ölümüne sebep olması verilebilir. Bununla beraber m. 7/f. 2'de öngörüldüğü üzere, MSA'da düzenlenmiş ancak açıkça cevabı verilmemiş konularda, bağlama kurallarının gösterdiği hukuka gitmeden evvel MSA'nın temelinde yatan ilkelere bakmak gerecektir. Uyuşmazlığın çözümünde, bu ilkelerin uygulanması ulusal hukuka göre önceliklidir. Örneğin bu ilkelerden biri, borçların karşılıklı olarak eş zamanlı ifasıdır[12].

Uygulanacak kurallar bağlamında bir de m.9'da işaret edilen teamül ve alışkanlıkların önemine işaret etmek gerekir. Tarafların uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş alışkanlıklar tarafların arasındaki sözleşmeyi tamamladığı gibi, ilgili ticari branşta aynı tür sözleşmeleri yapanlarca yaygın olarak bilinen ve düzenli şekilde uygulanan, milletlerarası nitelikteki teamüller de tarafların bu teamülleri bilmesi veya bilmesi gerekmesi kaydıyla münferit bir uyuşmazlığın çözümünde yine uygulama alanı bulabilecektir. Bunlar, MSA'dan önce uygulama alanı bulur[13].

II. ANTLAŞMANIN YAPISI

MSA dört kısma ayrılmaktadır. Madde 1'den 14'e kadar olan ilk kısımda antlaşmanın uygulama alanı ile antlaşmanın yorumuna, ticari teamüllere ve satım sözleşmesinde şekle dair düzenlemeler yer alır.

Madde 14'ten 25'e kadar olan ikinci kısımda, satım sözleşmesinin kurulmasına dair düzenlemeler yer alır.

Madde 25'ten 89'a kadar olan üçüncü kısımda, malların satımına ilişkin genel hükümler, satıcı ve alıcının yükümlülükleri ve bunların ihlâlinde karşılıklı tanınan imkânlar, tehlikenin intikali[14], öncelenmiş sözleşme ihlâli[15], art arda teslimli sözleşmeler, tazminat, sözleşmenin ortadan kaldırılması ve malların muhafazasına dair düzenlemeler yer alır.

---

[11] Bu konuda taraf olan ülkeler açısından 1974 tarihli Convention on the limitation period in the international sale of goods'a dikkat etmek gerekebilecektir. Taraf ülkeler için: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/limitation_period_international_sale_of_goods/status, son erişim: 09.10.2021. Türkiye bu antlaşmaya taraf değildir.

[12] ATAMER, CISG, s. 120; POSCH, para. 19/10.

[13] ATAMER, CISG, s. 89; ZEYTİN Zafer, **Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG - Incoterms**, 3. bs., Seçkin, Ankara, 2019, s. 95.

[14] Türkçe metinde hasarın intikali olarak çevrilmiştir.

[15] Türkçe metinde öne alınmış sözleşmeye aykırılıklar olarak çevrilmiştir.

89. madde ile başlayıp, 101. madde ile biten son kısım olan dördüncü kısımda ise, antlaşmanın tasdiki ve yürürlüğe girmesi gibi, antlaşmanın kapanış hükümleri yer alır.

MSA m. 92/f. 1'de öngörüldüğü üzere, antlaşmanın bir bütün hâlinde kabul edilmesi şart değildir. Bir ülke MSA'yı, sadece birinci, ikinci ve dördüncü kısımları ile kabul edebileceği gibi, sadece birinci, üçüncü ve dördüncü kısımları ile de kabul edebilir. Türkiye MSA'nın kabulünde kısımlar arasında böyle bir ayrım yapmamıştır[16].

III. KURALLARIN UYGULAMA ALANI

1. Farklı Ülkelerdeki İş Yerleri

MSA'nın Türk mahkemeleri önünde satım sözleşmesinden doğacak bir uyuşmazlığa uygulanabilmesi için bir dizi şartın yerine gelmesi gerekmektedir. İlk olarak MSA m. 1 uyarınca, dikkat edilmesi gereken en temel husus satım sözleşmesi taraflarının farklı ülkelerde iş yerlerine sahip olması şartıdır. Tarafların vatandaşlığının bu bağlamda önemi yoktur. Bununla beraber, MSA m. 1/f. 2'de öngörüldüğü üzere sözleşme taraflarının iş yerlerinin farklı ülkelerde bulunduğu gerçeğinin sözleşmeden yahut da sözleşmeyi çevreleyen görüşmelerden, bilgilendirmelerden anlaşılması da gerekmektedir, yoksa MSA uygulanmayacaktır.

MSA m. 1/f. 1/b. a uyarınca, sözleşme taraflarının MSA'ya taraf olan farklı ülkelerde iş yerlerinin bulunması hâlinde, taraflar arasındaki satım sözleşmesinden doğan uyuşmazlığa, uyuşmazlığa bakan mahkemenin bulunduğu ülkenin de MSA'ya taraf olması kaydıyla, MSA tatbik edilecektir. Buna örnek olarak iş yeri Türkiye'de bulunan alıcı ile iş yeri Almanya'da bulunan satıcı arasındaki bir uyuşmazlık verilebilir. Bu durumda, uyuşmazlığı çözmek üzere bağlama kurallarının, MSA'ya taraf olmayan bir ülkenin hukukuna yollama yapması, MSA'nın uygulanmasını engellemez. Bu ihtimalde MSA **doğrudan** uygulama alanı bulacaktır[17].

---

[16] İPEK İŞLETEN Mehtap, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ve Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde sözleşmenin kurulması", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, sy. 1, ss. 111-137, s. 111, 112; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 38, 47; ZEYTİN, s. 29.

[17] ATAMER, CISG, s. 48; MISTELIS Loukas, "CISG'in uygulama alanı", (çev. Candan Yasan), **Milletlerarası Satım Hukuku**, ed. Yeşim Atamer, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 7-25, s. 16; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 29; ZEYTİN, s. 48.

Dikkat etmek gerekir ki, MSA'nın uygulanması için sözleşme taraflarının farklı ülkelerde bulunan iş yerlerinin mutlaka MSA'ya taraf ülkelerde bulunması şart değildir. MSA m. 1/f. 1/b. b uyarınca[18], Milletlerarası Özel Hukuk'un bağlama kurallarının uyuşmazlığı çözmek üzere MSA'ya taraf bir ülkenin hukukunu göstermesi durumunda da, MSA yine uygulama alanı bulabilecektir. Örneğin, Türkiye'den bir satıcı ile MSA'ya taraf olmamış İngiltere'den, Hindistan'dan veya Portekiz'den bir alıcı arasındaki satım sözleşmesinden doğan Türk mahkemeleri önündeki bir uyuşmazlığa uygulanmak üzere bağlama kurallarının Türk hukukunu göstermesi durumunda, uyuşmazlığa yine MSA uygulanabilecektir. Bu durumda MSA **dolaylı** olarak uygulama alanı bulacaktır[19]. Bunun gibi tarafların uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunu seçmeleri durumunda da, MSA Türk hukukunun bir parçası olduğundan, yine uyuşmazlığa MSA uygulanabilecektir. Tarafların uyuşmazlığa uygulanmak üzere Türk hukukunu seçmeleri MSA'nın uygulanmasını dışlamaz, tam aksine MSA'yı kapsamına alır[20], yeter ki sözleşmenin dikkatli bir yorumu sonucunda anlaşılabilecek TBK'nın uygulanmasına yönelik aksine bir anlaşma olmasın.

Bu bağlamda karışıklığa yol açabilecek iki husus akla gelebilir. Bunlardan biri, satım sözleşmesi taraflarının farklı ülkelerde birden fazla iş yerinin bulunması ihtimalidir. MSA m. 10'da öngörüldüğü üzere, bu ihtimalde sözleşme ve bunun ifası ile en yakın irtibat hâlinde bulunan iş yeri değerlendirmede esas alınacaktır. Diğer ihtimalde ise, satım sözleşmesi tarafları açısından bir iş yerinin tespiti mümkün değildir. Yine aynı maddede öngörüldüğü üzere, bu ihtimalde iş yeri bulunmayan tarafın mutat meskeni değerlendirmede göz önünde tutulacaktır.

2. Satım Konusu

MSA, iş yerleri farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında yapılan bütün satım sözleşmeleri üzerinde uygulama alanı bulmaz. MSA m. 1'de öngörüldüğü üzere uyuşmazlığa konu sözleşmenin bir mal satımına ilişkin olması gerekmektedir. Düzenlemede geçen mal ifadesinden, taşınır mallar anlaşıl-

---

18 MSA m. 95 uyarınca, bu düzenlemeye koyulan çekincenin etkisi için: ZEYTİN, s. 51, 52.

19 ATAMER, CISG, s. 48; MISTELIS, s. 17; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 32; ZEYTİN, s. 48.

20 ZEYTİN, s. 76. İsviçre hukuku açısından farklı bir değerlendirmede: HONSELL Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, 9. bs., Stämpfli Verlag, Bern, 2010, s. 140. Tartışmaya işaret etmek üzere: ATAMER, CISG, s. 60 vd. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 33, 41 vd. Bu konuda ayrıca: MISTELIS, s. 17.

maktadır[21]. Bu bakımdan bir taşınmaz satımı, MSA'ya tâbi olmayacaktır[22]. Bununla beraber, MSA'nın uygulama sahasından çıkarılan satıma konu değerler sadece taşınmazlardan ibaret değildir.

MSA m. 2, satıma konu olabilecek değerlerden şunları uygulama alanı dışı bırakır: Elektrik; gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı; menkul kıymet, kambiyo senedi ve para; satıcının sözleşme kurulurken bilmesi veya bilmesi gerekmesi kaydıyla kişisel veya ailevi veya ev ihtiyacı için alınan mallar[23].

Bu bahiste bir problemi satıma konu değerin cismani yapıda olmaması oluşturur. Bu duruma yazılım satımı bir örnek oluşturur. Satım konusunun cismani yapıda olmaması durumunda, sözleşmenin MSA'nın uygulama alanına girip girmediği konusu tartışmalıdır[24].

3. Satım Türü

MSA'nın uygulama alanından çıkarılan satım konusu eşyalar olduğu gibi, satımın bazı türleri de yine kapsam dışındadır[25]. MSA m. 2'de öngörüldüğü üzere, açık artırma usûlüyle gerçekleşen satımlar ile cebri icra veya kanun gereği gerçekleşen diğer satımlar MSA'nın uygulama alanı dışındadır. Bunun gibi çerçeve niteliğindeki sözleşmeler (örneğin tek satıcılık, franchise sözleşmeleri) de MSA kapsamında değerlendirilmez[26].

Bir satım sözleşmesi olarak değerlendirilmesinde kimi zaman şüphe duyulabilecek, malı temin eden kişinin malı aynı zamanda üreteceği sözleşmeler açısından MSA m. 3'te özel bir düzenleme bulunur. Bu sözleşmelerin vasıflandırılmasında **eser sözleşmeleri**, özellikle eser teslim sözleşmeleri (*Werklieferungs-*

---

[21] ATAMER, CISG, s. 44; DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, "CISG'in sözleşmelerin konusu ve niteliği bakımından uygulama alanı", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, sy. 1, ss. 53-73, s. 55; ERDEM, s. 203; HONSELL, s. 140; WELSER/ZÖCHLING-JUD, para. 817; ZEYTİN, s. 59.

[22] ATAMER, CISG, s. 44; ZEYTİN, s. 59.

[23] Satıcının bu hususu bilmemesi durumunda MSA'nın tüketici hukukuna göre öncelikle uygulanacağı yönünde: BECKMANN, s. 638.

[24] Girmediği yönünde: HEIDERHOFF Bettina, "CISG'in uygulama alanı: Konu bakımından", (çev. Ajda Gençsoy), **Milletlerarası Satım Hukuku**, ed. Yeşim Atamer, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 25-37, s. 32. Tartışmaya işaret etmek üzere: ATAMER, CISG, s. 44; DEVELİOĞLU, s. 55; WELSER/ZÖCHLING-JUD, para. 817; ZEYTİN, s. 60. Yazılım satışlarının MSA kapsamında görülmesi gerektiği yönünde: BECKMANN, s. 638; ERDEM, s. 204; ZEYTİN, s. 61.

[25] Trampa sözleşmesinin MSA kapsamında görülmeyeceği yönünde: ATAMER, CISG, s. 38; DEVELİOĞLU, s. 54; HEIDERHOFF, s. 31; ZEYTİN, s. 68.

[26] ATAMER, CISG, s. 37; ZEYTİN, s. 67, 68.

vertrag) ile satım sözleşmeleri arasında kalınabilse de, MSA bu sözleşmeleri de belirli durumlarda uygulama alanına almaktadır. Gerçekten sipariş veren, üretim için gerekli malzemenin esaslı bir kısmını tedarik etme taahhüdünde bulunmuş olmadıkça, malın üretilip arkasından teslim edileceği sözleşmeler MSA'ya tâbi olacaktır. Ancak malın üretiminde kullanılacak malzemenin esaslı[27] kısmı siparişi veren tarafından sağlanacaksa, MSA uygulama alanı bulmaz. Bunun gibi malı üretip teslim sözü vermiş tarafın edimi ağırlıklı olarak iş gücü veya bir hizmetin sağlanmasından oluşuyorsa, bu sözleşmeye yine MSA uygulanmayacaktır. Birden fazla sözleşme tipinin karmasından oluşan atipik sözleşmelerde, sözleşmeden doğan satıma yabancı yükümlülüğün değer olarak veya taraf menfaati açısından ağır basması, sözleşmeyi MSA'nın uygulama alanından çıkarır[28].

Bu ayrımlardan başka, MSA m. 1/f. 3'te öngörüldüğü üzere adi işlem, her iki tarafı tacir olan işlem, tek tarafı tacir olan işlem veya tüketici işlemi gibi uyuşmazlığa konu satım sözleşmesi için yapılacak nitelemeler, MSA açısından önem taşımaz.

IV. SATIM SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞU

MSA, satım sözleşmesinde tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin düzenlemelerin yanı sıra, satım sözleşmesinin kuruluşuna ilişkin düzenlemeler de içermektedir. MSA m. 14'e göre, malların saptandığı ve malların miktar ile semeninin belirli veya belirlenebilir olduğu bir teklif, teklifte bulunanın bağlanma iradesini de yansıttığı takdirde öneri olarak değerlendirilecektir. MSA m. 15 önerinin karşı tarafa **varma** ile hüküm ifade edeceğini belirttikten sonra, önerinin, geri alma beyanının öneriden önce veya öneri ile aynı anda karşı tarafa varması kaydıyla geri alınabileceğini söyler. MSA m. 16 ise, yapılan önerinin, bundan dönme beyanının muhataba kabul beyanının gönderilmesinden önce ulaşmış olması koşuluyla, **öneriden dönülmesine** olanak tanır. MSA'nın Türkçe metninde bu husus her ne kadar "*geri alma*" olarak ifade edilse de, bu imkân önerinin geri alınmasından hukuki yönüyle farklıdır[29]. Bu sayede öneriden dönen beyan, öneriden sonra karşı tarafa varsa da öneride bulunan önerisinden kurtulabilmektedir. Bununla beraber,

---

[27] Bu hususta ekonomik değerin belirleyici olması gerektiği yönünde: ATAMER, CISG, s. 39; HEIDERHOFF, s. 31.

[28] ATAMER, CISG, s. 40; WELSER/ZÖCHLING-JUD, para. 818.

[29] ERDEM, s. 223; İPEK İŞLETEN, s. 120; POSCH, para. 19/13; SCHWENZER Ingeborg/MOHS Florian, "Sözleşmenin kurulması", (çev. Gözde Kayacık), **Milletlerarası Satım Hukuku**, ed. Yeşim Atamer, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 83-105, s. 90; ZEYTİN, s. 103.

MSA m. 16/f. 2'de öngörüldüğü üzere, kabulün gönderilmesinden evvel öneriden dönülebilmesi için öneride kabul için bir süre öngörülmemiş olmalıdır veya önerinin dönülemez olduğu ifade edilmemelidir, keza yine muhatabın öneriden dönülmeyeceğine ilişkin haklı güveninin varlığı ve bu güvene dayalı olarak harekette bulunması da öneriden dönülmesini engeller.

MSA m. 19/f. 1, öneri ile tam olarak örtüşmeyen, ancak önerinin kabulüne yönelik bir beyanın satım sözleşmesini kurmayacağını söyler. Ancak ikinci fıkra, önerinin kabulüne ilişkin beyanın öneriye esaslı olmayan eklemeler veya öneriden esaslı olmayan sapmalar getirmesi durumunda, öneride bulunanın gecikmeyi haklı kılan bir sebep yoksa hemen itirazını arar. Bu yönde bir itiraz veya geri bildirim zamanında yapılmaz ise, öneriye cevap olarak gelen ve öneriden **esaslı olmayan şekilde** ayrılan ikinci bir irade beyanı ile satım sözleşmesi kurulabilmektedir[30]. Üçüncü fıkra ise, hangi hususların esaslı olduğunu örnekler, buna göre semene, ödemeye, malların kalitesi ve miktarına, teslim yeri ve zamanına, sorumluluğun kapsamına veya uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin öneriden değişik bir hüküm içeren öneriye cevap, esaslı bir değişiklik içermektedir. Bu yönde öneriden farklılıklar içeren bir öneriye cevaba zamanında itiraz edilmemesi, geri bildirimde bulunulmaması sonucunda sözleşme yine kurulmayacaktır. Tekrar ifade edilirse, düzenlemede sayılan esaslı hususlar esasen örnek niteliğindedir ve esaslı hususlar bunlardan ibaret olmak zorunda değildir. Bir görüşe göre, bu düzenleme sadece aksinin ispatı açık bir yorum kuralı getirir, buna göre bir uyuşmazlıkta düzenlemede sayılanların esaslı olmadığının ispatı mümkündür[31].

MSA m. 18/f. 2 uyarınca, kabulün öneride bulunana **varması** ile satım sözleşmesi kurulmaktadır. Bununla beraber aynı düzenlemenin üçüncü fıkrası, taraflar arasındaki yerleşik alışkanlıklar, teamüller veya öneri imkân verdiği hâlde, kabulün malların gönderilmesi, bedelin ödenmesi gibi eylemli gerçekleşmesi durumunda, sözleşmenin eylem tarihinde kurulmuş sayılmasını mümkün kılar. İlginç bir düzenleme MSA m. 21'de bulunur. Bu düzenlemeye göre gecikmiş bir kabul, öneriyi yapan tarafından gecikmesizin kabulde bulunana bildirilmesi, bu bildirim sözleşmenin kurulmasına yönelik olacaktır, kaydıyla yine satım sözleşmesini kurmaktadır. Yoksa geciken

---

[30] Düzenlemenin iki tarafın karşılıklı olarak genel işlem kuralları (şartları/koşulları) kullanmaları durumunda (*battle of forms*) göz önüne alınması gerektiği yönünde: HONSELL, s. 145.

[31] Bu görüşe işaret etmek üzere: POSCH, para. 19/15. Bu görüşün baskın görüş olduğu yönünde: ZEYTİN, s. 111, 112.

kabul artık yeni bir öneri olarak değerlendirilip, öneride bulunanın geciken kabulden sonraki sözleşmenin kurulmasına yönelik beyanı, yeni bir kabul olarak değerlendirilmemektedir[32]. Bu bakımdan sözleşme, gecikmiş kabulün öneride bulunana varması anında kurulmaktadır[33].

Sözleşmelerin kurulması açısından esas olan şekil serbestisidir[34], MSA m. 11 bu hususu vurgular. Aynı serbesti, sözleşmenin ispatı açısından da kabul edilmektedir. Bununla beraber, m. 96 bu serbestiye ülkelerin çekince koyabilmesi serbestisi getirmektedir, bu sayede bir taraf ülke, kendi ülkesinde iş yeri bulunan satım sözleşmesi tarafı mevcudiyetinde, geçerlilik ve ispat amacıyla yazılı şekli şart koşabilir. Bu çekinceyi törpüleyecek şekilde[35] MSA m. 13, yazılı teriminden telgraf ve teleksin de anlaşılması gerekeceğini öngörmektedir. MSA'nın yorumundan çıkarıldığı üzere, faks ve elektronik postanın da yine yazılı olma şartını yerine getireceği ifade edilmektedir[36].

Son olarak ifade edilirse, taraf iradelerinin yorumuna ilişkin m. 8'de öngörülen prensipler, Türk ve İsviçre hukuklarında geniş kabul gören *güven teorisi* ile örtüşür[37]. Bu prensipler uyarınca karşı taraf, beyanda bulunanın iradesini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, beyan bu iradeye göre yorumlanır. Aksi hâlde beyan, karşı tarafın akla yatkın surette bundan ne anlaması gerektiği göz önünde bulundurularak yorumlanır.

V. TEHLİKENİN İNTİKALİ

MSA m. 66 vd. satım konusu eşyaya ilişkin hasar tehlikesinin intikalini düzenlemektedir[38]. Hasar tehlikesinin alıcıya intikalinden önce, ayırt edilerek belirli hâle gelen / temerküz eden malın telef olması sonucunda, alıcı maldan mahrum kalır, ancak satıcı da malın bedelinden mahrum kalacaktır.

---

32 WELSER/ZÖCHLING-JUD, para. 821.

33 ZEYTİN, s. 114.

34 ERDEM, s. 229; POSCH, para. 19/11.

35 GRUBER Urs Peter, "CISG Art. 13", **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 4**, ed. Harm Peter Westermann, 8. bs., C. H. Beck, 2019, para. 4.

36 GRUBER, para. 3; POSCH, para. 19/11; ZEYTİN, s. 147.

37 HONSELL, s. 142; ÖZ Turgut, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, sy. 1, ss. 3-18, s. 6; ZEYTİN, s. 92, 93.

38 Gerek MSA'nın Türkçe çevirisinde, gerekse de Türk öğretisinde bu problem, hasarın intikali olarak ifade edilir. Kanımca bu ifade doğru değildir, zira hasar intikal etmemektedir, intikal eden buna ilişkin tehlikedir.

Tahsil edilmeyen satım bedeli tahsil edilmeyecek, tahsil edilen satım bedeli iade edilecektir. Hasar tehlikesinin alıcıya intikalinden sonra malın telef olması durumunda ise, alıcı yine maldan mahrum kalacaktır, ancak satıcı bu durumda satım bedelinden mahrum kalmayacaktır, satım bedeli ödenmedi ise satıcıya ödenecek veya ödendi ise geri istenemeyecektir.

MSA m. 69'da öngörüldüğü üzere, satım konusuna ilişkin hasar tehlikesinin alıcıya intikali, esasen malların alıcıya teslimi ile gerçekleşmektedir. Ancak alıcıya malların teslimi, mallar teslime hazır durumdayken alıcının sözleşmeye aykırı bir davranışı sonucu gerçekleşmiyorsa, örneğin sözleşmenin kurulmasından sonra makul sürede mallar teslim alınmadığında[39], yine hasar tehlikesi alıcıya, teslim henüz gerçekleşmemiş olsa da, intikal etmektedir. Düzenlenmenin ikinci fıkrasında yer alan hâlde, mallar alıcı tarafından satıcının iş yerinden farklı bir yerden, örneğin bir ambardan/depodan alınacaktır. Bu ihtimalde, alıcının davranışının sözleşmeye aykırı olup olmadığına, alıcının makul sürede hareket edip etmediğine bakılmamaktadır[40]. Bu ihtimalde tehlike, teslim borcunun muaccel ve alıcının malların teslime hazır bulunduğundan haberdar olması ile, yine malların tesliminden evvel alıcıya geçmektedir. Örneğin alıcının malları on beş gün içinde teslim alacağı kararlaştırıldığında, bu ihtimalde hasar tehlikesinin alıcıya geçmesi için bu sürenin dolmasına gerek yoktur. Teslimden evvel ancak tehlikenin alıcıya geçebilmesi için, ilgili malların, bu çalışmanın hemen bir sonraki paragrafında gösterilen, örneklenen usûllerde satım sözleşmesi ile ilişkilendirilmiş olması gerekir (f. 3).

Uluslararası satımda çokça görüldüğü üzere, satım konusu mallar bir yerden diğer bir yere gönderilmektedir. Satım sözleşmesinde taşınacağı (yollanacağı/gönderileceği) öngörülmüş mallar açısından, MSA m. 67'de şöyle öngörülür: Satım sözleşmesi ile ilişkilendirilen malların alıcıya teslim edilmek üzere ilk taşıyıcıya verilmesi ile hasar tehlikesi alıcıya intikal eder[41]. Malın taşıyıcıya değil de taşıma işleri komisyoncusuna verilmesi durumunda tehlikenin intikali konusu tartışmalıdır[42]. Sözleşme ile ilişkilendirme, f. 2

---

[39] BRIDGE Michael, "CISG uyarınca hasarın geçmesi", (çev. Başak Başoğlu), **Milletlerarası Satım Hukuku**, ed. Yeşim Atamer, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 193-221, s. 213, 214.

[40] BRIDGE, s. 215.

[41] Taşıyıcının satıcıdan bağımsız bir üçüncü kişi olması gerektiği yönünde: ATAMER, CISG, s. 155; BRIDGE, s. 202; ZEYTİN, s. 154, 266.

[42] ATAMER, CISG, s. 156.

uyarınca mallar üzerine ayırıcı işaret koyma, örneğin paket üzerine etiket yapıştırma veya adres yazma, taşıma belgelerinde, örneğin konşimentoda, alıcının zikredilmesi, alıcıya bildirim şeklinde veya herhangi başka bir şekilde gerçekleşebilir. Sonuç olarak tarafların satım sözleşmesinde, satın alınan malların alıcıya belli bir yerde teslimi için anlaşmamaları durumunda, malların sadece gönderileceği konusunda anlaşmaları durumunda malların yolda hasara uğrama tehlikesini alıcı üstlenecektir. Taşınan malın yolda başına gelecek hasara ilişkin tehlike varsayılı olarak alıcıdadır. Malların taşıyıcıya verilmesine rağmen hasar tehlikesinin satıcıda kalması için, tarafların satıma konu malların alıcıya belirli bir yerde teslimini kararlaştırmaları gerekmektedir. Bu durumda mallar teslim yerine ulaştırmak için taşıyıcıya verildiklerinde, hasar tehlikesi alıcıya geçmeyecektir.

Bir diğer ihtimal, taşınmakta olan, yolda olan malların satımıdır, örneğin gemide seyahat eden mallar, malların yolculuğu sırasında satılmaktadır. Hasar tehlikesinin intikali açısından bu ihtimali MSA m. 68 düzenler. Bu durumda hasar tehlikesi malların teslimi ile değil, satım sözleşmesinin kurulması ile alıcıya geçmektedir. Hatta koşulların haklı göstermesi durumunda, hasar tehlikesinin malların taşıyıcıya verilmesi ile alıcıya intikal edeceği öngörülmektedir, yani bu durumda hasar tehlikesinin intikali için sözleşmesinin kurulduğu andan önceki bir ana göndermede bulunulmaktadır. Ancak satıcının malların hasara uğradığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu gerçek alıcıya açıklanmamışsa, hasar tehlikesinin de alıcıya, malların taşıyıcıya teslimi ile intikal etmemiş olduğu kabul edilecektir. Koşulların haklı göstermesi ibaresine, bir taşıma sigortasının var olduğu durumların altlanabileceği[43] ifade edilir[44].

VI. TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. Genel Olarak

Tarafların yükümlülüklerinin içeriğine ve bunların ihlâline bağlanan sonuçlara geçmeden evvel, öncelikle MSA'nın ifa aksaklıkları bahsinde izlediği yapı-

---

[43] Altlama / altlamak, olguyu hukuk kuralına bağlama, özeli genelin altına yerleştirme etkinliğini ifade etmek üzere kullanılmıştır. Almanca "*Subsumtion*" / "*subsumieren*" kelimelerine karşılık kullanılır. Bu konuda bkz.: SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku**, 8. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 114 vd.

[44] ATAMER, CISG, s. 268; BRIDGE, s. 210; ÇETİNER Bilgehan, **Die Sachmängelhaftung des Verkäufers im UN-Kaufrecht und im neuen deutschen Schuldrecht**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2006, s. 111; HONSELL, s. 162; ZEYTİN, s. 270.

ya değinmek gerekir. Borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi durumlarının sınıflandırılmasında kullanılan imkânsızlık, temerrüt, ayıp, zapt, sözleşmenin müspet ihlâli kavramları MSA'ya yabancıdır[45]. Bu bağlamda MSA'da tek bir yapının yer aldığı kabul edilir: **Sözleşmenin ihlâli** (*breach of contract*).

Sözleşmenin ihlâli karşısında tanınan haklardan bazılarının kullanımı açısından ihlâlin, **esaslı ihlâl** (*fundamental breach*) olup olmadığı önem taşımaktadır. MSA m. 25'te öngörüldüğü üzere esaslı bir sözleşme ihlâlinden bahsedilmek için, ihlâlde bulunan tarafın karşı tarafı açısından sözleşmeden beklenen menfaatin önemli ölçüde olumsuz etkilenmesi ve böyle bir sonucun sözleşmeyi ihlâl eden tarafça öngörülmüş veya aynı durumdaki makul bir kişi tarafından öngörülebilir olmuş olması gerekmektedir[46]. Bu bakımdan, sözleşmeden beklenen menfaatin önemli ölçüde yitirilecek olması tek başına esaslı bir sözleşme ihlâli yaratmamaktadır. Sözleşmeyi ihlâl eden taraf bu türden bir sonucu öngörmemiş ve makul bir kişinin de öngörmesi gerekmiyorsa, esaslı ihlâl söz konusu olmaz. MSA bağlamında esaslı bir ihlâlden bahsedebilmek için beklenen menfaatin önemli ölçüde yitimi ve öngörülebilirlik beraber gerçekleşmelidir[47], bir zararın varlığı ise şart değildir[48]. Nelerin esaslı ihlâl olarak değerlendirilebileceğine şunlar örnek verilebilir: İmkânsızlık, ciddi ve kesin ifa etmeme beyanı, kesin vadeli işlemde gecikme, satılan için verilen özel nitelik vaadinin boş çıkması, satılan üzerinde üçüncü kişilerin giderilemez hakları, olmazsa olmaz belgelerin eksikliği, güven sarsıcı eksik ifa veya aliud teslimi[49]. Bununla beraber teslim edilen malda bulunan uygunsuzluğun giderilemez yapıda olmasının her zaman esaslı bir sözleşme ihlâline götürmeyeceği ifade edilir. Örneğin malı tekrar satmak üzere alan alıcının, daha ucuza da olsa sorunlu malı elinden çıkarma imkânı varsa, ihlâlin esaslı olduğu kabul edilmeyecektir[50].

---

45 ATAMER, CISG, s. 288; BECKMANN, s. 639; ÇETİNER, s. 43; POSCH, para. 19/18; WELSER/ZÖCHLING-JUD, para. 822.

46 Sözleşmenin yapıldığı anın öngörülebilirlik açısından belirleyici olması gerektiği yönünde: ATAMER Yeşim, "Satıcının sözleşmeye aykırı davranışı ekseninde CISG'ın ifa engelleri sistemine genel bakış", **Milletlerarası Satım Hukuku**, ed. Yeşim Atamer, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 221-267, s. 245; ATAMER, CISG, s. 305, 306; ZEYTİN, s. 133. Daha sonraki bir anın da belirleyici olabileceği yönünde: ÇETİNER, s. 49.

47 ATAMER, İfa engelleri, s. 243; HUBER Peter, "CISG-Sözleşmeye aykırılık halinde alıcının hakları", (çev. Başak Başoğlu), **Milletlerarası Satım Hukuku**, ed. Yeşim Atamer, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 267-287, s. 280.

48 ATAMER, CISG, s. 299; ZEYTİN, s. 128.

49 SEROZAN Rona, "CISG'a ve TBK'na göre alıcının sözleşmeden dönme hakkının sınırları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2012, c. LXX, sy. 2, ss. 207-221, s. 211.

50 ATAMER, CISG, s. 399, 400; ÇETİNER, s. 51, 52.

Sözleşme taraflarına MSA'nın üçüncü kısmı ile ilgili yapılacak bildirimler açısından m. 27'de ilginç bir düzenleme yer alır. Buna göre, aksine bir düzenleme yoksa kendisine sözleşmenin yerine getirilmesi bağlamında bildirim gönderilen sözleşme tarafı, bildirimin kendisine geç, hatalı ulaştığına veya hiç ulaşmadığına dayanamamaktadır. Bu durumlarda da bildirimin usûlüne uygun şekilde yapıldığı, gerçekleştiği kabul edilir. Bu bakımdan bildirimin yapıldığının kabulü için bunun gönderilmesi yeterli, varması ise gerekli değildir. Buradaki düzenlemenin arkasındaki gerekçe şudur: Bildirimin muhatabı, sözleşmeye aykırı davranarak bildirime kendisi sebebiyet verdiğinden, bildirimin geç, hatalı ulaşması veya hiç ulaşmaması tehlikesini de o taşımalıdır[51]. Dikkat etmek gerekir ki sözleşmenin kurulmasına ilişkin ikinci kısımda, irade beyanlarının hüküm doğurması için esas olan varma olgusudur.

2. Satıcının Yükümlülüğü

A. Yükümlülüğün İçeriği

MSA m. 30 uyarınca satıcının yükümlülüğü malları teslim etmek ve mallar üzerindeki mülkiyet hakkını alıcıya geçirmek, bunun yanında mallara ilişkin belgeleri de vermektir. Malların teslim yeri m. 31'e göre, sözleşmenin kurulduğu zamanda satıcının iş yeridir. Bununla beraber, satım konusu malların ferden veya belirli bir stoktan cinsi ile belirlenmiş ya da üretilecek olması durumunda, tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada malların belirli bir yerde bulunduğunu veya belirli bir yerde üretileceğini bilmeleri kaydıyla, ifa yeri burası olacaktır. Bundan başka, sözleşmede kararlaştırıldığı üzere malların taşınması gerekiyorsa, malların ilk taşıyıcıya verilmesi ile satıcı teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır. Teslim zamanına ilişkin MSA m. 33'e göre, mallar sözleşmenin kurulmasından sonra makul bir süre içerisinde (*within*) teslim edilmek zorundadır, bu bakımdan bir **teslim mühleti** söz konusudur[52]. Bu mühlet içinde teslimin ne zaman yapılacağını belirleme yetkisini MSA, koşullardan aksi anlaşılmıyorsa satıcıya vermiştir. Tarafların bu hususu düzenlemesi veya bir **teslim zamanı** belirlemesi ise serbesttir.

Teslim edilecek mallar, taraflar arasındaki sözleşmeye öncelik verilmekle beraber, MSA m. 35/f. 2'de sayılan beklentileri karşılamalıdır, bu bağlamda ihraç ülkesindeki standartların belirleyici olması gerektiğine işaret

---

[51] POSCH, para. 19/19; ZEYTİN, s. 143.

[52] POSCH, para. 19/20.

edilmektedir[53]. Alıcının sözleşme kurulurken bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı mallardaki aykırılıklardan satıcı sorumlu değildir. Malların sözleşmeye aykırı olup olmadığının tespiti açısından belirleyici olan zaman ise, m. 36 uyarınca hasar tehlikesinin intikali ânıdır. Bununla beraber, m. 37'de öngörüldüğü üzere, malların vaktinden evvel teslim edilmesi durumunda, satıcı teslim tarihine kadar mallardaki aykırılığı giderme hakkını haizdir, yeter ki alıcı için makul olmayan zahmet ve masraf doğmasın. Ancak satıcıya tanınan bu imkân, alıcının olası tazminat taleplerini engellemez. Diğer yandan, alıcının belirlenen tarihten, ifa zamanından önce yapılacak bir teslimi kabul zorunluluğu yoktur, bu husus m. 52/f. 1'de ifade edilir. MSA m. 37'de yer alan imkânın benzeri, satım konusu mala ilişkin belgelerdeki eksiklikler açısından da satıcıya m. 34 uyarınca tanınır.

B. Mallardaki Aykırılığın Bildirimi

MSA m. 38'de alıcıya yüklenen **muayene külfeti** yer alır. Malların sözleşmeye uygun olmadığına (buna nitelik eksikliği gibi aliud teslimi[54], nicelik eksikliği[55] de dâhildir[56]) dayanmak isteyen alıcının, m. 35/f. 1'de sayıldığı üzere malları mümkün olduğunca çabuk muayene ettirmesi gerekmektir. MSA m. 39 ve m. 43; ifanın sözleşmeye aykırı olduğunun bilindiği veya bilinmesi gerektiği tarihten itibaren aykırılığın, bunun türü de belirtilerek, örneğin mallarda nitelik eksikliği veya mallar üzerinde üçüncü kişilerin haklarının bulunduğunun satıcıya makul bir süre içerisinde **bildirilmesi külfetini** koyar[57]. Satım konusu üzerindeki üçüncü kişilerin haklarıyla ilgili durumlar hariç olmak üzere[58], sonradan anlaşılacak, gizli[59], muayene ile anlaşılmayacak uygunsuzlukların satıcıya bildi-

---

[53] ERDEM, s. 299; FLECHTNER Harry, "Malların sözleşmeye uygunluğu, üçüncü kişilerin talepleri ve alıcının ihlal bildirimi", (çev. Zeynep Erverdi), **Milletlerarası Satım Hukuku**, ed. Yeşim Atamer, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 163-193, s. 170; POSCH, para. 19/21; WELSER/ZÖCHLING-JUD, para. 824.

[54] Aliud tesliminde mallarda bir aykırılığın değil, hiç ifa etmemenin söz konusu olduğu yönünde: ERDEM, s. 241, 297. Sözleşmede kararlaştırılandan tamamen farklı, alıcının faaliyet alanı dışı malın teslimi durumunda hiç teslim etmemenin söz konusu olacağı yönünde: ZEYTİN, s. 137, 150.

[55] Nicelik fazlalılığının da bu kapsamda olduğu yönünde: ATAMER, CISG, s. 189; ÇETİNER, s. 75; ZEYTİN, s. 228.

[56] AKÇURA KARAMAN, s. 229; ATAMER, CISG, s. 184 vd; ÇETİNER, s. 69 vd. HUBER, CISG, s. 275; POSCH, para. 19/24; WELSER/ZÖCHLING-JUD, para. 828; ZEYTİN, s. 162 vd.

[57] Makul sürenin belirlenmesinde katı olunmaması gerektiği yönünde: FLECHTNER, s. 176 vd.

[58] ATAMER, CISG, s. 246, 247, 257; ERDEM, s. 301; ZEYTİN, s. 185.

[59] WELSER/ZÖCHLING-JUD, para. 828.

rimi için m. 39/f. 2, malların fiilen teslim tarihinden itibaren hesap edilecek, başka bir süre belirlenmediği müddetçe, azami iki senelik bir süre öngörmektedir. Bu külfetlere aykırılığın sonucunda, alıcı ilgili sözleşme aykırılığını satıcıya karşı ileri sürme hakkını yitirmektedir. Sözleşmeye aykırı ifanın satıcıya zamanında bildirildiğine ilişkin ispat yükü, alıcıya yüklenmektedir[60]. Bildirimin satıcıya geç varması, m. 27 uyarınca alıcının haklarına etkide bulunmaz. Dikkat etmek gerekir ki satıcı açısından sorumluluktan bildirimin yapılmadığı gerekçesi ile kurtulmak m. 40 ve 43'e göre satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı, alıcıya söylenmemiş aykırılıklar açısından mümkün olmaz[61]. Satıcı kendi kabahatinin varlığı hâlinde sorumluluktan kurtulamaz. Bunun yanı sıra bir uyuşmazlıkta, alıcının bildirimde bulunması gerektiğinin ispatının satıcıya ait olması gerekir. Türk hukukunda borca aykırılıkta borçlunun kusurlu olduğu karinesi vardır, MSA'nın öngördüğü sorumluluk rejiminde de borca aykırılık hâlinde aşağıda inceleneceği üzere[62], borçlu sorumluluktan kurtulma sebeplerinin varlığını ispatla yükümlüdür. Bu sebepten hem TBK'ya hem de MSA'ya yakışan kabul, ispat yükünün satıcıya bırakılmasıdır[63]. Diğer yandan yine, alıcının satıcıya gerekli bildirimi yapamamasında makul bir engeli varsa, alıcının hastalık gibi kişisel durumu ile ilgili hâllerin buna örnek olabileceği kabul edilir[64], alıcı aykırılığa dayanan haklarını tamamen kaybetmez. Bu durumda satıcının sorumluluğu tamamen kalkmaz, m. 44'te gösterildiği üzere, yoksun kalınan kâr dışındaki zararın tazmininin ve satım bedelinde indirim istenmesi mümkündür.

C. İhlâlin Sonuçları

a. Genel Olarak

İlk olarak, yükümlülüğünü hiç ifa etmeyen satıcı karşısında, alıcı bu yükümlülüğün yerine getirilmesini (aynen ifayı) Türk mahkemelerinden iste-

---

60 POSCH, para. 19/23; ZEYTİN, s. 197.

61 MSA m. 43'ün lâfzına uygun olarak, satılan üzerinde üçüncü kişilerin sahip olduğu ve satıcının bilmemesinin mümkün olmadığı haklar açısından bildirim külfetinin söz konusu olması gerektiği yönünde: ATAMER, CISG, s. 258; MAGNUS Ulrich, "Art. 43", **Kommentar zum UN-Kaufrecht**, ed. Heinrich Honsell, 2. bs., Springer, Berlin Heidelberg, 2010, para. 18; ZEYTİN, s. 194, 196.

62 Bkz. ileride Sorumluluktan kurtulma.

63 MSA açısından aksi yönde: ATAMER, CISG, s. 239; ZEYTİN, s. 184, 197.

64 AKÇURA KARAMAN, s. 238; ATAMER, CISG, s. 240, 241; ZEYTİN, s. 199. Savaş, deprem, sel gibi felaketlerin burada değil, muayene ve bildirim için aranan makul sürenin hesabında göz önüne alınması gerektiği yönünde: ATAMER, CISG, s. 240.

yebilir. MSA m. 28'de öngörüldüğü üzere, uyuşmazlığa bakan mahkemenin bu yönde bir karar verebilmesi, MSA'nın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde kendi hukukuna göre aynen ifaya hükmedebilecek olmasına bağlıdır. Türk hukukunda aynen ifayı talep mümkündür[65]. Satılan malın mülkiyeti, Türk hukukunda satım sözleşmesinin yapılması ile alıcıya geçmediğinden bu imkânın varlığı önemlidir. Bu imkân aynen tazmin ilkesi ile de paraleldir. MSA m. 46/f. 1, bu imkâna işaret eder.

Yükümlülüğüne aykırı davranarak sözleşmeyi ihlâl eden satıcı karşısında, alıcıya şu imkânlar tanınır: Sözleşmenin ortadan kaldırılması, onarım, ikâme mal teslimi, satım bedelinde indirim ve tazminat[66]. Onarım ve ikâme mal teslimi, ifa talebinin alt kümeleri olup, tali ifa talepleri olarak değerlendirilir[67]. Alıcıya bu hakların satıcının kusurundan bağımsız olarak tanındığı kabul edilmekle beraber[68], üçüncü kişilerin satılan üzerinde bulunan sınai veya diğer fikrî haklarından satıcının sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu olduğuna da işaret edilmektedir[69]. Bu açıdan burada bir istisna oluşacaktır. MSA m. 45/f. 3'te öngörüldüğü üzere, alıcı bu imkânlardan yararlanmak istediğinde, satıcıya mahkeme veya hakem tarafından ikinci bir şans, bir ek süre tanınması mümkün değildir.

MSA m. 48'de yükümlülüğünü ihlâl etmiş satıcıya, aykırılığı gidermek üzere **ek bir şans** tanınır. Burada m. 34 ile 37'den farklı olan durum, bu imkânın ifa zamanı veya mühletinden sonra söz konusu olmasıdır. Satıcı, her türlü masrafı kendisine ait olmak üzere aykırılığı gidererek, alıcının sözleşme ihlâli sebebiyle kendisine tanınmış olan tazminat harici haklarını ileri sürmesine engel olabilir. Lâkin sözleşmenin esaslı ihlâli satıcının bu imkândan yararlanmasını engelleyebilir. Bunun gibi aykırılığın gideriminin makul olmayan bir gecikmeye yol açması, alıcı açısından makul olmayan bir

---

65 IŞINTAN Pelin, "Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Borçlar Kanunu düzenlemelerinde aynen ifa kavramı", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, sy. 1, ss. 161-183, s. 166.

66 Tazminat talebinin, diğer talepler ile yarışacağı yönünde: WELSER/ZÖCHLING-JUD, para. 827. Bu konuda tereddütte: ATAMER, CISG, s. 451. Bu problemin aynen tazmin ilkesinin kabul edildiği Avusturya hukukunda çözümüne ilişkin: DAĞDELEN Ahmet Hakan, "Avusturya ifa aksaklıkları hukukunun temel yapısı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, c. 66, sy. 4, ss. 659-676, s. 671 vd; WELSER/ZÖCHLING-JUD, para. 421 vd.

67 ATAMER, CISG, s. 326, 363; HUBER, CISG, s. 271; WELSER/ZÖCHLING-JUD, para. 825.

68 ATAMER, CISG, s. 291, 326; BECKMANN, s. 639.

69 ATAMER, CISG, s. 254 vd; MAGNUS Ulrich, "Art. 42", **Kommentar zum UN-Kaufrecht**, ed. Heinrich Honsell, 2. bs., Springer, Berlin Heidelberg, 2010, para. 12; ZEYTİN, s. 185.

zahmete veya alıcı tarafından yapılan masrafların satıcı tarafından karşılanmayacağı yönünde tereddüde sebep olması durumlarında da satıcı bu imkândan yararlanamaz. Bu bakımdan satıcının bu imkânı, dört ayrı açıdan incelenecektir[70]. Satıcı, bu bağlamda alıcının olurunu esasen almak zorunda değildir[71]. Ancak aykırılığı sonradan gidermek isteyen satıcı, yapacağı ifanın kabul edilip edilmeyeceği konusunda yaşanacak belirsizliği gidermek üzere, alıcıya bir teklifte bulunabilir. Alıcının bu teklif karşısında susmasına, makul bir süre içerisinde cevap vermemesine, düzenlemenin ikinci fıkrasında bu teklifin kabulü sonucu bağlanmaktadır. Öğretide bu durumda artık ek ifa şansının varlığı için m. 48/f. 1'de aranan hususlara bakılmayacağına işaret edilir[72]. Sözleşme aykırılığını gidermek üzere yapılacak ifa için öngörülen süre içerisinde, alıcı satıcıya tanınan bu ikinci şans ile bağdaşmayan, sözleşme aykırılığına bağlanan haklardan yararlanamamaktadır. Alıcının olası bir mağduriyetini önlemek için, f. 3 satıcı tarafından yapılan bildirimin hüküm ifade edebilmesini, bunun alıcıya varmış olmasına bağlamaktadır. Oysa yukarıda da işaret edildiği gibi m. 27'de öngörüldüğü üzere, aksi öngörülmedikçe yapılacak bildirimlerin gönderilmesi yeterli, varması gerekli değildir. Burada, bu düzenlemenin bir istisnası bulunmaktadır.

MSA m. 51'de öngörüldüğü üzere, teslim edilen mallar sadece bir kısmı ile sözleşme uygunsuzluğu yaratıyor ise, kısmi sözleşme aykırılığı gündeme gelir. Uygunsuzluk nitelik eksikliğinden kaynaklanıyorsa, sonuçları makul sürede muayenede ve bildirimde bulunmaya bağlı olan uygunsuz mal teslimin varlığı kabul edilebilir. Uygunsuzluk nicelik eksikliğinden kaynaklanıyorsa, sonuçları makul sürede muayenede ve bildirimde bulunmaya bağlı olmayan hiç teslimde bulunmamanın varlığı kabul edilebilir[73]. Bu kabul ile beraber ancak MSA'nın kendi içinde çelişkiye düştüğünü de kabul etmek gerekecektir; zira MSA, sözleşmeye uygunsuz mal teslimi sebebiyle satıcıdan talepte bulunabilmek için muayene ve bildirimi şart koşar. Sonuç olarak alıcıya tanınan imkânlar sadece bu uygunsuzluğun görüldüğü kısım için söz

---

70 ÇETİNER, s. 130; SEROZAN, CISG ve TBK, s. 212; ZEYTİN, s. 212 vd.

71 ATAMER, CISG, s. 347; ZEYTİN, s. 212.

72 ATAMER, CISG, s. 351; ZEYTİN, s. 216.

73 SCHNYDER Anton K./STRAUB Ralf Michael, "Art. 51", **Kommentar zum UN-Kaufrecht**, ed. Heinrich Honsell, 2. bs., Springer, Berlin Heidelberg, 2010, para. 27. Burada nicelik eksikliğinin türüne göre bir ayrım yapılması gerektiği yönünde: ATAMER, CISG, s. 342; ÇETİNER, s. 72 vd. Farklı ihtimaller için: HUBER Peter, "CISG Art. 51", **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 4**, ed. Harm Peter Westermann, 8. bs., C. H. Beck, 2019, para. 8.

konusu olacaktır, örneğin sözleşmenin ortadan kaldırılması sadece nicelik veya nitelik eksikliğinin yaşandığı kısım açısından sonuç doğuracaktır. Ancak düzenlemenin ikinci fıkrasında da öngörüldüğü üzere, bu kısmi sözleşme aykırılığının esaslı bir ihlâl teşkil etmesi durumunda, alıcı sözleşmenin kısmen değil, tamamen ortadan kalktığını da ileri sürebilir. Bu durumda, yukarıda değinilen muayene ve bildirim külfetlerine riayet edilmesi gerekecektir.

Teslim edilecek malların sözleşmeye aykırı olması alıcıya, satıcı tarafından teklif edilen ifayı geri çevirme hakkı vermemektedir. Alıcının ifayı geri çevirebilmesi için, ifa ile ortaya çıkacak aykırılığın kural olarak esaslı bir sözleşme ihlâli yaratıyor olması gerekir[74]. Bu bağlamda ayrıca MSA m. 52/f. 2'de yer alan, alıcının teslim aldığı nicelik fazlasına ilişkin ek ödeme yapması gerektiğine de dikkat edilmesi gerekmektedir.

b. Sözleşmenin Ortadan Kaldırılması

Alıcının sözleşmenin ortadan kaldırılması hakkını kullanmasında, sözleşmeye aykırılığın esaslı olup olmadığı açısından bir ayrım yapılır. Şayet satıcının yükümlülüklerini yerine getirmemesi, esaslı bir sözleşme aykırılığı oluşturuyor ise, m. 49/f. 1/b. a uyarınca alıcı satım sözleşmesini ortadan kaldırabilir. Buna ilişkin bildirimin, m. 49/f. 2/b. b'de öngörülen durumlardan itibaren hesap edilecek makul bir süre içerisinde yapılması gerekir. Dikkat etmek gerekir ki MSA m. 82/f. 1'de öngörüldüğü üzere, alıcı malları büyük ölçüde teslim aldığı andaki durumu ile iade edemiyorsa, sözleşmenin ortadan kaldırılması yolu kendisine kapalıdır. Ancak aynı düzenlemenin ikinci fıkrası, bu kuralı yumuşatır: İadenin imkânsızlığından alıcı sorumlu değilse, ayıbı tespit için yapılan muayene sonucunda satım konusu mal telef olursa veya alıcı malları ticaretin olağan seyri içinde başkasına sattı veya olağan kullanımı ile tüketti ise sözleşme yine ortadan kaldırılabilecektir.

Alıcının sözleşmeyi ortadan kaldırma imkânının söz konusu olabileceği diğer bir durum, m. 49/f. 1/b. b'de gösterildiği üzere satım konusu malların teslim edilmemesidir. Ancak bu durumda alıcının sözleşmeyi ortadan kaldırabilmesi için, m. 47 uyarınca satıcıya yükümlülüğünü ifa etmesi için makul uzunlukta bir ek süre tanıması gerekir. Bu durumda sözleşmenin ortadan kaldırılabilmesi için ya bu ek sürenin ifa gerçekleşmeden dolması ya da satı-

---

[74] ATAMER, CISG, s. 243; ZEYTİN, s. 245. Mallar henüz gönderilmemiş ise, ihlâlin esaslı olup olmadığına bakılmaz: ÇETİNER, s. 128.

cının yükümlüğünü yerine getirmeyeceğini beyan etmesi gerekir. Bununla beraber malların teslim edilmemesi esaslı bir ihlâl teşkil ediyorsa, örneğin bir kesin vadenin varlığında, bu durumda süre vermeden de sözleşme ortadan kaldırılabilir[75]. Yine borcun vadesi üzerinden uzun bir zaman geçmesine rağmen, ifada bulunulmadığında da açıkça süre vermeden sözleşmenin ortadan kaldırılmasını mümkün kabul etmek gerekir[76], esasen bu durumlarda satıcıya örtülü olarak süre verilmiş olduğu düşünülebilir.

Son olarak dikkat edilirse, satıcının malları geç de olsa teslim etmiş olması, örneğin malların taşıyıcıya verilmesi, alıcının sözleşmenin ortadan kaldırılması hakkını engellemez, yeter ki alıcı gecikmiş teslimin öğrenilmesinden itibaren makul süre içerisinde sözleşmeyi ortadan kaldırdığı yönünde bir beyanda bulunsun (m. 49/f. 2/b. a).

c. İkâme Mal Teslimi

Mallar sözleşmeye uygun değilse[77], alıcı bu uygunsuzluğun ancak esaslı bir ihlâl yaratması şartı ile ikâme mal teslim edilmesi[78] talebinde bulunabilmektedir (MSA m. 46/f. 2). Malların uygunsuzluğunun bildirimi ile birlikte veya bundan makul bir süre sonra, satıcıya bu talep bildirilmelidir.

Malların sözleşmeye aykırılığı esaslı ihlâl niteliğinde değilse, alıcıya bu yol kapalıdır. Bunun gibi, yine m. 82/f. 1'de öngörüldüğü üzere, alıcı malları büyük ölçüde teslim aldığı andaki durumu ile iade edemiyorsa, yine ikâme teslimi satıcıdan istenememektedir. İkinci fıkrada öngörülen şu üç istisna durumdan biri mevcut ise, ikâme mal teslimi yine de istenebilir: İadenin imkânsızlığından alıcı sorumlu değilse, ayıbı tespit için yapılan muayene sonucunda satım konusu mal telef olursa veya alıcı malları ticaretin olağan seyri içinde başkasına sattı veya olağan kullanımı ile tüketti ise.

---

75 ATAMER, CISG, s. 336; HUBER, CISG, s. 284; ZEYTİN, s. 218.

76 ATAMER, CISG, s. 398.

77 Mallar üzerinde üçüncü kişilerin sahip oldukları hakların, malların uygunsuzluğu çerçevesinde değerlendirilmeyeceği yönünde: HUBER, CISG, s. 275; ZEYTİN, s. 205. Onarım, ikâme teslimi ve indirim hakkı açısından malın uygunsuzluğu kavramının öğretide anlamlandırılmasına ilişkin: ATAMER, CISG, s. 328 vd.

78 Antlaşma metninde "*değiştirme*" terimi yerine "*ikâme teslimi*" / "*delivery of substitute goods*" kullanılmaktadır. Terimler arasındaki anlam farkından doğabilecek, Tüketici Hukuku çerçevesinde değerlendirilmiş bir probleme ilişkin: DAĞDELEN Ahmet Hakan, "Tüketici işlemlerinde ayıbın sebep olduğu zararlardan satıcının kusursuz sorumluluğu", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018, c. 20, sy. 2, ss. 429-455, s. 448.

MSA m. 84/f. 2'nin lâfzı, alıcının ikâme edilecek sözleşmeye aykırı mallardan herhangi bir yarar elde etmesi hâlinde, elde edilen yararların karşılığının satıcıya verilmesi gerektiğini söyler[79].

d. Malın Onarımı

MSA m. 46/f. 3, malların sözleşmeye uygun olmaması durumunda, alıcının başvurabileceği diğer bir imkânı gösterir: Malların onarılması. Alıcının bu imkândan yararlanabilmesinde, sözleşmeye aykırılığın esaslı ihlâl niteliğinde olup olmadığının bir önemi yoktur. Bununla beraber, onarım talebinin somut olayı çevreleyen tüm koşulların göz önünde bulundurulması ile makul olmayan bir talep oluşturmaması gerekmektedir. Örneğin onarımın aşırı bir masraf gerektirmemesi gerekir. Mallardaki uygunsuzluğunun bildirimi ile birlikte veya bundan makul bir süre sonra, satıcıya onarım talebi bildirilmelidir.

e. Satım Bedelinde İndirim

Malların sözleşmeye uygun olmaması durumunda alıcıya tanınan diğer bir imkân da, m. 50'de öngörüldüğü üzere satım bedelinde indirimdir. Bu imkânın kullanılabilmesi açısından da sözleşmeye aykırılığın esaslı bir ihlâl yaratıp yaratmadığının bir önemi yoktur. Bununla beraber, alıcının da satıcı tarafından aykırılığın giderilmesi amacıyla yapılan ifa teklifini kabul etmemiş olmaması da gerekir, diğer bir ifade ile satıcının ilgili aykırılığın giderilmesi amacıyla yapacağı ve makul olmayan bir gecikmeye, zahmete, tereddüde yol açmayacak bir ifayı alıcı ret ederse, artık indirim hakkı kullanılmaz. Burada bir hatırlatmada bulunulursa, satıcıya mallardaki aykırılığın makul bir süre içerisinde bildirilmemiş olması, alıcının makul bir özrü olması şartıyla, indirim hakkının ileri sürülmesini engellemez (m. 44).

İndirim miktarının hesaplanmasında, Türk ulusal satım hukukuna[80] yabancı olmayan nispi hesaplama yöntemi öngörülmektedir[81]. Buna göre, teslim edilen

---

[79] İkâme edilecek malın kullanılmasının, maldan elde edilen yarar olarak değerlendirilmemesi gerektiği yönünde: WEBER Rolf H., "Art. 84", **Kommentar zum UN-Kaufrecht**, ed. Heinrich Honsell, 2. bs., Springer, Berlin Heidelberg, 2010, para. 12, 19; ZEYTİN, s. 352. Problemin tüketici işlemleri açısından tartışıldığı bir karar için: DAĞDELEN Ahmet Hakan, "Tüketici işlemlerinde sözleşmeye aykırı tüketim malının ikame edilmesine kadarki sürede bu malın kullanımına karşılık değer tazminatı istenememesi", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, 2019, c. 77, sy. 1, ss. 463-474, s. 463.

[80] ATAMER, CISG, s. 391; SEROZAN Rona/BAYSAL Başak/SANLI Kerem Cem, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 4. bs., On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 225.

[81] ATAMER, CISG, s. 391; ÇETİNER, s. 184; ÖZ, s. 7; POSCH, para. 19/27; WELSER/ZÖCHLING-JUD, para. 826; ZEYTİN, s. 224.

eşyanın objektif değerinin, bu eşyanın sözleşmeye uygun olsaydı edeceği objektif değere bölünmesi ile elde edilen oran, indirimli bedelin, sözleşmede kararlaştırılmış bedele bölünmesi ile elde edilen orana eşit olmalıdır. Değer hesabında esas alınan an, sözleşmenin kurulduğu tarih değil, malların teslim tarihidir. Ek olarak, indirim sonucunda satım bedelinin sıfıra indirilmesi mümkündür[82].

3. Alıcının yükümlülüğü

A. Yükümlülüğün içeriği

MSA m. 53 uyarınca alıcının yükümlülüğü, satım bedelini ödemek ve malları teslim almaktır. Satım bedelinin ödeme yeri olarak MSA m. 57'de satıcının iş yeri, şayet ödeme malların veya belgelerin teslimi üzerine yapılacaksa, bunları verme yeri gösterilmektedir. Satım bedelinin hangi ülke parası ile ödeneceği konusu MSA'da düzenlenmemiştir, bu bakımdan bağlama kurallarının gönderme yaptığı ulusal hukuka bakılması gerekecektir[83].

MSA m. 58'de öngörüldüğü üzere, satım bedelinin ödenmesi ve malların veya bunları temsil eden belgelerin tesliminin eş zamanlı gerçekleşmesi gerekmektedir[84], bununla beraber m. 58/f. 3 uyarınca alıcı malları muayene etme olanağına kavuşmadan satım bedelini ödemek zorunda değildir.

B. İhlâlin sonuçları

Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyen alıcı karşısında satıcı, yükümlülüğün yerine getirilmesinde ısrar edebilir. Malların teslim alınması bir yükümlülük olarak öngörüldüğünden, satıcı alıcıyı malların teslim alınmasına zorlayabilir (m. 62).

Satıcının sahip olduğu diğer bir imkân sözleşmenin ortadan kaldırılmasıdır. Bu yolun seçilmesi durumunda, aykırılığın yine esaslı ihlâl olup olmadığı açısından bir ayrım yapılmaktadır. Hem esaslı hem de esaslı ihlâl olmayan aykırılıklar açısından satıcı sözleşmeyi ortadan kaldırabilse de, esaslı olmayan ihlâllerde, m. 64/f. 1/b. b'de öngörüldüğü üzere satıcının alıcıya öncelikle süre vermesi gerekmektedir.

---

82 AKÇURA KARAMAN, s. 243; WELSER/ZÖCHLING-JUD, para. 826; ZEYTİN, s. 224.

83 FERRARI Franco, "Uluslararası içtihat hukuku ışığında CISG'da yorum ve boşlukların doldurulması", (çev. Candan Yasan), **Milletlerarası Satım Hukuku**, ed. Yeşim Atamer, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 37-83, s. 74. Farklı yönde: ZEYTİN, s. 230.

84 ZEYTİN, s. 239.

Alıcının, satım konusu eşyanın şeklini, ölçüsünü veya diğer niteliklerini belirlemesi gereken satımlarda, alıcı bu belirlemede bulunmayıp, satıcının yükümlülüğünü yerine getirmesine engel olabilir. Buna çözüm olarak, MSA m. 65'te alıcı tarafından belirleme yapılmadığında, satıcının belirlemeyi bizzat yapabileceği öngörülmektedir. Belirlemeyi yapan satıcı yine de olası bir değişiklik için alıcıya bunu bildirerek makul bir süre vermelidir, bu sürenin dolması ile yapılan belirleme bağlayıcılık kazanır.

MSA m. 61'de belirtildiği üzere, satıcının yukarıda bahsedilen imkânları yanında bir de tazminat hakkı vardır. Satıcı açısından söz konusu olduğu gibi, burada da aynı şekilde yükümlülüklerini ihlâl eden alıcıya mahkeme veya hakem tarafından bir ek süre verilmesi mümkün değildir (m. 61/f. 3). Alıcının sözleşmeyi ihlâline bağlanan sonuçlar, satıcının sözleşmeyi ihlâline bağlanan sonuçlara paraleldir[85].

VII. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞME İHLÂLİ

MSA m. 71 - 73, Türkçe'ye öncelenmiş sözleşme ihlâli olarak tercüme edilebilecek, ifa öncesi aşamada, ileride gerçekleşecek ifaya ilişkin olası aksaklıklara değinir. İlk olarak m. 71'e bakılırsa, bu düzenleme gerek alıcı gerekse de satıcıya, karşı tarafın ifa kabiliyetindeki yetersizlik (örneğin iflas durumu veya ödemelerin, teslimatların tatil edilmesi[86]) nedeniyle kendi borcunun ifasını askıya alabilme imkânını tanımaktadır. Aynı imkân, alıcı veya satıcının ifa sırasındaki ve öncesindeki aşamada bazı davranışlarına da (örneğin vadeden evvel belirli bir davranışta bulunulmayacağının açıklanması) bağlanmaktadır. Yeter ki, hem ifa kabiliyeti hem de alıcının veya satıcının davranışları açısından yükümlülüklerin esaslı bir kısmının ileride yerine getirilmeyecek olduğu anlaşılsın.

MSA m. 71/f. 2, malların gönderilmiş olmasının satıcının ifayı askıya almasına bir etkide bulunmayacağını söyler. Madde her ne kadar satıcının ve alıcının yükümlülüklerine ilişkin ortak hükümlerden olsa da, ikinci fıkranın lâfzı alıcının benzer bir imkânına işaret etmez. Öğretide yine de alıcıya da bu bağlamda ifayı askıya alma hakkı tanınır, örnek olarak kesilen çekin, havale edilen paranın ödemesinin durdurulabileceği kabul edilir[87]. Bu imkândan yararlanma niyetindeki sözleşme tarafının, durumu vakit kaybet-

---

[85] POSCH, para. 19/29; ZEYTİN, s. 246.

[86] ERDEM, s. 341; POSCH, para. 19/30.

[87] ZEYTİN, s. 283.

meksizin karşı tarafa bildirmesi gerekmektedir[88]. MSA m. 71/f. 3'te öngörüldüğü üzere, kendi ifa yükümlülüğünü askıya alan tarafa yeterli teminat sunulduğu takdirde, ifadan kaçınma imkânı ortadan kalkar. Diğer bir ifade ile ifasını askıya almış ve kendisine teminat sunulmuş sözleşme tarafı, artık kendi yükümlülüklerini yerine getirmelidir.

MSA m. 71, öncelenmiş sözleşme ihlâlleri açısından sözleşmenin ifasını askıya alma imkânı tanırken, m. 72 benzer aksaklıklar açısından sözleşmenin ortadan kaldırılmasına kapı aralar, yeter ki aksaklık ayan beyan sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edecek olsun. Buna kesin vadenin kaçırılacak olması, satıcının imâl edilecek mallar için marka, patent lisansını yitirmesi, fabrikasının yanması örnek verilebilir[89]. Bununla beraber, sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edecek olan taraf, yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini beyan etmediği müddetçe, kendisine süre elverdiği takdirde bildirimde bulunularak yükümlülüklerinin ifasına ilişkin teminat gösterme imkânının tanınması gerekir[90].

MSA m. 73'te, art arda mal teslimi içeren sözleşme ilişkilerinde, münferit bir teslimatta yaşanan aksaklığın etkisi düzenlenir. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca teslimatlardan birisi açısından yaşanan bir yükümlülük ihlâli, gelecekte gerçekleşmesi planlanan diğer teslimatlar açısından sözleşmenin esaslı şekilde ihlâl edileceği yönünde ciddi bir endişeye yol açıyorsa, makul bir süre içerisinde bildirilmek kaydıyla, bu ileride gerçekleşecek teslimatlara ilişkin olarak sözleşmenin ortadan kaldırılması mümkündür. Münferit teslimat açısından yaşanan yükümlülük ihlâlinin, esaslı bir sözleşme ihlâli yaratmasının şart olmadığı kabul edilmektedir[91], mühim olan gelecekteki teslimatlara ilişkin ciddi ve haklı bir endişedir. Bu düzenlemenin uygulama sahasına örnek olarak teslim edilen mallarda bulunan bir temel yapım, üretim hatası verilebilir[92]. Bir teslimatta yer alan mallardaki uygunsuzluğun, paketleme veya taşıma hatasından kaynaklanması, kural olarak bu bağlamda değerlendirilmez[93].

---

88 Bildirimde bulunup bulunmamanın, ifanın askıya alınmasına etkisine ilişkin: ZEYTİN, s. 281.

89 ATAMER, CISG, s. 410.

90 Bildirimde bulunup bulunmamanın, sözleşmenin ortadan kaldırılmasına etkisine ilişkin: ZEYTİN, s. 287.

91 ATAMER, CISG, s. 413; BRUNNER Christoph/HURNI Christoph, "Art. 73", **Kommentar zum UN-Kaufrecht**, ed. Heinrich Honsell, 2. bs., Springer, Berlin Heidelberg, 2010, para. 14; ZEYTİN, s. 291.

92 ÇETİNER, s. 169.

93 ÇETİNER, s. 169.

VIII. TAZMİNAT

1. Genel Olarak

İlk olarak ifade etmek gerekir ki, MSA sadece sözleşme ihlâli sonucu eşyada ve mal varlığında meydana gelen zararlar ile ilgilenir. Kişiye gelen zararlar, kişinin ölmesi veya yaralanması kaynaklı zararlar, m. 5'te öngörüldüğü üzere, çözümü MSA'ya bırakılan konulardan değildir. Bundan başka, MSA'da tazminat, borçluyu cezalandırma amacı taşımaz, zarara göre belirlenir, telafi edici niteliktedir[94].

MSA çerçevesince, uğranılan zarara ilişkin sahip olunan tazminat talebi zararı verenin **kusurundan bağımsızdır**[95]. Tazmini gerekli zararın kapsamına, m. 74'te belirtildiği üzere kazanç kaybı da dâhildir[96]. Ancak aynı düzenleme, sorumluluğa bir sınır da çizer. Uygun nedensellik bağı, normun koruyucu kapsamı / hukuka aykırılık bağı kavramlarının yerine[97], MSA'da **öngörülebilirlikten** bahsedilir. Buna göre, sözleşmeyi ihlâl eden taraf sadece, sözleşmeyi ihlâlin sonucu olarak öngörmesinin gerektiği zararlardan sorumlu olacaktır[98]. Mühim olan ihlâlin öngörülmesi değil, olası bir ihlâlin sonuçlarının öngörülmesidir. Bu şekilde sorumluluğa bir sınır çizme, hem zararın türü hem de zararın miktarı açısından mümkündür. Öngörme ölçütü, sözleşmenin kurulduğu an esas alınıp objektif olarak, makul bir kişiye göre belirlenir[99]. Bu bahse şunlar örnek verilebilir: Fabrikada üretim bandına dâhil edilmek üzere satın alınan makinenin bozulması ile üretimin durması ve alıcının kazanç kaybına uğraması öngörülebilir bir zarardır. Ancak fabri-

---

[94] ATAMER, CISG, s. 424; ATAMER Yeşim, "Zararın soyut yöntem ile hesaplanması ve bu hesabın CISG madde 74 ve 76 örneğinde mahrum kalınan kâr talebi ile ilişkisi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, sy. 1, ss. 137-161, s. 138; MAGNUS Ulrich, "CISG uyarınca tazminat, faiz, sorumluluktan kurtulma", (çev. Cüneyt Süzel), **Milletlerarası Satım Hukuku**, ed. Yeşim Atamer, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 287-308, s. 290; ZEYTİN, s. 295.

[95] ATAMER, CISG, s. 441, 453; ÇETİNER, s. 189; HONSELL, s. 152; MAGNUS, CISG, s. 289; POSCH, para. 19/32; WELSER/ZÖCHLING-JUD, para. 831; ZEYTİN, s. 131, 295. Bu bağlamda öğretideki satılan üzerinde bulunan fikrî ve sınai haklardan sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğu yönündeki kabul için bkz. dipnot 69.

[96] MSA açısından aynen tazminin söz konusu olmayacağı, sadece nakden tazminin söz konusu olacağı yönünde: ATAMER, CISG, s. 426; ZEYTİN, s. 306.

[97] WELSER/ZÖCHLING-JUD, para. 832; ZEYTİN, s. 299.

[98] Öngörülebilir olması kaydıyla, ayıplı ifanın yan zararının (*Mangelfolgeschaden*) da talep edilebileceği yönünde örnekler üzerinden: MAGNUS, CISG, s. 294 vd. Ayrıca: ATAMER, CISG, s. 107, 126, 430, 449.

[99] ATAMER, CISG, s. 447; ZEYTİN, s. 300.

kada üretim bandına dâhil edilmek üzere satın alınan makinenin iç piyasada talebin artması ile fiyatının da artması, alıcının da bunu fırsat bilip makineyi bir başkasına satması bağlamında ortaya çıkacak kazanç kaybı öngörülebilir değildir. Buna karşın, alıcının satın aldığı malın ticaretini yaptığı, diğer bir ifade ile alıcının malı tekrar satmak üzere satın aldığı durumlarda alıcının sonraki satımdan beklediği kazançtan mahrum kalması yine öngörülebilir bir zarar olarak değerlendirilebilecektir.

Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken bir diğer düzenleme m. 77'de yer alır. Buna göre, zarar gören, zararını azaltmak için makul ölçüdeki bütün önlemleri almak zorundadır, aksi takdirde zararın azaltılabileceği miktarda tazminat talebi indirilecektir. Bu bakımdan, zarar görene bir **zararı azaltma külfeti** yüklenmektedir[100].

Muaccel bir parasal yükümlülüğün zamanında yerine getirilmemesi durumunda, m. 78 alacaklının faize hak kazanacağını öngörür. Bunun için alacağın muaccel olmasının yeterli, ihtarın ise gereksiz olduğu belirtilir[101]. Uygulanacak faiz oranının belirlenmesi açısından bağlama kurallarının atıf yaptığı ulusal hukuk belirleyicidir[102].

2. Sorumluluktan Kurtulma

Sözleşmeyi ihlâl eden tarafın kusurdan ari tazminat sorumluluğu, m. 79 ile hafifletilir. Sözleşmeyi ihlâl eden taraf, yükümlülüğünü yerine getirmemesinin kendi etki alanı dışında kalan bir sebepten ileri geldiğini ve bu sebebi sözleşmenin kurulması sırasında hesaba katmanın, bundan kaçınmanın veya bunu aşmanın makul olarak kendisinden beklenemeyeceğini ispat etmek kaydıyla sorumluluğunu bertaraf edebilmektedir. Buna örnek olarak doğal afet, savaş, ithalat/ihracat yasağı verilebilir[103]. Bu bakımdan sebebin, borçlunun etki alanı dışında gerçekleşmesi ve bahsi geçen hususların borç-

---

[100] ATAMER, Soyut yöntem, s. 154; ÇETİNER, s. 211; HONSELL, s. 154. Farklı ifadede: ZEYTİN, s. 317.

[101] MAGNUS, CISG, s. 297; ZEYTİN, s. 321.

[102] ERDEM, s. 353; MAGNUS, CISG, s. 299, 300; WELSER/ZÖCHLING-JUD, para. 833. Sözleşmenin tasfiyesi bağlamında söz konusu olacak faiz için satıcının iş yerinin bulunduğu ülkeye bakılması gerektiği yönünde: ATAMER, CISG, s. 422. Farklı görüşlere işaret etmek üzere: ZEYTİN, s. 75, 322.

[103] ATAMER, CISG, s. 456; AYANOĞLU MORALI Ahu, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın öngördüğü sorumluluktan kurtulma sistemi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, sy. 1, ss. 289-313, s. 297; HONSELL, s. 156; MAGNUS, CISG, s. 304; ZEYTİN, s. 325.

ludan beklenemezliği birlikte (kümülatif olarak) söz konusu olmalıdır. Bununla beraber borçlunun kişisel bir engeli bu kapsamda görülmez, örneğin borçlunun hastalanmasının borçluyu sorumluluktan kurtarmayacağı kabul edilir[104]. Aynı düzenlemenin dördüncü fıkrası, sorumluluk borçlunun etki alanı dışında kalan sebeplere dayalı olarak bertaraf edilebilecek olsa da, yükümlülüklerini yerine getirmeyen tarafa, vaziyeti karşı tarafa makul süre içerisinde **bildirme yükümlülüğü** getirmektedir. Bildirimin hiç yapılmaması veya makul sürede yapılmaması, karşı tarafın bundan doğan (bildirimin yapılmaması kaynaklı) zararını tazmin yükümlülüğü doğurur. Bildirimin karşı tarafa zamanında ulaşmamasına ilişkin riziko, bildirimde bulunana aittir.

Taraflardan biri, yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde bir üçüncü kişiden yararlandığında, tazminat sorumluluğunun bertaraf edilebilmesi için, sorumluluktan kurtulma sebepleri hem sözleşme tarafı hem de üçüncü kişi açısından mevcut olmalıdır[105]. Ancak dikkat etmek gerekir ki, yardımcı kişinin, borçlunun teşkilat yapısında yer alan bir kişi olması durumunda, sorumluluğun bertaraf edilmesi hemen hemen hiç söz konusu olmayacaktır, zira bu durumda engel borçlunun etki alanında (kendi organizasyonunda) kalmakta, borçlunun denetimi dışında kalmamaktadır[106]. Bu bağlamda bir hususa daha dikkat etmek gerekir. Tedarikçi konumunda bulunan satıcının, üretme sözü vermediği malların üretim hatasından kaynaklı zararları tazmin etmesi üçüncü kişiden sorumluluk çerçevesince kabul edilemez, zira bu durumda imalatçı, satıcının yükümlülüklerini yerine getirmesinde kullandığı bir üçüncü kişi değildir. Bu tip durumlarda satıcının sorumluluktan kurtulabileceğini kabul etmek gerekir. Bu durumların satıcının hakimiyet sahası dışında kalması ve aksaklığın önüne geçilememesi uygulamada sık karşılaşılır olsa gerektir[107].

Son olarak belirtilirse, ifasında gecikilen para borçları açısından söz konusu olan faiz için sorumluluktan kurtulma imkânı yoktur. Diğer bir ifade ile

---

[104] ATAMER, İfa engelleri, s. 254; HONSELL, s. 156.

[105] Satıcının düzenli olarak mal aldığı kişinin, m. 79/f. 2 kapsamında üçüncü kişi olarak görülmeyeceği ve tedarik zinciri kaynaklı aksaklıkların f. 1 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde: MAGNUS Ulrich, "Art. 79", **Kommentar zum UN-Kaufrecht**, ed. Heinrich Honsell, 2. bs., Springer, Berlin Heidelberg, 2010, para. 19.

[106] Benzer ifadede: AYANOĞLU MORALI, s. 303, 304; WELSER/ZÖCHLING-JUD, para. 831.

[107] Farklı yönde açıklamalar için: ATAMER, CISG, s. 467 vd.

sorumluluktan kurtulma şartları gerçekleşmiş olsa bile, ifasında gecikilen paranın faizi ödenmelidir[108]. Bunun gibi, sözleşmenin ortadan kaldırılması, satış bedelinde indirim gibi, sözleşmeyi ihlâl eden tarafın karşı tarafına tanınan bazı diğer haklar da tazminat sorumluluğunu bertaraf eden sebeplerin varlığından etkilenmez[109]. MSA m. 79/f. 5'te öngörüldüğü üzere, bu talepler tazminat sorumluluğunun bertaraf edilip edilmesine bağlı değildir. Sorumluluktan kurtulma sebeplerinin varlığının, alıcının ifa, ikâme teslimi ve onarım talepleri açısından etkisi ise tartışmalıdır[110]. İfanın, ikâme tesliminin veya onarımın gerçekleştirilmesi objektif olarak mümkün değil veya borçludan beklenemiyorsa, bunlara ilişkin talebin düşeceği kabul edilmelidir[111], bununla beraber sözleşmeyi ihlâl eden tarafın mal varlığına telef olan veya zarar gören eşya yerine başka bir değer giriyorsa, bunun istenebileceği kabul edilir[112]. Bu değere örnek olarak, sigorta bedeli veya tazminat tutarı verilebilir.

IX. SÖZLEŞMENİN TASFİYESİ

Sözleşmenin ortadan kaldırılması sonrası iade ilişkisi MSA m. 81 ilâ 84'te düzenlenir. Çalışma, MSA'yı ana hatları ile bir bütün olarak ele aldığından ve antlaşmanın sistematiğine mümkün olduğunca bağlı kalmaya çalıştığından bu konuya da kısaca ayrı bir başlıkta değinilmesinde yarar vardır. MSA m. 81'e göre, sözleşmenin ortadan kaldırılması, tarafları karşılıklı yükümlülüklerinden kurtarır, ancak usûli anlaşmalar diğer bir ifade ile uyuşmazlıkların çözülmesine ilişkin sözleşme hükümleri ve tasfiyeye ilişkin hükümler ortadan kalkmaz. Aynı düzenlemenin ikinci fıkrası verilenlerin iadesini düzenlerken, iade yükümlülüklerinin eş zamanlı olarak yerine getirilmesi prensibini ortaya koymaktadır.

MSA m. 84'te öngörüldüğü üzere, satıcının iade borcuna sözleşmenin ortadan kaldırıldığı tarihten itibaren değil; satım bedelinin kendisine ödendiği tarihten itibaren faiz işlemektedir. Satıcı, satım bedelini faizi ile birlikte

---

108 MAGNUS, CISG, s. 297; WELSER/ZÖCHLING-JUD, para. 833.

109 ATAMER, CISG, s. 315; POSCH, para. 19/34.

110 ATAMER, CISG, s. 370, 454, 479; MAGNUS, Art. 79, para. 26; POSCH, para. 19/34.

111 ATAMER, CISG, s. 371 vd, 479; HUBER, CISG, s. 274; MAGNUS, Art. 79, para. 26; POSCH, para. 19/34.

112 ATAMER, CISG, s. 479; POSCH, para. 19/34; ZEYTİN, s. 330. Satıcının malı bir başkasına daha pahalıya satması örneğinde olduğu gibi, sözleşmeye aykırılık suretiyle elde edilen kazancın tazminat yolu ile istenemeyeceğine ilişkin olarak: HONSELL, s. 151. Benzer yönde: ATAMER, CISG, s. 425.

iade edecektir. Buna karşılık alıcının iade borcu da satım konusu mallar ile beraber, bu mallardan elde edilen yararlar göz önünde bulundurularak belirlenecektir[113].

X. MALLARIN MUHAFAZASI

MSA'nın üçüncü kısmının son ayrımı ve düzenlemeleri, satım konusu malların sözleşme taraflarından birinin hakimiyeti altında bulunması gerekirken, malların diğer sözleşme tarafının hakimiyeti altında bulunması durumunda, malları hakimiyetinde bulunduran bu sözleşme tarafının malları muhafaza yükümlülüğüne ayrılmıştır. Malların alıcı tarafından teslim alınmaması durumunda satıcı açısından söz konusu olabilecek bu yükümlülük; gönderilen mallar sözleşmeye aykırı olup alıcı tarafından kabul edilmediğinde ise alıcı açısından söz konusu olabilecektir.

MSA muhafaza yükümlülüğü altında olan tarafın durumun gerektirdiği makul sayılacak önlemleri alması gerektiğini öngörür. Bunlar da genellikle, MSA m. 87 ve 88'de öngörüldüğü gibi malların bir üçüncü kişiye emanet edilmesi yahut da malların satılması olacaktır. Muhafaza yükümlülüğü altında olan tarafın bu bağlamda yapmış olduğu masrafları karşı taraftan talep etme imkânı açıktır. Bu masraflar ödenmediğinde, malların alıkonulması da mümkündür. Bu masraflara ilişkin talep de geride incelenen sorumluluktan kurtulma sebeplerinin varlığından bağımsız olarak ileri sürülebilir[114].

XI. SON SÖZ

Uzun zamandır Türk hukukunun bir parçası olan MSA, uluslararası ticaretin merkezinde yatan ve taşıma, sigorta, finansman sözleşmeleri, akreditif gibi pek çok enstrüman ile çevrelenen satım sözleşmeleri açısından maddi hukuk normu niteliğinde çeşitli kurallar getirir. Bu kurallar farklı ülkelerde ikâmet eden, farklı hukuk sistemlerinin çatısı altında iş yapan alıcı ve satıcının birbirlerini daha kolay ve hızlı anlamasına yardımcı olur. Bundan başka, yeknesak kuralların varlığı ülkeler arasındaki bilgi ve tecrübe akışını basitleştirir, konunun uzmanlarının daha iyi yetiştirilmesine vesile olur, birbiri ile etkileşimini kolaylaştırır. Ek olarak bu kurallar ülke hukuklarının uyumlulaştırılmasına da yine katkı sağlar.

---

[113] Yararların aynen değil, bunların nakdi karşılığı ile iade edileceği yönünde: ATAMER, CISG, s. 422, 423; ZEYTİN, s. 349, 351.

[114] POSCH, para. 19/34.

MSA, Türk ulusal satım hukuku ile karşılaştırıldığında bazı farklılıklar içerir. Kuşkusuz, MSA'yı ana hatları ile ele alan, karşılaştırma yapma amacı taşımayan ve konuya bir giriş niteliğindeki bu çalışmada bazı farklılıkların gösterilmesi yüzeysel kalacaktır. Hukuk fakültesi eğitiminin dört seneye, satım sözleşmesinin yarım seneye sığdırıldığı bir sistemde, bu çalışmanın kendisine bahsi geçen sürede bir yer edinebilmesi için özet niteliğinde kalması yadırganmamalıdır. Bu bakımdan MSA hakkında temel bir fikir sağlanması açısından bazı çok temel nitelikteki, her biri ayrı bir monografi veya makale konusu olabilecek farklılıklara, bunların önemi sebebi ile kısa da olsa değinilmesinde, bunlara işaret edilmesinde yarar vardır.

MSA; öneriden, kabul beyanı gönderilene kadar dönülebilmesi, gecikmiş kabulün sözleşmeyi öneride bulunanın hemen bildirmesi kaydıyla kurabilmesi, öneri ile tam örtüşmeyen bir beyanın sözleşmeyi kurabilmesi yönüyle Türk ulusal satım hukukundan ayrılır. Bunlardan başka MSA, alıcı ve satıcı arasında kurduğu menfaat dengesi ile de Türk ulusal satım hukukunun alıcı ve satıcı arasında kurduğu menfaat dengesinden ayrılmaktadır. MSA, bu karşılaştırmada kimi yerlerde daha fazla satıcı lehine görünmektedir, menfaatler dengesinde ibre satıcıdan yana kaymaktadır. Bu bakımdan şu söylenebilir: Antlaşma, ekonomisi ihracata dayalı olan ekonomik açıdan gelişmiş ülkelerin genel olarak lehinedir. Bu değerlendirmenin altında yatan bazı gerekçelere burada kısaca bakılabilir.

TBK m. 208; satılana ilişkin hasar tehlikesinin geçişini malın alıcıya teslimine, alıcının temerrüdüne ya da mallar alıcıya gönderilecek ise malların taşıyıcıya teslimine bağlar. MSA da hasar tehlikesinin geçişinde benzer yapılandırmayı izler. Bu yapılandırmaya ek olarak MSA'da taşınmakta iken satılan mallar açısından hasar tehlikesi sözleşmenin kurulması anında hatta, bunların hangi durumlar olduğu MSA'dan çıkarılması güç bazı durumlarda sözleşmenin kurulmasından önceki bir anda alıcıya geçebilmektedir (MSA m. 68). Keza, satıcının iş yerinden farklı bir yerden alınacak mallarda tehlike yine malların tesliminden evvel, alıcının malların teslim alınmamasında haklı bir sebebe sahip olup olmadığına, alıcının malları teslim almayarak bir sözleşme ihlâli yaratıp yaratmadığına bakılmaksızın, alıcıya geçebilmektedir (m. 69/f. 2). Örneğin malın belirli bir tarihe kadar herhangi bir zamanda teslim alınabileceği veya malın teslim alınması için bir haftalık bir mühlet öngörüldüğünde, bu tarihin geçmesinden evvel, bu mühletin dolmasından evvel hasar tehlikesi alıcıya geçebilmektedir.

Türk hukukunda ifa gecikmiş de olsa alacaklının bunu kabul etmesi gerekirken, ticari ve belirli vadeli satımlarda TBK m. 212 alıcıya gecikmiş ifayı kabul etmeme imkânı tanır. MSA'da ise alıcının böyle bir imkânı yoktur.

Teslim edilen malların sözleşmeye aykırı olması durumunda, MSA aykırılığın satıcıya makul sürede bildirilmesi gerektiğini ifade eder. Ancak bu makul sürenin hesabında, alıcının makul bir özrünün varlığı hesaba katılmaz (m. 44). Makul bir özrün varlığında yapılmayan bildirim, alıcının, malların sözleşmeye aykırılığından doğan haklarını budamaktadır. Artık sadece satış bedelinde indirim ve kazanç kaybı dışındaki zararın tazmini istenebilir. İkâme mal teslimi, satılanın onarımı, sözleşmeden dönme ileri sürülmez, kazanç kaybının tazmini istenmez. Oysa alıcının makul bir özrünün varlığı TBK açısından, alıcının ayıplı mallar dolayısıyla sahip olduğu haklarına her durumda bir etkide bulunmak zorunda değildir (TBK m. 223).

MSA'da alıcının sözleşmenin ortadan kaldırmasını veya ikâme mal teslimi isteyebilmesi, keza ifayı geri çevirmesi sözleşme ihlâlinin esaslı olup olmamasına bağlıdır. Bu ayrım uluslararası denizaşırı satımlarda malın geri taşınması, depolanması, devri gibi konuların satıcı açısından yaratacağı zorluklara dayanır[115]. Türk hukukunda prensip olarak, böyle bir ayrım yapılmaz. Parasının karşılığını alamayan alıcının sözleşmeye aykırı malı kabul edip etmeme serbestisi Türk ulusal satım hukukunda daha geniştir, bu hususta sözleşmeye aykırılığın ağırlığı konusunda satıcının öngörüsüne bakılmaz. Ayrıca Türk hukukunda, aliud tesliminde ayıptan sorumluluğa bağlanan muayene ve bildirim külfetleri yine aranmaz. Keza malın zaptında, zapt satıcıya makul sürede bildirilmedi diye, satıcı Türk hukukunda sorumluluktan kurtulmaz.

Sözleşmeye aykırı malların iadesi beklenmedik hâlden, mücbir sebepten ötürü alıcı tarafından yerine getirilemese de, bu tercihin yerindeliği öğretide tartışılmakla beraber[116], TBK m. 228 alıcının sözleşmeden dönme hakkını saklı tutar, MSA m. 82 açısından, her ne kadar düzenleme imkânsızlığın alıcının eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmaması durumunda dönme hakkını saklı tutsa da, bu durum yeterince net değildir[117]. Dikkat edilmelidir

---

[115] ATAMER, CISG, s. 292, 297; HONSELL, s. 147; HUBER, CISG, s. 276.

[116] Bu konuda: SEROZAN, CISG ve TBK, s. 218; SEROZAN/BAYSAL/SANLI, s. 221.

[117] MSA m. 82'nin bu kısmının alıcı lehine olduğu gerekçesi ile eleştirisi için: SEROZAN, CISG ve TBK, s. 216, 217.

ki, Türk hukukunda temerrüt şeklindeki ifa aksaklığında[118], temerrüde düşen, gerek borçlu gerekse alacaklı, beklenmedik hâlin yaratacağı olumsuzluğu sırtlanır. Ayıp şeklindeki ifa aksaklığında da, ayıplı mal teslim eden borçlunun beklenmedik hâli sırtlamasını beklemek, bu çözüme çok yabancı değildir[119]. Diğer bir ifade ile borca aykırı davrananın, beklenmedik hâle katlanmasını beklemek adil görünmektedir[120]. Telef olan mal her iki aksaklıkta da, bundan sorumlu olan kişi sebebiyle bulunmaması gereken yerdedir.

Diğer bir husus olarak ikâme tesliminde, alıcının ikâme edilecek mallardan bir yarar elde etmesi hâlinde, bunun karşılığının satıcıya verilmesi gerektiğini söyleyen m. 84/f. 2'de yer alan düzenlemelere işaret edilebilir. İkâme isteyen alıcı borçlu çıkmaktadır. Böyle bir durumda esasen sözleşmeyi esaslı ihlâl etmiş satıcı, satım parasını haksız yere erken elde ederek bundan karşılıksız olarak bir yarar elde edebilirken, alıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl eden mallardan elde ettiği yararların karşılığını satıcıya vermektedir[121]. Alıcı, malı kullanması ve yarar sağlaması tamamen olağan ve hukuki temeli olan bir durumda, fiktif/fiksiyon değerlendirmelere dayalı değer tazminatını ödemek zorunda kalabilmektedir[122]. Kanımca bu durum da satıcı ve alıcı arasındaki menfaat dengesini satıcı lehine bozabilecek diğer bir örnektir.

Başka bir örnek ise, MSA m. 52 uyarınca alıcının fazla gönderilmiş malı kabul etmesi değil, teslim alması durumunda, bu fazla kısım için ödeme yapması gereğidir. MSA uyarınca, alıcı esaslı bir aykırılık söz konusu olmadığı müddetçe malı teslim almaktan kural olarak kaçınamaz. Özellikle aynı teslimatta yer alan mallarda MSA'nın alıcıyı istemediği miktarda mal alma ve ödemede bulunma tehlikesi ile baş başa bırakabilecek yapıda olduğuna işaret edilebilir. Keza, nicelik fazlalığı bir sözleşme aykırılığı olarak kabul edildiğinden[123], muayene ve bildirim külfetlerini yerine getirmeyen alıcının yine ihtiyacından fazla miktarda mal alması ve ödemede bulunması tehlikesi

---

[118] Almanca "*Leistungsstörung*" terimi Türkçe'ye genellikle "*ifa engeli*" olarak çevrilse de, kanımca bu ifade doğru değildir. Bu çeviri "*Leistungshindernis*" karşılığıdır. Daha doğru görünen burada "*ifa aksaklığı*" terimidir.

[119] Farklı gerekçelerle bu çözümün eleştirisi için: ATAMER, CISG, s. 360; SEROZAN, CISG ve TBK, s. 217.

[120] Aksi yönde: SEROZAN, CISG ve TBK, s. 217, 218.

[121] Tüketici işlemleri açısından konuyu farklı açılardan tartışan bir Adalet Divanı kararı için: DAĞDELEN, Değer tazminatı, s. 463.

[122] Alıcının ikâme teslimi istemesi durumunda, ikâme edilecek malı kullanmasının denkleştirmeye konu olmayacağı yönünde: ZEYTİN, s. 352.

[123] Bkz. geride dipnot 55.

söz konusu olabilir. Bunun gibi eksik ifa açısından MSA çerçevesince satıcının sorumluluğunun muayene ve bildirim külfetlerine bağlandığının kabulü, Türk hukuku ile karşılaştırıldığında alıcıyı zora sokabilecek başka bir durumdur.

Sonuç olarak sınırları aşan bir satım sözleşmesi yapılırken, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara Türk ulusal satım hukukunun mu yoksa MSA'nın mı uygulanacağına karar verilirken hem alıcı hem de satıcı tarafın dikkatli bir değerlendirme yapmasında her zaman fayda vardır.

KAYNAKÇA

AKÇURA KARAMAN Tuba, "Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) çerçevesinde satıcının ayıptan sorumluluğu ve alıcının hakları", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, sy. 1, ss. 225-259.

ATAMER Yeşim, "Satıcının sözleşmeye aykırı davranışı ekseninde CISG'ın ifa engelleri sistemine genel bakış", **Milletlerarası Satım Hukuku**, ed. Yeşim Atamer, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 221-267. (Atıf: İfa engelleri)

ATAMER Yeşim, **Uluslararası satım sözleşmelerine ilişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca satıcının yükümlülükleri ve sözleşmeye aykırılığın sonuçları**, Beta, İstanbul, 2005. (Atıf: CISG)

ATAMER Yeşim, "Zararın soyut yöntem ile hesaplanması ve bu hesabın CISG madde 74 ve 76 örneğinde mahrum kalınan kâr talebi ile ilişkisi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, sy. 1, ss. 137-161. (Atıf: Soyut yöntem)

AYANOĞLU MORALI Ahu, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın öngördüğü sorumluluktan kurtulma sistemi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, sy. 1, ss. 289-313.

BECKMANN Roland Michael, "Kauf", **Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch -- Eckpfeiler des Zivilrechts**, ed. Michael Martinek, Sellier - de Gruyter, Berlin, 2008, ss. 559-643.

BRIDGE Michael, "CISG uyarınca hasarın geçmesi", (çev. Başak Başoğlu), **Milletlerarası Satım Hukuku**, ed. Yeşim Atamer, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 193-221.

BRUNNER Christoph/HURNI Christoph, "Art. 73", **Kommentar zum UN-Kaufrecht**, ed. Heinrich Honsell, 2. bs., Springer, Berlin Heidelberg, 2010.

ÇETİNER Bilgehan, **Die Sachmängelhaftung des Verkäufers im UN-Kaufrecht und im neuen deutschen Schuldrecht**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2006.

DAĞDELEN Ahmet Hakan, "Avusturya ifa aksaklıkları hukukunun temel yapısı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, c. 66, sy. 4, ss. 659-676. (Atıf: İfa aksaklıkları)

DAĞDELEN Ahmet Hakan, "Tüketici işlemlerinde ayıbın sebep olduğu zararlardan satıcının kusursuz sorumluluğu", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018, c. 20, sy. 2, ss. 429-455. (Atıf: Tüketici)

DAĞDELEN Ahmet Hakan, "Tüketici işlemlerinde sözleşmeye aykırı tüketim malının ikame edilmesine kadarki sürede bu malın kullanımına karşılık değer tazminatı istenememesi", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, 2019, c. 77, sy. 1, ss. 463-474. (Atıf: Değer tazminatı)

DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, "CISG'in sözleşmelerin konusu ve niteliği bakımından uygulama alanı", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, sy. 1, ss. 53-73.

ERDEM Ercüment, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2020.

FERRARI Franco, "Uluslararası içtihat hukuku ışığında CISG'da yorum ve boşlukların doldurulması", (çev. Candan Yasan), **Milletlerarası Satım Hukuku**, ed. Yeşim Atamer, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 37-83.

FLECHTNER Harry, "Malların sözleşmeye uygunluğu, üçüncü kişilerin talepleri ve alıcının ihlal bildirimi", (çev. Zeynep Erverdi), **Milletlerarası Satım Hukuku**, ed. Yeşim Atamer, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 163-193.

GRUBER Urs Peter, "CISG Art. 13", **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 4**, ed. Harm Peter Westermann, 8. bs., C. H. Beck, 2019.

HEIDERHOFF Bettina, "CISG'in uygulama alanı: Konu bakımından", (çev. Ajda Gençsoy), **Milletlerarası Satım Hukuku**, ed. Yeşim Atamer, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 25-37.

HONSELL Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, 9. bs., Stämpfli Verlag, Bern, 2010.

HUBER Peter, "CISG Art. 51", **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 4**, ed. Harm Peter Westermann, 8. bs., C. H. Beck, 2019. (Atıf: Art. 51)

HUBER Peter, "CISG-Sözleşmeye aykırılık halinde alıcının hakları", (çev. Başak Başoğlu), **Milletlerarası Satım Hukuku**, ed. Yeşim Atamer, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 267-287. (Atıf: CISG)

IŞINTAN Pelin, "Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Borçlar Kanunu düzenlemelerinde aynen ifa kavramı", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, sy. 1, ss. 161-183.

İPEK İŞLETEN Mehtap, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ve Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde sözleşmenin kurulması", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, sy. 1, ss. 111-137.

MAGNUS Ulrich, "Art. 42", **Kommentar zum UN-Kaufrecht**, ed. Heinrich Honsell, 2. bs., Springer, Berlin Heidelberg, 2010. (Atıf: Art. 42)

MAGNUS Ulrich, "Art. 43", **Kommentar zum UN-Kaufrecht**, ed. Heinrich Honsell, 2. bs., Springer, Berlin Heidelberg, 2010. (Atıf: Art. 43)

MAGNUS Ulrich, "Art. 79", **Kommentar zum UN-Kaufrecht**, ed. Heinrich Honsell, 2. bs., Springer, Berlin Heidelberg, 2010. (Atıf: Art. 79)

MAGNUS Ulrich, "CISG uyarınca tazminat, faiz, sorumluluktan kurtulma", (çev. Cüneyt Süzel), **Milletlerarası Satım Hukuku**, ed. Yeşim Atamer, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 287-308. (Atıf: CISG)

MISTELIS Loukas, "CISG'in uygulama alanı", (çev. Candan Yasan), **Milletlerarası Satım Hukuku**, ed. Yeşim Atamer, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 7-25.

ÖZ Turgut, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, sy. 1, ss. 3-18.

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, "Viyana Konvansiyonu'nun Milletlerarası Özel Hukuk bakımından uygulama alanı", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, sy. 1, ss. 19-53.

POSCH Willibald, **Bürgerliches Recht VII Internationales Privatrecht**, ed. Peter Apathy, 5. bs., Springer, Wien, 2010.

SCHNYDER Anton K./STRAUB Ralf Michael, "Art. 51", **Kommentar zum UN-Kaufrecht**, ed. Heinrich Honsell, 2. bs., Springer, Berlin Heidelberg, 2010.

SCHWENZER Ingeborg/MOHS Florian, "Sözleşmenin kurulması", (çev. Gözde Kayacık), **Milletlerarası Satım Hukuku**, ed. Yeşim Atamer, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2012, ss. 83-105.

SEROZAN Rona, "CISG'a ve TBK'na göre alıcının sözleşmeden dönme hakkının sınırları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2012, c. LXX, sy. 2, ss. 207-221. (Atıf: CISG ve TBK)

SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku**, 8. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018. (Atıf: Medeni Hukuk)

SEROZAN Rona/BAYSAL Başak/SANLI Kerem Cem, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 4. bs., On İki Levha, İstanbul, 2019.

WEBER Rolf H., "Art. 84", **Kommentar zum UN-Kaufrecht**, ed. Heinrich Honsell, 2. bs., Springer, Berlin Heidelberg, 2010.

WELSER Rudolf/ZÖCHLING-JUD Brigitta, **Bürgerliches Recht Band II**, 14. bs., Manz, Wien, 2015.

ZEYTİN Zafer, **Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG - Incoterms**, 3. bs., Seçkin, Ankara, 2019.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 933-1011

AİLE KONUTU ÜZERİNDEKİ HUKUKÎ İŞLEMLERE YÖNELİK SINIRLAMANIN İCRA HUKUKUNDAKİ ETKİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ(*)(**)

Dr. Öğr. Üyesi **Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL**(***)

Öz: Aile konutu kavramı 1.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile hukukumuza girmiştir. TMK md. 194 düzenlemesinde, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin aile konutu üzerinde gerçekleştireceği bazı hukukî işlemlerin geçerliliği diğer eşin açık rızasına bağlanmış olup, eş ve aileler için özel bir öneme sahip aile konutunun elden çıkmasına sebebiyet verecek olan hukukî işlemlerde eşlerin birlikte hareket etmesi ve böylelikle aile konutunun korunması amaçlanmıştır.Sınırlamaya ilişkin hukukî işlemleri değerlendirdiğimizde aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı bulunan eşin borcu sebebiyle aile konutunun icra takip işlemlerine konu edilmesinin engellenemeyeceği görülmektedir. Zira TMK md. 194 kapsamındaki koruma, aile konutu ile ilgili bir borçlandırıcı ya da tasarruf işleminde diğer eşin rızasını aramaktadır. TMK md. 194/III'e göre tapuya aile konutu şerhi verilmiş olması da- genel kabul edilen görüş şerhin açıklayıcı nitelikte olduğudur- sonucu değiştirmeyecektir. Ancak konutta yaşayan tüm aile üyelerinin barınma ihtiyacı yanında temel haklarının korunması amacı gözetildiğinde, aile konutuna yönelik hukukî işlemlere getirilen sınırlamaların amacına hizmet ederek işlevselliğinin artırılmasının sağlanmalıdır. Nitekim her ne kadar belirttiğimiz üzere TMK md. 194 düzenlemesinde yer alan sınırlamalar cebri icra işlemlerini engelleyecek nitelikte olmasa da bu hükmün icra hukukunda gözetilmesi gereken temel ilkeler çerçevesinde değerlendirilerek bazı sonuçlarının bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Anahtar Kelimeler: Aile Konutu-Aile Konutu Haczi - Eşin Meskeniyet İddiası-Şikâyet-İpoteğin İptali Davası.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 25.03.2022 - Makale Kabul Tarihi: 10.05.2022.

(**) Bu çalışma 18-19 Kasım 2021 tarihlerinde Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen "*2. Aile Hukuku Sempozyumu*"nda sunulan tebliğin geliştirilmesi suretiyle ve güncel olarak hazırlanmıştır.

(***) Bahçeşehir Üniversitesi, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0001-7145-1990; *melis.taspolat@ law.bau.edu.tr*).

THE EFFECTS OF THE RESTRICTION ON LEGAL TRANSACTIONS ON MATRIMONIAL HOME IN TERMS OF ENFORCEMENT LAW

Abstract: The concept of matrimonial home entered into Turkish law with the Turkish Civil Code No. 4721, which entered into force on 1.01.2002. Under the title of matrimonial home in art. 194 of the Turkish Civil Code, the validity of some legal transactions that the spouse who has the right to the matrimonial home will take on it is tied to the explicit consent of the other spouse, and the spouses are intended to act together and thus protect the matrimonial home in legal transactions in order to prevent the disposal of the matrimonial home, which has special importance to the spouse and families. When we evaluate the legal transactions related to the restriction, it is seen that if a creditor seizes the matrimonial home due to a debt of one of the spouses who has the right of ownership over the matrimonial home, there is no regulation to prevent this enforcement proceedings in order to protect it. Because the protection under art. 194 of Turkish Civil Code seeks a debtor or the consent of the other spouse in the disposition transaction regarding the matrimonial home. According to Turkish Civil Code art. 194/III, the fact that a matrimonial home annotation has been put onto the title deed - the generally accepted opinion is that the annotation is explanatory - will not change the result. Howewer, when considering the need for sheltering of all family members living in the house, as well as the protection of their fundamental rights, the effects of the restrictions on the legal proceeding regarding the family housing are seen in enforcement law in terms of increasing its functionality by serving its purpose. As a matter of fact, as we have stated, although the legal transactions related to the restriction under art. 194 of Turkish Civil Code are not in a nature to prevent compulsory enforcement proceedings, it should be accepted that this provision has same consequences by evaluating it within the framework of basic principles that should be oberserved in enforcement law.

Keywords: Matrimonial Home -Seizure of Matrimonial Home -Spouse's Claim of Residency-Complaint- Hypotek Cancellation Case.

GİRİŞ

Aile konutu kavramı[1] 1.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile hukukumuza girmiştir[2]. TMK düzenlemesindeki

---

[1] TMK md.194'de aile konutu tanımlanmamış olup, madde gerekçesinde aile konutunun eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği acı ve tatlı günlerini yaşadığı anılarla dolu bir alan olduğu belirtilmiştir.

[2] TMK'da aile konutu kavramı evliliğin genel hükümleri bakımından md.194, mal rejimleriyle ilgili 240, 254, 255, 279. maddeleri ve mirasın paylaşımına ilişkin 652. madde ile düzenleme altına alınmıştır. Çalışmamızda TMK md. 194 düzenlemesi esas alınmıştır.

temel kural eşlerden her birinin birbirleriyle ve üçüncü kişilerle kendi malvarlığı değerleri üzerinde diğer eşin izin ve onayına tâbi olmadan- kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça- serbestçe tasarruf edebilmeleridir (TMK md. 193). İlgili maddede belirtilen "*kanunda aksine hüküm bulunmadıkça*" şeklindeki istisnanın ilk örneği[3] TMK md. 194 düzenlemesinde[4] yer alan aile konutu başlığı altında düzenlenmiştir.

Anılan düzenleme ile aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin aile konutu üzerinde gerçekleştireceği bazı hukukî işlemlerin geçerliliği diğer eşin açık rızasına bağlanmış olup, eş ve aileler için özel bir öneme sahip aile konutunun elden çıkmasına sebebiyet verecek olan hukukî işlemlerde eşlerin birlikte hareket etmesi ve böylelikle aile konutunun korunması amaçlanmıştır. Buna göre eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Söz konusu sınırlamanın hukukî niteliği konusunda doktrinde fiil ehliyeti sınırlaması, sözleşme özgürlüğünün kanundan doğan bir sınırlaması, sınırlamanın katılma hakkı niteliğinde olduğu ve koruma amaçlı olarak ehliyet sınırlamasından uzak tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu yönünde görüşler mevcuttur[5].TMK md.194 kapsamındaki koruma aile konutu ile ilgili- sınırlamanın hukukî niteliği konusunda kabul edilecek görüş doğrultusunda- bir borçlandırıcı ya da tasarruf işleminde diğer eşin rızasını aramaktadır. Ancak anılan düzenleme sadece hak sahibi eşin aile konutunun devrine ilişkin iradî işlemlerini diğer eşin rızasına bağlamıştır. Dolayısıyla TMK md. 194 düzenlemesi uyarınca aile konutuna sağlanan koruma aile konutunun icra takip işlemlerine konu olmasına engel teşkil etmeyecektir.

Çalışmamızda öncelikle aile konutu üzerindeki sınırlamaların hukukî niteliği, korumanın amacı ve kapsamı değerlendirilecektir. Daha sonra icra hukukundaki etkileri[6] özellikle aile konutunun hâline münasip ev (İİK md.

---

[3] Bununla birlikte TMK md. 199, md. 222/II ve 223/II düzenlemelerinde eşlerin malları üzerindeki yararlanma ve tasarruf serbestliğinin istisnalarının yer aldığını belirtmek gerekir.

[4] TMK md. 194/I ve TMK 194/II düzenlemeleri İsviçre MK md.169/I ve 169/II ile aynı hüküm olup, madde metninde aile konutu kavramının tanımı yer almamaktadır. Bkz. SCHMID Ursula, **ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch,** OFK-Orell Füssli Kommentar, Zürich, 2016, s. 227; ZEITER Alexandra/SCHLUMPF Michael, **Personen-und Familienrecht-Partnerschatzsgesetz Art. 1-456 ZGB- PartG**, Zürich, 2016, s. 552.

[5] Bkz. aşa. I.2.B.

[6] Bkz. ATALAY Oğuz, "Türk Medenî Kanunu'nda Aile Hukuku Mal Rejimlerine İlişkin Hükümlerin Takip Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-I Eskişehir**, 2003, s. 51 vd.

82/I, b.12) kavramı ile ilişkisi kapsamında meskeniyet şikâyetine konu olması ile aile konutu üzerinde malik olmayan eşin açık rızası bulunmadan ipotek tesisinin iyiniyetli üçüncü kişilerin tasarruflarının korunması kapsamında ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe konu olması ve yine malik olmayan eşin ihalenin feshini talep edip edemeyeceği meseleleri incelenmeye gayret edilecektir.

I. AİLE KONUTUNUN KORUNMASI KAPSAMINDA BAZI HUKUKÎ İŞLEMLERE İLİŞKİN HAK SAHİBİ EŞE GETİRİLEN SINIRLAMA

1. Aile Konutu Kavramı

TMK'nun aile konutu ile ilgili düzenlemelerinde, aile konutunun tanımına veya belirleyici öğelerine yer verilmediği görülmektedir. Bu sebeple aile konutu kavramı bilimsel görüşler doğrultusunda ve somut olayın özellikleri çerçevesinde belirlenebilecektir. Nitekim doktrinde aile konutunun değişik tanımları yapılmış olup, genel kabul gören tanım aile konutunun eşlerin ortak yaşamlarının merkezini oluşturan konut olduğudur[7].

---

[7] Bkz. ŞIPKA Şükran, **Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m.194)**, İstanbul, 2004, s. 72 vd.; ŞIPKA Şükran, "Aile Konutu ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler", **Prof. Dr. Necla Arat'a Armağan**, İstanbul, 2004, s. 373. BARLAS Nami, "Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukukî İşlem Özgürlüğü ve Sınırları", **Prof. Dr. Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Ankara, 2004, s. 121 vd.; GÜMÜŞ, Alper, **Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler**, Ankara, 2003, s. 33 vd.; CEYLAN Ebru, "Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutunun Önemi", TBB Dergisi, 2017(128), s. 205 vd.; ÇAPRİ Sezer, "Aile Konutu Şerhi", **Prof. Dr. Ergun A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, 2007**, s. 401-402; UÇAR Ayhan, "4721 Sayılı Medeni Kanunu ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessese: Aile Konutu Müessesi", **AÜEHFD**, C. X, S.1-2 (2006), s. 397 vd.; DOĞAN Murat, "Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu**", AÜEHFD**, C.VI, S.1-4 (2002), s. 285-286; AYANOĞLU Moralı, Ahu, **İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu**, Ed. Prof. Dr. M. Turgut Öz/Prof. Dr. Faruk Acar/Prof. Dr. Hüseyin Murat Develioğlu/Prof. Dr. K. Emre Gökyayla, İstanbul, 2019, s. 3439 vd., **GENÇ ARIDEMİR** Arzu, "Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2002/7 Sayılı, 11.06.2002 Tarihli Genelgesi'nin Aile Konutu Şerhine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Özer Seliçi' ye Armağan**, Ankara, 2006, s.128 vd.; DURAL Mustafa /ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Alper, **Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku**, İstanbul, 2021, s. 177; ÖZTAN Bilge, **Aile Hukuku**, Ankara, 2015, s. 296 vd.;¸NEBİOĞLU ÖNER Şebnem, **Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi**, Ankara, 2014, s. 5 vd.; KILIÇOĞLU Ahmet, **Türk Medenî Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı**, Ankara, 2002, s. 8-9; TOPUZ Gökçen, "Aile Konutunun Haczi ve Kiralanan Aile Konutunun İlâmsız İcra Yoluyla Tahliyesi", **EÜHFD**, C.III, s.1, (2008), s.272; İYİLİKLİ Ahmet Cahit, "Boşanma, Evliliğin İptali ya da Eşlerden Birinin Vefatının Aile Konutuna İlişkin Tasarrufun İptali Davasına Etkisi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 7, S.13, Haziran 2019, s. 234 vd.; ARMUTCUOĞLU Can Yalçın, "Aile Konutuna Sağlanan Hukukî Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukukî Niteliği", **MÜHF-HAD**, 2011, C.17, S-1-2, s. 414 vd.; HA-

Aile konutu taşınır veya taşınmaz[8] olabilecek olup, örneğin; karavan, gemi, taşıt aracı, yat gibi taşınırlar aile konutu olabilecektir. Yine gecekon-

USHEER Heinz/GEISER Thomas/AEBI-MÜLLER Regina E., **Das Familienrecht des Schweizerisches Zivilgsesetzbuches**, Bern, 2014, s. 114-115; ZEITER/SCHLUMPF, s. 553; GÜNERGÖK, Özcan, "Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet veya Sınırlı Hak İktisabı", **EÜHFD**, C.XIII, S.1-2 (2009), s. 250. Doktrinde bir konutun aile konutu olarak sayılması için bu konutun evlilik birliği için yaşanabilir nitelikte ve kural olarak tek olması, eşlerin bu konutu birlikte seçmesi, ortak bir yaşam merkezi oluşturmaları gerektiği, ayrıca bu konutun üçüncü kişilerce de objektif olarak ailenin yaşadığı ortak konut sayılması gerektiği belirtilmiştir (ŞIPKA, Aile Konutu, s. 372; ÖZTAN, s. 299). Önemli bir müessese olan aile konutunun tanımla daraltılması yerine her somut olayın özellikleri ve sübjektif nitelikleri nazara alınarak uygulamacılar tarafından şekillendirilmesinin hakkaniyete daha uygun sonuç doğuracağı yönünde bkz. NEBİOĞLU ÖNER Şebnem, "Aile Konutu'nun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri", **TBB Dergisi** 2011 (97), s. 121. Aile konutu ile yerleşim yeri kavramları bakımından yerleşim yerinin bir kişinin sürekli kalma amacıyla oturduğu iş ve aile ilişkilerinin merkezi olarak seçtiği yer olduğu bu açıdan yerleşim yeri kavramının aile konutu kavramına yakın bir kavram olduğu ancak her somut olayda örtüşmeyebileceğini belirtmek gerekir (NEBİOĞLU ÖNER, Aile Konutu, s. 134; CEYLAN, s. 208). Bununla birlikte doktrinde TMK md.194/III'de 2014 yılında yapılan değişiklikten sonra Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün tarafından çıkarılan 11.06.2014 tarihli ve 2014/4 sayılı "Aile Konutu-Mal Rejimleri- Çocuk Malları" konulu Genelge'nin aile konutu ile yerleşim yerinin aynı gördüğü ve ayrıca genelgede taşınmazın aile konutu niteliğinin belirlenmesinde aile konutunun MERNİS üzerinde yerleşim yeri olarak belirtilen adresteki taşınmaza hasredildiği, kişilerin yerleşim yeri adresinin merkezi kayıt sistemine bildirilmesinin idari bir düzenleme olduğu, MERNİS üzerindeki kaydın kişinin yerleşim yerinin burası olduğunu hukuken kabul etmeye imkân vermediği, TMK md.19'un yerleşim yerinin belirlenmesinde bir yere kayıt edilmesini unsur olarak görmediğini, MERNİS üzerindeki kayıtlı adresin TMK md.19 çerçevesinde yerleşim yerinin unsurlarını taşıyorsa hukuken yerleşim yeri kabul edilebileceği, aksi takdirde hukuken kişinin meskeni olabileceği ve fakat yerleşim yeri olmayacağı, aynı zamanda evli kişilerin yerleşim yerinin ortak olmasının gerekli olmadığı, taşınmazın aile konutu niteliğini belirlemede kullanılan kriterler ile eşlerin ortak yerleşim yeri kriterlerinin benzer olması ve evli kişilerin kanunen zorunlu olmasa da çoğunlukla ortak yerleşim yerine sahip oldukları, bu durumsa ortak yerleşim yeri ile aile konutunun çoğu zaman aynı olacağı bu durumda aile konutu verilmesi istenen taşınmazı aile konutu niteliğinin belgelenmesinin yerleşim yeri kayıtlarıyla yapılmasının istenmesinin doğal olduğu ancak bunun sadece bu şekilde belgelendirilmesin ise Kanun tarafından yapılmayan kısıtlamanın Genelge ile yapıldığı ve bunun da hukuken kabulünün mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bkz. SERDAR İlknur,"1756 (2014/4) Sayılı Genelge Kapsamında Aile Konutu Şerhi", **DEÜHFD**, C. 21, S.2, 2019, s. 595.

8 Söz konusu 11.06.2014 tarihli ve 2014/4 sayılı Genelge'nin Aile Konutu Şerhinde Özel Durumlar başlıklı md. 4/a' da şerh konusu taşınmazın niteliği aile konutu olarak özgülemeye uygun olmamakla birlikte eylemli olarak arsa, bağ, bahçe vb. nitelikli bir taşınmaz ise, üzerinde aile konutunun bulunduğunun belediyeden ya da muhtarlıktan belgelendirilmesi ya da kadastro müdürlüğü tarafından konutun zeminde tespit edilerek rapora bağlanması durumunda; sicile aile konutu şerhinin işlenmesi mümkün olacaktır. Bu işlem için ilgililerin cins değişikliği işlemi yapmaları da şart olmayacaktır. Bkz. BADUR Emel, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Karşısında Aile Konutu Şerhinin (Ortadan Kalkan) Etkisi", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 10, S.110, Ekim 2015, s. 17-18. Yarg.2.HD.'nin 15.12.2014 T., E. 2014/26288, K. 2014/25775 sayılı kararında, tapu sicilinde "*kâgir depo*" vasfıyla kayıtlı olduğu halde altta depo ve dükkan, üstte dört katı konut olan bina olduğu anlaşılan bir taşınmazın mahkemece

du, prefabrik konut, çadır, baraka gibi kapalı mekânlar aile konutu özelliğini taşıyabilecektir[9].

Aile konutu belirlenirken konutun nasıl elde edildiği, konut üzerinde sahip olduğu hakkın türü ya da konutun yasal mal rejimi gereğince kişisel mal veya edinilmiş mal olup olmadığının önemi bulunmamaktadır. O halde eşler aralarında hangi mal rejimini seçmiş olurlarsa olsunlar söz konusu madde uygulama alanı bulacak olup, emredici bir düzenlemedir[10]. Burada önemli olan husus hak sahibi olan eşin o konutta eşini ve ailesini oturtma ve barındırmasının hukuka uygun bir nedene dayanmasıdır. Buna göre hukuka aykırı olarak kullanılan bir konut TMK md. 194'e göre korunmayacaktır[11]. Eşlerden birinin mülkiyetinde oturmaya elverişli birden fazla ev olduğu durumlarda aile konutunun birden fazla olup olamayacağı sorusu gündeme gelebilecektir. Kanunda aile konutuna sayı olarak bir sınırlama getirilmediği görülmektedir. Ancak kural olarak işin doğası gereği bunlardan bir tanesinin "*aile konutu*" durumunda bulunabileceği ve TMK md. 194'de yer alan sınırlayıcı hükümlere tâbi olacağı belirtilmektedir. Buna göre eşlerin ortak yaşamlarını normal olarak sürdürdükleri konutun yanı sıra belirli zamanlarda

usûlüne uygun keşif yapılarak davacı koca ile davalı kadın tarafından aile konutu olarak kullanılan bölümünün tespit edilerek bu bölümüyle sınırlı olacak şekilde aile konutu şerhi konulması gerektiğine, ayrıca taşınmaz üzerinde ipotek bulunmasının aile konutu şerhinin konulmasına engel olmadığına karar verilmiştir (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

9 ŞIPKA, Aile Konutu, s. 372. Aynı yönde bkz. ZEITER/SCHLUMPF, s. 553.

10 ÖZTAN, s. 296.

11 Bkz. ŞIPKA, s.83; ŞIPKA, Aile Konutu, s. 373. Eşler arasında serbest işlem yapabilme ehliyetinin düzenlendiği TMK md. 193 hükmü hukuksal işlemler alanında eşlerin sahip olduğu sözleşme özgürlüğünü genel bir vurgusunu oluşturmakta olup buna göre evli eşler kendi aralarında veya üçüncü kişilerle girişecekleri işlemlerde evliliğin genel hükümleri ve mal rejimi hukukunun emredici nitelikteki hükümlerinin getireceği sınırlamalar dışında evli olmayan kişilerle aynı statüdedir. Bkz. ÖZTAN, s. 289-290; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 174. O halde eşler tam ehliyetli olup, ancak ilgili maddede yer alan "*kanunda aksine hüküm bulunmadıkça*" ifadesi eşlerin özgürlüklerinin çeşitli yasal düzenlemelerle kısıtlanacağını belirtmektedir. Aile konutuna ilişkin bazı işlemler diğer aşın açık rızası bulunmadıkça "*yasak işlem*" olarak istisna kapsamında yer alacaktır (HATEMİ Hüseyin, **Aile Hukuku**, İstanbul, 2021, s. 94). Ayrıca burada yer alan aksine- istisnaî hükümlerin- Aile Hukuku bölümü veya Medeni Kanun dışında da yer alabileceği, kanun koyucunun herhangi bir kanun hükmü ile bu yönde sınırlayıcı hükümlere Anayasa'ya aykırı olmamak kaydı ile yer verebileceği bu şekilde eşlerin hukukî işlem özgürlüğünü kısıtlayabileceği ifade edilmiştir (ŞIPKA, Şükran, "Türk Hukukunda Eşlerin Hukukî İşlem Özgürlüğünün Sınırları", **MHB** C.35, S. 1, 47-58, s. 50). Doktrinde Medeni Kanun ile eşler arasında işlem serbestisinin getirilmesinin sebeplerinden birisinin kadın-erkek arasındaki eşitliği sağlamak olduğu kadar, kişilerin sadece evlenmeleri sebebiyle hukukî işlem yapabilme serbestilerinin belirli istisnalar dışında sınırlanmasını önlemek olduğu kanaatimizce de yerinde olarak belirtilmiştir (ÖKTEM Seda, "Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması", **TBB Dergisi**, Sayı: 67, 2006, s.319).

geçici süreyle oturdukları (yazlık ev, dağ evi, yayla, çiftlik veya bağ evi) varsa, bu konut *"aile konutu"* sayılmayacaktır[12].

Burada 2014/4 sayılı Genelge'nin Aile Konutu başlığı, "*Yargı kararlarına göre aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri mekândır. Eşler, evlilik birliğini beraberce yürütür ve yönetirler. Oturdukları konutu da birlikte seçerler. Aile konutu tektir*." şeklindedir. Yine "Aile Konutu Şerhinde Özel Durumlar" başlıklı md. 4/d'de yazlık veya dağ evi gibi konutlara ilişkin aile konutu şerhi açısından bir düzenleme getirilerek, ilgili maddede *aile konutunun eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekânları ifade ettiğinden, zaman zaman ya da hafta sonu kullanmak amacıyla edinilen yazlık konut, dağ evi gibi konutların Türk Medeni Kanunu'nun 194.maddesi kapsamına girmediği* vurgulanmıştır.

Özetle; aile konutunun, ailenin hayat merkezini oluşturan ve sürekli olarak barınma ihtiyacını karşılayan konut olduğunu belirtilebilir. Buradaki aile resmi bir evlilik akdine dayanan birlik olup, fiilî birliktelikleri kapsamaz. Aynı zamanda bu konut ailenin maddi ihtiyaçlarını karşılamasının yanında aile fertleri bakımından manevi bir öneme de sahiptir[13].

---

[12] ŞIPKA, s. 86; ÖZTAN, s. 297; CEYLAN, s. 207-208; BARLAS, s. 122; NEBİOĞLU ÖNER, s. 23 vd; NEBİOĞLU ÖNER, Aile Konutu, s. 129 vd.; GENÇ ARIDEMİR, s. 129; BRÜCKNER, Christian/KUSTER, Mathias, **Die Grundstücksgeschäfte, Schweizer Immobiliarscahenrecht für Praktiker**, Zürich, 2021, s. 626. Bazı istisnaî durumlarda somut olayın özelliğine göre eşlerin mesleki faaliyetleri, çocukların eğitim durumu veya sağlık durumu gibi sebeplerle aile yaşamının yılın belirli dönemlerinde farklı konutlarda geçirilmesi gibi durumlarda şartları varsa aile konutunun iki farklı konut olabileceği kabul edilmelidir (ŞIPKA, s.79 vd.; BARLAS, s.122; HAUSHEER/GEISER/AEBI MÜLLER, s. 115). Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 28.09.2011 T., E. 2011/2-447, K. 2011/556 sayılı kararında, yurtdışında yaşayan çiftlerin Türkiye'deki konutlarına aile konutu şerhinin konulup konulmayacağı meselesinde, tarafların evlendikleri günden bu yana ve halen yurt dışında yaşadıkları, yapıldığı ilk günden itibaren konutta davalının anne ve babasının oturduğu, faturaların davalının babası tarafından ödendiği, davanın taraflarının bu konutta sadece izne geldikleri dönemde ve burada oturmakta olan ailelerini ziyaret amacıyla 10-15 gün kaldıkları başkasının kullanımına özgülenmiş bir konutun aile konutu olarak kabulüne olanak bulunmadığı yönünde karar vermiştir. Bununla birlikte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 12.02.2014 T., E. 2013/2-473, K. 2014/ 92 sayılı kararında tarafların yurtdışında çalışmakla birlikte her yıl ailece Türkiye'ye izne gelerek yine ailece dava konusu konutu kullandıkları konusunda çekişmenin bulunmadığını, ailenin dava konusu taşınmazı salt bu amaca özgülediği, kiraya vermediği ya da başka bir amaçla kullanmadığının toplanan delillerden anlaşıldığı, konutun tarafların Türkiye'de bulundukları sürece ortak yaşam faaliyetlerini sürdürme ve oturma ihtiyacı için kullanıldığına, tarafların bu amaçla kullandıkları başka bir konutunun bulunmadığından Türkiye'de iken kullandıkları tek konut olan dava konusu yerin aile konutu olarak özgülendiğinin kabulü gerektiği yönünde karar vermiştir. Söz konusu kararlardan çıkan sonuç kanaatimizce de yerinde olarak eşlerin Türkiye'ye geldikleri zaman kullandıkları konutun aile konutu olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu hallerde bu şekilde kabul edileceği yönündedir. Bkz. BADUR, s. 17.

[13] Bkz. KILIÇOĞLU, s. 9; ŞIPKA, s. 76 vd.; DOĞAN, s. 286; ÇABRİ, s. 402.

2. Aile Konutu Üzerinde Hukukî İşlemlere Getirilen Sınırlama

A. Korumanın Amacı ve Kapsamı

TMK md. 194 düzenlemesi ile aile konutu üzerinde üstün hak sahibi olan eşin bazı hukukî işlemlerinin geçerliliği, diğer eşin rızasına[14] bağlanmış, böylece eşler için önemli bir malvarlığının malik olan eş tarafından başkasına devredilmesi veya devir tehlikesi yaratabilecek bir hak ile sınırlanmasının sakıncaları önlenmek istenmiştir.

Kural olarak, TMK md. 193'e göre eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi kanunda aksine bir düzenleme mevcutsa yapabileceklerdir. Nitekim bu kuralın istisnalarından biri aile konutuyla ilgili eşlerin işlemlerdir[15]. Buna göre eşlerden birinin aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshetmesi, aile konutunu devretmesi veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlaması için diğer eşin açık rızası bulunması şartına bağlanmıştır (TMK md. 194/I).

Görülmektedir ki, eşlerden birinin mülkiyetinde bulunan aile konutu yanında kiralanan aile konutu da aynı cümlede düzenlenmiştir[16]. Madde metnin-

---

[14] Eşin rızasın ilişkin TMK md. 194 düzenlemesi dışında TMK'nda birkaç ayrı yerde eşlerin yapacakları hukukî işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı olduğu düzenlenmiştir. Burada eşin rızası karı koca farkı gözetmeksizin aranacaktır. TMK'nda mal rejimleri konusunda (TMK md. 229, md. 263, md. 265) eşin rızasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Yine TMK'nda eşin rızasının arandığı bir hal" *Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması*" başlığı altında düzenlenen TMK md. 199 hükmüdür. İlgili maddeye göre ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızası ile yapılabileceğine karar verir. (Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. ÖKTEM, s. 320 vd). Bununla birlikte sadece yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi için öngörülen TMK md. 223/II düzenlemesi ile aksine anlaşma olmadıkça eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz. TMK'nda eşin rızasının arandığı bir diğer hal, ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesine TMK md. 313/II düzenlemesi olup, buna göre evli kimse ancak eşinin rızası ile evlat edinilebilir. Aynı zamanda evlilik birliğinin temsiline ilişkin olan ve "Eşlerin Temsil Yetkisi" kenar başlığını taşıyan TMK md. 188 düzenlemesinde de eşin rızasına yer verilmiştir. TBK'nda ise "*Eşin Rızası*" kenar başlığını taşıyan md. 584, evli kişilerin ancak diğer eşin yazılı rızası ile kefil olabileceğini düzenlemektedir. Ayrıca TBK md. 349 ile de aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracı eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacı kiracı sıfatını taşıyan eşin aile konutu üzerinde keyfi nitelikte işlem yapmasını önlemektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BADUR Emel, "Eşin Rızası", **TBB Dergisi** 2013 (109), s. 251 vd.

[15] KILIÇOĞLU, s. 17; KILIÇOĞLU Ahmet M., Medenî Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2004, s. 42.

[16] Bkz. CEYLAN, s. 212.

de *"kira sözleşmesinin feshi"* ibaresi yer almakta ise de doktrinde[17] fesih ile aynı hukukî sonuçları doğuran başka hukukî işlemlerin de eşin rızasına bağlı olmasının maddenin konuluş amacına uygun olacağı belirtilmiştir. O halde aile konutu gerek eşlerden birinin mülkiyetinde olsun veya gerekse kiralanmış olsun, eşler aile konutu ile ilgili hukukî işlemleri tek başlarına gerçekleştiremeyeceklerdir. Başka bir ifade ile; TMK md. 194'ün uygulama alanı bulması için eşlerden en az birinin aile konutu üzerinde ayni veya şahsi bir hakka sahip olması gerekir. Örneğin; eşlerden biri aile konutu üzerinde mülkiyet hakkına (TMK md. 705 vd.); oturma hakkına (TMK md. 823 vd) veya intifa hakkına (TMK md. 794 vd.) sahip olabilir veya şahsi hak olarak kira sözleşmesine göre (TBK md 349) kiracı olabilir[18]. Aynı zamanda aile konutunu kullanma hakkı bir tüzel kişiliğe katılma hakkından (Örneğin; konut kooperatifi) doğarsa, bu durumda da katılımla ilgili tasarruflar için de diğer eşin rızası gerekir[19].

Aile konutunun öneminden dolayı anılan düzenleme ile diğer eşin ve çocukların bu konut üzerinde öncelikle manevi bağlarının daha sonra da faydalanma ve kullanma hakları korunmaktadır. Konut, kişiler bakımından yaşamsal bir ihtiyaçtır. Burada kanun koyucu konutun kişi hayatındaki öneminden yola çıkarak eşlerin ve çocukların, geniş anlamda aile bireyinin aile konutunda yaşama menfaatleri açısından tek bir eş tarafından karar verilmesini engellemeyi amaçlamıştır. Ancak söz konusu düzenleme ile eşlerin malvarlıklarının korunması yönünde bir amaç güdülmediği belirtilmelidir. Burada korumanın özü, aile bireylerinin aile konutunda yaşama menfaatlerinin eşlerden biri tarafından verilen karar ile ihlâl edilmemesidir[20]. Nitekim TMK md.194 düzenlemesi sadece aile konutunu diğer eşin ve çocukların barınma haklarını kaybetme tehlikesine karşı korumakta olup, dolayısıyla hak sahibi eşin mesleki ya da ticari özellikli işyeri- bu bir konut olsa dahi- bu madde kapsamında koruma altında olmayacaktır[21].

---

17 Bkz. ŞIPKA, Eşlerin Hukukî İşlem Özgürlüğü, s. 51.

18 ÖZTAN, s. 296.

19 SCHMID, s. 327.

20 KARABAĞ BULUT Nil, "Aile Konutu Üzerinde İpotek Tesisi", **Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları**, Cilt 1 Eşya Hukuku, 20 Ekim 2016, Ed. Tufan Öğüz/Baki İlkay Engin, İstanbul, 2017, s. 65.

21 Örneğin; eşlerden birinin kendi mülkünde olan bir konutunda terzi, berberi pansiyonculuk gibi faaliyetlerde bulunuyor ise bu durumda konutun devredilmesinde ya da kiraya verilmesinde kural olarak TMK md. 194 kapsamında diğer eşin rızası gerekli olmayacaktır. Buna karşılık hem işyeri hem de aile konutu olarak kullanılan yerlerin (Örneğin, terzi atölyesi, pansiyon, otel gibi) korumadan yararlanıp yararlanmayacağı tartışmalıdır. Doktrinde böyle bir durumda korunacak olan menfaatin diğer eş ve çocuklar olduğu, bu tür karma nitelikli konutlarda ticari faaliyette bulunan eşin eşinin ve çocuklarının barınma hakkını herhangi bir şekilde garanti altına almadan işyerini devret-

İsviçre doktrininde İsv. MK md.169 düzenlemesi, kanundan doğan ve tüm evli çiftler için geçerli olan herhangi bir riskli somut durumdan bağımsız bir evlilik önlemi olarak belirtilmiştir[22]. Aynı zamanda bu korumanın resmi olarak evli çiftler (çocuklu veya çocuksuz) ve kayıtlı olarak birlikte yaşayan çiftler[23] için geçerli[24], mal rejimi sisteminden bağımsız olduğu, eş olma durumundan kaynaklandığı ve de ailenin marjinal tanımlarını kapsamadığı vurgulanmıştır[25]. Bu noktada İsviçre'de "Herkes İçin Evlilik" (Ehe für alle) adıyla eşcinsellere evlenme hakkı tanıyan yasal düzenlemenin 26.09.2021 tarihli halk oylaması ile kabul edildiğini belirtmek gerekir. Buna göre iki aşamalı bir yürürlük öngörülmüş olup; sadece Aynı Cinsiyetten Çiftlerin Kayıtlı Olarak Birlikte Yaşaması Hakkında Kanun'un 18.maddesi uyarınca mevcut mal rejiminin devam ettirilmesi için çiftlerden her birinin diğerine yazılı bildirimde bulanabileceğine ilişkin md. 9 g/II hükmü 1.01.2022 tarihinde, diğer hükümler ise 1.06.2022 tarihinde yürürlüğe girecektir. Söz konusu düzenlemeler ile Aynı Cinsiyetten Çiftlerin Kayıtlı Olarak Birlikte Yaşaması Hakkında Kanun, Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, Üreme Kanunu'nda değişiklik yapılmış, aynı zamanda Aynı Cinsiyetten Çiftlerin Kayıtlı Olarak Birlikte Yaşaması Hakkında Kanun md.35 ile kayıtlı olarak birlikte yaşamanın evliliğe dönüştürülmesine ilişkin usûl düzenlenmiştir. Dolayısıyla İsviçre'de 01.06.2022 tarihinden itibaren aynı cinsler kayıtlı birlikte yaşama statüsüne yeni başvuruda bulunamayacak ve fakat önceden kayıtlı birlikte yaşama statüsünde olanların ayrıca bir bildirime gerek kalmadan bu statüleri devam edecektir. Buna göre İsviçre hukukunda aynı cinsten birlikte olanlar için kayıtlı birliktelik statüsünün yerini evlilik kurumu alacağı sonucuna varılmaktadır[26].

---

memesi gerektiği, ancak işyeri ve konut olarak kullanılan alanların birbirinden bağımsız olmaları durumunda eşin işyeri olarak faaliyette bulunduğu alanı üçüncü kişilere kiraya verebilecekleri belirtilmiştir (ŞIPKA, s. 88. Ayrıca bkz. NEBİOĞLU ÖNER, s.134-135). İsviçre doktrininde oturulan konutun aynı zamanda ticari faaliyetlere de hizmet etmesi durumunda korumanın genişleyeceği ağırlıklı olarak savunulmaktadır (SCHMID, s. 327).

22 HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 114.

23 İsviçre hukukunda 18.05.2004 tarihli -yürürlük tarihi 1.01.2018- Aynı Cinsiyetten Çiftlerin Kayıtlı Olarak Birlikte Yaşaması Hakkında Kanun'un (Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, Partnerschaftsgesetz, PartG) 14. maddesi ile "birlikte yaşanılan konut" (Gemeinsame Wohnung) İsv. Medeni Kanun md. 169 ile paralel bir şekilde koruma altına alınmıştır. (www.fedlex.admin.ch) (Erişim Tarihi: 27.12.2021).

24 BRÜCKNER/KUSTER, s. 626.

25 ZEITER/SCHLUMPF, s. 553.

26 Bkz. https.//.www.admin. İsviçre Fedaral Konsey Konseyi'nin resmi sitesinde söz konusu halk oylamasına ilişkin bilgiler içeren bir kitapçık yayımlanmıştır. Buna göre aynı cinsiyetten olan çiftlerin kayıtlı birliktelik statüsü ile evlilik statüsü arasındaki en önemli hukukî düzenlemelerin, evlat-

TMK md. 194 düzenlemesinin sağladığı korumanın başlangıcının ön koşulu tarafların evli olmasıdır. Bununla birlikte konut "*aile konutu*" olarak belirlendikten sonra[27], eşlerden birinin ya da her ikisinin birlikte oturulan konut üzerinde ayni ya da şahsi bir hak sahibi olmaları, konutun aileye özgülemesi, ailenin buraya taşınarak yaşam merkezinin o konut olması, korumanın başlangıcı için gerekli unsurlardır. Korumanın temel kapsamı kural olarak evliliğin devamı süresince söz konusu olup, ölüm, boşanma veya iptal kararıyla evliliğin sona ermesi halinde ortadan kalkmaktadır[28]. Ayrılık kararı süresince ya da birlikte yaşamaya ara verilen sürede veya boşanma davası sırasında da koruma devam edecektir. Ancak korumanın devam etmesinde hukukî menfaat ortadan kalkarsa, örneğin; eşler aile konutunu kendi iradeleri ile süresiz veya belirli bir süre ile terk ederlerse[29] ve yine her iki eş de aile konutu niteliğinden vazgeçildiği hususunda anlaşırlarsa koruma ortadan kalkacaktır. Şüphesiz aile konutunun önemine istinaden korumanın ortadan kalkmasını sağlayacak söz konusu durumlara ilişkin somut veriler aranmalıdır[30].

---

lık -kayıtlı birliktelikte çiftin çocuğu varsa evlatlık edinilmesine izin verilirken, evlilikte çiftin birlikte evlat edinmesine izin verilmektedir)-, üreme -kayıtlı birliktelikte üremeye izin verilmezken, iki kadın cinsinin evli olması durumunda sperm bankası yöntemi ile çocuk sahibi olmasına izin verilmektedir-, vatandaşlık - kayıtlı birliktelikte yabancı çiftlerin vatandaşlık elde etmesi genel kurallara tâbi olup, evlilikte yabancı çiftler bakımından kolaylaştırılmış vatandaşlık elde edilmesi kabul edilmiştir-olduğu belirtilmiştir. Bkz. Ehe Für Alle, Büchlein, s. 23.

27 TMK md.186/I'de eşlerin oturacakları konutu birlikte seçecekleri düzenlenmiştir. Ayrıca TMK md. 185/III hükmüne göre "*eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar*."

28 Haklı sebeplerin varlığı halinde boşanmadan sonra da aile konutunun kullanılmasına ilişkin İsv. MK md. 121 benzeri bir düzenlemenin Türk hukukunda yer almaması doktrinde kanaatimizce de yerinde olarak eleştirilmektedir. Bkz. ŞIPKA, s. 99 vd; ŞIPKA, Aile Konutu, s. 378; OKTAY ÖZDEMİR Saibe, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", **MHB** 2015; C: 35, S.1, s. 41. Doktrinde Oktay Özdemir, boşanmaya rağmen diğer eşe veya üçüncü kişilere ait taşınmazlarda hayatın sürdürülebilmesini özellikle çocukların olduğu hallerde önem taşıdığını, bir kira sözleşmesinin varlığı halinde konutta kalmayacak eşin de kira bedelinden sorumlu olması veya yine bu eşe ait konutta diğer eşin uygun kira bedeli ile kalmaya devam etmesinin hâkim kararı ile sağlanmasının boşanma sonrası yaşanılan sorunlara önemli çözüm yolları açabileceğini belirtmiş, boşanma sonrası çocukların varlığı halinde alışkın olunan konuttan hemen çıkarılmaması ve bir geçiş süresinin önemini vurgulamıştır (OKTAY ÖZDEMİR, s. 41-42). Aynı yönde NEBİOĞLU ÖNER, Aile Konutu, s. 139-140.

29 İsviçre doktrininde eşlerden birinin konutu terk etmesi durumunda hangi şartlarla aile konutuna ilişkin korumanın devam edeceğinin belirlenmesi güç olacağı, ancak konutta kalan eşin ne kiracı ne de hak sahibi olmayan eş ise korumanın devam edeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte konutta kalan eş hak sahibi olan eş ise durumun tartışmalı olduğu, bir görüş korumanın sınırsız olarak devam edeceği, ağırlıklı görüş ise sınırlı olarak devam edeceği yönündedir (HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s.115). Söz konusu görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Şıpka, s. 90 vd. Ayrıca bkz. ÖZTAN, s. 304.

30 Bkz.ZEITER/SCHLUMPF, s. 553-554; BRÜCKNER/KUSTER, s. 627; SCHMID, s. 28; Şıpka, s. 89 vd.; Nebioğlu Öner, s. 44 vd.; Çapri, s. 404; Gümüş, s. 35; Öztan, s. 300. Ayrıca bkz. KAMACI Mahmut, "Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza) (TMK'nun 194.Maddesi)", **Yargıtay Dergisi** 2004, S.1-2, s. 121 vd.

B. Hukukî Niteliği

Aile konutu ile ilgili hak sahibi eşe getirilen sınırlamanın içerisinde hangi hukukî işlemlerin yer alacağı tahdidî olarak sayılmamış, bütün işlemler için genel bir sınırlama getirilmiştir. Doktrinde baskın görüş TMK md. 194'ün sağlar arası işlemleri kapsadığı, ölüme bağlı kazandırmalar yoluyla yapılan kazandırmaların kapsam dışı olduğu yönündedir[31]. Maddede açıkça belirtilmese de; hak sahibi eşin üçüncü kişi yararına konut üzerinde üçüncü kişilere intifa veya oturma hakkı, ipotek, üst hakkı vb. gibi sınırlı ayni hakların tanınması da diğer eşin rızası ile geçerli olacaktır. Bir başka ifade ile; aile konutu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan eş konutun kaybı ya da kullanılmamasını doğuracak şekilde üçüncü kişi lehine intifa hakkı, sükân hakkı, üst hakkı ve ipotek tesis edemeyecektir. Bu işlemlerde diğer eşin rızası aranacaktır. Ayrıca taşınmaz mülkiyetinin satım, bağışlama, trampa, şirkete ayni sermaye koyma gibi hukukî işlemlere dayalı olarak üçüncü kişilere devredilmesi de düzenleme kapsamına girecektir[32].

Bu noktada aile konutu ile ilgili getirilen sınırlamaların hukukî niteliğinin tartışmalı olduğunu belirtmek gerekir[33]. Esasında sınırlama kapsamında

---

[31] Bkz. ÖZTAN, s. 318; BARLAS, s. 127; KILIÇOĞLU, s. 18; ÇAPRİ, s. 405; GÜNERGÖK, s. 255. Ayrıca bkz. ARMUTCUOĞLU, s. 415-416.

[32] Doktrinde Şıpka diğer eşin rızasının hak sahibi eşin sadece tasarruf işlemlerinde değil, borçlandırıcı işlemlerinde de etkili olması gerektiğini, buna göre satış vaadi sözleşmesinin de diğer eşin rızasına bağlı sayılması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. ŞIPKA, s. 117. Öztan da, rızanın hukukî mahiyetinin eşlerden birinin yaptığı işlemin sadece tasarruf işlemini değil, taahhüt işleminin yapılmasını da diğer eşin onayına bağlı olması sonucunu yarattığı görüşündedir (ÖZTAN, s. 317). Kılıçoğlu da aynı yönde kaynak İsv. MK md. 169 düzenlemesinin ifadesinin daha açık olduğunu, TMK md. 194 ifadesinden aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran işlemlerin sadece tasarruf işlemleri olduğu kanısının oluşabileceğini, buna karşılık kaynak kanunda aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran diğer bir hukuksal işlemin de diğer eşin rızasına bağlı olduğunu açıkça vurgulandığını, bu işlemin tasarruf işlemi niteliğinde olmayan herhangi bir işlem olduğunun ortaya konulduğunu belirtmiştir (KILIÇOĞLU, s. 18; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 56-57). Ayrıca doktrinde bununla birlikte bu konu Dural/Tufan Öğüz/Gümüş tarafından "*MK 194'ün açık lafzı gereği sadece aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin feshi, aile konutunu devretmeye veya aile konutu üzerindeki sınırlamaya yönelik sağlar arası tasarruf işlemleri ve bizim geniş anlamda tasarrufi nitelikte saydığımız zilyetlik tesisisine bağlı yararlandırma borcu doğuran borçlandırıcı hukuksal işlemler için hak sahibi olmayan eşin rızası gerekir. Buna karşılık mülkiyet devri veya sınırlı ayni hak tesisisine yönelik tasarrufi hukuksal işlemlerin dayanağı satım, bağışlama, arsa payı yapı sözleşmesi gibi borç sözleşmeleri MK 194 kapsamı dışında diğer eşin izni gerekmeksizin akdedilebilir"* şeklinde ifade edilmiştir (DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 179).

[33] Sınırlamanın hukukî niteliği İsviçre doktrininde de tartışmalı olup, tartışmanın temeli sınırlamanın fiil ehliyeti mi yoksa tasarruf ehliyeti sınırlaması mı olduğu yönünde olup, ağırlıklı görüş fiil ehliyeti sınırlaması olduğu yönündedir. Bkz. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 116. Söz konusu görüşlere ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. ŞIPKA s. 43 vd.; s. 42 vd.;

yer alan hukukî işlemlerin tespiti ve sınırlamanın hukukî sonucuna ilişkin savunulan görüşler sınırlamanın hukukî niteliğinin belirlenmesi ile doğrudan ilişkili olacaktır[34]. Sınırlamanın hukukî niteliği konusunda doktrinde fiil ehliyeti sınırlaması[35], sözleşme özgürlüğünün kanundan doğan bir sınırlaması[36], sınırlamanın katılma hakkı niteliğinde olduğu[37] ve koruma amaçlı olarak ehliyet sınırlamasından uzak tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu[38] yönünde görüşler mevcuttur.

KARABAĞ BULUT, s. 65 vd. Ayrıca bkz. ÇAPRİ, s. 406-407; KILIÇOĞLU, s. 5-6; AYANOĞLU MORALI, s. 3448; BADUR, s. 22 vd. DALCI ÖZDOĞAN Nurcihan, "Aile Konutu Niteliğinin Sona Ermesi ile Diğer Eşin Rızası Alınmadan Yapılan Tasarruf İşlemi Kendiliğinden Geçerli Hale Gelir mi?" **ERÜHFD**, C XIII, S.2, (2018), s. 143 vd. DOĞAN, s. 291-292.

34 Bkz. KARABAĞ BULUT, s. 65-66. Ayrıca bkz. ARMUTCUOĞLU, s. 422 vd.

35 ÖZTAN, s. 317; ARMUTCUOĞLU, s. 425- 426. Yarg. HGK'nun 13.12.2017 T., E. 2017/2-2906, K. 2017/1723 sayılı kararında," .. *Bu madde hükmü ile aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Sınırlandırma aile konutu şerhi konulduğu için değil, konutun aile konutu vasfı bulunduğu için getirilmiştir. Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmese bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak "belirli olan" bir işlem için verilebilir. Başka bir anlatımla aile konutunun maliki olan eş aile konutundaki yaşantıyı güçlüğe sokacak biçimde tek başına aile konutunu bir ayni hakla sınırlandıramaz. Bu sınırlandırma ancak diğer eşin açık rızası alınarak yapılabilir. Nitekim bu ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 15.04.2015 gün ve 2013/2-2056 E., 2015/1201 K.; 02.03.2016 gün ve 2015/2-53 E., 2016/211 K.; 24.05.2017 gün ve 2017/2-1604 E., 2017/967 K. sayılı kararlarında da aynen* benimsenmiştir." fiil ehliyeti sınırlaması olduğu belirtilmiştir. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Barlas, anılan hükümleri fiil ehliyetine yönelik sınırlama olarak değerlendirmenin yerinde olmayacağını, koruma amaçlı olarak ehliyet sınırlamasından uzak özel fonksiyonlar görmek üzere kanuna konulduğunu, sadece belirli bir konuda eşin tasarruf yetkisi sınırlamasının söz konusu olduğu görüşündedir (BARLAS, s. 121).

36 Bkz. KILIÇOĞLU, s. 1 vd.; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 41 vd.

37 ŞIPKA, s. 51-52.

38 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 180-181; GÜMÜŞ, s. 47 vd.; ÇAPRİ, s. 406-407; DOĞAN, s. 291. Doktrinde Hatemi, burada tasarruf yetkisi sınırlaması değil, emredici kuralla diğer eşin rızasını alma yükümlülüğü getirildiğini ifade etmektedir (HATEMİ, s. 84-85). Doktrinde Şıpka, tasarruf yetkisi sınırlamasının kabul edilmesi durumunda hak sahibi eşin yapacağı borçlandırıcı işlem geçerli sayılacağından bu borç ile sorumlu tutulan eşin her zaman işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişi tarafından ifa baskısı altında tutulacağını, böylece üçüncü kişi borçlandırıcı işlemden doğan tazminat alacağına ilişkin olarak aile konutunu icra yoluyla satışa çıkarabileceğini, dolayısıyla borçlandırıcı işlem geçerli sayıldığında aile konutunun kanundan doğan sınırlamasının tehlikeye düşeceğini belirtmiştir (ŞIPKA, s. 41). Doktrinde Karabağ Bulut, belirtilen görüşleri değerlendirerek aile konutu ile ilgili düzenlemelerin tasarruf yetkisi sınırlaması olduğunun kabulünün aile konutu ile korunmak istenen amaca ve değere uygun olduğunu, bu görüşe göre eşin rızasını almayan hak sahibi eşin borçlandırıcı işlem dolayısıyla sorumlu olmaya devam etmesinde tereddüt etmemenin gerektiğini, düzenlemedeki hedefin hak sahibi eşin aile konutu üzerinde tek başına tasarruf etmek suretiyle diğer aile üyelerinin aile konutundaki yaşama menfaatlerinin ihlâl etmesinin önüne geçmek olduğunu ve de eşle işlem yapan kişinin TMK md. 1023 kapsamında iyiniyetinin korunup korunmayacağının da değer-

Fiil ehliyeti sınırlaması görüşüne göre, kanunun sistematiği bu görüşü doğrulamaktadır. Zira TMK md. 193, eşlerin fiil ehliyetinin bulunduğu kuralını ortaya koymuş, fakat bunun kanundan doğan bazı istisnalarının olduğunu belirtmiş ve de aile konutuna ilişkin hüküm getirerek eşlerin fiil ehliyetine istisna getirilmiştir. Bu görüş uyarınca aile konutu üzerindeki tasarruf işlemi değil, aile konutu ile ilgili borçlandırıcı işlemler de geçersiz sayılacak[39] diğer eşin sonradan verdiği icâzet ile hukukî işlem geçerli hale gelmeyecektir[40]. Sözleşme özgürlüğünün kanundan doğan bir sınırlaması olduğu görüşüne göre, diğer eşin rızasının alınmasına ilişkin getirilen kural aile konutu üzerinde hak sahibi eşin işlem ehliyeti veya tasarruf yetkisine getirilen sınırlama değildir. Burada evli kişilerin kanunda öngörülen bazı hukukî işlemlerde tek başına hareket etme özgürlüğü sınırlanmıştır[41]. Katılma hakkı niteliğinde olduğu yönündeki görüşe göre[42], kanun koyucu eşlerden birine aile konutu üzerinde farazî bir hak sahipliği tanıyarak, eşler arasında bir çeşit elbirliği ortaklık ilişkisi yaratmıştır. Buna göre eşlerin bazı hukukî işlemleri tek başına yapamaması, bu ortaklıkta eşlere tanınan katılma hakkının bir görünümüdür. Türk hukukunda ağırlıklı olarak savunulan sınırlamanın tasarruf yetkisi niteliğinde olduğu görüşüne göre[43] ise, aile konutu ile ilgili işlemlerde eşlerin tasarruf yetkisi evlilik birliğinin korunması amacıyla kısıt-

---

lendirilmesi gerektiğini belirtmiştir (KARABAĞ BULUT, s.72-73). Doktrinde Doğan, Şıpka'nın fiil ehliyeti sınırlamasının yerinde olmadığı görüşüne katıldığını ifade etmekle hak sahibi eşin aile konutu ile ilgili işlemlerinde diğer eşin rızasının alınmasının onu korumaya yönelik olmayıp diğer eşi ve aileyi korumayı amaçladığını bu bakımdan diğer eş ve çocukları koruyucu nitelik taşıyan tasarruf yetkisi sınırlamasının işin mahiyetine daha uygun olduğunu ifade etmiştir (DOĞAN, s. 292).

39 Bkz. ÖZTAN, s.317. Doktrinde Armutçuoglu, ailenin bütününü ilgilendiren daha borçlandırıcı işlemde müdahale edilmesi gereken bir çıkarın söz konusu olduğunu, kanun koyucunun konutun ailesi için önemini hiçe sayan kimsenin fiil ehliyetine müdahale ettiğini, TMK md. 194'ün TMK md. 406 düzenlemesinde görülen davranışları ile aile ailesini darlık ve yoksulluğa düşüren kişinin ehliyetini sınırlayan yapıya paralel olduğunu, ailesinin yaşam merkezini, bir ihtimalde eşinin çocuklarının barınma ihtiyacını tehlikeye sokacak şekilde işlem yapan kişinin fiil ehliyetine somut bir işlemle sınırlı olarak set çekildiğini ve onun tek başına hareket etmesinin engellendiği görüşündedir (ARMUTÇUOĞLU, s. 425-426). Ayrıca bkz. İYİLİKLİ, s. 244-245.

40 SEROZAN Rona, "Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım (MK 194 III Kuralının Bir Belitmişçesine Yenibaştan Okuma Zorunluluğu)", **Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan**, İstanbul, 2009, s.282.

41 Kılıçoğlu, burada evli olan her iki eş için bazı hukuksal işlemlerde birlikte hareket etme ve karar verme yükümlülüğünün getirildiğini, bu niteliği ile TMK md. 193'de öngörülen sözleşme özgürlüğünü kanundan doğan bir istisnasının bulunduğunu belirtmiştir (KILIÇOĞLU, s. 3; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 42).

42 Bkz. ŞIPKA, s. 51 vd.

43 Bkz. ÖZTAN, s. 317, dipn. 1247.

lanmış olup, kanundan doğan özel hukuk nitelikli bir kısıtlama mevcuttur. Hak sahibi eş, aile konutu ile ilgili borçlandırıcı işlemleri yapabilirken tasarruf işlemlerini diğer eşin rızasını almadan geçerli bir şekilde yapamayacaktır. İzin eksikliğinin borçlandırıcı işlemleri geçersiz kılması sonucunda borçlu eşin borcunu ifa etmemesi durumunda tazminat alacağının doğacağı ve bu alacağın ifası için de yine aile konutuna el atma olanağı olacağı[44], TMK md. 194 hükmünün amacının hak sahibi olan eşin aile konutu üzerinde tek başına tasarruf etmesini engellemek olduğu, sadece bu düzenlemenin bir eşin borç altına girme suretiyle ailenin ekonomik temelini tehlikeye düşürmesini de engellemeyeceği düşünüldüğünde kanaatimizce de sınırlamanın salt tasarruf işlemlerine yönelik olduğunu kabulü uygun olacaktır.

Aile konutu ile ilgili yapılacak tasarruf işleminde diğer eşi rızası baştan alınırsa tasarruf işlemi geçerli olacaktır. Ancak aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin rızası alınmadan tasarruf işlemi yapılırsa bu işlem tasarruf yetkisi eksikliğinden dolayı askıda hükümsüz olacaktır. Rıza sonradan icazet olarak da verilebilecektir. O halde tasarruf işleminin hüküm ifade edebilmesi için tamamlayıcı unsur olan diğer eşin rızası verilirse tasarruf işlemi başından itibaren geçerli olacak ya da rızanın verilmeyeceğinin kesin olarak anlaşılmasıyla tasarruf işlemi baştan itibaren kesin olarak hükümsüz olacaktır[45]. Bir başka deyişle; diğer eşin rızası alınmadan yapılan hukukî işlem kanundan dolayı geçersiz sayılacak, karşı tarafın iyi niyeti korunmayacak ve işlemi geçerli hale getirmeyecektir[46]. Bu hükümsüzlük her zaman ileri sürülebileceği gibi, hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır. Eşlerin benimsemiş oldukları yasal veya iradî mal rejiminin aile konutu ile ilgili işlemlerde eşin rızasını aranıp aranmaması üzerinde bir etkisinin olmayacağını ve bu düzenlemenin emredici nitelikte olduğunu vurgulayalım[47].

---

44 Bkz. GÜMÜŞ, s. 50. Ayrıca karş. ÖKTEM, s. 326-327.

45 BARLAS, s. 128-129; ŞIPKA, s. 141, GENÇ ARIDEMİR, s. 131-132; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 117. Doktrinde izin verilmeden yapılan tasarruf işlemindeki geçersizliğin kendine özgü, butlan benzeri geçersizlik olduğu, ancak bu sonucun gerekli izin alınmadan yapılan tasarruf işleminin askıda olan hükümsüzlüğünün iznin verilemeyeceğinin kesinleşmesiyle kesin hükümsüzlüğe dönüşmesinden sonra geçerli olacağı belirtilmiştir. Bkz. GÜMÜŞ, s. 57; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 181.

46 ŞIPKA, Hukukî İşlem Özgürlüğü, s. 52; ŞIPKA, s. 145.

47 Bkz. ŞIPKA, s. 116 vd.; ŞIPKA, Hukukî İşlem Özgürlüğü, s. 51-52; CEYLAN, s. 212; ÖZTAN, s. 309; BARLAS, s. 127; BADUR, Rıza, s. 258 vd.; KAMACI, s. 129; DALCI ÖZDOĞAN, s.143-144.

Aile konutu paylı veya elbirliği mülkiyeti konusu da olabilir. Eğer konut eşlerin veya üçüncü kişilerle birlikte eşlerden birinin paylı mülkiyetinde[48] ise, eşlerden biri diğerinin rızası olmadıkça payı üzerinde tasarrufta bulunamayacaktır. Rızaya ilişkin kanunda açık bir şart öngörülmediği için; bir başka ifade ile; izne yetkili eşin izni için geçerlilik şartı öngörülmediğinden bu izin herhangi bir şekilde verilebilecektir[49]. Doktrinde rıza beyanının eşe veya onunla işlem yapacak olan kişiye[50] yöneltilebileceği belirtilmektedir. Ayrıca rıza içerik açısından açık, somut olmalı ve belirli işlemi konu almalıdır. Önceden verilmiş soyut ve genel bir izin yeterli olmayacaktır[51]. Aile konutu ile ilgili olarak yapılacak olan tasarruflarda diğer eşin rızasının ispat açısından yazılı olması gerekir (yazılı bir izin belgesi). Şöyle ki, izin vermediğini[52] ispat yükü izne yetkili eştedir. Bu ispat bakımından korunan eşin

---

48 Eşlerin paylı mülkiyetindeki aile konutu bakımından, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu hallerde TMK md. 223 düzenlemesinden de yararlanmak mümkün olabilecektir. Buna göre aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz (TMK md. 223/II). Ancak TMK md. 194 emredici olduğu halde bu hükmün tamamlayıcı nitelikte olduğu, yani aksine anlaşmanın yapılabileceği belirtilmiştir (ŞIPKA, s. 108). Ayrıca bkz. DOĞAN, s.290.

49 ÖZTAN, s. 318; GÜMÜŞ, s. 82; KILIÇOĞLU, s. 43; KAMACI, s. 131, DOĞAN, s. 291.

50 Gümüş, rızanın üçüncü kişiye yöneltilmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir (Gümüş, s. 82). Ayrıca bkz. ÖZTAN, s. 319-320.

51 BARLAS, s.128; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.181; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s.117; ZEITER/SCHLUMPF, s. 555.

52 Doktrinde menfi vakıa kavramının yanıltıcı olduğu, çünkü vakıaların bizatihi menfi veya müsbet olamayacağı, burada olumsuz olanın vakıanın kendisi değil o vakıa hakkındaki değerlendirme olduğu ifade edilmiştir. Bkz. ATALAY Oğuz, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, İzmir, 2001, s.83. Menfî vakıa iddiasının söz konusu olduğu durumlarda, bu vakıanın ispat yükü norm teorisi çerçevesinde onu iddia edene düşer. İspat yükü konusundaki genel kurala göre, bir vakıanın gerçekleştiğine dayanarak kendi lehine sonuçlar doğduğunu iddia eden taraf talebinin dayanağı olan vakıaları ispat yükünü taşıyacaktır. Bu genel kural menfî vakıalar bakımından da geçerli olacaktır. Her ne kadar ispat yüküne ilişkin eski teoriler menfî vakıanın ispat edilemeyeceğini ve bu sebeple menfi vakıa iddia edene ispat yükü yüklenemeyeceğini kabul etmişlerse de bu görüşlerin Roma hukukundaki bazı ilkelerin yanlış anlaşılmasından kaynaklandığını belirtmek gerekir. Zira menfi vakıaların doğrudan algılanamayacağı kural olarak doğru ise de ispatın tek yolu doğrudan ispat olmadığından ve yine delil ikame imkânlarındaki zorluklar da menfî vakıayı ispat edeni ispat yükünden kurtarmayacaktır. Nitekim menfi vakıalardaki ispat imkânsızlığını aşmak için de usûl hukuku çerçevesinde maddi hukuk ile çelişmeyen bazı çarelerin geliştirilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. ATALAY Oğuz, **Pekcanıtez Medenî Usûl Hukuku**, İstanbul 2017, s. 1724 vd. Roma hukukunda "*ispat inkâr edene değil, iddia edene düşer*" ve "*olumsuz olan ispatlanamaz"* kuralları mevcuttu. Bu kuralların konmasına büyük olasılıkla, menfî vakıaların ispatı konusundaki zorlukların yol açtığı belirtilmektedir. Söz konusu kuralların terkedilmiş olduğuna ve menfi vakıalar için ispat yükünün genel kurala göre belli olacağı, menfi vakıalar için ispat yükünü taşıyan tarafın çoğu kez belirtilere dayanmak zorunda olduğu ve bu durumda ortaya çıkan zorluğa ilişkin olarak bkz. UMAR Bilge/ YILMAZ Ejder, **İsbat Yükü**, Büyükçekmece 1980, s. 246 vd. Ayrıca menfi vakıalarda ispat yöntemine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ATALAY, Menfi, s. 91 vd.

işlem tarafı üçüncü kişinin tasarruf üzerindeki tasarruf sınırlamasının bilgisine sahip olduğunu ispatlaması yeterli olacaktır[53]. Diğer eşin rızası yoksa ve davranışı haklı bir nedene dayanmıyorsa bu durumda diğer eş hâkimin müdahalesini isteyebilecektir. Örneğin; aile konutunun maliki olan eş çocuğun tedavisi için bankadan ipotek karşılığı kredi almak zorunda ise diğer eşin bu tasarrufa rıza göstermemesi durumunda hâkimin ipotek tesisine izin şeklinde müdahalesini talep edebilecektir[54].

II. SINIRLAMANIN İCRA HUKUKUNDAKİ ETKİLERİ

TMK md.194 düzenlemesi sadece hak sahibi eşin aile konutunun devrine ilişkin iradî işlemlerini diğer eşin rızasına bağlamıştır. Bu nedenle cebri satışlarda ve kamulaştırma olaylarında diğer eşin rızasının gerekmeyeceği kabul edilmelidir[55]. Dolayısıyla TMK md. 194 düzenlemesi uyarınca aile konutuna sağlanan koruma aile konutunun haczedilmesine ve aile konutunun cebri icra olarak paraya çevrilmesine engel teşkil etmeyecektir. Zira belirtildiği üzere korumadan yararlanabilmek için yapılan işlemlerin iradî olması gerekir. Oysa ki; haciz ve paraya çevirme işlemleri icra takip işlemi olmakla icra organları tarafından borçluya karşı yapılan ve alacaklıyı borçlunun mal varlığından alacağını almaya yaklaştırıcı nitelikte işlemlerdir[56].

---

[53] Bkz. GÜMÜŞ, s. 82.

[54] UÇAR Ayhan, "4721 Sayılı Medeni Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler", **AÜEHFD**, C VI, S.1-4 (2002), s. 323.

[55] Bkz. ATALAY, s. 54; ŞIPKA, s. 119, ŞIPKA, Aile Konutu, s. 382; KAMACI, s. 128; TOPUZ Gökçen, "Aile Konutunun Haczi ve Kiralanan Aile Konutunun İlamsız İcra Yoluyla Tahliyesi", **EÜHFD**, C.III, S.1, (2008), s. 273; DÖNMEZ Murat, "Aile Konutunun Haczi", **TBB Dergisi**, S. 77, 2008, s. 351; ÖZTAN, s. 318; BARLAS, s. 127; GÖRGÜN Şanal /BÖRÜ Levent/KODAKOĞLU Mehmet, **İcra ve İflâs Hukuku**, Ankara 2022, s. 227.

[56] İİK'nda icra takip işlemlerinin tatil ve tâlik (erteleme) süreleri içerisinde yapılmayacağını belirtilmiş olup, icra takip işlemine ilişkin tanım mevcut değildir. Doktrinde İcra takip işleminin tanımını yapan Postacıoğlu, Jäger'e atıfta bulunarak; icra takip işleminin unsurlarını, "*icra organlarından sâdır olmalı, alacaklıyı hakkın istihsali gayesine yaklaştırmalı, borçlunun şikâyet etmemesi halinde borçlu aleyhine kat'i bir mahiyet almalı"* şeklinde belirtmiştir. Bkz. POSTACIOĞLU İlhan E., **İcra Hukuku Esasları**, İstanbul, 1982, s. 233-234. İsviçre doktrininde Jäger, icra takip işlemlerine ilişkin kesin bir sınırının bulunmadığını belirttikten sonra unsurlarını saymış ayrıca bu işlemlerin icra organları tarafından yapılması gerektiğini ve iflâs idaresinin işlemlerinin icra takip işlemi sayılmayacağını vurgulamıştır (JAEGER C., **Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs**, Dritte vollständig neu bearbeitete Auflage, Zürich, 1911, s.121-122). Berkin, bir icra takip muamelesinin söz konusu olabilmesi için bunun takibi ilerletmesi, yani alacaklıyı hakkına yaklaştırması ve borçlu aleyhine netice doğurmasının gerektiğini ifade etmiş, böylece "*icra takip muamelesi, takibi ilerletmek ve borçlu hakkında netice doğurmak maksadile icra organlarından sâdır olan irade beyanıdır, malların haczi, satışı, ödeme emri tebliği gibi*" şeklinde tanımlamıştır (**BERKİN** Nec-

Sınırlamaya ilişkin hukukî işlemleri değerlendirdiğimizde aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı bulunan eşin bir borcu sebebiyle ile konutunun korunması amacıyla cebri icra işlemlerini engelleyecek bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir.

TMK md.194 kapsamındaki koruma aile konutu ile ilgili- sınırlamanın hukukî niteliği konusunda kabul edilecek görüş doğrultusunda- bir borçlandırıcı ya da tasarruf işleminde diğer eşin rızasını aramaktadır. TMK md. 194/III'e göre tapuya aile konutu şerhi[57] verilmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir[58]. Nitekim aile konutuna ilişkin korumanın asıl amacının eşlerin malvarlıklarının korunması olmadığı unutulmamalıdır. Ancak sınırlama ile konutun kişi hayatındaki önemi, kişinin barınma ihtiyacı gözetilerek eşlerin, çocukların ve geniş anlamda aile bireylerinin aile konutunda yaşama menfaatlerine eşlerden yalnızca birisi tarafından karar verilmesinin önlenmesi amaçlanmıştır. Ancak her ne kadar belirttiğimiz üzere TMK md. 194 düzenlemesinde yer alan sınırlamalar cebri icra işlemlerini engelleyecek nitelikte olmasa da bu hükmün icra hukukunda gözetilmesi gereken temel ilkeler çerçevesinde değerlendirilerek bazı sonuçlarının bulunduğunu kabul etmek gerekir.

---

meddin B., **İcra Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1969, s. 42). Doktrinde genellikle kabul edildiğine göre bir işlemin icra takip işlemi sayılabilmesi için üç unsuru taşıması gerekli olup, bunlar; icra organları tarafından yapılması, borçluya karşı yapılması ve cebrî icranın ilerlemesini sağlayıcı nitelikte olmasıdır. İcra organları tarafından yapılan işlemlerin icra takip işlemi olup olmadığının tespiti o işleme bağlanan hukukî sonuçlar bakımından önemlidir. Bkz. KURU Baki, **İcra ve İflâs Hukuku**, El Kitabı, Ankara, 2013, s.147-148; PEKCANITEZ Hakan/ ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul, 2022, s. 5-6; PEKCANITEZ Hakan/SİMİL Cemil, **İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet**, İstanbul, 2017, s. 127-128; KURU Baki/AYDIN Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, 2021, s. 59-60; ÜSTÜNDAĞ Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, İstanbul, 2004, s.31-32; ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, **İcra ve İflâs Hukuku**, Ankara, 2021; s. 112-113; YILDIRIM Mehmet Kâmil / DEREN-YILDIRIM Nevhis, İcra ve İflas İstanbul, 2021, s. 33; ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ ERDOĞAN Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku**, Ankara, 2022, s. 16 vd.; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 43; KARSLI Abdurrahim, **İcra ve İflâs Hukuku**, İstanbul, 2014, s. 48-49. Bu konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN Aziz Serkan, **İcra Takip İşlemleri, (Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları)**, Ankara, 2018, s 22 vd. Arslan, icra hukukunun amacına ilişkin mevzuat hükümleri ve doktrindeki görüşler göz önünde bulundurulduğunda icra takip işlemlerinin asıl amacının takibe girişen ve takibe katılma imkânını bulabilen alacaklıların tam olarak tatmin edilmesi soncunun ortaya çıktığını, bu bağlamda takip işlemlerinin bu nihaî amaca ulaşabilmek için takip borçlusunun ve üçüncü şahısların çıkarabilecekleri engelleri ortadan kaldırmayı amaçladığını belirtmiştir (ARSLAN, s. 45).

57 Bu konuda bkz. aşa.II A.

58 Bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 287.

Bu bağlamda ilk akla gelebilecek husus İİK md.82/I, b.12'de haczedilmeyecek mallar arasında sayılan borçlunun hâline münasip evi[59] ile aile konutu arasındaki ilişkidir. Aynı zamanda aile konutu üzerinde diğer eşin rızası alınmadan ipotek tesis edildiği durumlarda iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından gerçekleştirilen tasarrufların korunup korunmayacağı, aile konutu şerhinin etkisi, aile konutuna ilişkin ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatıldığında rızası alınmayan borçlu olmayan eşin takibe karşı koyabilmesi imkânının bulunup bulunmadığı ve malik olmayan eşin ihalenin feshini talep edip edemeyeceği hususlarının incelenmesi faydalı olacaktır.

1. Aile Konutunun Meskeniyet İddiasına İlişkin Şikâyete Konu Olması

A. Aile Konutu ve Hâline Münasip Ev Kavramı Arasındaki İlişki

Öncelikle belirtmek gerekir ki; "*Aile konutu*" ile "*borçlunun haline münasip evi*" kavramları her zaman birbiri ile örtüşmese de aile konutu aynı zamanda borçlu eş bakımından hâline münasip ev niteliğinde ise bu kapsamda meskeniyet iddiasına ilişkin şikâyet ileri sürülebilecektir[60]. O halde meskeniyet iddiasına ilişkin şikâyetin dayanağı o taşınmazın aile konutu olması değil, borçlu ve ailesinin haline münasip evi olmasıdır[61]. Bir başka deyişle; aile konutu hakkında meskeniyet iddiası ile şikâyet yoluna başvurulabilmesi için taşınmazın borçlu ve ailesi içi haline münasip ev olması gerekir. Buna göre söz konusu düzenlemenin dolaylı bir koruma sağladığı söylenebilir[62]. Genel olarak haczedilemezlik ve meskenin haczedilemezliğine

---

59 İsviçre İİK'dan farklı olarak İİK'da borçlunun hali ile mütenasip evini de haczi caiz olmayan mallar arasında saymıştır. Evden maksat mahalli örf ve âdete göre mesken olarak kullanılmaya elverişli yerlerdir. Bir meskenin borçlunun hali ile mütenasip olup olmadığı borçlunun sosyal durumuna ve borçlu ile ailesi efradının ihtiyaçlarına göre belirlenir. Buradaki aile kavramı borçlu ile aynı çatı altında yaşayan kimselerdir. Bkz. KURU Baki, "Haczi Caiz Olmayan Şeyler", **AÜHFD**, 1962, C.XIX, S.1-4, s. 305 vd.

60 Örneğin; yazlık ev olarak kullanılabilen evin duruma göre meskeniyet şikâyetinde bulunulabilecekken, yazlık evin aile konutu olarak kabulü mümkün değildir. Yine borçlunun haciz sırasındaki sosyal durumuna ve ailesinin ihtiyaçlarına uygun konut fiilen kullanılmasa dahi, borçlunun haline münasip evi kabul edilebilirse de, bir konutun aile konutu sayılabilmesi için ailenin devamlı kullanımına özgülenmiş olması gerekir. Aynı zamanda belirttiğimiz üzere aile konutu kiralanmış bir konut da olabilecektir. Bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 174) Ayrıca bkz. ŞIPKA, s. 121-122.

61 Bkz. ATALAY, s. 56.

62 Bkz. AKİL Cenk, "Yargıtay Kararları Işığında Haline Münasip Evin Haczedilemezliği (Meskeniyet) İddiası (İİK m.82/12)", **AUHFD**, 60(4)2011: 775-808, s.799; ÖZBAY İbrahim, "İcra ve İflâs Hukukumuzda Haczedilemezlikten Feragat (İİK.M.83/a)", **AÜEHFD**, C.IX, S.1-2 (2005), s. 558-559, ŞIPKA, s. 121-122; DOĞAN, s. 292. Ayrıca bkz. BERKİN Necmeddin

ilişkin kural sadece borçluyu değil, ailesini de ilgilendiren ve ailenin korunmasını da sağlayan sosyal[63] düzenlemelerdir[64]. İcra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat mülkiyet hakkına karşı barınma ve ailenin korunmasına öncelik verilmesini gerektirir. Nitekim İİK 82/I, b. 12'de de borçlunun mülkiyet hakkı değil, esasen borçlunun ve ailesinin barınma hakkının korunduğunu belirtebiliriz[65]. Bu açıdan bakıldığında TMK md. 194 ile korunan menfaatin örtüştüğü söylenebilir. Aynı zamanda ailenin korunması düşüncesiyle aile konutunun haczi caiz olmayan mal ve haklar kategorisine dâhil edilmesi de savunulmuştur[66]. Ayrıca her ne kadar takip hukuku kuralları gereğince takipte taraf olmayanlara ödeme emri gönderilmese de borçlunun haline münasip evi aynı zamanda aile konutu ise de -aşağıda yer verilen Anayasa mahkemesi kararı doğrultusunda -İİK md. 103'de değişiklik yapılarak madde kapsamında borçlu olmayan eşe de haciz tutanağının gönderilmesi, böy-

M., "Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar", **İstanbul Barosu Dergisi**, 1957, C.XXXI, S.5, s.113 vd.; AŞIK İbrahim, "Borçlu ve Ailesinin Yaşamı İçin Gerekli Mal ve Alacakların Haczedilmezliği Bu Kurallarda Değişiklik İhtiyacı", **BAÜHFD Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Yıl: 2011, C.7, S: 87-88, s. 55 vd.; ÖZMUMCU Seda, "İcra ve İflâs Müdürlerinin Takdir Hakkı", **Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan**, İstanbul, 2008, s. 505; BULUT Uğur, "Borçlunun Hâline Münasip Evi Üzerinde İpotek Tesisi ve Haczedilemezlikten Feragat", **DEÜHFD**, C.12, Özel S.2010 (Basım yılı: 2012), s.1073 vd.; GÜRTÜRK Damla, "Borçlunun Haline Münasip Evinin Tasarrufun İptali Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu"; **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 18, S.36, 2019/2, s.100 vd.; DÖNMEZ Murat**, İcra ve İflâs Hukukunda Meskeniyet İddiası (İİK.m.82/12) (Borçlunun Haline Münasip Evinin Haczedilmezliği**), İzmir, 2009, s. 1 vd.

63 Bkz. ÖZEKES Muhammet/ ÇİFTÇİ Pınar, "Anayasa Mahkemesinin Aile Konutunun Haczedilmezliği (Eşin Meskeniyet İddiası) Hakkındaki Kararı Çerçevesinde Tespit, Değerlendirme ve Eleştiriler", **Lexpera Blog**, 09.04.2020, s. 2. İcra hukuku bakımından sosyal devlet kavramı için bkz. ÖZEKES Muhammet, **İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler**, Ankara, 2009, s.222 vd.

64 Bkz.KURU, s.278; POSTACIOĞLU, s.330; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s.167-168; PEKCANITEZ/SİMİL, s. 178-179, ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.279; YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 182; AŞIK, s. 36-37; NAMLI Mert, "Anayasa Mahkemesi'nin Aile Konutu Hakkında Haczedilemezlik Şikâyetinin İleri Sürülmesine İlişkin 12.12.2019 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi", **Legal Hukuk Dergisi,** Cilt No: 18, S.211, 2020, s.3094 vd. Nitekim cebrî icra borçlunun ve ailesinin yaşam hakkının doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırılmasına, borçlunun onurlu bir varlık olarak toplum içinde sürdürecek asgarî imkânlardan mahrum bırakılmasına izin vermez. Bu çerçevede borçlu, kendisi ve ailesinin hayatını sürdürecek temel ihtiyaçlarını karşılayabilmeli geçimini sağlayabilmelidir. Cebri icra faaliyeti içinde insan onurunun korunması için sadece düzenleme yapılması yeterli olmayıp aynı zamanda icra işlemleri yapılırken de bu amaca uygun davranılmalıdır. Bkz. ÖZEKES, s. 113-114. Berkin bu hususu, "*insanlık hislerini rencide etmemek* "olarak ifade etmiştir (BERKİN, Haczi Caiz Olmayan, s. 114).

65 PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 21; ÖZEKES, s. 39; ÖZEKES/ÇİFTÇİ, s. 2; ÖZEKES, s. 39.; NAMLI, s. 3098.

66 ÖZBAY, s. 559; DÖNMEZ, s. 354; GÜMÜŞ, s. 51.

lece haciz işleminden haberdar edilmesinin şikâyet hakkının etkinleştirilmesi bakımından yararlı olacağı doktrinde belirtilmektedir[67].

Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2019 tarihli, 2016/10454 sayılı kararında[68], özetle; haline münasip evin haczedilememesiyle borçlunun barınma hakkı yanında gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemelerle ailenin korunduğu, ailenin korunması bakımından Devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu, bunun alacaklıya tanınan mülkiyet hakkından bağımsız olduğu, barınma ve ailenin koruması hakkına üstünlük sağlanması gerekçeleriyle borçlunun eşinin de -Yargıtay kararlarının aksine[69]- haczedilemezlik şikâyetinde bulunabileceğine oy çokluğu ile karar vermiştir. Anılan karar doktrinde genel çerçevede yerinde görülmekle beraber[70] icra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat dengesi ile temel haklara değinmemesi, özellikle meskeniyetin borçluyu ve ailesini de ilgilendirdiği, şikâyet hakkının sadece eşe değil, borçlu ile birlikte oturan aile üyelerine de tanınması gerektiğine yer vermemesi gerekçeleri ile haklı olarak eleştirilmiştir[71]. Zira borçlunu haline münasip evi tespit edilirken sadece borçlunun eşi ve çocuklarının değil borçlu ile aralarında yakın bir akrabalık ilişkisi bulunmasa dahi borçlunun bakmakla yükümlü olduğu, belirli bir ilişkiye dayanarak sürekli nitelikte o evde yaşayan ve bu sebeple haczedilemezliğin ileri sürülmesinde hukukî yararı bulunan herkesin dikkate alınması gerekir[72]. İcra hukuku bakımından şikâyet

---

67 TOPUZ, s. 277; NAMLI, s. 3112; DÖNMEZ, s. 354-355. Dönmez, bu yönde bir düzenleme yapılacaksa şerhin etkisi açıklayıcı olsa da icra müdürünün bu şerhi görmeden re'sen taşınmazın aile konutu olduğuna karar vermesi beklenemeyeceğinden ve bu görev kendisine yüklenemeyeceğinden, tapu kaydında yer alan şerh doğrultusunda diğer eşe bildirim yapmasının daha uygun olacağını ifade edilmiştir (DÖNMEZ, s. 355). Her ne kadar Dönmez'in uygulama bakımından haklı olabileceği kabul edilebilirse de de, kanaatimizce olası bir kanun değişikliğinin aile konutu şerhi kaydının olup olmaması ayrıma göre yapılması yerinde değildir. Zira aile konutu kavramı ve aile konutuna sağlanan koruma şerhten bağımsız niteliktedir. Bu konuda bkz. aşağıda B,2,a.

68 RG: T.08.04.2020, S.31093.

69 Meskeniyet iddiası bakımından sadece borçlunun şikâyette bulunabileceği ve aile konutu şerhi bulunan konutlarda dahi haczedilemezlik yönünde şikâyetin sadece borçlu tarafından ileri sürülebileceği, borçlunun eşinin ise haczedilemezlik iddiasında bulunamayacağı yönündeki Yargıtay kararları için bkz. PEKCANITEZ/SİMİL, s. 250, dipn. 796.

70 Bkz. ÖZEKES/ÇİFTÇİ, s. 3; NAMLI, s. 3114-3115; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 227.

71 Bu konuda bkz. ÖZEKES/ÇİFTÇİ, s. 2-3.

72 ATALAY, s. 55; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 185; TOPUZ, s. 277-278; BULUT, s. 1078; DÖNMEZ, Meskeniyet, s. 37.Nitekim borçlunun kendisinin ve ailesi için gerekli mallarının haczi halinde borçlunun ailesinin ve özellikle eşinin şikâyet yoluna başvurmakta yararı vardır. Bkz. KURU, El Kitabı, s. 106, s. 516, ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINARAYVAZ/HANAĞASI, s.78; PEKCANITEZ/ SİMİL, s.248; ÜSTÜNDAĞ, s. 179. Doktrinde Kuru, borçlu ile aynı çatı altında yaşayan aile bireylerinden birinin de meskeniyet şikâyetinde bulunabileceğini ifade ettikten sonra hiç değilse

hakkı sadece takibin taraflarına değil, icra organları tarafından yapılan işlemden hukukî yararı[73] etkilenenlere[74] tanınmıştır. Bu sebeple "*ilgili*" kavramı mevcut olup, şikâyet hakkının ileri sürülebilmesi için temelde şikâyet ehliyeti ve hukukî yarar olmak üzere iki koşul gereklidir[75].

Bununla birlikte aile konutu haczini değerlendirirken hacizde tertip (sıra) ilkesinin[76] de dikkate alınması düşünülebilir. Nitekim haciz gerçekleştirilirken icra memuru borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğunca dengelemelidir. Buna göre malik olmayan eşin, hacizde tertip kurallarına uyulmadığı ve bu sebeple aile konutunun haczedilmesine karşı şikâyet yoluna[77] başvurması kabul edilebilir[78]. Zira borçlunun hâline münasip evinin haczedilmemesi düzenlemesinin ölçülülük ve hacizde sıra ile ilişkisi mevcuttur. Buna göre borçlunun çekişmesiz taşınır malları alacağı karşılamaya yetmemişse, taşınmaz malları haczedilebilecek ve fakat bu taşınmaz borçlunun hâline münasip meskeni ise İİK md.82/I, b 12 uyarınca haczedilemeyecek ve borçlunun çekişmeli mallarının haczi yoluna gidilecektir[79].

---

haczedilen evin (meskenin) aile konutu olması halinde borçlunun eşinin meskeniyet şikâyetinde bulunması gerektiği görüşündedir (KURU, El Kitabı, s. 516, dipn.58). Ayrıca bkz. KİRAZ Taylan Özgür," İsviçre Federal Mahkemesinin Bir Kararı Çerçevesinde Takip Hukukunda Şikâyet Eden Taraf Bakımından İlgili Kavramı", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan**, Ankara, 2008, s. 561 vd.

73 Bkz. BAUER Thomas /STAEHELIN Daniel, **Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs**, Basel, 2017, s. 22. Korunan hukukî yarar icra hukukuna ilişkin olabileceği gibi başkaca kanuna dayanabilir ve fakat istinaî olarak somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirilmelidir (MAIER Philipp /VAGNATO Ivan, HUNKELER Daniel, **Kurzkommentar SchKG**, Basel, 2014, s. 92. Şikâyet hakkı ilgili ve onların mirasçılarına aittir. "*İlgili*", şikâyet etmekte meşru menfaati olan kimsedir; bu sebeple üçüncü şahıs da şikâyet edebilir (BERKİN, s. 160). Bununla birlikte üçüncü kişiler işlemin iptalinde hukukî yararlarının bulunduğunu ispatlamak zorundadırlar (PEKCANITEZ/SİMİL, s. 244).

74 POSTACIOĞLU, s. 61; ÜSTÜNDAĞ, s. 49-50; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 77-78.

75 PEKCANITEZ/SİMİL, s. 231 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 62-63; ÖZEKES/ÇİFTÇİ, s. 2.

76 İİK'nda hacizde tertip (sıra) başlığına ilişkin açık bir düzenleme yer almamakla birlikte borçlunun mallarından ancak asıl alacak, faiz ve takip giderlerini karşılayacak kadarı haczedilecek olup, daha fazlası haczedilemez (İİK 85/I). Haczi uygulayan memur borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğunca bağdaştırmakla yükümlüdür (İİK md. 85/VI). Bununla birlikte hacizde tertip ilkesi ölçülülük ilkesinin bir sonucu olarak doktrinde kabuledilmektedir.Bkz.ÖZEKES, s.212vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZKEKES, s.19; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINARAYVAZ/HANAĞASI, s.255-256; YILDIRIM/DERENYILDIRIM, s.205-206; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.196 vd. Ayrıca bkz. ASLAN Kudret, "Hacizde Sıra (Tertip)", **AÜHFD** 2005/2, s. 275 vd.; ÖZMUMCU, s. 505-506.

77 ÖZMUMCU, s. 506; ÜSTÜNDAĞ, s. 163.

78 Bkz. GÖKÇEN, s. 278.

79 Aslan, s. 309. İsviçre hukukunda İİK md. 95 ile hacizde tertip (sıra) açıkça düzenlenmiş olup, kural olarak icra memuru bu sıraya uyacaktır. Ancak durumun gereklerine göre veya alacaklı

B. Aile Konutuna İlişkin Meskeniyet İddiasında Şikâyetin Süresi

İİK md.82/I, b.12 düzenlemesinde 03.07.1940 tarihli 3890 sayılı Kanun[80] ile yapılan değişiklikle mesken hacizlerinde şikâyetin ihale tarihine kadar yapılabileceği şeklinde ekleme yapılmıştır. İlgili Kanun düzenlemesi sebebiyle meskeniyet iddiasına ilişkin şikâyetlerin ihale tarihine kadar yapılabileceği doktrinde de ifade edilmiştir[81]. Ancak belirtilen kural 18.02.1965 tarihli 538 sayılı Kanun[82] ile "... *Saniyen borçlunun evinin haczi halinde şikâyetin ihale ânına kadar yapılabileceği hakkında bugün yürürlükte olan hüküm tatbikatta borçluya şikâyetini son dakikaya kadar geciktirmek suretiyle suiistimale vesile verdiği için kaldırılmıştır. Esasen, ev haczinde diğer gayrikabili haciz eşyadan farklı olarak şikâyet müddetinin uzatılması için de mâkul bir sebep yoktur"* gerekçesi[83] ile kaldırılmıştır. Dolayısıyla meskeniyet iddiasına ilişkin şikâyetin hangi süre içerisinde ileri sürülmesi gerektiğine ilişkin Kanunda düzenleme yer almadığından bu konu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, meskeniyet iddiasına ilişkin şikâyetin haczin öğrenilme tarihinden itibaren yedi gün içerisinde ileri sürülmesi gerektiği yönündedir[84]. Yargıtay da meskeniyet iddiasına ilişkin şikâyetlerin haczin öğrenilmesinden itibaren başladığı, haciz işleminin şikâyette bulunana tebliğ edilmişse sürenin tebliğ tarihinden, haciz işlemi tebliğ edilmemişse haciz işleminin öğrenme tarihinden başlayacağı ve yedi günlük süreye bağlı olduğu yönünde

---

ve borçlunun beraberce talep etmeleri halinde bu kurallar uygulanmayacaktır. Söz konusu kuralların amacının alacaklı ve borçlunun menfaatlerinin dengelenerek en çabuk ve en basit şekilde malvarlığının paraya çevrilmesi olduğu ifade edilmiştir. Anılan maddede aile konutuna ilişkin bir düzenleme yer almamakla birlikte İİK md.95 a'da borçlunun eşinden veya kayıtlı birlikte yaşadığı eşten olan alacağının ancak başkaca malvarlığının yetmemesi koşulu ile haczedilebileceği düzenlenmiştir. Anılan hükmün amacının ailenin korunması olduğu ifade edilmiştir. Bkz. WINKLER Thomas, Hunkeler Kurzkommentar, s. 473, s. 476.

80 RG: T.11.07.1940, S.4558.

81 Bkz. KURU, s. 305; BERKİN, Haczi Caiz Olmayan, s. 115.

82 RG: T.06.03.1965, S.11946.

83 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun bâzı maddelerinde değişiklik yapılmasına ve bu kanuna bâzı madde ve fıkralar eklenmesine dair kanun tasarısı ve Adalet Komisyonu raporu (1/280) https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM__/d01/c029/mm__01029078ss0461.pdf (Erişim tarihi 15.03.2022).

84 KURU, El Kitabı, s. 516; ÖZBAY, s. 555; DÖNMEZ, Meskeniyet, s. 31; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 212. Doktrinde Üstündağ, haczedilemezliğin ileri sürülmesinde alacaklı ile borçlunun menfaatlerinin karşı karşıya bulunduğunu, alacaklının da cebri icranın imkân ölçüsünde çabuk sonuçlanmasında menfaat sahibi olduğunu, dolayısıyla bazı istisnalar dışında süreye bağlı tutulması gerektiğini, bu istisnalardan birincisinin haczedilemezliğin belirlenmesinde kamu menfaatinin ağır bastığı hâller, ikincisinin haciz sırasında haczi kabil olmayan bir malın sonradan ve borçlunun kusuru olmaksızın bu niteliğini kaybetmesi olduğunu ifade etmiştir. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, s.181.

kararlar vermektedir[85]. Diğer görüş, borçlunun meskeninin haczedilemezliğine ilişkin kuralın kamu düzeninin temini düşüncesi olduğundan süresiz olduğu yönündedir[86].

Öncelikle belirtmek gerekir ki; haciz taleplerinde ve haczin uygulanmasında kamu düzenine aykırılık[87] halleri süresiz şikâyete tâbi olacaktır. Buna göre kamu yararı amacıyla konulmuş, maddi hukukun emredici hükümlerini ihlâl eden işlemler için de şikâyet bir süreye bağlı tutulmamıştır[88]. TMK md.194 hükmü emredici niteliğe sahip bir maddi hukuk kuralı olduğundan aile konutu kavramı ile hâline münasip ev kavramının birbirleri ile örtüştüğü takdirde meskeniyet iddiasına ilişkin şikâyetin süresiz olması gerektiği kanaatindeyiz. Zira TMK md. 194 ve İİK md. 82/I,b.12'de borçlunun ve ailesinin barınma hakkı korunmaktadır. Bu hak aynı zamanda icra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat dengesinde temel ilkeler olan insan onuru, ya-

---

85 Bu kararlar için bkz. PEKCANITEZ/SİMİL, s. 179 vd. Aynı yönde Yargıtay 12.HD. 10.03.2020 T. E. 2020/1339; K. 2020/2459 K. sayılı kararında, somut olayda alacaklının talebi üzerine taşınmazın tapu kaydı üzerine son olarak 27.04.2018 tarihinde haciz şerhi işlendiği, bu hacze ilişkin olarak icra dosyasından borçluya 02.08.2018 tarihinde kıymet takdir raporunun tebliğ edildiğini, borçlunun icra mahkemesine başvurarak 06.08.2018 tarihinde kıymet takdirine itiraz ettiğini, borçlunun 27.04.2018 tarih ve 3379 yevmiyeli hacze ilişkin 15.04.2019 tarihinde meskeniyet şikâyetinde bulunduğun anlaşıldığı, haczedilemezliğe ilişkin şikâyet süresinin öğrenme tarihinden itibaren başlayacağından, öğrenme tarihinin 02.08.2018 olarak kabul edilmesi gerektiği ve meskeniyet şikâyetinin 15.04.2019 tarihinde yapıldığından, hak düşürücü sürenin geçtiği yönünde karar vermiştir (İçtihat Bülteni).

86 AKİL, s. 789-790; GÜRTÜRK, s. 104. Doktrinde Namlı, meskeniyet iddiasına ilişkin şikâyetin süresiz olması gerektiği görüşündedir. Yazar bu düzenleme ile borçlunun yaşamsal ihtiyaçlarını karşılamak, borçlu ve ailesinin barınma hakkı ile aile yaşamına saygı hakkının sağlanması amacının güdüldüğünü, ayrıca genel olarak haczedilemezlik hâlleri ile özel olarak borçlunun hâline münasip evinin haczedilemezliği bakımından süresiz şikâyetin söz konusu olması gerektiğini belirtmiştir (NAMLI, s. 3112). Doktrinde Berkin, genel olarak haczedilemezlik hâllerine ilişkin şikâyetin süresini "*haciz muafiyeti ihlâl edilerek yapılan haciz nisbî butlanla bâtıldır; fakat bu muafiyet amme intizamından olduğu için, borçlu müddetsiz şikâyet yoluna gidebilir*.." şeklinde ifade etmiştir. Bkz. BERKİN, s. 81; karş. BERKİN, Haczi Caiz Olmayan, s.115-116.

87 Kamunun menfaatlerini ihlâl eden işlemler ile takibin taraflarının veya üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ihlâl eden işlemler kamu düzenine aykırı sayılır (ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 57).

88 Bkz. PEKCANITEZ/SİMİL, s. 175. İsviçre hukukunda da Jäger, maddi hukukun emredici kurallarına aykırılık, yapılan işlemin kesin hükümsüz olması veya işlemin esaslı unsurunda meydana gelen bir değişikliğin yeni bir işlem ile yapılmasının gerekli olduğu hallerde sürenin geçmesinden sonra şikâyete başvurulabileceğini belirtmiştir. Bkz. JAEGER, s. 36. Yine hakkın yerine getirilmesinden kaçınma ve gecikme hallerinde süresiz şikâyet kabul edilmektedir (MAIER/VAGNATO, Hunkeler Kurzkommentar, s. 99). Kamu düzenine aykırılık sebebiyle süresiz şikâyet halleri istisna olup, asıl olan şikâyetin süreye bağlı olmasıdır (ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.83).

şam hakkı, kişiliğin korunması ile ailenin ve çocukların korunması içerisinde yer almaktadır. Bununla birlikte süresiz şikâyet kavramındaki "*süresizliğin*" nasıl anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Konuya ilişkin doktrinde bir görüş, süresiz şikâyetin takibin sonuna kadar ileri sürülebileceği yönündedir[89]. Bir diğer görüş ise; üçüncü kişilerin hak kazanması ile ilgili olmayan işlemlerin takibin sona ermesinden sonra da iptal edilebileceği ve geri alınabileceği[90], ancak süresiz şikâyetin üçüncü kişilerin hak kazanım anı ile sınırlı olması gerektiği, buna göre ihalenin feshine ilişkin bir yıllık üst sınıra ilişkin düzenlemeden[91] esinlenerek ihalenin uzun süre feshedilebilir bırakılmaması ve takip sonunda hak kazanan üçüncü kişilerin alacaklıdan daha az korunmasının doğru olmayacağı[92] gerekçeleriyle hukukî istikrar açısından bir yıllık sürenin süresiz şikâyet açısından da geçerli olması gerektiği yönündedir[93]. Kanaatimizce de süresiz şikâyet sınırını üçüncü kişilerin hak kazanım anı ile sınırlandırılabileceği yönündeki görüş menfaatler den-

---

89 KURU, El Kitabı, s. 109; KURU/AYDIN, s. 45; BERKİN, s. 159; UYAR Talih, **İcra Hukukunda Şikâyet**, Manisa, 1991; s. 549; GÜRDOĞAN Burhan, **İcra Hukuku Dersleri**, Ankara, 1970, s. 10. Gürdoğan, süresiz şikâyetin icra takibi sonuçlanmadan yapılmasının gerektiğini belirttikten sonra, takibin kesinlikle bitmesinden sonra ancak şartları varsa genel mahkemeye başvurulabileceğini ifade etmişir. Bkz. GÜRDOĞAN, s. 10.

90 Bu konudaki örnek İsviçre Fedaral Mahkemesi kararları için bkz. PEKCANITEZ/SİMİL, s. 151, dipn. 551. Doktrinde Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağaşı, süresiz şikâyet halinde şikâyet konusu işlemin takip süresince kesinleşmediği ve her aşamada, istisnaen takip sona erdikten sonra dahi iptal edilme riskini taşıdığını belirtmiştir (ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ /HANAĞASI, s. 84).

91 İİK'nda 24.11.2021 tarihli 7343 sayılı Kanun (RG: T. 30.11.2021, S.31675) yapılan değişiklik sonrası İİK md. 134/X düzenlemesi ile "*ihaleden*" ibaresi "*ihalenin yapıldığına ilişkin kararın elektronik satış portalında ilân edildiği tarihten*" şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre ilgili madde düzenlemesi, "*Satış ilânı tebliğ edilmemiş veya satılan malın esaslı vasıflarındaki hataya veya ihaleye fesada bilhare vakıf olunmuşsa şikâyet müddeti ıttıla tarihinden itibaren başlar. Şu kadar ki, bu müddet ihalenin yapıldığına ilişkin kararın elektronik satış portalında ilân edildiği tarihten itibaren bir seneyi geçemez"* şeklindedir.

92 Doktrinde Arslan, ihale kararının iyiniyetli alıcının ediminin korunmasını gerektirdiği, icra işlemlerine güvenin korunması gereğinin süresiz şikâyeti sınırlandırdığı, süresiz şikâyetin tavanının üçüncü kişilerin hak kazanımı anı olduğu ve bunun gibi süresiz şikâyet konusu olacak geçersiz ihalenin sonuçları geri dönülemez hale dönüşmüşse yolsuzluğun süresiz şikâyet konusu olsa ve bir yıllık süre dolmamış olsa bile ihalenin feshinin istenmesinin mümkün olmayabileceğini belirtmiştir (ARSLAN Ramazan, **İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi**, Ankara, 1984, s. 179-180). Postacıoğlu da üçüncü şahsın alacaklıdan daha az korunmaya değer olmasının doğru olmadığı gerekçesi ile şikâyet süresinin geçmediği veya süresiz şikâyetin mümkün olduğu durumda takibin bitiminden itibaren bir sene içerisinde eğer şartları mevcutsa şikâyetin ileri sürülebileceği zira takibin gerek borçlu gerek üçüncü şahıslar bakımından sona ermesinden itibaren bir sene sonra kesin bir mahiyet aldığı yönündeki kabulün yerinde olduğunu ifade etmiştir (POSTACIOĞLU, s. 66-67).

93 Bkz. PEKCANITEZ/SİMİL, s.152.

gesine uygun olacaktır. Buna göre aile konutunun meskeniyet iddiasına ilişkin şikâyete konu olması durumunda şikâyetin belirttiğimiz sebeplerle süresiz olması gerektiği görüşüne katıldığımızdan ihale tarihinden itibaren bir yıllık üst sınıra ilişkin sınırlamanın kabul edilmesinin yerinde olabileceği düşüncesindeyiz.

Konu ile bağlantısı sebebiyle Yargıtay 12. HD.'nin 07.10.2021 tarihli, E. 2021/8011, K. 2021/8585 sayılı kararına değinmekte fayda vardır. Söz konusu kararda, ihalenin feshi isteminde bulunan borçlunun ihaleye konu taşınmaza yönelik meskeniyet şikâyetinde bulunduğu, icra mahkemesi tarafından meskeniyet şikâyetinin reddedildiği, borçlunun karara karşı istinaf yoluna başvurduğu, istinaf mahkemesi tarafından başvurunun esastan reddine karar verildiği, söz konusu kararın borçlu tarafından temyiz edildiği, bu arada ihalenin gerçekleştiği belirtilerek, ihale tarihinde temyiz incelemesinin devam etmesi ve bu husus gözetilmeksizin ihalenin yapılmasını İİK md. 364/III maddesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle ihalenin feshi sebebi olduğuna hükmedilmiştir[94]. Söz konusu kararın yerindeliği bakımından incelenmesi gereken husus, icra mahkemesinin şikâyet hakkındaki kararının icrası için şekli anlamda kesinleşmesinin gerekip gerekmediğidir. Zira icra mahkemesinin kararının kesinleşmesinin beklenmemesinin bazı hallerde telafisi güç veya mümkün olmayan sonuçlar ortaya çıkabileceğinden icra mahkemesinin şikâyet üzerine verdiği kararlarının icrası için kesinleşmesi gerektiği ileri sürülebilecektir. Ancak İİK md 363/IV düzenlemesi gereği icra mahkemesinin şikâyet üzerine verdiği kararlara karşı kural olarak şekli anlamda kesinleşmenin gerekmediği kabul edilmelidir[95].Şikâyetin ileri sürülmesi şikâyete konu olan işlemin ve bu

---

[94] İçtihat Bülteni. Bununla birlikte Yargıtay'ın aksi yöndeki kararları da mevcuttur. Örneğin; Yarg.12 HD, 24.04.2014 tarihli, 9157/11980 sayılı kararı, meskeniyet şikâyetinin sonucunun beklenmeden satışın yapılmasının İİK md.134'de düzenlenen ihalenin feshi sebepleri arasında yer almadığı yönündedir. Aynı yönde bkz. Yarg. 12. HD, 10.10.2016 T., 18094/21013 sayılı kararı; Yarg.12.HD, 31.10.2016, 17014/22539 sayılı kararı, Yarg. 2.HD.21.01.2019 T., E. 2018/10024 E., K. 2019/580 (İçtihat Bülteni).

[95] Bkz. PEKCANITEZ/SİMİL, s.505. Doktrinde Postacıoğlu, icra işlerinden beklenen sürâtın adaletin gerçekleşmesi kadar kesin bir ihtiyacın ifadesi olduğunu ifade etmiş, süratli bir prosedürün icra konusunda ortaya çıkarabileceği haksızlıkların takip hukukunda öngörülmüş bazı kurumlarla belirli konulara özgü olarak düzeltmesi yoluna gidildiğini belirtmiştir. Örnek olarak; ilamsız icra takibinin borçlu açısından doğabilecek haksız sonuçların menfi tespit davası içerisinde düzeltme imkânı mevcutken, bu konuda ayrıca tetkik mercilerine (şimdi icra mahkemesi) ısrar hakkının tanınmasının bir dereceye kadar mükerrer olduğunu, alacaklı bakımından da alacaklının derdest bir takibe rağmen hakkını dava yolu ile derdestlik itirazı ile karşılaşmadan arayabileceğine değinmiştir.Yazar özellikle bazı kategoriler (örneğin; malın haczinin caiz olup olmadığı) bakımından gecikmelerin ortaya çıkartabileceği mahzurları önleyecek kurallara yer verilmesi gerektiğini, icra mahkemesi kararının bozulması üzerine bu karara

işlemin bağlı olduğu takibin icrasına engel olmayacaktır. Öte yandan ihale kararının geçersiz bir işleme dayanması veya ihalenin geçersiz sayılmasına neden olacak ağırlıkta bir yolsuzluk söz konusu olması halinde ihalenin feshi süresiz şikâyet yolu ile istenebilecektir. Ancak kanun, cebri ihale ve ihalelere güven duyulması gerektiği düşüncesi ile ihalenin feshinin ihaleden itibaren bir yıl geçtikten sonra istenmemesi hükme bağlanmıştır[96]. Bununla birlikte hukuka aykırı bir işlemin şikâyete rağmen icrasının devam etmesinin zararlı sonuçlarının engellenmesi amacıyla icra mahkemesi şikâyet ileri sürenin talebi üzerine veya kendiliğinden icrasının durdurulmasına karar verebilir (İİK md.22)[97]. İsviçre hukukunda da şikâyetin erteleyici etkisinin (takibin durdurulması yönünde ihtiyati tedbir kararı) sınırlandırılması gerektiği, özellikle takibin başlangıç aşamalarında bu yönde karar verilmesinin tavsiye edilmediği belirtilmiştir. Öte yandan ihalenin feshinde ve taşınmazın paraya çevirme aşamalarında şikâyetin kanundan dolayı (Taşınmazların Paraya Çevrilmesine İlişkin İsviçre Federal Mahkemesi Yönergesi[98], VZG, md. 66/I) takibi erteleyici etkisi olduğu, ancak artırma şartlarına ilişkin usûlsüzlüklerle ilgili ilişkin sebeplerde bu etkinin olmadığı, sadece tedbir kararı niteliğinde icranın durdurulması yönünde karar verilebileceği ve aksine karar verilmedikçe bu şekilde verilen icranın durdurma kararının geçmişe (ex tunc) etkili olacağı vurgulanmıştır[99]. Kanaatimizce asıl olan meskeniyet iddiasına ilişkin şikâyet bakımından icra mahkemesinin İİK md.22 uyarınca ciddi sebep görmesi ve olaydaki koşullar gerektiriyorsa takibin geldiği aşamayı gözeterek şikâyet konusu işlemin icrasının şikâyet hakkında bir karar verilinceye kadar durdurmasıdır. Ek-

---

ilişkin olarak yeni icra işlemleri yapılamayacağını, bunun için bozma kararının kesinleşmesinin beklenmesinin gerektiğini, kesinleşmeden sonra daha önce yapılmış icra işlemlerinin iptaline gidilebileceğini ancak üçüncü kişilerin iyiniyetle kazandığı ayni hakların bu durumun dışında tutmak gerektiği görüşündedir (POSTACIOĞLU, s. 762- 763).

96 "*Hatta ihale öncesi bu tür yolsuzlukların bazıları ihale ile iptal edilemez hale gelecektir. Çünkü ihale kararı ile iyiniyetli alıcının ediminin korunması gerekir*" (ARSLAN, s. 178-179). Ayrıca bkz. MUŞUL Timuçin, **İcra İflâs Hukukunda; İhale ve İhalenin Feshi**, Ankara, 2016, s. 336 vd. Doktrinde Muşul, icra mahkemesi kararının mesâla meskeniyet şikâyetinin reddi kararının temyiz edilmesinin icra takibini durdurmayacağından, sadece satışın yapılmasını engelleyeceğinden, icra mahkemesi kararının temyiz edilmesinden sonra ihalenin yapılması İİK md. 364/III hükmünü ihlâl edeceğinden ihalenin feshini gerektireceğini belirtmiştir (MUŞUL, s.361). Ayrıca aynı yöndeki başkaca Yargıtay kararları için bkz. MUŞUL, s. 361, dipn. 383.

97 PEKCANITEZ/SİMİL, s. 324-325; UYAR, s. 627; GÜRDOĞAN, s. 10; ÜSTÜNDAĞ, s. 53; DÖNMEZ, s. 65. Ayrıca bkz. POSTACIOĞLU, s. 76; KURU, El Kitabı, s. 113; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 87; JAEGER, s. 61.

98 Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangverwertung von Grundstücken (VZG).

99 STAEHELIN, Basler Kommentar, s. 42-43.

lemek gerekir ki; ihalenin feshi, icra takibinin paraya çevirme safhasında[100] satışı yapan icra dairesinin satışın yapılmasını düzenleyen hükümlere aykırı hareket etmiş olması hali için olup, icra dairesinin icra takibinin satış safhasından önceki dönemini düzenleyen hükümlere aykırılık ihalenin feshi sebebi değildir. Bunlar açısından genel şikâyet yoluna başvurulması gerekir[101]. Buna göre icra işlemlerinde güvenin korunması ve iyiniyetli üçüncü kişilerin ihale ile elde etmiş olduğu mülkiyet hakkının gözetilmesi ve kötüniyetli olarak ihalenin feshi girişimlerinin önlenmesi gerekçeleriyle kural olarak özellikle paraya çevirme safhasından önceki aşamalara ilişkin şikâyet sebeplerinin ihalenin feshi usûlünden ayrı değerlendirilmesi gerektiği, bunun İİK md. 22 çerçevesinde icranın durdurulmasının etkinliğinin artırılarak sağlanabileceği düşüncesindeyiz. Bu bağlamda kanaatimizce de İİK md. 22'ye göre verilen geçici hukukî koruma tedbiri niteliğindeki durdurma kararının kabulü veya reddi kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulması kabul edilmelidir[102]. Her ne kadar bu yöndeki kabul ilk başta takip sürecini uzatacak gibi gözükse de aksi durumda ortaya çıkan sonuç, yani İİK md. 363/IV ve İİK md. 364/III'ün açık hükmü karşısında şikâyetin reddi kararına karşı kanun yoluna başvurulmuş olmasının ihalenin feshi sebebi olarak sayılması hem alacaklı hem iyiniyetli üçüncü kişiler açısından daha olumsuz etkiler doğurabilecektir.

---

[100] İhaleye hazırlık döneminde yapılan kanuna aykırılıklar nedeniyle ihalenin feshinin talep edilebilmesi için, söz konusu kanuna aykırılıklara karşı kural olarak süresinde şikâyet yoluna başvurulmuş olması ve bu şikâyet başvurusunun reddedilmiş olması gerekir. Şikâyet yoluna başvurulmamış ise sonradan hazırlık döneminde yapılan kanuna aykırılıklar nedeniyle ihalenin feshi talep edilemez (PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 243).

[101] KURU, El Kitabı, s.706; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 319. Bu husus Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2018 T., 2015/718872 başvuru numaralı (RG: 21.12.2018, S.30632) kararında şu şekilde ifade edilmiştir: "*İhalenin feshi davasında icra dairesinin borçluya ait mal varlığının ihale yoluyla satılmasına ilişkin işlemi dava konusu edilmektedir. İhale, bir dizi işlemden sonra gerçekleştirilen ve borçluya ait mal varlığının satışını hedefleyen cebri icra işlemidir. Bu aşamadan sonra satıştan elde edilen bedel alacaklıya ödenmekte ve cebri icra süreci nihayete ermektedir. Bu suretle alacaklının hızlı bir şekilde alacağına kavuşması temin edilmeye çalışılmaktadır. Kanun koyucu ihale işleminin bu niteliğini gözeterek ihalenin feshi davasında mahkemenin inceleme yetkisini, satışa hazırlık ve satış işlemlerinin 2004 sayılı Kanun'un 134. Maddesinde öngörülen usûle uygun olarak yapılıp yapılmadığının denetlenmesi ile sınırlandırmıştır. İhalenin feshi davasında borcun esasına ilişkin iddialar incelenemeyeceği gibi mahkemeye aile konutu güvencesinden doğan hakları inceleme yetkisi de tanınmamıştır.*" Ayrıca anılan karar için bkz. aşa.II.C.

[102] Şikâyet yargılamasında icranın durdurulması talebi üzerine verilen karar genel anlamda geçici hukukî koruma tedbiri niteliğinde olup doktrinde -Yargıtay kararlarının aksine- bu kararlara karşı HMK md. 341 gereğince kanun yoluna başvuru imkânının tanınması gerektiği belirtilmiştir (PEKCANITEZ/SİMİL, s. 329-330).

C. Aile Konutuna İlişkin Haczedilemezlikten Feragatin Diğer Eşin Açık Rızasına Bağlı Olup Olmadığı

İİK'nda hacizden önceki dönemde haczi caiz olmayan bir malın haczedilebileceği hakkında alacaklı ile yapılmış olan anlaşmaların geçerli olmayacağı düzenlenmiştir (İİK md. 83a)[103]. Ancak feragatin sonuçları hükümde yer almamaktadır[104].

Öncelikle borçlu eşin haczedilemezlik şikâyetinden feragat etmesi durumunda diğer eşin haczedilemezlik şikâyetinde bulunma hakkının ortadan kalkıp kalkmayacağı meselesine değinmek gerekir. Doktrinde mutlak haciz muafiyetinin sadece borçlunun değil aynı zamanda borçlu ile birlikte yaşayan ailesi bakımından da kabul edildiğinden feragatin sadece borçlunun iradesine tâbi olmadığı[105], aile fertlerine hükmün koruma amacına göre şikâyet hakkı tanınırsa, borçlunun feragatinin onların şikâyet hakkını ortadan kaldırmayacağı[106] ifade edilmiştir. O halde borçlunun gerek haline münasip evinin haczedilmesi ve gerekse hacizde tertip kurallarına uyulmaksızın aile konutunun haczedilmesi durumunda borçlunun yanında diğer eşin ve hatta aile bireylerinin de hakkını etkilediğinden borçlu eş şikâyet hakkından feragat etse bile bu durumun diğer eşin şikâyet hakkını ortadan kaldırmayacağı, onların borçlu eşten bağımsız olarak şikâyet haklarını kullanabileceğini belirtmek mümkündür.

Bununla birlikte doktrinde borçlu eşin haczedilemezlikten feragat etmesinin diğer eşin açık rızasına bağlı olup olmayacağı da tartışmalıdır. Bir görüş, aile konutunun korunması amacına hizmet ederek TMK md. 194 ile getirilen sınırlamanın amacından aile konutunun kaybına neden olabilecek ve ailenin barınma hakkını tehlikeye düşürecek her türlü hukukî işlemin diğer eşin rızasına bağlı olacağı sonucunda haline münasip ev şartları taşıyan aile konutunun haczedilemezliğinden feragatin diğer eşin açık rızasına bağlı tutulması gerektiği, zımnî rıza yeterli sayılmadığından, haczedilemez-

---

[103] Bkz. KURU, El Kitabı, s. 524-525; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.162; ÜSTÜNDAĞ, s.188; GÜRDOĞAN, s. 68. Bu husus kamu düzeninden ileri gelmektedir ve süresiz şikâyete tabidir (ÖZBAY, s. 550).

[104] Haczi caiz olmayan bir malın haczine rağmen süresi içinde şikâyet edilmemesi bu malın haczedilemezliğinden hukuken geçerli bir feragat sayılır. Fakat çoğu kez kanuna aykırılığın etkileri süregideceğinden icra memurunun bir hakkı yerine getirmekten çekildiği belirtilerek eski işlemine karşı süresiz şikâyete gidilebilecektir (PEKCANITEZ/SİMİL, s. 143).

[105] Bkz. BERKİN, Haczi Caiz Olmayan, s. 115. Aynı yönde bkz. GÖKÇEN, 278; DÖNMEZ, s. 355.

[106] YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 203.

lik şikâyetini haciz tarihinden itibaren yedi gün içerisinde ileri sürmemek yoluyla zımnen rızanın verildiğinin kabul edilmemesi gerektiği yönündedir[107]. Bir başka görüş, esasında aile konutunun haczedilemezliğinden feragatin diğer eşin açık rızasına bağlı tutulmasının aile konutunun korunması amacına hizmet edecek bir kabul tarzı olacağını belirtmekle birlikte, haczedilemezlik niteliğinin aile konutu niteliğine bağlı olmadığı, TMK md. 194 karşısında İİK md. 82/I, b.12 düzenlemesinin özel hüküm olarak kabul edilmesi, aksi yöndeki kabulün eşin rızasının belirli bir süreye bağlanamadığından, haczin kesinleşmesinin belirsiz süreye bağlanacağı ve alacaklıların menfaatlerinin önemli ölçüde zarar görebileceği gerekçeleriyle haczedilemezlikten feragat konusunda diğer eşin açık rızasını aranmaması gerektiği yönündedir[108].

Sonuç itibarıyla doktrinde Türk icra hukuku sisteminde aile konutunu hacizden kurtaracak bir hüküm bulunmamasının eksiklik olduğu, zira konut üzerinde hak sahibi olan eşin iş ilişkilerinden dolayı başka bir borç altına girmesinin mümkün olduğu ve bu şekilde borç altına girilmesiyle aile konutunun ve onun yer aldığı arazinin haczedilme olasılığı olabileceği ve hatta eşin bunu tamamen diğer eşin rızasını bertaraf etmek için kanunu dolanma amacıyla veya kötü niyetle muvazaalı olarak başvurulacak bir yol olarak kullanabileceği[109,110] ifade edilmiştir[111].Yine doktrinde TMK md. 194 koru-

---

[107] AKİL, s. 800-801.

[108] ATALAY, s. 56; ÖZBAY, s. 560, DÖNMEZ, s. 355.

[109] Tasarrufun konusunun aile konutu olması halinde alacaklılara zarar verme kastından doğan tasarrufun iptali davası açma şartları mevcutsa alacaklılar bu davayı açabileceklerdir. Hatta borçlu boşanma davasında akdettiği protokol aracılığıyla malvarlığını alacaklıların zararına paylaştırırsa alacaklıların iptal davası açma hakları mevcut olacaktır. Zira üçüncü kişilerin veya resmî makamların katkısı işlemin iptal edilmesine engel olmayacaktır. Bkz. ERDÖNMEZ Güray, **Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali**, İstanbul, 2019, s. 135. Nitekim Yargıtay 17. HD, 11.02.2014 tarihli, E. 2012/ 13647, K. 2014/1487 sayılı kararında özetle; davalı tarafından, iptali istenen tasarruf işleminin konusunun aile konutu olduğu, boşanmanın muvazaalı olmadığını, boşanma tazminatı olarak taşınmazın eşine devredildiğini, tasarruf işleminin borçtan önce yapıldığı yönünde savunmada bulunulmuşsa da, boşanma davasında taraflarca hazırlanan ve mahkemenin onayladığı protokole göre yapılan işlemin tasarrufun iptaline konu olabileceğine karar vermiştir. Anılan karar şu şekildedir: "... *Öte yandan İİK'nun 279.maddesinde de iptal nedenleri sayılmış olup bu maddede yazılan iptal nedenlerinin gerçekleşip gerçekleşmediği de takdir olunmalıdır. İİK.nun 282. maddesi gereğince iptal davaları borçlu ve borçlu ile hukukî muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılır. Ayrıca, kötü niyetli üçüncü şahıslar hakkında da iptal davası açılabilir. Dava koşulları yönünden dosya incelendiğinde, davacının alacağının 29.12.2003-23.11.2004 tarihleri arasında düzenlenen kredi sözleşmelerinden doğduğu, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleştiği, 2.5.2011 tarihli kati aciz belgesinin sunulduğu, iptali istenen 13.10.2006 tarihli tasarrufun takip konusu borçtan sonra ya-*

pıldığı, davanın 5 yıllık süre içinde açıldığı anlaşılmaktadır. Dava konusu taşınmaz davalı Sema tarafından davalı borçluya karşı 20.9.2006 tarihinde açılan ve 10.10.2006 tarihinde kesinleşen boşanma davası sırasında sunulan boşanma protokolü gereğince 13.10.2006 tarihinde devredilmiştir. İlke olarak taraflar arasında bir anlaşmazlığı hükme bağlayan ilâmlara karşı tasarrufun iptali davası açılamaz ise de, boşanma davasında tarafların mal bölüşümü mahkeme tarafından belirlenmediğinden, tarafların mahkemeye anlaşma şeklinde bildirdikleri iradeleri ile mal paylaşımı mahkemece yapılmış olduğundan alacaklısından mal kaçırma amacında olan borçlu bu yolla amacına uygun olarak bir mahkeme kararı elde edebileceğinden, tasarrufun tarafları karı koca olduğundan, boşanma protokolü ile borçlu koca tarafından karısına anlaşmalı boşanma sonucu düzenlenen boşanma protokolü gereğince boşanan eşe devredilen taşınmazlar hakkında iptal davası açılabilir. Somut olayda da dava önkoşulları mevcut olduğundan davalı S.. S..'ın davalı borçlunun karısı olması ve kocasının durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olması nedeniyle dava konusu 13.10.2006 tarihli tasarrufun İİK 278/3-1 ve 280/1 maddeler gereğince takip konusu alacak ve ferileriyle sınırlı olarak iptaline karar verilmesi gerekirken..." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

110 Doktrinde borçlunun fiktif bir alacak oluşturduğu ve bu alacağa dayanarak danışıklı biçimde aleyhine icra takibi yaptırdığı hallerde görünüşte bir haciz tehdidi olmakla birlikte ortada gerçek bir alacak olmadığı için anılan icra takip dosyasına yapılan ödemenin iptalinin istenebilmesi gerektiği, ancak bu yönde bir Yargıtay kararına rastlanmadığı, bununla birlikte borçlunun alacaklılarından biriyle ortak hareket ederek diğer alacaklıların takiplerini akamete uğrattığı hallerde iptal davası açabileceği ve o takibin iptalinin istenebileceğini kabul eden kararlar bulunduğunu belirtilmiştir. Buna göre takibe istinaden konulan hacizler kalkacak ve üçüncü kişiye ödenen paranın tasarrufun iptali davasını kazanan alacaklıya verilmesi gerekecektir (ERDÖNMEZ, s.137-138). O halde aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin alacaklılarından biriyle ortak hareket edip fiktif alacaklar yaratmak suretiyle yapılan icra takipleri nedeniyle aile konutunun haczi gerçekleştirilir, bunun üzerine tasarrufun iptali davası açılarak muvazaalı takibin iptaline karar verilirse borçlu malik eşe ait olan taşınmaz üzerindeki haciz de kalkmış olacaktır. Bununla birlikte eşlerden biri gerek boşanma davası derdest iken, gerekse evlilik birliği sona erdikten sonra aile konutu sebebine dayanmaksızın boşanmaya dayalı maddi, manevi tazminat ve nafaka alacağı ile mal rejimi tasfiyesine bağlı katı, katılma ve değer artışı alacaklarının tahsiline ilişkin diğer tarafın kendisinden mal kaçırmak amacıyla muvazaalı devir yaptığını ileri sürerek genel mahkemelerde TBK md.19'da düzenlenen muvazaa olgusuna dayalı tapu iptal ve tescil davası açabilecektir. Bu davada görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleri olacaktır. Buna karşılık aile konutunun muvazaalı olarak üçüncü kişilere devredilmesi sebebiyle tasarrufun iptali davası açıldığında görevli mahkemenin aile mahkemesi olduğu doktrinde bir görüş olarak savunulmuştur. Sonuç olarak eşlerin boşanma davasına bağlı maddi manevi tazminat, yoksulluk nafakası ile mal rejimi tasfiyesinde ortaya çıkan katkı, katılma ve değer artışı alacak taleplerini TBK md.19 ya da İİK md. 277 vd. uyarınca sağlayabileceği belirtilmelidir. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. İYİLİKLİ, s. 281 vd. Yargıtay 17. HD'nin 21.12. 2017 tarihli, E.2014/ 21192, K. 2017/1757 K. sayılı karar içeriğinde bu husus, *"Mahkemece, toplanan delillere göre, davacı ... ile davalı ...'in halen evli olup ayrı yaşadıkları, haciz konulan taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi olduğu, davacının davalılar arasında duygusal anlamda ilişki olduğunu iddia ettiği, alınan tanık beyanları doğrultusunda davalılar arasında sigara parası dahi alacak kadar yakın arkadaşlık olduğunun anlaşıldığı, davalı ...'nin ekonomik durumunun böyle bir borcu vermeye müsait olmadığının tespit edildiği, takip konusu borç miktarı ile evin değerinin yakın olduğu, tanzim tarihi 18.04.2010 olan bononun icraya konması sonrası kendisine tebligat yapılamayan borçlunun bizzat icra dairesine giderek ödeme emrini tebliğ aldığı, taraflarını ekonomik durumu dikkate alındığında ciddi sayılabilecek borca itiraz olmadığı yolundaki beyanını icra dairesine bildirdiği ve bir hafta gibi kısa sürede haciz işlemlerine başlaması, aile konutu şerhi olan taşınmazın tek başına satış yetkisi olmayan davalı ...'in bu yolla satış işlemini amaçladığı, davalılar arasında gerçeğe*

masının soyut ve genel bir koruma sağladığı, tek başına amaca uygun ve yeterli bir koruma olmadığı, asıl yapılması gerekenin aile konutunu hukuksal müdahalelere kapalı hale getirilerek İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapılması gerektiği belirtilmiştir[112].

Kanaatimizce aile konutu üzerindeki hukukî işlemlere getirilen sınırlamanın hukukî niteliği ve bu sınırlamaların icra hukuku bakımından etkilerinin değerlendirilmesi konusundaki doktrinde yer alan aktarmaya çalıştığımız farklı görüşlerin temeli hükmün konuluş amacına uygun, en etkin korumanın gerçekleşmesinin sağlanması amacına yönelik çözüm arayışına dayanmaktadır. Bu çerçeveden ele alındığında özellikle yukarıda değindiğimiz Anayasa Mahkemesi kararı ve doktrin görüşleri bağlamında mevcut icra hukuku düzenlemelerine uygun düştüğü ölçüde icra hukukunda gözetilmesi gereken temel hak ve ilkeler de dikkate alınarak hükmün cebri icra bakımından etkileri kabul edilmelidir. Bu şekilde emredici bir düzenleme olan TMK md. 194'ün soyut, etkisiz, uygulanamaz bir hüküm olma tehlikesi önlenebilecektir. Ancak bu etkiler kabul edilirken icra hukukundaki menfaatler dengesi aynı zamanda alacaklı ile mülkiyeti kazanan iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından da gözetilmelidir.

2. Aile Konutunun İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibe Konu Olması

Aile konutu üzerinde ipotek tesis edilmesinde Türk hukukunda ağırlıklı görüş, diğer eşin rızasının aranması gerektiği yönünde olmuştur[113]. Nitekim

---

uygun olmayan tarafların gerçek iradesini yansıtmayan bono tanzimi ile görünürde bir borç ilişkisi oluşturulduğu ve irade ile işlem arasında uyumsuzluk sebebi ile muvazaanın meydana getirildiğinin anlaşıldığından bahisle davanın kabulüne karar verilmiş ve hüküm davalı ... vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava BK'nun 19.maddesine dayalı olarak muvazaalı takibin iptaline ilişkindir. Gerek İİK'nun 277 maddesine göre açılan tasarrufun iptali davalarında gerekçe BK'nun 19.maddesine dayalı olarak açılan danışıklı işlemin iptaline ilişkin davada asıl amaç alacağın tahsilini sağlamaktır. Nitekim tasarrufun iptali davalarında İİK 283/1 maddesi doğrudan BK'na göre açılan davalarda kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacıya haciz ve satış isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerektiği dairemizin giderek Yargıtay'ın yerleşmiş görüşleri arasındadır." şeklinde vurgulanmıştır (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

111 ŞIPKA, s. 120; ŞIPKA, Aile Konutu, s. 382.

112 GÜMÜŞ, s. 51-52. Ayrıca bkz. BUDAK Ali Cem, **İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip**, İstanbul, 2009, s. 116 vd.

113 Bkz. ŞIPKA s. 127; BUDAK, s. 115; BARLAS, s. 127; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 179; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 57; ÖZBAY İbrahim, "İpoteğin İptali Davası (İİK.M.150, C.3) Üzerine Bir İnceleme", **EÜHFD**, C.XI, S.3-4 (2007), s. 429. Buna karşılık Öztan, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde sınırlı bir ayni hak kurması, üçüncü şahıs lehine hayat boyu bir irtifak

özellikle aile konutuna ilişkin uyuşmazlıklarda ve yargı kararlarında aile konutu genellikle kredi karşılığında kurulan ipoteğe konu olduğunu, icra hukukunda aile konutunun paraya çevrilmesini engelleyici bir düzenleme bulunmaması sebebiyle meselenin TMK md. 194 gereği aile konutun koruyucu düzenlemeleri çerçevesinde ele alındığını görmekteyiz.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; malik olmayan eşin rızası olmadan gerçekleştirilen tapu kütüğünde borçlandırıcı işlemin tarafı üçüncü kişi adına yapılacak aile konutu taşınmaza ilişkin mülkiyet hakkı veya aile konutuna etki eden sınırlı ayni hakların tescil işlemi yolsuz tescil olacaktır. Tapu kütüğünde tescil edilen ipotek hakkının mevcut olmadığı veya ortadan kalktığı hakkındaki bu itirazların TMK md. 1025 uyarınca genel mahkemelerde açılacak bir yolsuz tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ile ileri sürülmesi gerekir. Bunun sonucu olarak da dava konusu hakkın niteliğine göre aynî bir dava niteliğine sahip olacaktır[114]. Bir

---

hakkı tesis etmesi, bir oturma hakkı tanıması, taşınmaz üzerinde ipotek tesis etmesi durumunda diğer eş ancak böyle bir tasarrufun aile konutunun kullanılmasının imkânsız hale getirildiğini veya kullanımını aşırı ölçüde sınırladığını ispat ederek TMK md. 194'e dayanılabileceği görüşündedir (ÖZTAN, s.308). "*Her ne kadar ipotek doğrudan doğruya aile konutundan faydalanma ve oturma hakkını engellemiyorsa da, hak sahibi eşin kötü niyetli ve muvazaalı işlemleri ile aile konutunun elden çıkarılma tehlikesi nedeniyle ipotek işlemine diğer eşin açık rızası şarttır.*"(Yarg. 2 HD, 04.03.2021 T., E. 2020/5993, K. 2021/1988. Aynı yönde bkz. Yarg. 2. HD, T. 09.05.2019; E.2019/2583; K. 2019/5782 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Konu İsviçre hukukunda tartışmalı olup, federal mahkeme kararları ve doktrindeki ağırlıklı görüşün, konutu ipotek ettiren eşin kredi tutarını uzun süre ödeyemeyeceği veya ailenin konuttaki yaşamının objektif sebeplerle tehlikeye gireceği anlaşılıyorsa diğer eşin rızasının alınması gerektiği yönünde olduğu ifade edilmiştir. Bkz. BRÜCKNER/KUSTER, s. 627. Bir başka ifade ile; İsviçre doktrininde kural olarak ipotek tesisinin ailenin konutta oturma hakkını sınırlayan bir işlem olmadığı, sadece md.169 korumasının aileyi koruyamayacağı belirli bir ekonomik yük olduğu, bu sebeple maddede yer alan sınırlamaların ailenin konutta oturma hakkını tehlikeye düşürecek şekilde gerçek bir tehlike mevcutsa geçerli olacağı ifade edilmiştir (HAUSHEER/GEISER/AEBI MÜLLER, s. 116-117). Doktrinde Budak, aile konutu üzerinde ipotek kurulmasının diğer eşin rızasına bağlı olması gerektiğini, İsviçre hukukundaki ağırlıklı görüşte yer alan olguların tapu sicilinde yapılan işlem sırasında tespitinin güçlük arz edeceği, bunun hukuk güvenliği bakımından uygun olmadığını, aile konutu üzerinde ipotek kurulmasının borcun ödenmemesi halinde konutun ailenin elinden çıkması tehlikesini doğuracağı, kanunun amacı bakımından da ipotek işleminin malikin rızasına bağlı bir tasarruf işlemi olarak kabul edilmesi gerekçeleri ile belirtmiştir. Bkz. BUDAK, s. 115. Ayrıca bkz. DEYNEKLİ Adnan, **İcra ve İflâs Hukukunda İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip**, Ankara, 2013, s. 129.

[114] "*Tashih davasının aynî bir dava olduğunda hiçbir şüphe ve tereddüt yoktur. Zira bu dava ile mülkiyet veya sair aynî haktan çıkarılan müstakil bir takım haklar değil, bilâkis mülkiyet veya aynî hakkın bizzat kendisi dermeyan olunur".* Bkz. ÜSTÜNDAĞ Saim, **Tapu Kütüğünün Tashihi Davası**, İstanbul, 1959, s. 30-31; BUDAK, s. 208-209; ÖZBAY, ipotek, s. 409. Ayrıca bkz. OĞUZMAN M. Kemal /SELİÇİ Özer / OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2020, s. 298 vd; TEKİNAY Selâhattin Sulhi/AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Halûk/ ALTOP, Atilla, **Tekinay Eşya Hukuku**, Cilt 1, İstanbul, 1989, s. 410 vd. NOMER Haluk Nâmi/ ERGÜNE

başka ifade ile; İİK md.150 hükmüne dayanılarak açılan ipoteğin iptali davası TMK md.1025 uyarınca açılan yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının özel ola-

Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2019, s. 177 vd. Bu dava geçerli bir borç ilişkisinde taşınmazın mülkiyetinin devir borcu altına girmiş olan taşınmaz malikinin alacaklı lehine tescil işleminde bulunmaktan kaçındığı durumlarda açılan ve dava kabul edilirse kararda mülkiyetin alacaklıya geçeceğine karar verilen TMK md. 716/I'e göre açılan davadan farklıdır. Nitekim tapu kütüğünün düzeltilmesi davasında davacı başkası lehine mevcut tescilin yolsuz olduğunu, kendisinin gerçek malik olduğunu iddia ediyorsa (TMK md. 1025/I), hâkimin mülkiyetin davacıya geçtiğine ilişkin yenilik doğuran bir karar değil, sicilin gerçek hak durumuna göre düzeltilmesini sağlayacak bir karar vermesi söz konusu olacaktır. Bunun için de davacı dava sonuçlanıncaya kadar hakkını koruyabilmek için TMK md. 1010/I'de düzenlenen çekişmeli alacak şerhinden değil, TMK md. 1010/I'de düzenlenen geçici tescil şerhinden yararlanacaktır (SİRMEN A. Lâle, **Eşya Hukuku**, Ankara, 2016, s. 225-226). Söz konusu davanın talep edilen hukukî korumaya göre hangi dava çeşidi içerisinde yer aldığına ilişkin doktrindeki ağırlıklı görüş tespit davası niteliğinde olduğu yönündedir. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 38 vd.; SİRMEN, s. 226; NOMER/ERGÜNE, s.178; AKKAYA Tolga, "İcra Hukuku Bağlamında Süreli İpotek", **TAAD**, Yıl: 4, Sayı: 12 (Ocak 2013), s. 174-175. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, her ne kadar doktrinde hâkim görüşünün tespit davası olduğu yönünde olsa da bu görüşe katılmadıklarını, davanın eda davası niteliğinde olduğu görüşünde olduklarını ifade etmiştir. Anılan görüş yazarlar tarafından, düzeltme davasının açılmasının sırf davalının davacıya ait bir hakkı tanımadığı, inkâr ettiği için ve sadece hakkın varlığını davalıya kabul ettirmek amacına dayansa idi, ancak o zaman tespit davası olabileceği, oysa ki; bu davada davalı sadece bir hakkı inkârdan vazgeçmediği için değil tapu dairesine gelerek resmi bir âkit yapmadığı, yani hakkı tanıdığını gösteren olumlu bir fiilde bulunmaması sebebiyle mahkemeye çağrıldığını, bu sebeple de böyle bir davanın eda davası mahiyetinde olduğu, davanın basit bir tespit davası olarak nitelendirilemeyeceğini, hâkimin davalının inkârını veya iddiasını ortadan kaldırmakla yetinmeyip, onun iradesinin yerine geçerek bir karar ile hakkı da yerine getirdiği şeklinde gerekçelendirilmiştir (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 416-417). Kanaatimizce konuya ilişkin azınlık görüşünde uygulamada mahkemelerin tapu kaydının iptaline ve tescile hükmettiklerinden dolayı haklılık bulunsa da, söz konusu davada hâkimin görevi davacının ayni hakkının mevcut olup olmadığını tespitten ibaret olup, hakkını tespit ettiren davacı verilen hükme istinaden tescili yaptırmadığı sürece ayni hakkında tasarruf edemeyecektir. Davanın asıl amacına yolsuz tescilin ayni hakka uygun olarak düzeltilmesi sonucunda ulaşılmış olacak, bu hususu yerine getirme görevi tapu memurunun yetkisine dâhil olacaktır. Tapu memuru mahkeme tarafından verilen hükme dayanarak; bir başka ifade ile; verilen maddi hukuka ilişkin tespit hükmünün bir sonucu olarak, bu yükümlülüğü yerine getirecektir. Dolayısıyla mahkemelerin idareye emir niteliğinde tapu kaydının iptali ve tescile hükmettikleri kararlar yolsuz tapu kütüğünün düzeltilmesi davasının talep edilen hukukî korumaya göre tespit davası olduğu yönündeki sonucunu değiştirmemelidir (ÜSTÜNDAĞ, s. 40). Ayrıca doktrinde Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir söz konusu davanın ayni bir dava olduğunu belirtmekle birlikte düzeltme davasının gerçek malik tarafından sicilde yolsuz olarak malik görünene karşı açıldığı zaman bir istihkak davası; sicilde yolsuz olarak sınırlı ayni hak sahibine karşı açıldığı zaman el atmanın önlenmesi davası niteliğinde olduğunu belirtmiştir (OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 302-303). Aynı yönde Bkz. SİRMEN, s. 227. Sirmen, uygulamada sicilin düzeltilmesi davasının sonunda yolsuz tescilin iptaline karar verilmesine rağmen, söz konusu davanın niteliğinin tespit davası olduğu yönündeki görüşe katıldığını ifade etmektedir. Bu bakımdan sicilin düzeltilmesi davası açıp mahkeme tarafından verilen kararla yolsuz tescil düzelttirildikten sonra davalı taşınmaza zilyet ise, ona karşı istihkak davasının açılması gerekecektir. Ayrıca sicilin düzeltilmesi davası ile istihkak davasının birlikte açılması da mümkün olabilecek olup, uygulamada bu davaların birleştirilerek taşınmazın geri verilmesi için tek bir dilekçe ile açılmakta olup bu davayla taşınmazın geri verilmesini de sağlayabilmek için mahkemeler tescilin yolsuzluğunu tespit ettikten sonra bunun iptaline ve mülkiyet hakkının gerçek malik adına tesciline karar vermektedirler. Bkz. SİRMEN, s. 226-227.

rak düzenlenmiş halidir[115]. Zira burada da aile konutuna etki eden sınırlı bir ayni hak olan ipotek yolsuz olarak tescil edilmiş olmaktadır[116]. Ancak doktrinde tartışmalı olan[117] rızası gereken eşin de rızası alınmadan yapılan işlem sonucu bu yolsuz tescilin düzeltilmesi davasını, dolayısıyla ipoteğin iptali davasını açıp açamayacağının ortaya konulması gereklidir.

Aynı zamanda aile konutunun ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe konu olması kapsamında TMK md.194/III ile mehaz İsviçre Kanunu'nda yer almayan aile konutu üzerinde özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eşin tapu kütüğüne konutla ilgili şerhin verilmesini isteyebileceği yönündeki düzenlemeyi[118] değerlendirmek gerekir. Zira aile konutu üzerinde diğer eşin rızası olmadan tesis edilen ve bu sebeple geçersiz olan ipotek tesisine ilişkin uyuşmazlıklarda yer alan tartışmalar ve Yargıtay'ın aile konutu üzerindeki ipotek tesisi konusunda vermiş olduğu kararlarında varılan sonucun aile konutu şerhinin işlevi ile bağlantılı olduğu tespit edilmiştir.

A. Taraf Kavramı Bakımından Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi (İpoteğin İptali) Davasında Rızası Alınmayan Eşin Durumu

Yolsuz tescil durumunda işlemin tarafı olan ayni hak sahibi eş TMK md.1025/I gereği kaydın düzeltilmesi davası açarak bu yolsuz tescili kendi lehine düzelttirebilecektir[119]. İşlemin tarafı olan üçüncü kişinin de kendi adına kaydedilen bu yolsuz tescilin düzeltilmesini talep edebileceği kabul edilmek-

---

[115] TUNÇ YÜCEL Müjgan, "Türk Medeni Kanunu'nun Eşya Hukukuna İlişkin Bazı Hükümlerinin Hukuk Yargılamasına Yansıması", **Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan**, İstanbul, 2021, s. 1174. Ayrıca bkz. AKKAYA, s. 174.

[116] "*Bağlamayan hukukî muameleye dayanarak yapılan tesciller de yolsuzdur. Bu kategoriye bir yandan hukukî muamelelerin mutlak butlan ve diğer yandan nisbî butlan ile malul oldukları haller girer*" (ÜSTÜNDAĞ, s. 45).

[117] Bkz. ŞIPKA, s. 145 vd.

[118] Anılan düzenlemenin eleştrisi için bkz. SEROZAN, s. 279 vd. Ayrıca 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un md. 4/c ile ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması ile hâkimin verebileceği bir koruyucu tedbir düzenlenmiştir. Bkz. BADUR, s.21.

[119] Yolsuz tescilin düzeltilmesi ile talep edilen ayni hakkın devrinin resmi şekilde yapılması gerektiği ve fakat davacının iddia ettiği ayni hakkın tapu sicilinde görünmemesi sebebiyle davacının dava konusu hakkı devretmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bu davada HMK md.125/II uygulama alanı bulmayacaktır. Bkz. TUNÇ YÜCEL, s. 1148. Bir başka ifade ile; davacı sıfatının üçüncü bir şahsa intikali talep hakkının temliki yoluyla olmayıp, ancak ayni hakkın intikali ile olacaktır. Tescil edilmemiş gerçek hak sahibi de tapu kütüğünde kayıtlı olmamasından dolayı hakkında tasarruf edemeyecektir. Bununla birlikte düzeltme davacısının ayni hakkında tasarruf edebileceği tek durumun ayni hakkının haksız yükler ile zarara uğramış bulunması olduğu belirtilmiştir. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 91.

tedir. Ancak rızası gereken eşin de rızası alınmadan yapılan işlem sonucu bu yolsuz tescilin düzeltilmesi davasını açıp açamayacağı tartışmalıdır[120].

Doktrinde Ayan, TMK md. 1025'in lafzi yorumundan yolsuz tescil sebebiyle ayni hakkı zarar görenlerin bu davayı açabileceği sonucu ortaya çıktığını, buna göre diğer eşin ayni hakkı zarar görmediğinden bu davayı açamayacağı, kural olarak bu yolsuz tescil nedeniyle ayni hakkı zedelenen eski malik olan eşin dava açabileceğini, ancak onun da diğer eşin rızasının bulunmaması sebebiyle geçersizlik iddiasını ancak TMK md. 2'ye aykırılık oluşturmadığı durumlarda dava hakkının olduğu görüşündedir[121].Gümüş, gerek izin vermeyen eş, gerekse aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş tarafından adına yolsuz tescil yapılan üçüncü kişiye karşı tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ile yolsuz tescilin düzeltilmesinin sağlanabileceği, bu şekilde yasal bir ayni talebin ayni hak sahibi olmayan eş tarafından istisnaî olarak ileri sürülebileceği görüşündedir[122]. Kılıçoğlu da, rızası alınmayan eşin aile konutuyla ilgili olarak tapuda yapılmış bir işlem varsa bunun iptalini talep ve dava edebileceğini belirtmiştir[123]. Serozan, aile konutunun devri için rızası alınmamış eşin yolsuz tescilin düzeltilmesi davasını TMK md. 194 kuralı sebebiyle sahip kılınacağından "dava yetkinliği" (dava takip yetkisine) kavramına dayanarak açabileceğini belirtmiştir[124].

---

[120] Karş. ÜSTÜNDAĞ, s. 87-88. Üstündağ, yolsuz tescilin düzeltilmesi davasında sadece yolsuz tescil ile doğrudan doğruya alâkalı olan şahısların değil, dolayısıyla ilgililerin de yolsuz tescil ile kendi ayni haklarında zarara uğramış olabileceklerinden bu davada davacı sıfatına sahip olabileceklerini, zira bir ayni hak haksız olarak tescil edilmemiş veya doğru tescil edilmemiş veya yolsuz olarak terkin olunmuşsa, yalnız kütük dışı gerçek hak sahipleri değil, aynı zamanda gerçek hak sahibinin hakkı üzerinde bir ayni hakka sahip olan şahısların da bir zarara uğramış olabileceklerini belirtmiştir (ÜSTÜNDAĞ, s.87).

[121] AYAN Serkan, **Evlilik Birliğinin Korunması**, Ankara, 2004, s. 105-106.

[122] GÜMÜŞ, s. 59, dipn. 127. Ayrıca bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 182.

[123] KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 61.

[124] SEROZAN, s. 285. Armutçuoğlu da konut üzerinde hak sahibi olmayan eşin rızası olmadan gerçekleşen işlemlere etkili bir şekilde müdahale edebilmek bu işlemin olası zararlı sonuçlarını giderebilmenin TMK md. 194'ün sağladığı korumanın bir gereği olduğu, yolsuz tescilin düzeltilmesi amacıyla dava açması gündeme gelecek olan kişinin bir ayni hakkı ihlâl edilmediği halde rızası alınmadan işlem yapılan diğer eş olacağı, bu noktada yolsuz tescilden hakkı tehlikeye düşen ve tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açan kişinin ayni hak sahibi olma prensibinin kırılmaya uğrayacağını belirterek, bu durumda Serozan'ın görüşüne katıldığını ifade etmiştir (ARMUTÇUOĞLU, s.428-429). Aynı yönde Dişel, rızası olmayan eşin kanuni dava yetkilisi olarak dava açabileceğini ifade etmiştir (DİŞEL Buse, **Dava Takip Yetkisi**, İstanbul, 2020, s. 274). Malik olmayan eşin dava görülürken taşınmazın üzerine konulmasını talep edebileceği şerh ise TMK md. 1010/I uyarınca çekişmeli hakları korunmasına ilişkin mahkeme kararıyla verilen tasarruf yetkisinin sınırlanmasına dair şerh olacaktır. Öte yandan bu dava ile birlikte taşınmaza aile konutu şerhinin konulması da mahkemeden talep edilebilecektir. Bkz. BADUR, s. 24.

Yargıtay 2. HD, 03.05.2005 tarih, E. 2005/ 2547, K. 2005/7234 sayılı kararında, TMK md. 194'ün amacının aile konutunun ve bu konutla ilgili kanuni hakları koruma altına almak olduğu vurgulayarak TMK md. 1023 düzenlemesinin şartlarının gerçekleşmediği ve rızası alınmayan eşin yolsuz tescilin düzeltilmesi ve aile konutu şerhinin verilmesine ilişkin dava açabileceği yönünde karar vermiştir[125].

Yargıtay 2.HD.19.04.2012 tarihli, E. 2011/15866, K. 201210228 sayılı, aile konutu üzerinde diğer eşin rızası alınmadan kooperatif lehine konulan ipoteğin kaldırılması talepli davaya ilişkin kararında[126] ipoteğin kaldırılması isteminin kayıt maliki olan davacının hak ve çıkarlarını etkileyebilecek nitelikte olduğundan rızası alınmayan eşin de dava hakkı olduğuna hükmetmiştir. Yine Yargıtay HGK 22.06.2016 tarihli, E. 2015/3615, K.2016/848 sayılı kararında[127], rızası alınmayan kadın eşe ipoteğin iptali ve taşınmaz üzerine aile konutu şerhi konulması talepli açılan davada yerel mahkeme kararının onanması yönünde karar vermiştir.

Kanaatimizce rızası alınmayan malik olmayan eşe yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ve bu davanın özel görünüm şekli olan ipoteğin iptali davası açma hakkı tanınmalıdır. Ancak burada aile konutuna malik olmayan rızası alınmayan eşin dava açma hakkı bakımından tereddüt uyandıran husus, TMK md.1025/I düzenlemesinin ifadesinin dar olması sebebiyle yalnızca gayrimenkulde bir ayni hak ileri sürebilen şahısların davanın tarafı olabilmeleridir. O halde bu açıdan ele alındığında tapu kütüğünün düzeltilmesinde menfaat ne kadar büyük olursa olsun ayni hakka sahip olmayanlar bu davayı açamayacaktır[128]. Bir başka ifade ile; malik olmayan ve fakat rızası alınma-

---

[125] Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

[126] Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

[127] İlgili karar şu şekildedir: "*somut olay ele alındığında, dava konusu taşınmazın tapu kaydında ipotek tesis edildiği tarihte aile konutu şerhi bulunmadığı açıktır. Ancak, ipotek alacaklısı banka taşınmazın bu niteliğini bilerek, ipotek tesisi sırasında taşınmaz maliki olmayan eşin (kadın) muvafakatini almıştır. Her ne kadar muvafakatnamedeki imza davacı kadına ait olmasa da ipotek tesisi için eşin rızasını alma yönünde girişimi olan bankanın taşınmazın aile konutu niteliğini bilmediği söylenemez. Dolayısıyla, muvafakat belgesindeki imzanın rızası gereken davacı eşe ait olup olmadığını araştırmadan aile konutu üzerine ipotek tesis ettiren ipotek alacaklısı bankanın TMK m. 1023 de düzenlenen tapuya güven ilkesinden yararlanması mümkün değildir. Nitekim aynı ilke HGK'nun 19.06.2015 gün ve 2015/2-528 E., 2015/1713 K.; 09.12.2015 gün ve 2014/2-593 E., 2015/2840 K. sayılı ilamlarında da benimsenmiştir. Somut olaya gelince; aile konutu niteliğinde duraksama bulunmayan taşınmaz için davacı kadının bilgi ve onamı dışında, TMK m. 194/1'e aykırı olarak ipotek tesis edilmesi nedeniyle, yerel mahkemece ipoteğin kaldırılması (TMK m. 194/3) kararı verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır...*" (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası)

[128] Bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 73.

dığı için geçersiz olan bir hukukî işlem dolayısıyla menfaati zarar uğrayan eşin bu davanın gerçek tarafı olmayacağı[129] sonucuna ulaşılacaktır. Oysa ki; bu ihtimal TMK md.194 düzenlemesinin amacına aykırılık oluşturacak ve hatta düzenlemeyi fiilen uygulanamaz hale getirmiş olacaktır. Kanaatimizce de bu davanın doktrinde dava takip yetkisinin bir türü olarak kabul edilen, dava yetkinliği (bağımsız dava yetkisi) ve dava yetkinliği kavramının da bir türü olan kanundan doğan dava yetkinliğine dayanılarak[130] -TMK md. 1025/I lafzı dışında- ayni hak sahibi olmayan, rızası alınmayan eş açılabil-

---

[129] Davada tarafın kim olduğunun belirlenmesi, davada taraf olarak gösterilenlerin dava takip yetkisine sahip olup olmadıkları, dolayısıyla davanın gerçek tarafı olup olmadıklarını tespit etmek bakımından önem arz etmektedir. Zira taraf yanlış gösterilmişse iradî taraf değişikliğine ihtiyaç bulunup bulunmadığı; ihtiyaç varsa bunun koşul ve sonuçları davada taraf kavramı bakımından kabul edilen teoriye göre değişecektir (TAŞ KORKMAZ, Hülya, Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi, İstanbul, 2021, s. 9-10).

[130] Dava yetkinliği Alman hukukunda kabul edilen bir kavramdır. Davacının kendi adına yabancı bir hakka ilişkin olarak dava açtığı durumlarda dava takip yetkisi kurumunun gündeme geldiği ve bu hallere özgü olarak da dava yetkinliğinin ortaya çıktığı belirtilmektedir. Başka bir ifadeile; hak sahibine dava takip yetkisinin tanındığı durumlarda ve üçüncü bir kişinin kendisine yabancı bir hakka ilişkin olarak kendi adına dava açtığı hallerde dava yetkinliğinden söz edilir. Dava takip yetkinliği kanundan doğan dava yetkinliği ve iradî dava yetkinliği olarak ikiye ayrılır. Kanundan doğan dava yetkinliği hakka yabancı olan kişiye dava takip yetkisinin kanun koyucu tarafından tanındığı hallerde söz konusu olur. Buna karşılık iradî dava yetkinliği, hak sahibi tarafından haktan bağımsız olarak dava takip yetkisinin devredilmesi olup, sadece varlığı tartışmalı ve istisnaî nitelikte bir kurumdur. Esasında iradî dava yetkinliği kurumunun maddi hukuktan bağımsız sadece usûl hukukuna yönelik bir yaptırım gücünün olup olmadığının da şüpheli olduğu kabul edilmektedir. İradi dava yetkinliğinin hak sahibinin üçüncü kişiye yetki vermesi, dava yetkinliğinin korunmaya değer bir menfaatinin bulunması ve dava takip yetkisinin devredilebilir olması şartlarının bulunması durumunda kabul edilebileceği ifade edilmektedir (SCHACK Haimo, "Prozessführung über fremde Rechte", **Festschrift für Walter Gerhard**, Köln, 2004, s. 868-869;. LEYENDECKER Benjamin E., "Der Widerruf einer (ausgeübten) gewillkürten Prozessstandschaft", **ZZP**, 122. Band, Heft 4, 2009, s.468 vd.; KOCH Harald,"Über die Entbehrlichkeit der "gewillkürten Prozessstandschaft"-Alternativen der Prozessführung durch Rechtsfremde", **JZ**, 39. Jahrgang, 18, 1984, s. 810 -811. Bu konuda bkz. ALANGOYA Yavuz, "Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1969, C.3, S.5; s.135 vd. PEKCANITEZ Hakan/TAŞ KORKMAZ Hülya, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, İstanbul, 2017, s. 596 vd.; PEKCANITEZ Hakan/TAŞ KORKMAZ Hülya, "Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Sıfat ve Dava Takip Yetkisi Kavramlarının Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan**, İstanbul, 2021, s. 934 vd.; TAŞ KORKMAZ, Gerçek Taraf, s. 44 vd. DEREN-YILDIRIM Nevhis, **Türk- İsviçre ve Alman Medenî Usûl Hukukunda Kesin Hükmün Subjektif Sınırları (Kesin Hükmün 3.Kişilere Sirayeti Sorunu)**, İstanbul, 1996; s.27 vd.; ALANGOYA Yavuz/YILDIRIM M. Kâmil/DEREN-YILDIRIM Nevhis, **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, 8. Tıpkı Bası, İstanbul, 2011, s. 118; TANRIVER Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, C.I, Ankara, 2020, s. 524 vd.; TAŞ KORKMAZ Hülya, **Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği**, Ankara, 2014, s. 80 vd.; KALE Serdar **Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti**, İstanbul, 2010, s. 26 vd. Türk Hukukunda genel olarak iradî dava yetkinliği kurumu kabul edilmemekle birlikte şartlarının oluşması halinde kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler mevcuttur. Bkz. DEREN-YILDIRIM, s. 36; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s.120; KALE, s. 26-27.

melidir. Zira kanun koyucunun hakka ve ihtilaflı hukukî ilişkiye yabancı bir kişinin dava takip yetkisi tanınması Türk hukukuna yabancı değildir[131]. Malik olmayan ve rızası alınmayan eş, bir başka deyişle kanuni dava yetkini, TMK md.194 düzenlemesinin amaç ve kapsamı doğrultusunda korunmaya değer hukukî koruma ihtiyacı doğrultusunda kendi adına hukukî koruma talep edecek, şekli taraf teorisinin kabulünün sonucu olarak davanın gerçek tarafı[132,133] olacaktır. Bununla birlikte malik olmayan rızası alınmayan eşin davanın gerçek tarafı kabul edilmesi onun taraf olduğu davada talep edilen hakkın sahibi veya yükümlüsü olduğu anlamına gelmeyecektir[134]. Ancak burada kanaatimizce şu şekilde bir tespit yapılabilir: Malik olmayan ve rızası alınmayan eşin yolsuz tescile ilişkin dava açabileceğini, bir başka ifade ile; davanın gerçek tarafı olmasını, dava takip yetkisinin bir türü olan kanuni dava yetkinliği kavramına dayanarak açıklamaya çalıştık. Esasında TMK md. 194'de açık olarak rızası alınmayan eşin yolsuz tapu tescilinin düzeltilmesi davasını açabileceği düzenlememiş olduğundan kanunun lafzına bakıldığında kanundan doğan bir dava takip yetkinliğinin[135] bulunduğu sonucuna ulaşılamamaktadır. Aynı zamanda burada dava takip yetkinliğinin ikinci türü olan iradî dava yetkinliği de söz konusu olmayacaktır. Zira haktan bağımsız

---

[131] PEKCANITEZ/TAŞ KORKMAZ, s. 598; DİŞEL, s. 64 vd.

[132] TAŞ KORKMAZ, Gerçek Taraf, s. 66.

[133] Doktrinde Alangoya, dava takip yetkisinin kime ait olduğunun farklı amaçları olan hukukî esaslara göre tayin edildiğinin, her duruma uyan tek bir ölçüye varmanın zor göründüğünü, kimlerin dava takip yetkisine sahip olduğunun muhtelif kategorilere ayrılarak incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir (ALANGOYA, s. 139).

[134] Bkz. PEKCANITEZ / TAŞ KORKMAZ, s. 600 -601; TAŞ KORKMAZ, s. 87; ALANGOYA/YILDIRIM/ DEREN YILDIRIM, s. 119; DEREN YILDIRIM, s. 28; TANRIVER, s. 526-527. Ayrıca dava yetkini de ihtilaflı hukukî ilişkide kendisinin hak sahibi veya yükümlü olduğu iddiasında değildir. Örneğin; borçluya ait bir taşınmazın borçlu adına tescili için dava açma yetkisini alan takip alacaklısı bu konuda açacağı davada davacı olarak yer alır. Ancak bu, dava konusu taşınmazın kanuni dava yetkini olan davacıya ait olduğu ve bu sebeple kanuni dava yetkini olan davacı adına tescil edileceği anlamına gelmez. Bu durumda dava açan kanuni dava takip yetkini borçlunun dava konusu taşınmazın maliki olduğunu ispat ederek taşınmazın borçlu adına tapu siciline kaydını talep edecektir (İİK md. 94/III). Bkz. PEKCANITEZ/TAŞ KORKMAZ, s. 938-939. Ayrıca sıfat kavramı ve dava takip yetkisi arasındaki farklar ile Yargıtay'ın birçok kararında sıfat ve husumet kavramlarının özdeş kullandığı, bu sonucu olarak taraf sıfatı veya sıfat terimlerinin dava takip yetkisi yerine kullanıldığı, bazı kararlarında ise husumet teriminin taraf ehliyeti veya dava ehliyeti anlamında kullanıldığı, bu durumun davanın gerçek tarafının kim olduğuna ilişkin sorun yaratacağına ilişkin değerlendirmeler için bkz. PEKCANITEZ/TAŞ KORKMAZ, s. 942 vd.

[135] Doktrinde Dişel, kanuni dava takip yetkisini Türk hukukunda birkaç düzenleme dışında yoruma gerek kalmayacak şekilde açık düzenleyen kanun hükmü bulunmadığını, aslında bir kanun hükmünün başkasının hakkını dava takip yetkisi öngördüğü sonucuna çoğu zaman ilgili kanun hükmünün yorumlanması yoluyla varıldığını ifade etmiştir (DİŞEL, s.104).

olarak ayni hakkı zedelenen hak sahibi eş tarafından malik olmayan rızası alınmayan eşe devri, ona yetki vermesi söz konusu değildir. Sadece rızası alınmayan eşin TMK md.194 düzenlemesinin amacı doğrultusunda korunmaya değer üstün bir yararı mevcuttur. Bu doğrultuda Yargıtay'ın hak ile ilişkisi olmayan bazı kişilere "*hukukî yararı*" olduğu gerekçesiyle hak sahibinin izni olmadan dava takip yetkisi tanıdığı yönündeki kararları[136] düşünülebilir. Bu hallerde davacı dava konusunu teşkil eden hakkın sahibi olduğunu iddia etmemektedir[137]. Doktrinde Alangoya tarafından Yargıtay'ın söz konusu kararlar ile, hak sahibinin hakkını devretmeksizin sadece dava takip yetkisini devretmesi durumundan bir adım daha ileri giderek hakka yabancı olan kişinin himâyeye lâyık bir yararının bulunması halinde ona dava takip yetkisinin tanındığını, bu durumun Türk hukuku bakımından dava takip yetkisinin kazaî yoldan tanındığı hâl olarak nitelendirilebileceğini belirtilmiştir[138]. Buna göre olan hukuk bakımından rızası alınmayan eşe dava takip yetkisinin tanınmasının kazaî yoldan olduğu düşünülebilirse[139] de TMK md 194 ile düzenlenen aile konutu kavramının önemi, hükmün koruduğu amaç ve özellikle de emredici niteliği dikkate alındığında- bu yönde açık kanuni düzenleme bulunmasa da- kanaatimizce maddenin amaçsal yorumu kanuni dava yetkinliği kavramına cevaz vermektedir[140].

O halde açık rızası alınmayan eş İİK md. 150, c.3 hükmü uyarınca menfi tespit davası niteliğinde ipoteğin iptali[141,142] davası açarak ipoteğe ilişkin

---

[136] Örneğin, 11.02.1959 tarihli, 14/13 sayılı (RG: 05.06. 1959, S. 10223) aleyhine geçit hakkı tesisi istenen taşınmaz mal tapuda kayıtlı değilse lehine geçit hakkı tesis edilecek taşınmaz malikinin komşu arazinin tapuya kaydı için dava açabilmesi kabul edilmektedir. Yarg. HGK 10.01.1968 tarihli, E. 966/8-1083, K.8 sayılı kararında gayrimenkulün ¼ hissesine sahip olan bir kimsenin diğer ¾ hissenin diğer müşterek malik adına tapuya tescil edebileceğini kabul etmiştir. Bkz. PEKCANITEZ/TAŞ KORKMAZ, Pekcanıtez Usûl, s. 599, dipn. 136-137; TAŞ KORKMAZ, s 63.

[137] Bkz. ALANGOYA, s. 136.

[138] Bkz. ALANGOYA, s.140.

[139] Doktrinde Dişel bu kategoriyi mahkeme kararıyla tanınan dava takip yetkisi olarak değerlendirmiştir. Bkz. DİŞEL, s. 351 vd.

[140] Tartışmaları ve uygulamadaki tereddütleri gidermek amacıyla söz konusu düzenlemeye açık hüküm eklenmesinin yerinde olacağı yönünde bkz. DİŞEL, s. 274.

[141] İİK md. 150'ye göre ipoteğin iptali hakkında dava açılması halinde İİK md. 72 hükümlerinin kıyasen uygulanacaktır. Doktrinde bu davanın niteliği itibarıyla menfi tespit davası olduğu belirtilmiştir. Bkz. POSTACIOĞLU, s. 577; KURU, El Kitabı, s. 1003; ÜSTÜNDAĞ, s. 324, dipn. 62; PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 317-318; BUDAK, s. 208-209; DEYNEKLİ, s. 131; TUNÇ YÜCEL, s. 1174-1175; AKKAYA, s. 175.Ayrıca bkz. ÖZBAY, İpotek, s. 408 vd.

yolsuz tescilin terkinini talep edebilecektir[143]. Bu davayı kanundan doğan dava yetkinliği uyarınca kendi adına açabilecektir. Ancak ipoteğin iptali hakkında dava açıldığında İİK md. 72 düzenlemelerinin kıyasen uygulanmasının hangi ölçüde olacağı hususu tartışmalıdır. Doktrinde ağırlıklı görüş, İİK md.72 hükümlerinin bir bütün olarak uygulanabileceği, icra takibinden önce ipoteğin iptali davası açılmışsa mahkemenin teminat karşılığında, yani alacaklının muhtemel zararlarını karşılamak için alacağın yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere bir teminat yatırarak takibi durdurabileceği yönündedir[144]. Doktrinde yer alan bir diğer görüş ise, İİK md. 72 hükümleri ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe ancak kıyasen uygulanabileceğinden menfi tespit davasında takibin durdurulması talebinin dikkate alınabilmesi için yatırılması gereken teminat bakımından haciz yolu ile takip ile ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takip arasında ayrım yapılması gerektiği, buna göre menfi tespit davası açan borçlunun ipotek değeri yeterliyse en az yüzde onbeş teminat yatırmak zorunda olmadığı yönündedir[145]. Buna her iki görüş açısından temel farklılık açık rızası alınmayan eşin İİK md 150 c.3'e göre ipoteğin iptali davası açması durumunda takibin durdurulması yönünde tedbir kararı talep ederken teminat yatırıp yatırmaması noktasında olacaktır. Doktrindeki ağırlık görüş uyarınca rızası alınmadan ipoteğin iptali davası açan eşin ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takip talebinden önce alacağın yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere teminat karşılığında ihtiyati tedbir suretiyle takibi durdurma imkânı olabilecektir (İİK md. 72/II). Bununla birlikte ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takipten sonra ipoteğin iptali davası açılması durumunda yüzde onbeş teminat yatırılarak sadece icra veznesindeki ipotekli aile konutu bedelinin alacaklıya ödenmesi önlenebilecektir (İİK md. 72/III). Dolayısıyla rızası alınmadan ipoteğin iptali davası açan eş aile konutunun satılmasına bu kapsamda engel olamayacaktır.

Yargıtay 2.HD, 01.06.2021 tarihli, E. 2021/710, K. 2021/4225 sayılı kararında, malik olmayan eşin aile konutunda ayni bir hakkı olmadığını, şahsi

---

[142] İpoteğin iptali davası; ipoteğin baştan itibaren yolsuz olduğu, ipoteğin temin ettiği alacağın kanuna, ahlâka ve adaba aykırılık nedeniyle batıl olduğu, ipoteğin kanunun emredici hükümlerine aykırı olarak kurulduğu, vekâleten kurulan ipotekte vekâletin sahte veya yetersiz olduğu nedenlerine dayanabilir (DEYNEKLİ, s. 131-132).

[143] Bkz. ÖZBAY, İpotek, s. 429-430.

[144] POSTACIOĞLU, s. 577; KURU Baki, **İcra ve İflâs Hukukunda Menfî Tespit ve İstirdat Davası**, Ankara, 2003, s. 208 vd.; DEYNEKLİ, s. 163; TUNÇ YÜCEL Müjgan, **Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi**, İstanbul, 2010; s. 262-263.

[145] BUDAK, s. 209-210.

bir hakkı olduğunu, bu hakkın taşınmazın parasal değerinin taşınmazı devralan üçüncü kişiden istemeyi içermediğini ancak ipotek tesisine ilişkin sözleşmenin hükümsüzlüğünün kanıtlanması halinde ipoteğin kaldırılmasına karar verilebileceğini, somut olayda taşınmazın dava dışı üçüncü şahsa devredilmesi üzerine davanın konusuz kaldığı ve dava konusu taşınmazın değerinin davalılardan tahsili konusunda ıslah dilekçesi sunduğu ve fakat TMKmd.194'ün malik olmayan eşin barınma hakkını koruduğu dikkate alındığında, davacı kadının dava konusu taşınmazın değerini talep etme hakkının bulunmadığına karar vermiştir. Kanaatimizce söz konusu karar, temelde malik olmayan eşin aile konutunda ayni bir hakkı olmadığı, şahsi bir hakkı olduğu, bu hakkın taşınmazın parasal değerinin taşınmazı devralan üçüncü kişiden istemeyi içermediği gerekçesine dayandığı için isabetli değildir. Açıklamaya çalıştığımız üzere malik olmayan ve aile konutu üzerinde rızası alınmadan ipotek tesis edilen eşin ipoteğin iptaline ilişkin dava hakkı kanundan doğan bir dava yetkinliğine dayanmakta ve malik olmayan rızası alınmayan eş davayı kendi adına açmaktadır.

Değerlendirilmesi gereken bir başka husus; malik eşin diğer eşin açık rızasını almadan aile konutu üzerinde alacaklı lehine ipotek tesis etmesi, daha sonra ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte bulunulması halinde ipoteğin iptali davası açmasının dürüstlük kuralı ve buna bağlı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında olup olmadığıdır. Kanaatimizce böyle bir durumda öncelikle hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı yönünden somut olayın şartları araştırılmalıdır. Ancak bazı unsurlar hakkın kötüye kullanıldığı yönünde önemli işaret teşkil edebilecektir. Örneğin; eşlerin birlikte hareket ederek aile konutu üzerinde ipotek tesis edip, daha sonra üçüncü kişiyi aldatmak amacıyla diğer eşin açık rızasının bulunmadığı gerekçesiyle malik eşin ipoteğin iptali davası açması hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edecektir[146]. Nitekim dürüstlük kuralı ve buna bağlı hakkın kötüye kullanılması yasağının bir genel hukuk ilkesi olarak Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku'nda[147] da uygulama alanı bulacağı kuşkusuz olup[148] hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır.[149]

---

[146] Bkz. ÖZBAY, İpotek, s. 430-431. Ayrıca karş. ÜSTÜNDAĞ, s.51.

[147] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN, Ramazan, Medeni Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara, 1989, s. 134 vd. Anayasa'nın temel haklarla ilgili kötüye kullanım yasağının icra hukukunda yansımasının görülmesi mümkün olup, kötüye kullanım ile ilgili yaptırımların kanunla düzenleneceği kuralının örnekleri İcra ve İflâs Kanunu'nda fazlaca mevcuttur. İtirazın iptali davasında, itirazın kesin ya da geçici kaldırılmasında, menfi tespit davasında bu husustaki örnekleri görmek mümkündür. Nitekim takip yapmak, dava açmak, hukukî yollara

B. Aile Konutu Şerhinin İşlevi ve İpotek Tesisi Bakımından Geçersizliğin Üçüncü Kişilere Etkisinin Değerlendirilmesi

a. Şerhin İşlevi

Doktrinde aile konutu şerhinin işlevinin açıklayıcı nitelikte olduğu kabul edilmektedir[150]. Buna göre şerhin hukukî sonucunun malik olmayan eşin rızası olmadan yapılacak tasarruf işleminden sonra bu taşınmazda yolsuz tescile dayanarak hak kazanmak isteyen üçüncü kişilerin iyi niyetini kaldırarak TMK md.1023'den yararlanmalarını önleyeceği belirtilmektedir. Dolayısıyla aile konutu üzerinde işlem yapan kişi iyiniyetli olsa bile TMK md.1023 anlamında ayni hak kazanamayacaktır. Bu hükümde düzenlenen tapu siciline güven ilkesinin uygulanması görünürdeki tescil ile gerçek hak sahibinin birbirine uymaması halinde söz konusu olacaktır. Oysa burada tasarruf işlemi olmadan yapılan tescil işlemi kesin hükümsüzdür. Yapılan şerh ile kanun gereği doğmuş bulunan tasarruf yetkisi kısıtlaması alenî hale getirilmiş olmaktadır.

6518 sayılı Kanun'un 44. maddesi ile 2014 yılında TMK md. 194/III hükmünde malik olmayan eşin aile konutu şerhi verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebileceği yönünde değişiklik yapılmıştır. Bu gelişmeye uyum sağlamak, uygulamada yaşanan sorunları gidermek ve durumu açıklığa kavuşturma amacıyla aile konutu şerhine ilişkin usûl 2014 tarihli 1756 sayılı (2014/4) Genelge ile yeniden düzenlenmiştir. Genelgenin A4/Ç maddesi "...

---

başvurmak hak arama özgürlüğünün, hukukî korunma talebinin bir gereği olmakla birlikte bu temel hakkın somut olarak kötüye kullanımı yaptırıma bağlanmıştır (ÖZEKES, s. 51).

148 OĞUZMAN M. Kemal/ BARLAS Nami, **Medenî Hukuk, Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar**, İstanbul 2021, s. 246.

149 ARSLAN, Dürüstlük, s. 27 vd.

150 OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 293; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 183, NOMER /ERGÜNE, s. 166; ŞIPKA, s.147; s. 160; BARLAS, s. 125-126; ÇAPRİ, s. 409; GENÇ ARICI, s. 136-137; DOĞAN, s. 294; SERDAR, s.608. Doktrinde Barlas, eşle işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyeti zaten korunuyorsa onun iyiniyet iddiasını bertaraf etme amacına yönelik olarak tapu kütüğüne aile konutu şerhi koydurmaya ihtiyacın kalmayacağını şerh konulduğunda şerhin bu noktada fonksiyonun bulunmayacağını, buna karşılık şerhin diğer eşin izin veya icazet tarzında rızası alınmadığı için geçersiz olan tasarruf işlemi sonucunda tapu kütüğünde oluşan yolsuz tescili nazara alarak hareket edecek bir başka şahsın iddiasını önleme noktasında önem taşıyacağı belirtilmiştir (BARLAS, s.126). Bu şerh gerçek olmayan bir tasarruf sınırlaması olarak değerlendirilmektedir (DURAL/ÖĞUZ/GÜMÜŞ, s. 183). Doktrinde Hatemi, gerçek anlamda bir şerh değil, beyan olduğunu belirtmiştir (Hatemi, s. 85). Doktrinde bir başka görüş, şerhin malik olan eşle işlem yapan kişilerin iyiniyet iddiasını TMK md. 1023'e dayanarak bertaraf ettiği yönündedir (KILIÇOĞLU, s. 58-59; KAMACI, s. 132). Ayrıca bkz. Gümüş, s. 59 vd. Gümüş, şerhin üçüncü kişinin iyiniyetini bertaraf etmesinden çok tapu kütüğünü kilitleme işlevi yüklendiğini ifade etmiştir (GÜMÜŞ, s. 62).

ipotek vb kısıt bulunan taşınmazlarda, aile konutu şerhini talep eden kişinin taşınmaz üzerindeki şerhlerin/ipoteğin varlığını kabul etmesi durumunda aile konutu şerhinin konulacağı" şeklindedir.

Aile konutu devam ettiği sürece taşınmaz üzerine şerh verilmesi mümkündür. Şerh verilmesini talep etme şarta ve süreye bağlanmamıştır. Aile konutunun maliki olan eş taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi bulunsa da bulunmasa da ipotek kuracaksa diğer eşin rızasını almalıdır. Ayrıca taşınmaz üzerinde ipotek bulunması aile konutu şerhi konulmasına engel değildir[151]. Ancak söz konusu Genelgeye göre diğer eş taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi verilmesini talep ettiğinde rızası olmadan kurulan bu ipoteği kabul etmiş olacaktır, bir anlamda bu işleme icâzet vermiş sayılacaktır. Ancak bu düzenleme doktrinde eleştirilmekte; taşınmaz üzerine şerh verilmesini eşin rızası olmayan bir ipotek işlemine bağlayarak zorla icazet verilmesinin hukuka uygun olmadığı belirtilmektedir[152]. Kanaatimizce de eş aile konutu şerhini koydurmak için mevcut olan ipoteği kabul etse dahi bu durum alacaklı lehine konulmuş olan ipoteğe rıza verildiği anlamına gelmemelidir. Zira aksi yönde kabulün kanunun amacına aykırılık teşkil etmesi bir yana yukarıda da belirttiğimiz üzere rızanın her somut olay bakımından ayrı ele alınması ve açık olması gerekliliğine de aykırılık teşkil edecektir. Nitekim Yargıtay 2.HD.'nin 22.09.2021 tarihli, E. 2021/5337, K.2021/6414 K. sayılı kararında[153] öncelikle TMK md.194 hükmünün emredici niteliği, aile konutu şerhinin açıklayıcı işlevi belirtilmiş ve rızanın belirli bir işlem için verilebileceği vurgulanmıştır.

---

[151] Bkz. Yarg. 2.HD'nin 15.12.2014 tarihli, E. 2014/26288, K. 2014/25775 sayılı kararı (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

[152] SERDAR, s. 609-610.

[153] Belirtilen karar şu şekildedir: *"... Sınırlandırma, aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirilmiştir. Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmese bile o konut aile konutu konut aile konutu özelliğini taşır. Zira dava konusu taşınmaz şerh konulmasa da aile konutudur. Eş söyleyişle şerh konulduğu için aile konutu olmamakta, aksine aile konutu olduğu için şerh konulabilmektedir. Bu nedenle aile konutu şerhi konulduğunda, konulan şerh "Kurucu" değil "Açıklayıcı" şerh özelliğini taşımaktadır. Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, "Emredici" niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak "Belirli olan" bir işlem için verilebilir. Türk Medeni Kanunu'nun 193. maddesi hükmü ile eşlerin birbirleri ve üçüncü kişilerle olan hukukî işlemlerinde özgürlük alanı tanınmış olmakla birlikte Türk Medeni Kanunu'nun 194. madde hükmü ile eşlerin aile konutu ile ilgili bazı hukuksal işlemlerini diğer eşin rızasına bağlı olduğu kuralı getirilerek, eşlerin hukukî işlem özgürlüğü, "Aile birliğinin korunması" amacıyla sınırlandırılmıştır..."* (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

Ayrıca anılan Genelgede, 5. Aile Konutu Şerhinin Hukukî Sonucu, 7. Bildirimde (B)ulunma başlığı altında, *aile konutu şerhi bulunan taşınmaza haciz, tedbir vb işlenmesi durumunda işlem sonucundan lehine aile konutu şerhi verilen eşe bildirimde bulunulması* düzenlenmiştir. O halde bu bildirimin sadece üzerinde aile konutu şerhi bulunan taşınmazlara ilişkin yapılacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Oysa ki; belirtildiği üzere şerhin etkisi kurucu değildir. Malik olmayan eşin söz konusu hacizden her durumda haberdar edilmesi, telafisi mümkün olmayan hak kayıplarının engellenmesi açısından önemlidir. Zira aile konutu kavramı emredici bir düzenleme olan TMK md. 194'ün sonucu olup, aile konutu şerhinden bağımsızdır. Dolayısıyla md. İİK md. 103'de değişiklik yapılarak borçlu olmayan eşe de haciz tutanağının gönderilmesi sağlanmalıdır[154].

b. İpotek Tesisi Bakımından Geçersizliğin Üçüncü Kişilere Etkisi

aa. Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

Yargıtay uygulamasında aile konutu şerhi ve iyiniyetli kişilerin eşin rızası alınmaksızın yapılan tasarruflarında iyiniyetli kazanımların korunmasına ilişkin Yargıtay HGK tarafından verilen 04.10.2006 tarihli, E. 2006/2-591, K. 2006/624 ve buna karşılık içtihat değişikliği yaratan Yargıtay HGK'nun 15.04.2015, E. 2013/2, K. 2015/1201 kararları önem arz etmektedir. Yargıtay HGK'nun 04.10.2006 tarihli kararına konu olan olay, tapu iptal tescil ve aile konutu şerhi verilmesine ilişkindir[155]. Anılan kararda aile konu-

---

[154] Bu konuda bkz.II.A.

[155] "*4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi III. fıkrası hükmü ile rıza alınmadan yapılacak işlemleri önleyebilmek amacıyla tapu kütüğüne şerh verilmesi olanağı getirilmiştir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, anılan madde ile tapuya güven ilkesine bir istisna getirilmiş değildir. (KILIÇOĞLU, s. 20).Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin ayni hak kazanımı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü ile korunmuştur. Şerhin etkisi ise eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyiniyetine rağmen geçersiz sayılacağına yöneliktir. Bu sebeple, yerel mahkemenin tasarruf yetkisi sınırlamasının şerh ile doğacağı; eş söyleyişle, şerhin bir "kurucu şerh" olduğuna ve işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının aranmasına gerek kalmaksızın kazanımının korunması gerekeceğine ilişkin belirlemesi yerinde değildir. Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi, tapuya güven ilkesini öngörmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi III. fıkrası ise, tapuya güven ilkesinin aynen sürdürülmekte olduğunun bir ifadesidir. (KILIÇOĞLU, s. 20) Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında; dava konusu taşınmazın eşler tarafından kendilerine aile konutu olarak özgülendiği tartışmasızdır. İşlem tarafı olan davalılar Harun ve Hadi'nin taşınmazı satın alırken bu yerin aile konutu olduğunu ve davacı malik olmayan eşin satışa rızasının bulunmadığını bildikleri de kuşku ve duraksamadan uzaktır. Şu hale göre, tapu-*

tuna ilişkin sınırlamaların tapu siciline güven ilkesini bertaraf etmediği görülmektedir. Zira burada tapu sicilinde aile şerhinin bulunmamasının işlevinin, hem işlemin tarafı olan üçüncü kişinin taşınmazın aile konutu olduğunu, hem de gerçekleştirilen işlemde diğer eşin rızasının bulunmadığını bilmemesi olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte anılan kararda üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı yönündeki iddianın ispatının TMK md. 3 çerçevesinde rızası alınmayan eşe ait olacağı belirtilmiştir. Söz konusu karardan sonra Yargıtay uygulaması -Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.04.2015 tarihli kararına kadar -bu yönde devam etmiştir.

Yargıtay HGK'nun 15.04.2015, E. 2013/2, K. 2015/1201 sayılı[156] aile konutu üzerinde ipoteğin kaldırılmasına ilişkin kararında, "... *Her ne kadar ipotek doğrudan doğruya aile konutundan faydalanma ve oturma hakkını engellemiyorsa da, hak sahibi eşin kötü niyetli ve muvazaalı işlemleri ile aile konutunun elden çıkarılma tehlikesi nedeniyle ipotek işlemine diğer eşin açık rızası şarttır. Somut olayda, davalı eş dava konusu aile konutu üzerinde diğer davalı banka lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davalı banka tarafından davacı eşin açık rızası alınmamıştır. Yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde ipotek işleminin, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediye teminat teşkil etmek üzere kurulmuş bulunmasının da önemi bulunmamaktadır. Bu durumda, TMK'nın 194/1 maddesi eşin açık rızasını aradığından, yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkânsızdır. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce; ipotek işleminin kurulmasına neden olan, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediden ve dolayısıyla da ipotek işleminden davacı eşin haberdar olmadığını kabul etmenin hayatın olağan akışına aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de yukarıda açıklanan nedenlerle bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir*." ibarelerine yer verilmiştir. Ayrıca anılan kararda aile konutu şerhi

ya güven ilkesini esas alan Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi koşulları da işlem tarafı olan üçüncü kişiler yönünden gerçekleşmemiştir." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Söz konusu karar ile aynı doğrultuda, yani şerh verilmemişse eşlerden birinin diğer eşin açık rızasının bulunmadığı durumda aile konutunun iyiniyetli bir kimseye devri veya onun lehine sınırlı bir aynî hak tesis ederse bu kimsenin iktisabının korunacağı yönünde bkz. NOMER/ERGÜNE, s. 166-167; KILIÇOĞLU, s. 58 vd.; KAMACI, s. 132; AYAN, s. 103. Buna karşılık şerhin etkisinin salt aile konutu üzerinde işlem tarafı olmayan iyiniyetli üçüncü kişilerin aile konutunun maliki ile işlem yapan kişi adına yapılan tescilin yolsuzluğuna ilişkin iyiniyeti bertaraf etmekten ibaret olduğunu kanaatimizce de haklı olarak savunan görüşe ilişkin bkz. DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 183. Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. ŞIPKA, s. 155 vd.

[156] Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırıldığı, sınırlandırmanın aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirildiği, bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmese bile o konutun aile konutu özelliğini taşıyacağı, TMK md.194 hükmü ile getirilen sınırlandırmanın emredici nitelikte olduğu, dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamayacağı ve açık rızanın ancak *"belirli olan"* bir işlem için verilebileceği belirtilerek konunun tartışmalı noktalarında görüş bildirildiği görülmektedir[157]. Bu karar sonrasında da TMK md.2 çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması durumu söz konusu olmadıkça eşin geçerli rızası alınmadan yapılan tasarruf işlemleri geçersiz sayılmış[158], Yargıtay[159] şerhin yokluğuna dayanarak TMK md. 1023 düzenlemesinden yararlanılamayacağına karar vermiştir[160].

Nitekim söz konusu içtihat değişikliğine Anayasa Mahkemesi, Melahat Karkin Başvurusuna[161] ilişkin kararında yer vermiştir. Anılan kararda başvurucu tarafından söz konusu konutun aile konutu niteliği taşıdığı, konutta çocukları ile birlikte ikamet etmekte olduğu, aile konutu üzerinde bilgi ve rızası olmadan eşi tarafından banka lehine ipotek tesis ettirildiği, söz konusu taşınmazın aile konutu niteliğini taşıdığını, durumun basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü bulunan banka tarafından bilindiğini, zira ipoteğin tesisi aşamasında ilgili banka bünyesinde bulunan uzmanlarca kıymet takdirine ilişkin rapor tanzim edildiği, TMK md. 194 düzenlemesinin iyi niyetin

---

[157] Söz konusu kararlara ilişkin değerlendirmeler için bkz. BADUR, s. 25 vd; KARABAĞ BULUT, s. 75-76.

[158] Bkz. ŞIPKA, Hukukî İşlem Özgürlüğü, s. 53.

[159] *"Taşınmazın tapu kütüğünde konutla ilgili bir şerh bulunmasa bile, bu konut üzerinde lehine ipotek tesis edilen şirket, konutun aile konutu olduğunu biliyor veya bilebilecek durumda ise, şerhin yokluğuna dayanarak iyiniyet iddiasında bulunamaz ve Türk Medeni Kanunun 1023. maddesinden yararlanamaz. Davalı şirket, ticaret şirketi olup, tacirdir. Her tacir, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli hareket etmekle yükümlüdür. (6102 s TTK m. 18/2) Bu yükümlülüğü, alacağına teminat olarak gösterilen taşınmazın fiili ve hukukî durumunu araştırmayı da içerir. Bu özeni göstermemişse, iyiniyet iddiasında bulunamaz. (TMK m. 3/2) Kendisinden beklenen özeni göstermeyenin kötü niyetinin, diğer tarafça ispatı da gerekmez. (14.2.1951 tarihli ve 17/1 sayılı İçt. Bir. Kararı)*"(Yarg. 2.HD, T. 30.09.2021, E. 2021/4465, K. 2021/6694 sayılı kararı, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

[160] Doktrinde Şıpka, şerh olanağının sadece, işlemin karşı tarafından yolsuz tescile güvenerek bir ayni hak kazanan üçüncü kişilerin bu kazanımlarını (TMK md. 1023) engellemek için getirildiğinin kabul edilmesi gerektiğini, bu sonucun 194. maddedeki "normun koruma amacına" en uygun olan çözüm olduğunu belirtmiştir (ŞIPKA, s. 160).

[161] Başvuru Numarası: 2014/ 17751, RG T. 30.11.2016, S: 29904.

korunması ile ailenin korunması arasında tercih yaparken ailenin korunmasına öncelik verdiğini belirterek ipoteğin kaldırılması talebiyle dava açmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi belirtilen kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15.04.2015 tarihli ve E. 2013/2-2056, K. 2015/1201 sayılı kararı ile yeni bir uygulamaya geçildiği, buna göre aile konutunun maliki olan eşin aile konutu üzerinde diğer eşin açık rızasının bulunduğunun ispatlanmasının gerekli olduğu yaklaşımının benimsendiğinin anlaşıldığı, bu doğrultuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 15.04.2015 tarihinden sonraki kararlarında TMK md. 194 hükmü ile eşlerin fiil ehliyetine getirilen sınırlamanın aile konutu şerhi konulması ya da konulmaması koşuluna bağlanmadığı, işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmamasının da herhangi bir öneminin olmadığı yolundaki görüşün kabul edildiği ve fakat somut olayda içtihat değişikliğinin gerçekleştirildiği 15.04.2015 tarihinden önce nihaî kararın verilmiş olduğu, aile konutuna ilişkin mevzuat hükümlerinin yanı sıra o tarihte Yargıtay tarafından kabul edilen *"iyiniyet"* hükümlerine dair açıklamalar uyarınca uyuşmazlığın ele alınarak sonuçlandırıldığı, uyuşmazlıkta başvurucunun eşinin ticari faaliyeti dolayısıyla söz konusu aile konutu üzerinde ipotek tesis etmek suretiyle aynı bankadan farklı tarihlerde üç kez kredi kullanmış olduğu, borcun ödenmemesi sebebiyle taşınmazın cebri icra yoluyla satıldığı, davalı bankanın kazanımının iyiniyetli olup, aksinin kanıtlanamadığı gerekçesi ile davanın reddedildiği, söz konusu yargılamada tarafların katılım haklarına uygun şekilde iddia, savunma ve delillerin değerlendirildiği, takdirin gerekçelerinin ayrıntılı şekilde ortaya konulduğu, gerekçeleri ile aile hayatına saygı yönünden yargısal makamların takdir yetkilerinin sınırının aşıldığına ilişkin bir bulguya rastlanmadığına karar vermiştir. O halde anılan Anayasa Mahkemesi kararının başvurucunun reddine ilişkin gerekçesinin 15.04.2015 tarihi öncesinde Yargıtay kararlarında aile konutu şerhinin işlevine ilişkin görüş doğrultusunda olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Yine Yargıtay HGK, 13.12.2017 tarihli, E. 2017/2-2906, K. 2017/1[162], sayılı kararında, davacı eşin aile konutu üzerinde ipotek tesisi işlemine rıza

[162] Bu karar ile evliliğin boşanma, iptal kararı ya da ölümle sona ermesi hallerinde TMK md. 194 hükmünün aile konutuna sağladığı korumanın da sona erdiği ve daha önce eşin rızası olmadan yapılan tasarruf işleminin yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanacağına hükmettiği Yarg. HGK'nun E-2017/2-1609, K. 2017/965, T.24.05.2017 tarihli bozma kararı kaldırılmış ve direnme kararı uygun bulunmuştur. Söz konusu 24.05.2017 tarihli, karar doktrinde kanaatimizce de yerinde olarak eleştirilmiş, aksi yöndeki kabulün, yani derdest tapu sicilinin düzeltilmesi davasının konusuz kalacağı sonucunun hak ihlâllerine sebebiyet vererek sağ kalan eşi koru-

göstermediğini belirtilerek, ortada geçersizliği bulunan bir ipoteğin bulunduğunu, evliliğin ölümle birlikte sona ermekle davanın konusuz kaldığını söylemenin mümkün olmayacağını, aksinin kabulü halinde bu durumun ağır hak ihlâllerine sebebiyet vereceği, hükümsüz ipotek işlemine dayanılarak başlatılan icra takibinin devam edeceği, aile konutunun cebren satılacağı, aile konutunun satılması halinde davacının kendisine kanunun tanıdığı haklardan (TMK md.240, TMK md. 652) faydalanamayacağına karar verilmiştir.

Kanaatimizce de aile konutuna yapılan işlemin yapıldığı sırada geçerlilik koşullarını sağlamadığından bunun hak sahibi eşin ölümüyle kendiliğinden geçerli hale gelmesinin mümkün olmayacağı, sağ kalan eş tarafından açılan tapu kütüğünde yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının konusuz kalmayacağını bu davanın sonuçlandırılarak sağ kalan eşin TMK md. 240 ve md.652'nin sağladığı haklardan yararlanmasına olanak verilmesi gerektiği kabul edilmelidir[163].

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 28.11.2019 tarih, 2019/2-318 E., 2019/1238 sayılı kararında[164] da yine belirtilen 13.12.2017 tarihli karara da atıfta bulunarak taşınmazın aile konutu niteliğinin gerek iradî temliklerle, gerekse cebri icra sonucu mülkiyetin kazanılmasıyla kaybedildiğini, bu durumun geçersiz olan işleme geçerlilik kazandırmayacağını, başka bir ifade ile "*ölü işlemin diriltilmeyeceğini*" vurgulamıştır. Buna göre Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, geçersiz bir işlemin ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe konu edilmesi ve buna bağlı olarak yapılan cebri ihale sonucu taşın-

---

masız bırakacağı ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s. 155 vd.; ALTINOK ORMANCI Pınar "Aile Konutuna İlişkin Korumanın Evliliğin Ölümle Sona Ermesinden Sonraki Etkileri", **GSÜHFD**, 2020, 2, s. 1113 vd.

163 Bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 1115.

164 "*Davacı tarafından eldeki davadan önce 18.03.2015 tarihinde ipoteğin kaldırılması davası açılmasına rağmen davalı banka lehine tesis edilen ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla başlatılan icra takibi sonucunda dava konusu taşınmaz alacağına mahsuben davalı bankaya 07.04.2015 tarihinde ihale edilmiş ve 25.05.2015 tarihinde de tapuya tescil edilmiştir. Davalı banka tarafından çekişmeli taşınmazın aile konutu olduğu yapılan ekspertiz incelemesi ile öğrenilmiş olduğu hâlde davacının açık rızası alınmamış, TMK'nın 194. maddesinde öngörülen açık hükme uyulmayarak banka lehine ipotek tesis edilmiştir. Sonrasında yapılan icra takibi sonucu taşınmazın mülkiyeti alacağa mahsuben cebri ihaleyle bankaya geçmiş ise de, davalı bankanın TMK'nın 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacağı açıktır. Nitekim illilik prensibi gereğince asıl işlem olan ipotek baştan itibaren geçersiz olduğu için buna bağlı olarak banka adına cebri ihale sonucu yapılan tescil de yolsuz tescil niteliğinde olduğundan ihalenin feshi davasının açılıp açılmamasının da bir önemi bulunmamaktadır*. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

mazın mülkiyetinin işlemin tarafı olan kişiye intikal etmesi halinde ihale edilen kişinin işlemin geçersiz olduğunu bilmesi durumunda lehine oluşan tescilin de yolsuz olduğunu bilen veya bilmesi gereken durumunda olduğunun tartışmasız olduğunu, buna göre de TMK md.194/I maddesine aykırı olarak tesis edilen ipotek işleminin bağlayıcılığı bulunmadığından cebri icra sonucu davalı banka adına ihale edilen taşınmazın tapu kaydının iptali ile davacı eş adına tesciline karar vermiştir.

bb. İsviçre Hukuku Düzenlemeleri ve Görüşümüz

İsviçre hukukuna[165] göre de, üçüncü kişilerin iyiniyeti, diğer eşin rızası olmadan gerçekleştirilen hukukî işlemin kesin hükümsüz olması sonucunu değiştirmeyecektir. Diğer eşin rızası olmadan işlem yapan eşin culpa in contrahendo sorumluluğu saklı kalacak, buna karşılık haklı bir sebep olmaksızın yapılan işleme rıza vermeyen ve bu sebeple ekonomik zarara sebep olan eş maddi tazminattan sorumlu olabilecektir[166]. Aynı zamanda İsviçre İİK md. 153/II, b ile, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takibin konusu aile konutu (İsv. MK md.169) ise, ödeme emrinin diğer eşe ve kayıtlı birlikte yaşayan diğer eşe[167] ve ipotek üçüncü kişinin malı üzerinde tesis edilmişse, üçüncü kişinin eşine de tebliği gerektiği düzenlenmiştir. Söz konusu tebliğ gerekliliği diğer eşin de borçtan sorumlu olması sebebiyle değil, borçlu eş ile aynı hakları ileri sürebilmesi amacıyla getirilmiş bir düzenleme olup, ayrıca tebliğin yapılmaması da konutun aile konutu olması sonucunu değiştirmeyecektir[168]. Eşler ayrı yaşasa da kural olarak yine de evlilik devam ettiği sürece ödeme emrinin tebliği yapılacaktır[169]. Tebliğ evde yaşayan diğer

---

[165] İsv.MK md. 169 düzenlemesinde aile konutu şerhine ilişkin düzenlemenin yer almadığını vurgulayalım.

[166] Bkz. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 118.

[167] İsviçre hukukunda bu konudaki gelişmeler için bkz.yuk. I.B.1.

[168] Bkz.RÜETSCHI Sven / DOMENIG Benjamin, **Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs**, Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik, 4.Auflage, basirend auf der 1911 erschienenen 3.Auflage von Carl Jaeger, Schultess, 2017, s. 961; KAESER Christoph/ HAECKI Kathrin, Hunkeler Kurzkommentar, s. 740; AMONN Kurt/ WALTHER Fridolin, **Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts**, 9. Vollständig aktualisierte Auflage, Stämpfli Verlag AG Bern, 2013, s. 306; KAESER/HAECKI, Hunkeler Kurzkommentar SchKG, s. 739. Aynı zamanda rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte takip talebinde bulunması gereken kayıtların yer aldığı İsv. İİKmd. 151'de üzerinde ipotek tesisi edilen taşınmaz aile konutu veya kayıtlı birlikte yaşayanların oturduğu bir konut ise bu hususun belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir (İsv.İİK md. 151 b)

[169] Örneğin; eşlerden biri taşınmış ve diğer eş çocukları ile birlikte o evde yaşıyor olabilir. Bu durumda da tebliğ zorunluluğu olacaktır (KAESER /HAECKI, Hunkeler Kurzkommentar, s. 741).

ilgililere de yapılabilecek olup, önemli olan eşin haberdar olmasının sağlanmasıdır. Doktrinde icra dairesinin tebliğin yapılması konusunda gerekli özeni göstermesi gerektiği ifade edilmiştir[170].

Federal Mahkeme'nin 24.11.2004 tarih, sayılı 7B.141141/2004 E.6.2.2) kararında[171] aile konutu olarak kullanılan taşınmazın ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe konu olduğunda diğer eşe ödeme emrinin tebliğ edilmemesi ve buna rağmen takibe devam edilmesinin, ödeme emrinin kesinleştirmeden icra takibi işlemlerine devam etmek olduğu ve dolayısıyla yapılan takibin iptali sonucunu doğuracağı belirtilmiştir.

Yine Bern Kantonu Yüksek Mahkemesi 12.01.2021 tarihli kararında (ZK 20523)[172], özetle; rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takiplerde, rehinli taşınmazın üçüncü kişiye ait olduğu durumda üçüncü kişiye ve taşınmazın aile konutu olduğu durumda diğer eşe ödeme emri tebliği zorunluluğunu vurgulamış, üçüncü kişinin ve diğer eşin borçludan bağımsız şekilde ödeme emrine itiraz edebileceğini, özellikle diğer eşe itiraz hakkının tanınmasını, alacaklının maddi hukuk uyarınca sahip olduğu hakları geriye götürme amacının güdülmediği, burada eşin düşüncesizce veya ihmali yüzünden aile konutunun elden çıkarılması tehlikesinin önlenmesi için ek bir usûlî bir prosedür getirildiği belirtilmiştir.

Buna göre diğer eş kendisine gönderilen ödeme emri sonucunda takibe karşı koyma bakımından borçlu ile aynı imkânlara sahip olacaktır; o halde maddi hukuka ilişkin borcun olmadığı, (örneğin; borcun muaccel olmadığı, miktarı) ve rehnin geçerliliğine ilişkin itirazlarını ileri sürebilecektir. Dolaysıyla takip içerisinde ödeme emrinin tebliği ile borçlunun takip içerisinde kullanabileceği her türlü itiraz, şikâyet, borçtan kurtulma davası prosedürünü başlatabilecektir[173].

İsviçre hukukunda alacaklı ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takipte takip konusu taşınmazın aile konutu olduğunu, takip talebinde, takibin devamında ve de taşınmazın aile konutu olarak özgülenmesi durumu ilk olarak paraya çevirme aşamasında ortaya çıkarsa o aşamada icra dairesine bildir-

---

[170] RÜETSCHI / DOMENIG, Kommentar zum SchKG, Kren Kostkiewicz /Vock, s. 961.

[171] https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F24-11-2004-7B-141-2004&lang=fr&type=show_document&zoom=YES&.

[172] Bkz. Zeitschrift für Kantonale Rechtssprechung, CAN 3 2021, Nr.52, s.162-166 (Swisslex).

[173] AMONN/WALTHER, s. 306. Bu husus yukarıda değindiğimiz Federal Mahkeme'nin 24.11.2004 tarih, sayılı 7B.141141/2004 E.6.2.2) kararında da vurgulanmıştır.

melidir; bu şekilde diğer eşe ödeme emrinin tebliği sağlanarak itiraz imkânı tanınacaktır (VZG, md. 88/I). Zira bazı takiplerde taşınmazın aile konutu olarak özgülenmesi (veya üzerinde ipotek tesis edilen taşınmazın üçüncü kişiye ait olması) durumu satış talebinden sonra ortaya çıkabilecek olup, bu durumda da borçlunun eşine (veya taşınmaz maliki üçüncü kişiye) ödeme emri tebliği sonradan yapılabilecektir. Bu durumda satış en erken sonradan tebliğ edilen ödeme emrinin kesinleşmesinden ve tebliğinden itibaren altı ay sonra gerçekleştirilebilecektir (VZG, md.100/I)[174]. Kendisine ödeme emri gönderilen borçlu olmayan diğer eşin asgarî altı aylık satış süresinden (veya taşınmaz maliki üçüncü kişinin) feragat etmesi mümkündür; ancak bu feragat beyanının açık olması gerekir[175]. Diğer yandan VZG md.100/II'de, bu hükmün, yani borçlu olmayan eşe ödeme emrinin sonradan tebliğine ilişkin VZG 100/I'in, VZG md. 90 ve 97'ye göre tapuya tasarruf kısıtlamasına ilişkin şerh (İsv.MK md.960) konulduğunda uygulama alanı bulmayacağı düzenlenmiştir. Nitekim VZG md. 97/I'ye göre satış talep edildiğinde icra dairesi taşınmazın tapu kaydına tasarruf kısıtlaması şerhi konulmasını re'sen talep edecektir.

İsviçre doktrininde tartışmalı olan husus ise, tapuya tasarruf kısıtlamasına ilişkin şerhten sonra taşınmazın aile konutuna özgülenmesi durumu ortaya çıkarsa VZG md.100/II'nin uygulanıp uygulanmayacağıdır.[176].Bir görüş bu durumda VZG md.100/II'nin geçerli olacağı[177], dolaysıyla aile konutu özgülemesinin tapuda tasarruf kısıtlaması şerhi konulduktan sonra olması durumunda diğer eşe ödeme emrinin tebliğ edilemeyeceği, diğer görüş ise VZG md. 100/II'nin geçerli olmayacağı yönündedir[178].

Türk doktrinde İsv. İİK md. 151/I ve 153/II, b hükümlerinde olduğu gibi İcra İflâs Kanunu'nda ipoteğin paraya çevrilmesi hükümlerine aile konutu

---

[174] RÜETSCHI/DOMENIG, Kommentar zum SchKG, Kren Kostkiewicz/Vock, s.960. Ayrıca bkz. KAESER/HAECKI, Hunkeler Kurzkommentar SchKG, s. 741.

[175] KREN KOSTKIEWICZ Jolanta, **Kurzkommentar, VZG Zur Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG) vom 23. April 1920**, 2011, s.328. İsv. İİK md. 154'e göre ipotekli taşınmazın satışını isteme süresi ödeme emrinin tebliğinden itibaren en erken altı ay, en geç iki yıllık sürenin sonunda istenebilecektir. Ayrıca bkz. KREN KOSTKIEWİCZ, Kurzkommentar VZG, s. 322.

[176] Bkz. RÜETSCHI/DOMENIG, Kommentar zum SchKG, Kren Kostkiewicz/Vock, s.962.

[177] KAESER/HAECKI, Hunkeler Kurzkommentar SchKG, s. 741.

[178] KAENZIG /BERNHEIM, SchKG I, Art 153, N.26, naklen RÜETSCHI/DOMENIG, Kommentar zum SchKG, Kren Kostkiewicz/Vock s. 962, KAESER/HAECKI, Hunkeler Kurzkommentar, s. 741.

ile ilgili açık düzenleme yapılması yönünde görüşler mevcuttur[179]. İsviçre hukukunda borçlu olmayan eşin ödeme emri tebliğ üzerine yapacağı ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe konu taşınmazın aile konutu olduğuna ilişkin itirazının takibin hangi aşamasına kadar yapılabileceğinin temel mesele olarak ele alındığını belirtmek gerekir. Her ne kadar ilgili yönetmelik (VZG md. 100/I) ile borçlu olmayan eşe sonradan tebligat yapılabileceği düzenlenmiş ise de, yine satış talebinin tapuya şerh edilmesinden sonra borçlu olmayan eşe ödeme emrinin tebliği yapılmayacağı düzenlenerek (VZG md. 100/II) yapılacak aile konutu itirazının süresine ilişkin bir sınırlama getirildiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte İsviçre hukukunda takip konusu taşınmazın aile konutu olduğu iddiasının inandırıcı delillerle ispatlanması gerektiğine dikkat çekilmektedir. Nitekim konuya ilişkin 10.11.2009 tarihli bir Kanton Mahkemesi kararında, özetle; İsv MK md. 169'un koruma amacına değinilmiş, ilgili madde ile aile hayatının ve çocukların korunmasının

---

[179] İsviçre hukukunda İİK md. 151/I ve 153/II, b ile bu hususta açık düzenleme yapılıncaya kadar olan gelişmeler ve sonrası için Şıpka, s. 120 vd. Doktrinde Budak, İsviçre İİK'ndakine benzer bir düzenlemenin Türk İcra İflâs Kanunu'na eklenmesi; ödeme emrinin (veya icra emrinin) borçlunun eşine de tebliğ edilerek itiraz ve icranın geri bırakılması imkânının eşe de tanımasının yapılacak kanun bakımından gerekli olduğunu, öte yandan TMK'nda yer alan aile konutuna ilişkin hükümlerin İİK'nun ipoteğin paraya çevrilmesi hakkındaki hükümlerine göre daha yeni tarihli olduklarından dikkate alınması gerektiğini, İİK'nda değişiklik yapılıncaya kadar, ipotekli taşınmazın aile konutu olduğunun tapuda yer alan şerhten anlaşıldığı hallerde icra müdürünün ödeme emrini veya icra emrini taşınmaz maliki olmayan eşe re'sen göndermesinin ve bu eşe (ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişi gibi) takibin tarafı sıfatı tanımanın gerekli olduğunu belirmiştir (BUDAK, 116-117; s. 106, dipn.16). Doktrinde Topuz, diğer eşin icra takibinden ve hacizden haberdar olması, borçlunun sahip olduğu ya da kendisinin itiraz hakkını kullanabilmesi için İİK'da yapılacak bir değişiklikle, diğer eşe ödeme emrinin tebliği zorunluluğunun getirilmesinin TMK md. 194'ün koruma amacına hizmet edeceği, bununla birlikte İİK md. 82/I, b.12 çerçevesinde haczedilemezlik şikâyetinin ileri sürebileceği, ancak malik olmayan eşin hacizden kurtulabilmesi için ödeme emrinin ona da tebliğ edilmesi görüşüne katılmadığını, ödeme emrinin sadece cebri icranın taraflarından olan borçlu ve müşterek borçlulara, şayet borçlu vesayet altında ise borçlunun vasisine gönderebileceği, diğer yandan eşlerden birinin borcundan dolayı ona ödeme emri gönderilmesinin kanuni sonucunun aile konutunun haczedilip paraya çevrilmesi olmadığını, ödeme emrinin borçlu olmayan eşe de tebliğ edilmesi gerektiği görüşüne ancak aile konutu üzerine konulan ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip yolunda (aynı zamanda aile konutunu İİK md. 269 vd. hükümlerine göre ilâmsız tahliyesinde) haklılık verilebileceği, zira İsv.İİK. md. 153 düzenlemesinde bu yönde açık hüküm olduğunu ifade etmiştir (TOPUZ, s. 275- 276). Doktrinde Namlı, İİK md. 45'de düzenlenen önce rehne başvurma kuralı göz önünde bulundurulur ve rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte haciz aşamasının bulunmadığı dikkate alındığında ödeme emrinin borçlunun eşine de gönderilmesinin Türk hukuku bakımından bir ihtiyaç olduğunu, ancak bunun dışında icra hukukunda takip ilişkisinin iki taraf sistemi üzerine kurulu olduğundan, ayrıca TMK md.194'ün aile konutunun haczedilmesini engellemediği ve haciz işleminin de bulunmadığından borçlunun eşine itiraz hakkı verilmesinin gereğinin bulunmadığını, taşınmazın haczedilmesi durumunda malik olmayan eşin haczedilemezlik şikâyetinde bulunmasının farklı bir durum olduğunu belirtmiştir (NAMLI, s. 3106-3107. Benzer yönde bkz. DÖNMEZ, s. 354.

asıl olduğu, İsv. İİK md. 153/II, b'ye göre gönderilen ödeme emrine de itirazın kural olarak takibin başında yapılması ve fakat VZG md.100/II'ye göre sonradan da yapılabileceği ancak her durumda itirazda bulunanın bu hakkını kendi adına kullandığı, korunmaya değer kanundan doğan güncel menfaatinin bulunduğu belirtilmiş, her kim İsv. İİK md. 169 uyarınca konutun aile konutu olduğunu ve korunmaya değer hukukî yararının olduğunu iddia ediyorsa bunu ispatlaması gerektiği, somut olayda eşin icra dairesine kira sözleşmesi sunduğunu, ancak aile konutu olduğunu iddia ettiği taşınmazda yaşamadığını, bir iddianın orada sadece kızının yaşadığı yönünde olduğu, ancak bunun da tam olarak tespit edilemediği, sonuç itibarıyla ne kendinin ne kızının takip konusu ipotekli taşınmazda yaşadığının açık olduğu ve buna göre söz konusu ipotekli taşınmazın aile konutu olarak kullanıldığına ilişkin yeterli delil olmadığı ve dolayısıyla aile konutu iddiasının ispat edilemediğinden ödeme emrine yapılan itirazın reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir[180].

Türk hukukuna göre İİK'nda açık düzenleme mevcut olmasa da, özetle; aile konutunun İİK md. 82/I, b.12 çerçevesinde -şartları mevcutsa- haczedilemezlik şikâyeti ve bunun dışında hacizde tertip ilkesi göz önünde bulundurulmak suretiyle dolaylı olarak korunabileceğini belirtmek mümkündür. İsviçre hukukunda ise tespit ettiğimiz kadarıyla yukarıda belirtilen İİK md. 151, md. 153/II, b, VZG 88/I ve VZG 100 düzenlemeleri ile açık olarak ve yine dolaylı olarak da İİK md. 95 a[181] çerçevesinde icra hukuku bakımından koruma sağlanmıştır. Ancak vurgulamak gerekir ki; haczedilemezliğin düzenlendiği İsv.İİK md. 92'de[182] Türk hukukunda olduğu gibi meskeniyet haczine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

Kanaatimizce de yalnızca ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip bakımından ödeme veya icra emrinin borçlunun malik olmayan eşine de tebliği yönünde düzenleme yapılarak diğer eşin haberdar edilmesinin sağlanması düşünülebilir. Ancak burada vurgulamak gerekir ki; İsv.İİK md. 153/II, b ile esasında borçlunun malik olmayan eşine borçludan bağımsız bir itiraz hakkı tanınmıştır. Zira malik olmayan borçlunun eşi maddi hukuka ilişkin tüm itiraz sebeplerini ileri sürebilecektir. İsviçre hukukunda bu gerekliliğin diğer

---

[180] Entscheid der AB SchKG vom 10. November 2009 i.S. F.E. gegen B.A. (200 09 1117/ZWH), https://www.baselland.ch.

[181] Bkz.yuk. dipn.79.

[182] Bkz. STAEHELIN, Basler Kammentar, s. 123 vd.

eşin de borçtan sorumlu olması sebebiyle olmadığı belirtilmiş ise de, sonuç itibarıyla diğer eş bir anlamda icra takibinin tarafı konumuna getirilmiş olacaktır. Öte yandan esasında malik olmayan ve borçlu olmayan, borçlunun eşine ödeme emri gönderilmesinin temel amacı TMK'nda yer alan aile konutu üzerindeki hukukî işlemlere yönelik diğer eşe getirilen sınırlamadan eşin haberdar edilmesi ve geçersiz bir ipotek sözleşmesine dayanarak icra takibine devam edilmesinin önlenmesidir. Dolayısıyla kanaatimizce aile konutu ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile icra takibine konu edildiğinde, ipotek tesisi TMK md.194'e aykırı olarak diğer eşin rızası alınmadan gerçekleştirilmişse, borçlu olmayan diğer eş ipotek sözleşmesinin geçersiz olduğunu ileri sürecektir. O halde borçlu olmayan diğer eşin yapabileceği itiraz maddi hukuk bakımından borca itiraz değil, ipotek hakkına yönelik olacaktır[183]. Bu hususu da dava takip yetkisine dayanarak İİK md. 150, c. 3 hükmü gereğince açacağı- ipoteğin iptalini gerektiren hususlar itiraz konusu yapılamayacağından- ipoteğin iptali davası ile ileri sürebilecektir. Buna göre aile konutunun ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe konu olması durumunda ödeme emrinin ipotek tesisinde rızası alınmayan diğer eşe tebliği ile durumdan haberdar edilmesi, bu eşin ivedilikle ipoteğin iptaline ilişkin dava açmasının sağlanması açısından önemlidir. Diğer yandan ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip dışındaki hallerde asıl olanın yine borçlunun malik olmayan eşinin hacizden haberdar edilerek İİK md. 82/I, b.12'nin şartları mevcutsa bir an önce meskeniyet iddiasına ilişkin şikâyet yoluna başvurmasının sağlanmasıdır. Her ne kadar aile konutu olduğu iddia edilen taşınmazın haczedilmesi durumunda yapılacak meskeniyet iddiasına ilişkin şikâyet ile malik olmayan eşin açacağı ipoteğin iptali davası birbirinden farklı nitelikte olsa da[184] her iki farklı prosedür bakımından ortak olan husus aile konutunun korunması amacına hizmet etmesidir. Buna göre bu prosedürlere takip aşamaları içerisinde takip ilerlemeden mümkün olan en kısa süre içerisinde başvurulmasının önemli olduğu, bu sayede icra hukukunda hem alacaklı, hem borçlu, hem de cebri icra yolu ile satış kendisine gerçek-

---

[183] TMK md. 882/II'ye göre, tapu memuru rehinli alacaklının talebi üzerine ipoteği gösteren bir belge verir veya rehin sözleşmesine ipoteğin tescil edildiğini kaydeder. Bu belge alacağın doğmasına yol açmaz. "İpotek belgesi" nin görevi, sadece rehinli alacaklı lehine bir ipoteğin tescil edilmiş olduğuna delil teşkil etmektir. İpotek belgesi alacak üzerinde herhangi bir etki yapmaz. Rehinli alacaklı rehin hakkını kullanmak için kişisel alacağını ispat etmelidir. Zira paraya çevirme anında geçerli bir alacağın mevcudiyeti rehin hakkının kullanılmasının zorunlu şartıdır (OĞUZMAN/ SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 1097).

[184] Nitekim rehnin paraya çevrilmesi prosedürü içerisinde yolunda haciz aşaması bulunmamaktadır.

leştirilen üçüncü kişi açısından menfaat dengesinin sağlanacağı düşüncesindeyiz.

Bununla birlikte olması gereken hukuk açısından çözümün yolsuz olarak ipoteğin tescil edilmesinin önlenmesi ve ipoteğin kurulmasına ilişkin TMK hükümlerinde bir düzenleme yapılması olduğu kanaatindeyiz. Nitekim aile konutu üzerinde ipotek tesisinin söz konusu olduğu durumlarda tapu idaresinin bu durumu diğer eşe bildirmesi yönünde TMK md 890'a benzer bir düzenlemenin ipoteğin kurulmasına ilişkin hükümlere eklenmesi düşünülebilir. Şöyle ki; ipotekli taşınmaz devredildiğinde yeni malik taşınmazın mülkiyetini üzerindeki rehin hakkı ile birlikte kazanır (TMK md.888/1). Bu kişisel sorumluluğun taşınmaz ile sorumluluktan ayrıldığı noktalardan biridir. O ana kadar temel borç ilişkisine göre borçlu olan kişinin borçluluğu aynen devam edecektir. Yeni malikin sorumluluğu ise sınırlı ayni sorumluluk olacaktır. TMK' nun eğilimi iki sorumluluk türünün de aynı kişide olması yönünde olduğundan, ipotekli taşınmaz devredildiğinde, TMK md. 888'de öngörülen şartlarla bu devrin aynı zamanda "*borcun nakli sözleşmesi*" niteliğinde olmasına imkân verilmiştir. Ayrıca taşınmazın devri ile birlikte borçlu ile yeni malik arasında kişisel borcun nakli için de bir sözleşme yapılmış olabilir. Bu sözleşme TMK md.890 uyarınca tapu idaresi tarafından rehinli alacaklıya bildirilecektir. Tapu idaresi tarafından yapılan bildirim üzerine rehinli alacaklı borcun nakline rıza gösterirse borcun nakli tamamlanmış olacak ve borç rızanın verildiği andan itibaren yeni malike geçecektir. Tapu idaresi tarafından yapılan söz konusu bildirim ise bir beyan niteliğinde olmayıp, tapu memurunun resmen yerine getirdiği kanuni bir görevdir[185]. İşte anılan TMK md. 890'a benzer yönde bir düzenleme yapılırsa, TMK md. 194 ile sağlanan korumanın etkinliği artırılacak, olası bir icra takibi aşamasında ortaya çıkması muhtemel olan ipotek hakkına yönelik itirazlar takipten sonra İİK md. 150'ye göre ipoteğin iptali davası açılmasına gerek kalmaksızın TMK hükümleri çerçevesinde önceden çözümlenebilecektir.

[185] Bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 1105-1106; AKTEPE Sezin, "İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 2007/2, s.188.

3. Malik Olmayan Eşin Aile Konutuna İlişkin İhalenin Feshini[186] Talep Hakkı

Malik olmayan eşin ihalenin feshini talep edip edemeyeceğine ilişkin olarak öncelikle belirtmek gerekir ki; her ne kadar Yargıtay haczedilemezlik yönünde şikâyetin sadece borçlu tarafından ileri sürülebileceği yönünde kararlar vermiş olsa da[187] borçlunun eşine ait ihale konusu taşınmazın tapu kaydında aile konutu şerhi bulunmasına rağmen satış ilânının kendisine tebliğ edilmemesini tapu sicilindeki ilgili konumu sebebiyle ihalenin feshi sebebi saymıştır[188]. Yine Yargıtay 12.HD. 27.12.2019 tarihli, E.2018712496, K. 2019/3129 sayılı kararında[189], ihaleye konu taşınmazın üzerinde malik olmayan ve rızası olmadan ipotek tesis edilen eşin bu yöndeki ve başkaca şikâyet sebepleri ile icra mahkemesine ihalenin feshi talebi ile başvurusu üzerine taşınmazın tapu kaydında ihaleden önce konulmuş aile konutu şerhi bulunması sebebiyle tapu sicilindeki ilgililerden olmasına dayanarak ihalenin feshini talep edebileceğine karar vermiştir[190]. Buna karşılık Yargıtay 12.HD. 08.06.2016 tarihli, E. 2016/11361, K. 2016/16228 K. sayılı kararı[191] "*... Bu durumda, şikâyet tarihi olan 20.05.2015 tarihi itibariyle, taşınmazın tapu kaydına şikâyetçi 3. kişi lehine henüz aile konutu şerhi konulmadığından, şikâyetçinin şikâyet hakkı bulunmamaktadır. Zira şikâyetçinin tasarruf işlemlerini yapabilmesi, aile konutu şerhinin tapu siciline şerh verilmesi*

---

[186] 7343 sayılı Kanun madde 27 ile ihalenin feshini düzenleyen 134. maddede önemli değişiklikler yapılmıştır. Ancak ilgili maddede yapılan değişiklikler 7343 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 30.11.2021 tarihinde ilk derece ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay'da görülmekte olan ihalenin feshi talepleri hakkında uygulanmayacaktır. Bununla birlikte para cezasının oranına ilişkin değişiklik derdest olan ihalenin feshi talepleri hakkında da -İİK geçici md.18/IV- uygulanacaktır. Bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 242 vd. Nitekim söz konusu değişikliklerin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin olarak İİK geçici madde 18/II ve 18/IV ile açık düzenleme mevcut olduğundan birkaç farklı durum ortaya çıkmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. PEKCANITEZ Hakan/AKKAN Mine, "7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması", **TBB Dergisi**, 2022 (160), s. 278 vd.

[187] Bkz.yuk. II.A.1.

[188] Yarg.12. HD., T.24.10.2013, E. 2013/ 22646; K.2013/3351. Aynı yönde bkz. Yarg. 12.HD., T.19.11.2012, E. 2012/23219, K.2012/33693; Yarg. 12.HD. T. 24.04.2014, E. 2014/8016, K. 2014/12091, Yarg. 12.HD. T. 23.11.2015, E. 2015/28368, K. 2015/28914; Yarg. 12.HD., T.09.06.2016, E. 2016/13469, K. 2016/16410 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

[189] Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

[190] Aynı yönde bkz. Diyarbakır BAM 6.HD., 15.10. 2020 T., E. 2020/584, K. 2020/843 sayılı kararı, İstanbul BAM 23.HD., T. 05.05.2017, E.2017/358, K. 2017/712 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

[191] Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

şartına bağlı bulunmaktadır. Bir başka anlatımla, aile konutu ile ilgili sınırlamanın, 3. kişilere karşı hüküm ifade etmesi için, şerh lehtarı tarafından tapuya kaydının sağlanması gerekmektedir. Dolayısıyla, şikâyetçi adına aile konutu şerhi henüz tapu kütüğüne işlenmediğinden ve dolayısıyla şikâyetçi İİK' nun 134. maddesinde belirlenen "tapudaki ilgili" sıfatını taşımadığından ihalenin feshine ilişkin şikâyette bulunamaz." şeklindedir.

O halde Yargıtay ihale konusu taşınmazın aile konutu olması durumunda ancak o taşınmazın tapu kaydında aile konutu şerhi mevcutsa diğer eşin ihalenin feshini isteyebileceğini kabul etmektedir. Yargıtay'ın söz konusu yaklaşımı ihalenin feshini isteyebileceklerin tahdidî olarak sayıldığı mevcut İİK md. 134 çerçevesinde kanun lafzına[192] uygun görülebilir[193]. Ancak belirtilen kararda yer alan "*aile konutu ile ilgili sınırlamanın, 3. kişilere karşı hüküm ifade etmesi için, şerh lehtarı tarafından tapuya kaydının sağlanması gerekmektedir"* şeklindeki gerekçeye dayanılarak bu yönde hüküm kurulmasının isabeti tartışılabilir. Nitekim doktrinde şikâyet hakkının kötüye kullanılarak takiplerin süründemede bırakılmasının kanun koyucuyu ihalenin feshini isteyebilecek kişileri tahdidî olarak sayıma yöneltmiş olduğu, ancak kanun metni incelendiğinde bazı ifadelerin açıklamaya muhtaç olduğu, her ne kadar kanun metninden ihalenin feshini isteyebilecek kişilerin tahdidî olarak

---

[192] İhalenin feshini kimlerin talep edebileceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ERDÖNMEZ Güray, "İcra ve İflâs Hukukunda İhalenin Feshini Talep Edebilecek Kişiler", **MİHDER**, 2008/2, S.10, s. 357 vd. Kanun koyucu İİK 'nda ihalenin feshini talep edebilecek kişileri sınırlı şekilde sayma yolunu tercih ettiğinden buna göre sadece Kanunda sayılan kişiler şikâyet yoluna başvurabilecek olup, şikâyetin özel bir örneği olan ihalenin feshi isteminde istemde bulunanın hukukî yararı bulunması gerektiği ayrıca hükme bağlanmış olup, fesih isteyen ilgili ileri sürdüğü fesih sebebini aynı zamanda kendi menfaatini de ihlâl ettiğini, yani zarar gördüğünü ispat etmelidir. Bkz. KURU, El Kitabı, s.620; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.245; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 318-319; ARSLAN /YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 352; GÖRGÜN/BÖRÜ/ KODAKOĞLU, s.339 vd.; MUŞUL, s 400-401. Konuya ilişkin Arslan, ihalenin feshini kimlerin isteyebileceğinin kanun tarafından veya her somut olayda kimlerin fesihte yararı olacağı araştırılarak bulunabileceği, ancak her iki yolla belirleme sonucunda ihalenin feshinde genellikle yararı olacak kimselerin, borçlu, alacaklı, alıcı, ihalenin kendi adına yapılması gerektiği iddiasında olan pey süren, taşınmaz üzerinde bulunan hakkı korunmamış kişiler olduğunun görüleceği, bununla beraber bu kişilerin her fesih nedenine dayanarak ihalenin feshini isteyebilmelerinin söz konusu olmadığı, her somut olayda fesihte kim veya kimlerin yararı olduğuna bakmak gerektiğini ifade etmiştir (ARSLAN, s. 1639).Ayrıca bkz. POSTACIOĞLU, s. 523.

[193] İsviçre İİK md. 132 a düzenlemesinde tahdidî sayımdan kaçınıldığı yönünde bkz. ERDÖNMEZ, İhale, s. 359. İsviçre hukukunda kanun ile korunan hukukî menfaatin ihlâl edildiği durumda ihalenin feshinin talep edilebileceği ve her somut olayda ayrıca araştırılacağı belirtilmiştir (SCHLEGEL Roger/ZOPFI Markus, Kommentar zum SchKG, Kren Kostkiewicz/Vock s. 800; AMBERG Peter, Hunkeler, Kurzkommentar SchKG, s. 621).

sayıldığı anlaşılmakta ise de burada belirtilmeyen ancak ihalenin feshinde hukukî yararı olan diğer kişilerin durumunun ne olacağının ayrı bir soru işareti teşkil ettiği, ayrıca lafza bağlı yorumun kanun metnindeki ifadelerle sınırlı şekilde yorum yapılmasına neden olacağından hak kayıplarına yol açabileceği, öte yandan cebri icra organlarının gerçekleştirdiği bir işlemden menfaati olumsuz şekilde etkilenen ve takibin tarafları dışında kalan üçüncü kişilere de kendi haklarını koruyabilmeleri için ihtiyaç duydukları hukukî korumanın sağlanması gerektiği ifade edilmiştir[194].Belirttiğimiz üzere İİK md.134/II uyarınca[195] ihale konusu taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi mevcutsa diğer eşin zarar gördüğünü ispat ederek ihalenin feshini talep edebilecektir. Zira bu durumda diğer eş, resmî sicildeki ilgililer kapsamında yer aldığından bu hususta tereddüt etmemek gerekir. Ancak ihaleye konu taşınmazın tapu kaydında aile konutu şerhi mevcut değilse gerçekten menfaati zarar gören eş sadece İİK md. 134/II'de yer alan tahdidî sayım sebebiyle sayılan kişilerden olmadığından prosedüre dâhil olamayacaktır. Sadece aile konutu şerhinin varlığına bağlanan bu sonucun özellikle de aile konutu şerhinin işlevi düşünüldüğünde -aile konutu şerhinin kurucu değil, açıklayıcı etkisi bulunduğu, tapuya aile konutu şerhi verilmese bile o konutun aile konutu özelliğini taşıyacağı, TMK md. 194 düzenlemesindeki hukukî sınırlamaların şerhten bağımsız nitelikte olduğu gerekçeleriyle- lehine aile konutu şerhi olmayan ve fakat menfaati zarar görenlerin âdil yargılanma haklarının ihlâline sebebiyet vereceği kanaatindeyiz[196].

---

[194] Bkz. ERDÖNMEZ, ihale, s. 358, s. 403 vd.

[195] İİK md.134/II'de 7343 sayılı Kanun md. 27 ile değişiklik sonrası da tahdidî sayımın korunmuş, tapu sicili yerine resmî sicil şeklinde bir değişiklik getirilerek sayıma sınırlı ayni hak sahipleri eklenmiştir. Dolayısıyla kanunda sayılmayan kişilerin hukukî yararı varsa ihalenin feshini isteyip isteyemeyeceklerine ilişkin tartışma ve tereddütler (Örneğin; iflâs dairesi veya iflâs idaresi) geçerliliğini korumaktadır. Bkz. ERDÖNMEZ, İhale, s. 390 vd. Bununla birlikte değişiklik sonrasında tapu sicilindeki ilgililer yerine resmî sicildeki ilgililer ibaresi kullanıldığından sadece taşınmaz satışlarında değil, marka gibi sicile kayıtlı olan hakların satışında lisans sahibi gibi sicile kayıtlı ilgililer ihalenin feshini talep edebileceklerdir. Bkz. KALE Serdar, "İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış", **Lexpera Blog**, 27.11.2021, s.11-12. Bir başka ifade ile; bu değişiklik ile birlikte tapu sicilinin yan sıra, motorlu araçlar sicili, marka sicili, patent sicili ve gemi sicili gibi diğer resmî sicilde kayıtlı ilgililerde ihalenin feshini talep edebileceklerdir (ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 323).

[196] *İhalenin feshinde hukukî yararı olan ilgililere, salt Kanunda sayılan kişilerden olmadıkları gerekçesiyle şikâyete müracaat imkânı tanımamak onların adil yargılanma haklarının ihlâl edilmesine neden olacaktır* (ERDÖNMEZ, s.405).

Burada Anayasa Mahkemesi 22.11.2018 tarih ve 2015/18872 başvuru numaralı kararı[197] ile aile konutu niteliğindeki taşınmazın icra vasıtasıyla satışı nedeniyle aile hayatına saygı hakkının; açılan ihalenin feshi talebinin reddedilmesi ve ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasının Hazineye irat kaydına karar verilmesi nedenleriyle Anayasa md.36 ile güvence altına alınan âdil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlâl edildiği sonucuna vardığı kararına değinmek gerekir. Söz konusu karar, ihlâlin doğrudan İİK md. 134'de yer alan para cezasından kaynaklandığı, anılan para cezasına ilişkin düzenlemenin hâkime somut uyuşmazlığın özelliklerine uygun herhangi bir değerlendirme ve takdir yetkisi tanımadığı, alacaklının haklarının korunmasındaki yarar ile başvurucunun ihalenin feshini talep konusu edebilmesindeki menfaati arasında âdil bir denge kurulmadığı, uygulanan para cezasının miktarının başvurucuya olağanın ötesinde bir külfet yüklediği ve bu durumun başvurucunun mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahaleyi ölçüsüz kıldığı gerekçelerine dayanmaktadır. Doktrinde de anılan Anayasa Mahkemesi kararı öncesi, para cezasının ihale bedelinin yüzde onu olarak hesaplanmasının haksızlık teşkil ettiği, ihalenin feshini isteyen kişinin alacağından fazla bir para cezasını ödemesini gerektirmesinin hak arama özgürlüğü bakımından engel teşkil ettiği belirtilmişti. Aynı zamanda anılan Anayasa Mahkemesi kararı çerçevesinde ihalenin feshi talebinin esastan reddi sonunda hükmedilen para cezasının ihalenin feshini isteyen alacaklının alacağına oranla hesaplanmasının daha doğru olacağı ifade edilmişti[198].

İİK md. 134/V (7343 sayılı Kanun md. 27 ile değişik),"... *İcra mahkemesi; 1.satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri ile pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler dışında kalan kişilerce talep edilmesi nedeniyle 2.satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri dışında kalan kişiler bakımından feragat nedeniyle 3. işin esasına girerek talebin reddine karar verirse ihalenin feshini talep edeni feshi istenen ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûm eder"* şeklindedir. Anılan düzenleme ile para cezasının ihale bedeli dikkate alınarak belirlenmesinin korunmuş olduğu[199] ancak hâkime para cezasının oranına iliş-

---

[197] RG: T. 22.11.2018, S: 30632.

[198] Bkz. PEKCANITEZ Hakan /ATALAY Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2021**, s. 234; Ayrıca bkz. MUŞUL, s. 495 vd.

[199] Bkz. PEKCANITEZ /ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 250; GÖRGÜN/ BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 346.

kin ihale bedelinin yüzde onunu geçmeyecek şekilde takdir hakkı tanınmış olduğu görülmektedir[200]. Bununla birlikte satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri ile pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler ihalenin feshini talep ederler, talep işin esasına girilerek reddedilirse veya satış isteyen alacaklı, borçlu mahcuzun resmî sicilindeki ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri ihalenin feshini talep edip, daha sonra taleplerinden feragat eder ve mahkeme tarafından feragat nedeniyle talebin reddine karar verilirse para cezasına hükmedilmesi söz konusu olmayacaktır. Bir başka anlatımla; ihalenin feshinin esastan reddi halinde mahkeme tarafından para cezasına hükmedilmesinin İİK'nda ihalenin feshini isteyebilecekler arasında sayılmayan ancak ihalenin feshinde hukukî yararı olan kişilere[201], talebin feragat nedeniyle esastan reddedilmesi halinde para cezasına hükmedilmesinin ise pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler ve yine İİK'nda ihalenin feshini isteyebilecekler arasında sayılmayan ancak ihalenin feshinde hukukî yararı olan kişilere özgülenmiş olduğu belirtilebilir. Ayrıca 7343 sayılı Kanun ile değişik İİK md.134/III ve 134/IV ile aynı şekilde bir ayrım yapılarak satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı ayni hak sahipleri dışında kalanlar tarafından ihalenin feshi talep edilirse, bunların ihale bedeli üzerinden nispi harç ödeyecekleri, yine bu sayımın dışında kalanların ihalenin feshini talep etmeleri halinde ilgili kişilerin muhtemel zararına karşılık olmak üzere ihale bedelinin yüzde beşi oranında teminat gösterilmesi şartı aranacağı düzenlenmiştir[202]. Genel olarak ihalenin feshine ilişkin 7343 sayılı Kanun ile değişik İİK md. 134/ II, III, IV ve V düzenlemeleri incelendiğinde tahdidî sayımın korunmakla birlikte bu sayım içerisinde de bazı kişilerin feshi talep ederken ve feshi hakkında verilen kararın sonuçları bakımından ayrı şartlara tâbi tutulduğu ifade edilebilir.

Konumuz bakımından söz konusu değişiklikler ele alındığında, tapuda aile konutu şerhi bulunmasa dahi malik olmayan ve menfaati zarar gören eşin ihalenin feshi talebinde bulunması[203] kabul edilse dahi, sadece resmî

---

[200] PEKCANITEZ /ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 250; ATALI/ERMENEK/ ERDOĞAN, s. 329; GÖRGÜN/BÖRÜ/ KODAKOĞLU, s. 346.

[201] ERDÖNMEZ, İhale, s. 390.

[202] Bu düzenlemenin ihalenin feshi taleplerinin artmasına ve ihalelerin kesinleşmesini geciktireceği yönünde bkz. KALE, s. 12-13.

[203] Bkz. yuk. II.1.B. Özellikle dipn.100-101' de yer alan açıklamaların burada da geçerli olduğunu vurgulayalım.

sicilde kayıtlı ilgililerden olmaması sebebiyle İİK md. 134/III, 134/IV ve 134/V düzenlemelerindeki şartlara tâbi olarak ihalenin feshini talep edebilecektir. Buna göre tapuda aile konutu şerhi mevcut değilse, malik olmayan, borçlu olmayan diğer eş ihalenin feshini talep ederken ihale bedeli üzerinden nispî harç ödeyecek, yüzde beş oranında teminat yatıracak, işin esasına girilerek talebin reddine karar verilirse veya feragat sebebiyle talebi reddedilirse feshi istenen ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûm edilecektir. Kanaatimizce sırf tapuda aile konutu şerhi bulunup bulunmaması ayrımına göre ortaya çıkan bu sonuç, aile konutu şerhinin açıklayıcı işlevini bertaraf etmekte, ihalenin feshine başvurmakta hukukî yararı aynı olanlar arasında eşitsizlik yaratmaktadır. Aynı zamanda hak arama özgürlüğü ve adalete erişim hakkının ihlâli söz konusu olacaktır[204].

SONUÇ

TMK'nun aile konutu ile ilgili düzenlemelerinde, aile konutunun tanımına veya belirleyici öğelerine yer verilmemiştir. Bununla birlikte her somut olaya özgü değerlendirilmek kaydı ile aile konutunun ailenin hayat merkezini oluşturan ve sürekli olarak barınma ihtiyacını karşılayan konut olduğu söylenebilir. TMK md. 194 düzenlemesi ile aile konutu üzerinde üstün hak sahibi olan eşin bazı hukukî işlemlerinin geçerliliği, diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Bu düzenlemenin amacı, aile bireylerinin aile konutunda yaşama menfaatlerinin eşlerden biri tarafından verilen karar ile ihlâl edilmemesidir. Böylece eşler için önemli bir malvarlığının malik olan eş tarafından başkasına devredilmesi veya devir tehlikesi yaratabilecek bir hak ile sınırlanmasının sakıncaları önlenmek istenmiştir. Burada korunan temel menfaat, diğer eşin ve çocukların barınma haklarını kaybetmemesidir. Ancak söz konusu düzenleme ile eşlerin malvarlıklarının korunması yönünde bir amaç güdülmediği belirtilmelidir.

Aile konutuna ilişkin incelediğimiz TMK md. 194/I ve TMK 194/II düzenlemeleri İsviçre MK md.169/I ve 169/II ile paraleldir. İsviçre doktrininde İsv. MK md.169 düzenlemesi, kanundan doğan ve tüm evli çiftler için geçerli olan herhangi bir somut durumdan bağımsız bir evlilik önlemi olarak belirtilmiştir.

---

[204] Esasında ilgili kanun düzenlemesinde ihalenin feshini isteyebilecek olan kişilerin tahdidî olarak sayılmasının beraberinde sorunlar getirdiği belirtilebilir (ERDÖNMEZ, s. 404).

Aile konutu ile ilgili hak sahibi eşe getirilen sınırlama içerisinde yer alan hukukî işlemlerin neler olduğu tahdidî bir sayıma tâbi tutulmamış, bütün işlemler için genel nitelikte bir sınırlama getirilmiştir. Maddede açıkça belirtilmese de; hak sahibi eşin üçüncü kişi yararına konut üzerinde üçüncü kişilere intifa veya oturma hakkı, ipotek, üst hakkı vb. gibi sınırlı ayni hakların tanınması diğer eşin rızası ile geçerli olacaktır. Bu düzenleme emredici nitelikte olup, eşlerin benimsemiş oldukları yasal veya iradî mal rejiminin aile konutu ile ilgili işlemlerde eşin rızasını aranıp aranmaması üzerinde bir etkisi olmayacaktır. Sınırlamanın hukukî niteliği konusunda doktrinde fiil ehliyeti sınırlaması, sözleşme özgürlüğünün kanundan doğan bir sınırlaması, sınırlamanın katılma hakkı niteliğinde olduğu ve koruma amaçlı olarak ehliyet sınırlamasından uzak tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu yönünde görüşler mevcuttur. Esasında sınırlama kapsamında yer alan hukukî işlemlerin tespiti ve sınırlamanın hukukî sonucuna ilişkin savunulan görüşler sınırlamanın hukukî niteliğinin belirlenmesi ile doğrudan ilişkilidir. TMK md.194 kapsamındaki koruma aile konutu ile ilgili- sınırlamanın hukukî niteliği konusunda kabul edilecek görüş doğrultusunda- bir borçlandırıcı ya da tasarruf işleminde diğer eşin rızasını aramaktadır. TMK md. 194/III'e göre tapuya aile konutu şerhi verilmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir.

Sınırlamaya ilişkin hukukî işlemleri değerlendirdiğimizde aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı bulunan eşin bir borcu sebebiyle ile konutunun korunması amacıyla cebri icra işlemlerini engelleyecek bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Nitekim korumadan yararlanabilmek için yapılan işlemlerin iradî olması gerekir. Ancak her ne kadar belirttiğimiz üzere TMK md. 194 düzenlemesinde yer alan sınırlamalar cebri icra işlemlerini engelleyecek nitelikte olmasa da bu hükmün icra hukukunda gözetilmesi gereken temel ilkeler çerçevesinde değerlendirilerek bazı sonuçlarının bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Bu bağlamda ilk akla gelebilecek husus İİK md.82/I, b.12'de haczedilmeyecek mallar arasında sayılan borçlunun hâline münasip evi ile aile konutu arasındaki ilişkidir. "*Aile konutu*" ile "*borçlunun haline münasip evi*" kavramları her zaman birbiri ile örtüşmese de aile konutu aynı zamanda borçlu eş bakımından hâline münasip ev niteliğinde ise bu kapsamda meskeniyet iddiasına ilişkin şikâyet ileri sürülebilecektir. İcra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat, mülkiyet hakkına karşı barınma ve ailenin korunmasına öncelik verilmesini gerektirir. Nitekim İİK 82/I, b. 12'de de borçlunun mülkiyet hakkı değil, esasen borçlunun ve ailesinin barınma hakkının

korunduğunu belirtebiliriz. Bu açıdan bakıldığında TMK md. 194 ile İİK md. 82/I,b.12 düzenlemeleri ile korunan menfaatin örtüştüğü söylenebilir.

Konuya ilişkin üzerinde durulması gereken hususlardan biri, borçlunun ailesi ile birlikte yaşadığı hâline münasip evin haczedilmesi durumunda şikâyeti kimlerin yapabileceğidir. Bu konuda doktrin görüşü ile Yargıtay kararları arasında farklılık mevcut olup, görüş farklılığı, Yargıtay kararlarında şikâyetin sadece takibin taraflarına değil, hakkı etkilenmiş olanlara tanınmış bir hak olması ve bu sebeple şikâyette "*ilgili*" kavramının bulunduğunun göz ardı edilmesinden ve kapsamının daraltılmasından kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi de 08.04.2020 tarih, 31093 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 12.12.2019 tarihli, 2016/10454 sayılı kararında Yargıtay kararlarının aksi yönünde, özetle; haline münasip evin haczedilememesiyle borçlunun barınma hakkı yanında gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemelerle ailenin korunduğu, ailenin korunması bakımından Devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu, bunun alacaklıya tanınan mülkiyet hakkından bağımsız olduğu, barınma ve ailenin koruması hakkına üstünlük sağlanması gerekçeleriyle ile borçlunun eşinin de haczedilemezlik şikâyetinde bulunabileceğine oy çokluğu ile karar vermiştir. Karar doktrinde genel hatları bakımından yerinde görülme birlikte, temel haklar bakımından özellikle meskeniyetin borçluyu ve ailesinin de ilgilendirdiği, şikâyet hakkının sadece eşe değil, borçlu ile birlikte oturan aile üyelerini de tanınması gerektiğine değinmemesi bakımından haklı olarak eleştirilmiştir.

Ayrıca meskeniyet iddiasına ilişkin şikâyetin hangi süre içerisinde ileri sürülmesi gerektiği de doktrinde tartışmalıdır. Kanaatimizce TMK md.194 hükmünün emredici niteliğe sahip bir maddi hukuk kuralı olması, TMK md. 194 ve İİK md. 82/I,b.12'de borçlunun ve ailesinin barınma hakkının korunması, bu hakkın aynı zamanda icra hukukunda gözetilmesi gereken menfaat dengesinde temel ilkeler olan insan onuru, yaşam hakkı, kişiliğin korunması ile ailenin ve çocukların korunması içerisinde yer alması gerekçeleri ile aile konutu kavramı ile hâline münasip ev kavramının birbirleri ile örtüştüğü takdirde meskeniyet iddiasına ilişkin şikâyetin süresiz olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte süresiz şikâyet kavramında yer alan süresizliğin nasıl anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulması gereken başka bir meseledir. Bu konuda doktrinde yer alan süresiz şikâyet sınırının üçüncü kişilerin hak kazanım anı ile sınırlandırılabileceği yönündeki görüşün menfaatler dengesine uygun olacağı, buna göre aile konutunun meskeniyet iddiasına ilişkin şikâyete konu olması durumunda ihale tarihinden itibaren bir yıllık

üst sınıra ilişkin sınırlamanın kabul edilmesinin yerinde olabileceği kanaatindeyiz.

Aynı zamanda aile konutu haczini değerlendirirken hacizde tertip (sıra) ilkesinin de dikkate alınarak bir koruma sağlanabileceği düşünülebilir. Nitekim temelde borçlunun hâline münasip evinin haczedilmemesi düzenlemesinin ölçülülük ve hacizde sıra ile ilişkisi mevcuttur.

Yargıtay 12. HD.'nin 07.10.2021 tarihli, E. 2021/8011, K. 2021/8585 sayılı kararında, ihaleye konu taşınmaza yönelik meskeniyet şikâyetine ilişkin olarak ihalenin gerçekleştiği tarih itibarıyla temyiz incelemesinin devam etmesi ve bu hususun gözetilmeksizin ihalenin yapılmasını (İİK md. 364/III) ihalenin feshi sebebi olarak değerlendirilmiştir. Anılan karar çerçevesinde incelediğimizde, icra işlemlerinde güvenin korunması ve iyiniyetli üçüncü kişilerin ihale ile elde etmiş olduğu mülkiyet hakkının gözetilmesi ve kötüniyetli olarak ihalenin feshi girişimlerinin önlenmesi gerekçeleriyle kural olarak özellikle paraya çevirme safhasından önceki aşamalara ilişkin şikâyet sebeplerinin ihalenin feshi usûlünden ayrı değerlendirilmesi gerektiği, bunun İİK md.22 çerçevesinde icranın durdurulmasının etkinliğinin artırılarak sağlanabileceği kanaatindeyiz. Bu sebeple doktrinde yer alan İİK md. 22'ye göre verilen geçici hukukî koruma tedbiri niteliğindeki durdurma kararının kabulü veya reddi kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulması kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşe katılmaktayız. Her ne kadar bu yöndeki kabul ilk başta takip sürecini uzatacak gibi gözükse de aksi durumda ortaya çıkan sonuç, yani İİK md. 363/IV ve İİK md. 364/III'ün açık hükmü karşısında şikâyetin reddi kararına karşı kanun yoluna başvurulmuş olmasının ihalenin feshi sebebi olarak sayılması hem alacaklı hem iyiniyetli üçüncü kişiler açısından daha olumsuz etkiler doğurabilecektir.

Borçlunun haline münasip evinin haczedilmesi ve gerekse hacizde tertip kurallarına uyulmaksızın aile konutunun haczedilmesi durumunda borçlunun yanında diğer eşin ve hatta aile bireylerinin de hakkını etkilediğinden borçlu eş şikâyet hakkından feragat etse bile bu durumun diğer eşin şikâyet hakkını ortadan kaldırmayacağı, onların borçlu eşten bağımsız olarak şikâyet haklarını kullanabileceğini belirtmek mümkündür. Bununla birlikte borçlu eşin haczedilemezlikten feragat etmesinin diğer eşin açık rızasına bağlı olup olmayacağı da tartışmalıdır. Ayrıca aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin alacaklılarından biriyle ortak hareket edip fiktif alacaklar yaratma ihtimali, akla gelebilecek bir başka sorudur. Bu şekilde yapılan icra takipleri nedeniyle aile konutunun haczi gerçekleştirilirse, bunun üzerine tasarrufun iptali

davası açılabileceği kabul edilmelidir. Muvazaalı takibin iptaline karar verilirse borçlu malik eşe ait olan taşınmaz üzerindeki haciz de kalkmış olacaktır. Nitekim doktrinde borçlunun fiktif bir alacak oluşturduğu ve bu alacağa dayanarak danışıklı biçimde aleyhine icra takibi yaptırdığı hallerde görünüşte bir haciz tehdidi olmakla birlikte ortada gerçek bir alacak olmadığı için anılan icra takip dosyasına yapılan ödemenin iptalinin istenebilmesi gerektiği, yine borçlunun alacaklılarından biriyle ortak hareket ederek diğer alacaklıların takiplerini akamete uğrattığı hallerde iptal davası açabileceği belirtilmiştir.

Aile konutuna ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin yargı kararlarında, genellikle aile konutunun kredi karşılığında kurulan ipoteğe konu olduğunu, icra hukukunda aile konutunun paraya çevrilmesinde engelleyici bir düzenleme bulunmaması sebebiyle meselenin TMK md.194 gereği aile konutun koruyucu düzenlemeleri çerçevesinde ele alındığını görmekteyiz. Bu noktada belirtilmelidir ki; malik olmayan eşin rızası olmadan gerçekleştirilen tapu kütüğünde borçlandırıcı işlemin tarafı üçüncü kişi adına yapılacak aile konutu taşınmaza ilişkin mülkiyet hakkı veya aile konutuna etki eden sınırlı ayni hakların tescil işlemi yolsuz tescil olacaktır. Buna göre tapu kütüğünde tescil edilen ipotek hakkının mevcut olmadığı veya ortadan kalktığı hakkındaki bu itirazların TMK md. 1025 uyarınca genel mahkemelerde açılacak bir yolsuz tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ile ileri sürülmesi gerekir. İİK md.150 hükmüne dayanılarak açılan ipoteğin iptali davası TMK md.1025 uyarınca açılan yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının özel olarak düzenlenmiş halidir. Zira burada da aile konutuna etki eden sınırlı bir ayni hak olan ipotek yolsuz olarak tescil edilmiş olmaktadır. Kanaatimizce rızası alınmayan, malik olmayan eş yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ve bu davanın özel görünüm şekli olan ipoteğin iptali davasını doktrinde dava takip yetkisinin bir türü olarak kabul edilen, dava yetkinliği (bağımsız dava yetkisi) ve dava yetkinliği kavramının da bir türü olan kanundan doğan dava yetkinliğine dayanarak -TMK md. 1025/I lafzı dışında- açabilmelidir. Böylece malik olmayan ve rızası alınmayan eş, bir başka deyişle kanuni dava yetkini, TMK md.194 düzenlemesinin amaç ve kapsamı doğrultusunda korunmaya değer hukukî koruma ihtiyacı doğrultusunda kendi adına hukukî koruma talep edecek, şekli taraf teorisinin kabulünün sonucu olarak davanın gerçek tarafı olacaktır.

Doktrinde ipoteğin iptali hakkında dava açıldığında İİK md. 72 düzenlemesinin kıyasen uygulanmasının hangi ölçüde olacağı hususu tartışmalıdır.

Buna göre her iki görüş açısından temel farklılık açık rızası alınmayan eşin İİK md 150 c. 3'e göre ipoteğin iptali davası açması durumunda takibin durdurulması yönünde tedbir kararı talep ederken teminat yatırıp yatırmaması noktasında olacaktır. Doktrindeki ağırlık görüş uyarınca rızası alınmadan ipoteğin iptali davası açan eşin ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takip talebinden önce alacağın yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere teminat karşılığında ihtiyati tedbir suretiyle takibi durdurma imkânı olabilecektir (İİK md. 72/II). Bununla birlikte ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takipten sonra ipoteğin iptali davası açılması durumunda yüzde onbeş teminat yatırılarak sadece icra veznesindeki ipotekli aile konutu bedelinin alacaklıya ödenmesi önlenebilecektir (İİK md. 72/III). Dolayısıyla rızası alınmadan ipoteğin iptali davası açan eş aile konutunun satılmasına bu kapsamda engel olamayacaktır. Öte yandan malik eşin, diğer eşin açık rızasını almadan aile konutu üzerinde alacaklı lehine ipotek tesis etmesi, daha sonra ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte bulunulması halinde ise ipoteğin iptali davası açılmasının dürüstlük kuralı ve buna bağlı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında da somut olayın şartları araştırılarak değerlendirilmesi gerekir. Örneğin; eşlerin birlikte hareket ederek aile konutu üzerinde ipotek tesis edip, daha sonra üçüncü kişiyi aldatmak amacıyla diğer eşin açık rızasının bulunmadığı gerekçesiyle malik eşin ipoteğin iptali davası açması hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edecektir.

TMK md. 194/III düzenlemesinde yer alan aile konutu şerhinin işlevinin açıklayıcı olduğu doktrindeki baskın görüştür. Buna göre yapılan şerh ile kanun gereği doğmuş bulunan tasarruf yetkisi kısıtlaması alenî hale getirilmiş olmaktadır. 6518 sayılı Kanunun 44. maddesi ile de 2014 yılında TMK md. 194/III hükmünde değişiklik yapılmış, malik olmayan eşin aile konutu şerhi verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu gelişmeye uyum sağlamak, uygulamada yaşanan sorunları gidermek ve durumu açıklığa kavuşturma amacıyla aile konutu şerhine ilişki usul 2014 tarihli 1756 sayılı (2014/4) Genelge ile yeniden düzenlenmiştir. Genelgenin A4/Ç maddesinde "*... ipotek vb kısıt bulunan taşınmazlarda, aile konutu şerhini talep eden kişinin taşınmaz üzerindeki şerhlerin /ipoteğin varlığını kabul etmesi durumunda aile konutu şerhinin konulacağı"* düzenlenmiştir. Taşınmaz üzerinde ipotek bulunması aile konutu şerhi konulmasına engel değildir. Ancak söz konusu genelgeye göre diğer eş taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi verilmesini talep ettiğinde taşınmaz üzerinde rızası olmadan kurulan ipoteği kabul etmiş olacaktır, bir anlamda bu işleme icâzet vermiş sayılacaktır. Kanaatimizce de eş aile konutu şerhini koydurmak için mevcut

olan ipoteği kabul etse dahi bu durum alacaklı lehine konulmuş olan ipoteğe rıza verildiği anlamına gelmemelidir Zira aksi yönde kabulün kanunun amacına aykırılık teşkil etmesi bir yana ayrıca rızanın her somut olay bakımından ayrı ele alınması ve açık olması gerekliliğine de aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca anılan Genelgede, 5. Aile Konutu Şerhinin Hukukî Sonucu, 7. Bildirimde bulunma başlığı altında, *aile konutu şerhi bulunan taşınmaza haciz, tedbir vb işlenmesi durumunda işlem sonucundan lehine aile konutu şerhi verilen eşe bildirimde bulunulması* düzenlenmiştir. O halde bu bildirimin sadece üzerinde aile konutu şerhi bulunan olan taşınmazlara ilişkin yapılacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Oysa ki; şerhin etkisi kurucu olmadığı dikkate alındığında malik olmayan eşin söz konusu hacizden her durumda haberdar edilmesi, telafisi mümkün olmayan hak kayıplarının engellenmesi açısından önemli olacaktır. Dolayısıyla doktrinde de ifade edildiği üzere İİK md. 103'de değişiklik yapılarak borçlu olmayan eşe de haciz tutanağının gönderilmesi sağlanmalıdır. Bununla birlikte doktrinde bu yönde bir düzenleme yapılacaksa şerhin etkisi açıklayıcı olsa da icra müdürünün bu şerhi görmeden re'sen taşınmazın aile konutu olduğuna karar vermesi beklenemeyeceğinden ve bu görev kendisine yüklenemeyeceğinden tapu kaydında yer alan şerh doğrultusunda diğer eşe bildirim yapmasının daha uygun olacağını ifade edilmişse de, kanaatimizce olası bir kanun değişikliğinin aile konutu şerhi kaydının olup olmaması ayrıma göre yapılması yerinde olmayacaktır. Zira aile konutu kavramı ve aile konutuna sağlanan koruma emredici bir düzenleme olan TMK md. 194'ün sonucu olup şerhten bağımsız niteliktedir.

Yargıtay uygulamaları bakımından Yargıtay HGK'nun 15.04.2015, E. 2013/2, K. 2015/1201 sayılı kararı ile içtihat değişikliği yaptığı kararı önemlidir. Anılan karar ile, aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetlerinin sınırlandırıldığı, sınırlandırmanın aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirildiği, bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmese bile o konutun aile konutu özelliğini taşıyacağı, TMK md. 194 hükmü ile getirilen sınırlandırmanın emredici nitelikte olduğu, dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamayacağı ve açık rızanın ancak *"belirli olan"* bir işlem için verilebileceği belirtilmiştir. Bu karar sonrasında TMK md.2 çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması durumu söz konusu olmadıkça eşin geçerli rızası alınmadan yapılan tasarruf işlemleri geçersiz sayılmış, Yargıtay şerhin yokluğuna dayanılarak TMK md.1023 düzenlemesinden yararlanılamayacağına karar vermiştir.

İsviçre hukukunda ilgili hükümde aile konutu şerhine ilişkin bir hüküm mevcut olmamakla birlikte üçüncü kişilerin iyiniyeti, diğer eşin rızası olmadan gerçekleştirilen hukukî işlemin kesin hükümsüz olması sonucunu değiştirmemektedir. Aynı zamanda İsviçre İİK md. 153/II, b ile, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takibin konusu aile konutu (İsv. MK md. 169) ise, ödeme emrinin diğer eşe ve kayıtlı birlikte yaşayan diğer eşe ve ipotek üçüncü kişinin malı üzerinde tesis edilmişse, üçüncü kişinin eşine de tebliği gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre diğer eş kendisine gönderilen ödeme emri sonucunda takibe karşı koyma bakımından borçlu ile aynı imkânlara sahip olacaktır; O halde maddi hukuka ilişkin borcun olmadığı, (örneğin; borcun muaccel olmadığı, miktarı) ve rehnin geçerliliğine ilişkin itirazlarını ileri sürebilecektir. Dolaysıyla takip içerisinde ödeme emrinin tebliği ile borçlunun takip içerisinde kullanabileceği her türlü itiraz, şikâyet, borçtan kurtulma davası prosedürünü başlatabilecektir.

Türk doktrinde İsv. İİK md. 151/I ve 153/II, b hükümlerinde olduğu gibi İcra İflâs Kanunu'nda ipoteğin paraya çevrilmesi hükümlerine aile konutu ile ilgili açık düzenleme yapılması yönünde görüşler mevcuttur. İsviçre hukukunda borçlu olmayan eşin ödeme emri tebliğ üzerine yapacağı ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe konu taşınmazın aile konutu olduğuna ilişkin itirazının takibin hangi aşamasına kadar yapılabileceğinin temel mesele olarak ele alındığını belirtmek gerekir. Her ne kadar ilgili yönetmelik (VZG md. 100/I) ile borçlu olmayan eşe sonradan tebligat yapılabileceği düzenlenmiş ise de, yine satış talebinin tapuya şerh edilmesinden sonra borçlu olmayan eşe ödeme emrinin tebliği yapılmayacağı düzenlenerek (VZG md. 100/II) yapılacak aile konutu itirazının süresine ilişkin bir sınırlama getirildiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte İsviçre hukukunda takip konusu taşınmazın aile konutu olduğu iddiasının inandırıcı delillerle ispatlanması gerektiğine dikkat çekilmektedir. İsviçre doktrininde tartışmalı olan husus ise, tapuya tasarruf kısıtlamasına ilişkin şerhten sonra taşınmazın aile konutuna özgülenmesi durumu ortaya çıkarsa VZG md.100/II'nin uygulanıp uygulanmayacağıdır.

Türk hukukuna göre İİK'nda açık düzenleme mevcut olmasa da, aile konutu İİK md. 82/I, b.12 çerçevesinde -şartları mevcutsa- haczedilemezlik şikâyeti ve bunun dışında hacizde tertip ilkesi göz önünde bulundurulmak suretiyle dolaylı olarak korunabilecektir. İsviçre hukukunda ise tespit ettiğimiz kadarıyla İİK md. 151, md. 153/II, b, VZG 88/I ve VZG 100 düzenlemeleri ile açık olarak ve yine dolaylı olarak da İİK md. 95 a çerçevesinde

icra hukuku bakımından koruma sağlanmıştır. Ancak vurgulamak gerekir ki; haczedilemezliğin düzenlendiği İsv.İİK md. 92'de Türk hukukunda olduğu gibi meskeniyet haczine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır Kanaatimizce de yalnızca ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip bakımından, diğer eşin haberdar olmasının sağlanması amacıyla ödeme veya icra emrinin borçlunun malik olmayan eşine de tebliği yönünde düzenleme yapılması faydalı olabilecektir. Ancak İsv.İİK md. 153/II, b ile esasında borçlunun malik olmayan eşine borçludan bağımsız bir itiraz hakkı tanınmıştır. Zira malik olmayan borçlunun eşi maddi hukuka ilişkin tüm itiraz sebeplerini ileri sürebilecektir. Öte yandan esasında malik olmayan ve borçlu olmayan, borçlunun eşine ödeme emri gönderilmesinin temel amacı Medenî Kanun'da aile konutu üzerindeki hukukî işlemlere yönelik diğer eşe getirilen sınırlamadan eşin haberdar edilmesi ve geçersiz bir ipotek sözleşmesine dayanarak icra takibine devam edilmesinin önlenmesidir. Dolayısıyla kanaatimizce aile konutu ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile icra takibine konu edildiğinde, ipotek tesisi TMK md. 194'e aykırı olarak diğer eşin rızası alınmadan gerçekleştirilmişse, borçlu olmayan diğer eş ipotek sözleşmesinin geçersiz olduğunu ileri sürecektir. O halde borçlu olmayan diğer eşin yapabileceği itiraz maddi hukuk bakımından borca itiraz değil, ipotek hakkına yönelik olacaktır. Bu hususu da dava takip yetkisine dayanarak İİK md. 150, c. 3 hükmü gereğince açacağı- ipoteğin iptalini gerektiren hususlar itiraz konusu yapılamayacağından- ipoteğin iptali davası ile ileri sürebilecektir. O halde aile konutunun ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe konu olması durumunda ödeme emrinin ipotek tesisinde rızası alınmayan diğer eşe tebliği ile durumdan haberdar edilmesi, bu eşin ivedilikle ipoteğin iptaline ilişkin dava açmasının sağlanması açısından önemlidir. Ayrıca ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip dışındaki hallerde asıl olan yine borçlunun malik olmayan eşinin hacizden haberdar edilerek, İİK md. 82/I, b.12 şartları mevcutsa bir an önce meskeniyet iddiasına ilişkin şikâyet yoluna başvurmasının sağlanmasıdır. Her ne kadar aile konutu olduğu iddia edilen taşınmazın haczedilmesi durumunda yapılacak meskeniyet iddiasına ilişkin şikâyet ile malik olmayan eşin açacağı ipoteğin iptali davası birbirinden farklı nitelikte olsa da her iki farklı prosedür bakımından ortak olan husus aile konutunun korunması amacına hizmet etmesidir. Buna göre bu prosedürlere takip aşamaları içerisinde takip ilerlemeden mümkün olan en kısa süre içerisinde başvurulmasının önemli olduğu, bu sayede icra hukukunda hem alacaklı, hem borçlu, hem de cebri icra yolu ile satış kendisine gerçekleştirilen üçüncü kişi açısından menfaat dengesinin sağlanacağı düşüncesindeyiz.

Kanaatimizce aile konutu üzerindeki hukukî işlemlere getirilen sınırlamanın hukukî niteliği ve bu sınırlamaların icra hukuku bakımından etkilerinin değerlendirilmesi konusundaki doktrinde yer alan aktarmaya çalıştığımız farklı görüşlerin temeli hükmün konuluş amacına uygun, en etkin korumanın gerçekleşmesinin sağlanması amacına yönelik çözüm arayışına dayanmaktadır. Mevcut İİK düzenlemelerine uygun düştüğü, şartları karşıladığı ölçüde icra hukukunda gözetilmesi gereken temel hak ve ilkeler ile icra hukukunun tüm süjeleri bakımından menfaatler dengesi dikkate alınarak hükmün cebri icra bakımından etkileri kabul edilmelidir. Ancak tüm bu hususların yanında özellikle aile konutu üzerinde ipotek tesisinin söz konusu olduğu durumlarda tapu idaresinin bu durumu diğer eşe bildirmesi yönünde TMK md 890'a benzer bir düzenlemenin TMK'nun ipoteğin kurulmasına ilişkin hükümlerine eklenebileceği düşüncesindeyiz. Böylece TMK md.194'ün amacı ve emredici niteliği doğrultusunda, korumanın etkinliği artırılacaktır. Aynı zamanda bu şekilde getirilecek bir düzenleme ile olası bir icra takibi aşamasında TMK md. 194 düzenlemesine aykırı olarak tescil edildiğinden dolayı ortaya çıkabilecek ipotek hakkına yönelik itirazlar takipten sonra İİK md. 150'ye göre ipoteğin iptali davası açılmasına gerek kalmaksızın TMK hükümleri çerçevesinde çözümlenebilecektir.

Çalışmamız kapsamında son olarak incelemeye çalıştığımız husus, malik olmayan eşin ihalenin feshini talep edip edemeyeceğidir. İhalenin feshine ilişkin 7343 sayılı Kanun ile değişik İİK md. 134/ II, III, IV ve V düzenlemeleri incelendiğinde ihalenin feshini talep edebilecek kişilere ilişkin tahdidî sayımın korunmakla birlikte bu sayım içerisinde de bazı kişilerin feshi talep ederken ve feshi hakkında verilen kararın sonuçları bakımından ayrı şartlara tâbi tutulduğu ifade edilebilir. İİK md. 134/II'ye göre ihale konusu taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi mevcutsa diğer eş, resmî sicildeki ilgililer kapsamında yer aldığından zarar gördüğünü ispat ederek ihalenin feshini talep edebilecektir. Ancak ihaleye konu taşınmazın tapu kaydında aile konutu şerhi mevcut değilse gerçekten menfaati zarar gören eş sadece İİK md. 134/II'de yer alan tahdidî sayım sebebiyle sayılan kişilerden olmadığından prosedüre dâhil olamayacaktır. Dolayısıyla aile konutu şerhinin varlığına bağlanan bu sonucun özellikle de aile konutu şerhinin işlevi düşünüldüğünde - aile konutu şerhinin kurucu değil, açıklayıcı etkisi bulunduğu, tapuya aile konutu şerhi verilmese bile o konutun aile konutu özelliğini taşıyacağı, TMK md. 194 düzenlemesindeki hukukî sınırlamaların şerhten bağımsız nitelikte olduğu gerekçeleriyle- lehine aile konutu şerhi olmayan ve fakat menfaati zarar görenlerin âdil yargılanma haklarının ihlâline sebebiyet vere-

ceği kanaatindeyiz. Bununla birlikte tapuda aile konutu şerhi mevcut değilse, malik olmayan, borçlu olmayan diğer eş ihalenin feshini talep ederken ihale bedeli üzerinden nispi harç ödeyecek, yüzde beş oranında teminat yatıracak, işin esasına girilerek talebin reddine karar verilirse veya feragat sebebiyle talebi reddedilirse feshi istenen ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûm edilecektir. Sadece tapuda aile konutu şerhi bulunup bulunmaması ayrımına göre ortaya çıkan bu sonuçların aile konutu şerhinin açıklayıcı işlevini bertaraf ettiği ve ihalenin feshine başvurmakta hukukî yararı aynı olanlar arasında eşitsizlik yarattığı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

AKİL Cenk, "Yargıtay Kararları Işığında Haline Münasip Evin Haczedilemezliği (Meskeniyet) İddiası (İİK m.82/12)", **AUHFD**, 60(4)2011, s. 775-808.

AKKAYA Tolga, "İcra Hukuku Bağlamında Süreli İpotek", **TAAD**, Yıl: 4, Sayı: 12 (Ocak 2013), s.161-184.

AKTEPE Sezin, "İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,** 2007/2, s. 177-194.

ALANGOYA Yavuz, "Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1969, C.3, S.5, s. 125-194.

ALANGOYA Yavuz/YILDIRIM M. Kâmil/DEREN-YILDIRIM Nevhis, **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, 8. Tıpkı Bası, İstanbul, 2011.

AMONN Kurt/WALTHER Fridolin, **Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts, 9. Vollständig aktualisierte Auflage**, Stämpfli Verlag AG Bern, 2013.

ARMUTCUOĞLU Can Yalçın, "Aile Konutuna Sağlanan Hukukî Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukukî Niteliği", **MÜHF-HAD**, 2011, C.17, S-1-2, s.413-436.

ARSLAN Aziz Serkan, **İcra Takip İşlemleri, (Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları)**, Ankara, 2018.

ARSLAN Ramazan, **İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi**, Ankara, 1984.

ARSLAN Ramazan, **Medeni Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara, 1989 (ARSLAN, **Dürüstlük**).

ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ Sema/ HANAĞASI Emel, **İcra ve İflâs Hukuku**, Ankara, 2021.

ASLAN Kudret, "Hacizde Sıra (Tertip)", **AÜHFD** 2005/2, s. 269-318.

AŞIK İbrahim, "Borçlu ve Ailesinin Yaşamı İçin Gerekli Mal ve Alacakların Haczedilmezliği Bu Kurallarda Değişiklik İhtiyacı", **BAÜHFD, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Yıl: 2011, C.7, S: 87-88, s. 34-69.

ATALAY Oğuz, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, İzmir 2001 (ATALAY, Menfi).

ATALAY Oğuz, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, İstanbul, 2017.

ATALAY Oğuz, "Türk Medenî Kanunu'nda Aile Hukuku Mal Rejimlerine İlişkin Hükümlerin Takip Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", M**edenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-I** Eskişehir, 2003, s. 51-73.

ATALI Murat/ ERMENEK İbrahim/ ERDOĞAN Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku**, Ankara, 2022.

AYAN Serkan, **Evlilik Birliğinin Korunması**, Ankara, 2004.

AYANOĞLU Moralı, Ahu, **İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu**, Ed. Prof. Dr.M.Turgut Öz/Prof. Dr. Faruk Acar/Prof. Dr. Hüseyin Murat Develioğlu/Prof. Dr. K. Emre Gökyayla, İstanbul, 2019.

BADUR Emel, "Eşin Rızası", TBB Dergisi 2013(109), s. 251-302 (BADUR, Rıza).

BADUR Emel, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Karşısında Aile Konutu Şerhinin (Ortadan Kalkan) Etkisi", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 10, S.110, Ekim, 2015, s. 14-30.

BARLAS Nami, "Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukukî İşlem Özgürlüğü ve Sınırları", **Prof. Dr. Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Ankara 2004, s. 115-143.

BAUER Thomas/ STAEHELIN Daniel, **Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs**, Basel, 2017.

BERKİN Necmeddin B., **İcra Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1969.

BERKİN Necmeddin M., "Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar", **İstanbul Barosu Dergisi**, 1957, C.XXXI, S.5, s. 201-232 (BERKİN, Haczi Caiz Olmayan).

BRÜCKNER Christian/KUSTER Mathias, **Die Grundstücksgeschäfte, Schweizer Immobiliarscahenrecht für Praktiker**, Zürich, 2021.

BUDAK Ali Cem, **İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip**, İstanbul, 2009.

BULUT Uğur, "Borçlunun Hâline Münasip Evi Üzerinde İpotek Tesisi ve Haczedilemezlikten Feragat", **DEÜHFD**, C.12, Özel S.2010 (Basım yılı: 2012), s. 1073-1103.

CEYLAN Ebru, "Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutunun Önemi", **TBB Dergisi**, 2017(128), s. 203-230.

ÇAPRİ Sezer, "Aile Konutu Şerhi", **Prof. Dr. Ergun A. Çetingil ve Prof.Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, 2007, s. 401-415.

DALCI ÖZDOĞAN Nurcihan, "Aile Konutu Niteliğinin Sona Ermesi ile Diğer Eşin Rızası Alınmadan Yapılan Tasarruf İşlemi Kendiliğinden Geçerli Hale Gelir mi?" **ERÜHFD**, C XIII, S.2, (2018), s. 135-167.

DEREN-YILDIRIM Nevhis, **Türk- İsviçre ve Alman Medenî Usûl Hukukunda Kesin Hükmün Subjektif Sınırları (Kesin Hükmün 3.Kişilere Sirayeti Sorunu)**, İstanbul, 1996.

DEYNEKLİ Adnan, **İcra ve İflâs Hukukunda İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip**, Ankara, 2013.

DİŞEL Buse, **Dava Takip Yetkisi**, İstanbul, 2020.

DOĞAN, Murat, Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu, **AÜEHFD**, C.VI, S.1-4 (2002), s. 285-300.

DÖNMEZ Murat, "Aile Konutunun Haczi**", TBB Dergisi**, S. 77, 2008, s.349-358.

DÖNMEZ Murat, **İcra ve İflâs Hukukunda Meskeniyet İddiası (İİK.m.82/12) (Borçlunun Haline Münasip Evinin Haczedilmezliği)**, İzmir, 2009 (DÖNMEZ, Meskeniyet).

DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan / GÜMÜŞ Alper, **Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku**, İstanbul, 2021.

ERDÖNMEZ Güray, "İcra ve İflâs Hukukunda İhalenin Feshini Talep Edebilecek Kişiler", **MİHDER**, 2008/2, S.10, s. 357-408.

ERDÖNMEZ Güray, **Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali**, İstanbul, 2019.

GENÇ ARIDEMİR Arzu, "Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2002/7 Sayılı, 11.06.2002 Tarihli Genelgesi'nin Aile Konutu Şerhine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan,** Ankara, 2006, s. 127-148.

GÖRGÜN Şanal / BÖRÜ Levent / KODAKOĞLU Mehmet, **İcra ve İflâs Hukuku**, Ankara 2022.

GÜMÜŞ Alper, **Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler**, Ankara, 2003.

GÜNERGÖK Özcan, "Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet veya Sınırlı Hak İktisabı", **EÜHFD**, C.XIII, S.1-2 (2009), 249-281.

GÜRDOĞAN Burhan, **İcra Hukuku Dersleri**, Ankara, 1970.

GÜRTÜRK Damla, "Borçlunun Haline Münasip Evinin Tasarrufun İptali Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 18, S.36, 2019/2, s. 95-117.

HATEMİ Hüseyin, **Aile Hukuku**, İstanbul, 2021.

HAUSHEER Heinz /GEISER Thomas/AEBI-MÜLLER, Regina E., **Das Familienrecht des Schweizerisches Zivilgsesetzbuches**, Bern, 2014.

HUNKELER Daniel, **Kurzkommentar SchKG**, Basel, 2014.

İYİLİKLİ Ahmet Cahit, "Boşanma, Evliliğin İptali ya da Eşlerden Birinin Vefatının Aile Konutuna İlişkin Tasarrufun İptali Davasına Etkisi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 7, S.13, Haziran, 2019, s. 233-294.

JAEGER, C., **Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs**, Dritte vollständig neu bearbeitete Auflage, Zürich, 1911.

KALE Serdar, "İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış", **Lexpera Blog**, 27.11.2021.

KALE Serdar, **Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti**, İstanbul, 2010.

KAMACI Mahmut, "Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza) (TMK'nun 194.Maddesi)", **Yargıtay Dergisi,** 2004, S.1-2, s.113-138.

KARABAĞ BULUT Nil, "Aile Konutu Üzerinde İpotek Tesisi", **Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları**, Cilt 1 Eşya Hukuku, 20 Ekim 2016, Ed: Prof Dr. Tufan Öğüz/Prof. Dr. Baki İlkay Engin, İstanbul, 2017, s.59-85.

KARSLI Abdurrahim, **İcra ve İflas Hukuku**, İstanbul, 2014.

KILIÇOĞLU Ahmet M., **Medenî Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, Ankara, 2004 (KILIÇOĞLU, Yenilikler).

KILIÇOĞLU Ahmet, **Türk Medenî Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı**, Ankara, 2002.

KİRAZ Taylan Özgür," İsviçre Federal Mahkemresinin Bir Kararı Çerçevesinde Takip Hukukunda Şikâyet Eden Taraf Bakımından İlgili Kavramı", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan**, Ankara, 2008, s. 561-566.

KOCH Harald "Über die Entbehrlichkeit der "gewillkürten Prozessstandschaft"-Alternativen der Prozessführung durch Rechtsfremde", **JZ**, 39. Jahrgang, 18, 1984, s. 809-815.

KREN KOSTKİEWİCZ Jolanta, **Kurzkommentar VZG Zur Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG) vom 23. April 1920**, 2011.

KREN KOSTKİEWİCZ Jolanta/VOCK Dominik, **Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs,** 4.Auflage, basirend auf der 1911 erschienenen 3.Auflage von Carl Jaeger, Schultess, 2017.

KURU Baki /AYDIN Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, 2021.

KURU Baki, "Haczi Caiz Olmayan Şeyler", **AÜHFD** 1962, C.XIX, S.1-4, s. 277-326.

KURU Baki**, İcra ve İflâs Hukuku, El Kitabı**, Ankara, 2013 (KURU, El Kitabı).

KURU Baki, **İcra ve İflâs Hukukunda Menfî Tespit ve İstirdat Davası**, Ankara, 2003.

LEYENDECKER, Benjamin E., "Der Widerruf einer (ausgeübten) gewillkürten Prozessstandschaft", **ZZP**, 122. Band, Heft 4, 2009, s. 465-487.

MUŞUL Timuçin, **İcra İflâs Hukukunda; İhale ve İhalenin Feshi**, Ankara, 2016.

NAMLI Mert, "Anayasa Mahkemesi'nin Aile Konutu Hakkında Haczedilemezlik Şikâyetinin İleri Sürülmesine İlişkin 12.12.2019 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi", **Legal Hukuk Dergisi**, Cillt No: 18, S.211, 2020, s. 3085-3120.

NEBİOĞLU ÖNER Şebnem, "Aile Konutu'nun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri", **TBB Dergisi,** 2011, s. 117-154 (NEBİOĞLU ÖNER, Aile Konutu).

NEBİOĞLU ÖNER Şebnem, **Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi**, Ankara 2014.

NOMER Haluk Nâmi/ ERGÜNE Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2019.

OĞUZMAN M. Kemal /SELİÇİ Özer / OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2020.

OĞUZMAN M. Kemal/ BARLAS Nami, **Medenî Hukuk, Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar**, İstanbul 2021.

OKTAY ÖZDEMİR Saibe, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", **MHB** 2015; C: 35, S.1, s. 29-46.

ÖKTEM Seda, "Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması", **TBB Dergisi**, Sayı: 67, 2006, s. 317-338.

ÖZBAY İbrahim, "İcra ve İflâs Hukukumuzda Haczedilemezlikten Feragat (İİK.M.83/a)", **AÜEHFD**, C.IX, S.1-2 (2005), s. 543-567.

ÖZBAY İbrahim, "İpoteğin İptali Davası (İİK.M.150, C.3) Üzerine Bir İnceleme", **EÜHFD**, C.XI, S.3-4 (2007), s.403-451 (ÖZBAY, İpotek).

ÖZEKES Muhammet, **İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler**, Ankara, 2009.

ÖZEKES Muhammet/ÇİFTÇİ Pınar, "Anayasa Mahkemesinin Aile Konutunun Haczedilmezliği (Eşin Meskeniyet İddiası) Hakkındaki Kararı Çerçevesinde Tespit, Değerlendirme ve Eleştiriler", **Lexpera Blog**, 09.04.2020.

ÖZMUMCU Seda, "İcra ve İflâs Müdürlerinin Takdir Hakkı", **Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan**, İstanbul, 2008, s. 489-514.

ÖZTAN Bilge, **Aile Hukuku**, Ankara, 2015.

PEKCANITEZ Hakan /ATALAY Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul, 2021.

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul, 2022.

PEKCANITEZ Hakan/AKKAN Mine, "7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması", **TBB Dergisi,** 2022 (160), s. 259-297.

PEKCANITEZ Hakan/TAŞ KORKMAZ Hülya, "Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Sıfat ve Dava Takip Yetkisi Kavramlarının Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan**, İstanbul 2021, s. 911-974.

PEKCANITEZ Hakan/ TAŞ KORKMAZ Hülya, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, İstanbul, 2017.

PEKCANITEZ Hakan/SİMİL Cemil, **İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet**, İstanbul, 2017.

POSTACIOĞLU İlhan E., **İcra Hukuku Esasları**, İstanbul, 1982.

SCHACK Haimo, "Prozessführung über fremde Rechte", **Festschrift für Walter Gerhard**, Köln, 2004, s. 859-878.

SCHMID Ursula, **ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch,** OFK-Orell Füssli Kommentar, Zürich, 2016**.**

SERDAR İlknur, "1756 (2014/4) Sayılı Genelge Kapsamında Aile Konutu Şerhi", **DEÜHFD**, C. 21, S.2, 2019, s. 583-628.

SEROZAN Rona, "Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım (MK 194 III Kuralının Bir Belitmişçesine Yenibaştan Okuma Zorunluluğu)", **Prof.Dr.Zahit İmre'ye Armağan**, İstanbul, 2009, s. 279-310.

SİRMEN A. Lâle, **Eşya Hukuku**, Ankara, 2016.

ŞIPKA Şükran, "**Aile Konutu ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler"**, **Prof. Dr. Necla Arat'a Armağan,** İstanbul, 2004, s. 369-393, (Şıpka, Aile Konutu).

ŞIPKA Şükran, "Türk Hukukunda Eşlerin Hukukî İşlem Özgürlüğünün Sınırları", **MHB** C. 35, S. 1, s. 47-58 (ŞIPKA, Hukukî İşlem Özgürlüğü).

ŞIPKA Şükran**, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m.194)**, İstanbul, 2004.

TANRIVER Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, C.I, Ankara, 2020.

TAŞ KORKMAZ Hülya, **Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği**, Ankara 2014.

TAŞ KORKMAZ Hülya, **Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi**, İstanbul 2021 (TAŞ KORKMAZ, **Gerçek Taraf**).

TEKİNAY Selâhattin Sulhi/AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Halûk/ ALTOP Atilla, **Tekinay Eşya Hukuku**, Cilt 1, İstanbul, 1989.

TOPUZ Gökçen, "Aile Konutunun Haczi ve Kiralanan Aile Konutunun İlâmsız İcra Yoluyla Tahliyesi", **EÜHFD**, C.III, s.1, (2008), s.271-291.

TUNÇ YÜCEL Müjgan, "Türk Medeni Kanunu'nun Eşya Hukukuna İlişkin Bazı Hükümlerinin Hukuk Yargılamasına Yansıması", **Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan**, s. 1143-1178.

TUNÇ YÜCEL Müjgan, **Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi**, İstanbul, 2010.

UÇAR Ayhan, "4721 Sayılı Medeni Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler", **AÜEHFD**, C VI, S.1-4 (2002), s. 317-332.

UÇAR Ayhan, 4721 Sayılı Medeni Kanunu ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessese: Aile Konutu Müessesi, **AÜEHFD**, C. X, S.1-2 (2006), s. 395-442.

UMAR Bilge/ YILMAZ Ejder, **İsbat Yükü**, Büyükçekmece 1980.

UYAR Talih, **İcra Hukukunda Şikâyet**, Manisa, 1991.

ÜSTÜNDAĞ Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, İstanbul, 2004.

ÜSTÜNDAĞ Saim, Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul, 1959.

YILDIRIM Mehmet Kâmil / DEREN-YILDIRIM Nevhis, **İcra ve İflâs Hukuku**, İstanbul, 2021.

ZEITER Alexandra/SCHLUMPF Michael, **Personen-und Familienrecht-Partnerschatzsgesetz Art. 1-456 ZGB-PartG**, Zürich, 2016.

Elektronik Kaynaklar

https://www.baselland.ch..

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

www.fedlex.admin.ch. (Ehe Für Alle, Büchlein).

İçtihat Bülteni.

https://www5.tbmm.gov.tr.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 1013-1076

SİGORTA POLİÇESİ ÖZEL ŞARTLARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME(*)

Dr. **İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU**(**)

Öz: Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin/rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir. Bu sözleşme hukuki niteliği itibariyle bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Genelde irade özerkliği özelde sözleşme serbestisi ilkesi gereği sigorta poliçesi özel şartlarıyla taraflar sigorta sözleşmesine hususiyet kazandırabilir. Sigorta poliçesi genel şartlarından ayrılması gereken özel şartların hukuki niteliği, belirlenmesine ilişkin kıstaslar ve tabi olduğu hüküm ve sonuçların neler olduğunun Türk, Alman ve İsviçre hukuku bağlamında ele alınıp ortaya konulması amaçlanmıştır. Zira sigorta uygulamasında özel şartların hatalı kullanımının teorik tartışmalar ekseninde düzeltilmesi ve özel şartların doğru şekilde anlamlandırılması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Sigorta Sözleşmesi, Sigorta Poliçesi, Riziko, Genel Şartlar, Özel Şartlar.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 27.01.2022 - Makale Kabul Tarihi: 03.03.2022.

(**) Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0002-9660-4575; *o.z_g.u.n@hotmail.com*).

AN EVALUTION OF THE SPECIAL CONDITIONS OF THE INSURANCE POLICY

Abstract: An insurance contract is a contract in which the insurer undertakes to indemnify tendering money, on condition that a premium, with happening of the hazard/risk that harms a pecuniary interest of the person, either paying money or taking other performances due to the life span of one or more persons or due to some events that occur in their lives. This contract is a law of obligations contract in terms of its legal nature. Generally, due to the principle of autonomy of will and particularly freedom of contract, the parties can make the insurance contract peculiarity with the special conditions of the insurance policy. It is aimed to examine and reveal the legal nature of the special condtitions that should be separated from the general conditions of the insurance policy, the criteria for their identification, and the provisions and consequences to which they are subject, in the context of Turkish, German and Swiss law.

Keywords: Insurance Contract, Insurance Policy, Risk, General Conditions, Special Conditions.

GİRİŞ

Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu[1] m. 1401/1). Sigorta sözleşmesi bir sigorta poliçesine bağlanmaktadır. Nitekim sigortacı; sigorta sözleşmesi kendisi veya acentesi tarafından yapılmışsa, sözleşmenin yapılmasından itibaren yirmidört saat, diğer hâllerde onbeş gün içinde, yetkililerce imzalanmış bir poliçeyi sigorta ettirene vermekle yükümlüdür (TTK m. 1424). Bu sigorta poliçesinin içeriğinde tarafların hakları, temerrüde ilişkin hükümler, genel ve şayet varsa özel şartlar şeffaf bir şekilde belirtilmelidir. Uygulamada sigorta poliçelerinde matbu olmaları sebebiyle[2] genel şartların teker teker yazılmadığı; yalnızca özel şartlara yer verildiği görülmektedir. Gerçekten de bir sigorta poliçesinde genellikle "*Özel Şartlar*" başlığı altında "*Bilgilendirme*

---

1 RG: 14/02/2011, 27846.

2 Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği (Sıra No: 509) IV. 9.1. ile e- sigorta poliçesinin kabulü sonucunda kâğıt ortamındaki sigorta poliçesi ile aynı hukuki niteliğe sahip bir uygulama hayata geçirilmiştir.

yapılarak, ekli genel ve özel şartlarla akdedilmiştir." şeklinde bir ifade kullanılmaktadır. Bununla birlikte genel şartların sigortacı ya da temsilcisi tarafından bir belge olarak verilmediğini görmekteyiz[3]. Ancak söz konusu bilgilendirme metninin içeriğinde sözleşmeye eklenebilecek özel hükümlere ilişkin bilgilerin de bulunması zorunludur (Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik[4] m. 8/1-ç bendi). Zaten sigorta sözleşmelerinde hususiyet kazandıran şartlar da özel şartlar olarak karşımıza çıkmaktadırlar.

Bu çalışmanın amacı sigorta sözleşmesinin içeriğinde yer alan özel şartların genel şartlar karşısındaki konumunu tespit etmek ve özel şartlara dair hukuki sorunlara bir çözüm önerisi getirmektir.

---

[3] Her ne kadar sigorta sözleşmesini ispata yarayan poliçelerde ve sözleşmenin kuruluş aşamasında düzenlenen bilgilendirme metinlerinde genel şartlara ulaşılabilecek yerin neresi olduğuna dair bir kayıt düşülerek TSB'nin web sitesine atıf yapılmasının -her zaman için- yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü en başta TTK m. 1425/1 hükmün uyarınca, sigorta poliçesi genel ve varsa özel şartları içermeli ise de bunun rahat ve kolay okunacak biçimde olması gerekir. Diğer bir deyişle, burada kastedilen, söz konusu bilgilendirmenin eksik, yanlış ya da yanıltıcı olmaması adına genel bir yollama vb. yöntemlerden kaçınılması gerektiğidir. Ayrıca hem TTK m. 1424/1 hükmündeki sigorta poliçesi verme yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekliliğinden hem de TTK m. 1423/1 hükmü bağlamında sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgilerin yazılı olarak bildirilmesi zorunluluğundan bahsedilmektedir. Hatta Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik madde 5'te; "*Sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü, sigortacı tarafından sigorta ettirene ve sigorta sözleşmesine taraf olmak isteyen kişilere* ***sözlü*** *ve* ***yazılı şekilde*** *yerine getirilir.*" denilerek genel şartlara yapılan yollamanın bilgilendirme açısından yeterli olmayacağı vurgulanmıştır. Ayrıca SSBİY m. 8/1'de bilgilendirme metninin asgari zorunlu içeriğine ye verilerek akdedilecek sigorta sözleşmesine ilişkin genel uyarıların yapılabilmesi ve sözleşme ile verilen teminatların tam anlamıyla anlaşılabilmesi matbu olan metnin varlığını gerektirir niteliktedir. Nitekim bu konuda *Kender (*KENDER Rayegan*,* "Sigorta Sözleşmesinin Tanımı ve Kurulması (TTK Tasarısı Hükümlerinin Değerlendirilmesi İle)", **Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD) Armağan Özel Sayısı**, İstanbul, 2006, s. 525) 6762 sayılı TTK döneminde şu şekilde görüşünü dile getirmiştir: "*Sigorta sözleşmesinin yapılmasında kanundan doğan iki yükümlülük söz konusudur. Birincisi, yapılan sözleşmenin ait olduğu sigorta dalına ait genel şartların sözleşmeye eklenmesidir...*" Oysaki sigorta uygulamasında birçok durumda sigorta genel şartlarının ve klozların yollama yoluyla sözleşme içeriğine dahil edilmesi söz konusudur. Bu gibi durumlarda taraflar yollama yapılan metinler üzerinde anlaşmış, bunların sözleşme içeriğine girmesini kararlaştırmış sayılacakları hususundaki aksi görüş için bkz. ÜNAN Samim, **Sigorta Tüketici Hukuku**, 1. Baskı, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 36. Burada tartışılması gereken asıl husus, örtülü kabulün yani TBK m. 6 hükmünün nasıl anlaşılması gerektiğidir. Kanaatimizce sigorta sözleşmesinin tarafları arasında ikili bir ayrım yapılarak sonuca ulaşılmalıdır. Şayet sözleşmenin bir tarafı tüketici idiyse kural olarak örtülü kabule izin verilmemelidir. Diğer taraftan sözleşmenin bir tarafı tacir idiyse ticari hayata hâkim dürüstlük kuralına göre örtülü kabulün varlığına doğrudan ulaşılabilir. Bu yüzden -her zaman için- şeklinde bir ibareyi kullanmayı tercih ettik. Bu konuda uygulamadan bir örnek için bkz. ÜNAN, Tüketici, s. 34-35.

[4] RG: 14/2/2020, 31039.

I. SİGORTA POLİÇESİ GENEL ŞARTLARI/ÖZEL ŞARTLARI AYRIMI

Sigorta sözleşmesi her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir[5]. Sigorta primi ile sigorta himayesinin karşılıklı olarak yer değiştirdiği bu sözleşmede belirli bir zaman diliminde sigortacının poliçeyi karşı tarafa teslim etmesine dair bir yan yükümlülüğü vardır[6]. Bu bağlamda sigorta poliçesinin[7] sigortacının sorumluluğunun başlaması noktasında bir işlevi olmasa da sigorta sözleşmesinin yapıldığına delalet ettiğini söylemek icap eder[8]. Kanun koyucu, sigorta poliçesini 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu[9] m. 1266/1'de yedi bent halinde sayılan hususları içermesine dair ayrıntılı bir düzenleme yapmak yerine daha yalın bir şekilde kaleme aldığı[10] TTK m. 1425/1 hükmünde; tarafların haklarını, temerrüde ilişkin hükümler ile genel ve varsa özel şartların sigorta poliçesinin içermesi gerektiğini dile getirmiştir. Burada tarafların irade serbestisi gereği; sigorta poliçesine özel şartlar koyabileceği ayrıca belirtilerek sözleşmenin içeriğinde bir bireyselleştirmeye gidilebileceği anlaşılmaktadır[11]. Benzer şekilde sigorta sözleşmesine hususiyet kazandırma

---

5 ARSEVEN Haydar, **Sigorta Hukuku**, Yenilenmiş 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1991, s. 20; KENDER Rayegan, **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku**, Güncelleştirilmiş On İkinci Baskı, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 166; ÜNAN Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, Altıncı Kitap, Sigorta Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler (Madde 1401-1452), 1. Baskı, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 11; BAHTİYAR Mehmet, "Sigorta Poliçesi Genel Koşulları", **Batider**, C. XIX, S. 2, Ankara, 1997, s. 89; AYHAN Rıza/ÇAĞLAR Hayrettin/ÖZDAMAR Mehmet, **Sigorta Hukuku Ders Kitabı**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 129; YAZICIOĞLU Emine/ŞEKER ÖĞÜZ Zehra, Sigorta Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 49; ÇEKER Mustafa, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 23. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2021, s. 60; BOZKURT Tamer, **Sigorta Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 91.

6 BOZKURT, s. 96.

7 Sigortacı ve sigorta ettirenin sigorta sözleşmesi uyarınca sahip oldukları hak ve borçlar gösteren belge sigorta poliçesidir. Bu kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYLİ Ali, "Sigorta Poliçesinin Kıymetli Evrak Niteliğine Sahip Olup Olmadığı Sorunu", **Prof. Dr. Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof. Dr. Rayegan KENDER'e 50. BİRLİKTE ÇALIŞMA YILI ARMAĞANI**, İstanbul, 2007, s. 332 vd.

8 BAHTİYAR, *Genel Koşullar*, s. 90 ve 91; YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 141; ÇEKER, s.58; KAYIHAN ŞABAN/GÜNERGÖK ÖZCAN, **Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, UmuttepeYayınları, İstanbul, 2020, s. 166; Sigorta poliçesinin ilk primin muacceliyet anının tespiti işlevi için ayrıca bkz. AYLİ, s. 333.

9 RG: 29/6/1956, 9353.

10 Poliçenin içeriğinin kapsamlı bir şekilde ifade edilmek istendiğini; ancak bunun gerçekleştirilemediği eleştirisi için bkz. KENDER, *Hususi Sigorta*, s. 180.

11 Nitekim sigorta özel şartlarıyla sigorta sözleşmesine hususiyet kazandırma 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG: 11/1/2011, 27836) m. 26 hükmündeki; "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*" ifadenin bir tezahürüdür.

imkânı 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu[12] m. 11/1'de yinelenmiştir[13]. Buna göre; "*Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir*[14]. *Ancak, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir. Bu hususlar, sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanılgıya neden olmayacak şekilde açık olarak belirtilir*." Dikkat edilecek olursa işin özelliğine uygun olarak özel şart ihdas edilirken zarar/meblağ sigortası ayrımının yanı sıra teminat altına alınan riziko/menfaat ikilisinin göz önünde tutulmasına işaret edildiği çıkarımında bulunulabilir.

Sigorta sözleşmelerinde iki ayrı şarta yer verilir[15]. Bunlardan genel şartlar[16] belirli bir sigorta dalında genel geçer bir şekilde uygulanan ve bu sözleşmelerin temelini teşkil eden poliçeye ekli kayıtlardır[17]. Bu kayıtların eko-

---

12 RG: 3/6/2017, 26552

13 Bu hüküm ile sözleşme özgürlüğü prensibi ve serbest piyasa ekonomisi sekteye uğramıştır. Bu eleştiri için bkz. ATAMER Yeşim /ÜNAN Samim, "Control of General and Special Conditions of Insurance Under Turkish Law with Special Regard to the Transparency Requirement", **Seminar, Transparecy in Insurance Law**, 4 Mayıs 2012, s. 67.

14 Uygulamada genel şartların doğrudan Bakanlık tarafından hazırlandığı, Birliğin görüşü alındıktan sonra da Resmî Gazete'de yayınlanarak şirketlerin kullanımın sunulduğu bilinmektedir. Haliyle Resmî Gazete'de yayınlana genel şartlar sigorta sözleşmelerin ayrılmaz bir parçası haline gelmişlerdir. Bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.35, ÇEKER, s. 56.

15 ATABEK Reşat, **Sigorta Hukuku**, Duygu Matbaası, İstanbul, 1950, s. 30-31; BOZER Ali, **Sigorta Hukuku (Genel Hükümler-Bazı Sigorta Türleri)**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskıdan Tıpkı Basım, BTHAE Yayınları, Ankara, 2009, s. 42; KENDER Rayegan, "Sigorta Mukavelesinin Akdedilmesi ve Şartları", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, 6-7 Ocak, BTHAE Yayınları, Ankara, 1984, s. 51; BAHTİYAR Mehmet, "Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, Genel Koşullardan Ayırdedebilmesi ve Bazı Sorunlar", **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan**, BTHAE Yayınları, Ankara, 1998, s. 133; ATAMER/ÜNAN, *GCC*, s. 66.

16 Akit serbestisi sözleşmenin içeriği bakımından da sınırlandırmanın getirildiği yönünde bkz. KANER İnci, Sigorta Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 13.

17 KENDER, *Sempozyum*, s. 51; KENDER, *Hususi Sigorta*, s. 190; BAHTİYAR, *Genel Koşullar*, s. 94; KABUKÇUOĞLU ÖZER Fatma Dilek, **Sigortacılık Kanunu Şerhi**, 1. Baskı, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 152; SEVİNÇ KUYUCU Aslıhan, "Sigorta Genel Şartlarının Hukuki Niteliği ve Uygulanacak Hükümlerin Belirlenmesine İlişkin Esaslar", **Prof. Dr. Rayegân KENDER'E Saygı Günü (Sigorta Genel Şartlarının Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 15 vd.; ERBAŞ AÇIKEL Aslıhan, "İngilizce Sözleşme Koşullarının Sigorta Sözleşmesi İçeriğine Dahil Edilmesi", **Prof. Dr. Rayegân KENDER'E Saygı Günü (Sigorta Genel Şartlarının Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 52 vd.; KARA Etem, "Sigorta Genel Şartlarının Hukuki Niteliği", **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S.2 19, Gaziantep, 2020, s. 157. Alman hukukunda benzer yönde bkz. HOFFMAN Edgar, **Privatversicherungsrecht**, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1983, s. 12.

nomik gerekçelerle ve sigorta ilişkisinin özelliğinden ötürü kabul edildiği söylenebilir[18]. Zaten sigorta genel şartlarının sigorta sözleşmesine hâkim kurallar manzumesi olduğu kabul edilmektedir[19]. Diğer taraftan özel şartlar ise SK m. 11/4 hükmü uyarınca; "*Sigorta sözleşmelerinde kapsam dahiline alınmış olan riskler haricinde, kapsam dışı bırakılmış riskler açıkça belirtilir. Belirtilmemiş olan riskler teminat kapsamında sayılır.*" şeklindeki düzenlemenin bir uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Demek oluyor ki; özel şartlar ile sigorta hukukuna hâkim olan ilkelerden sigorta sözleşmelerinde irade özerkliği ilkesinin bir neticesi olarak sözleşenler sözleşmeye Kender'in deyimiyle '*standart olmayan kayıtları*'[20] koymak suretiyle sigorta ilişkisine hususiyet kazandırılmaktadır. Bu bağlamda genel ve soyut niteliği haiz teknik bir şekilde hazırlanarak sigorta sözleşmesindeki karşı tarafa sorgusuz sualsiz dikte edilen genel şartlar ile sözleşenlerin karşılıklı ve iradi olarak üzerinde mutabık kaldıkları, her bir somut sigorta ilişkisine özgü genel şartlardan bir şekilde ayrılan/sapan kurallar getiren özel şartların[21] hem teorik hem de pratik açıdan bir ayrıma tabi tutulması gerekir[22]. Zira bu iki ayrı

---

[18] Sigorta genel işlem şartlarının öngörülme nedenleri hakkında bilgi için bkz. KENDER, *Sempozyum*, s. 51 ve 52; BAHTİYAR, *Genel Koşullar*, s. 94 ve 95. Ayrıca bkz. ATAMER/ÜNAN, *GCC*, s. 65.

[19] Benzer yönde bkz. KENDER, *Sempozyum*, s. 51.

[20] Bu kavram için bkz. KENDER, *Sempozyum*, s. 52.

[21] Sigorta genel şartları ile özel şartları arasındaki farklılıklar için bkz. BAHTİYAR, *Özel Koşullar*, s. 133 ve 134; MEMİŞ Tekin, "Sigorta Sözleşmelerinde Kullanılan Genel Şartların Yargısal Denetimi", **Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği**, **Sempozyum 19-20 Kasım**, İstanbul, 2004, s. 124 vd.; KARA, *Genel Şartlar*, s. 159 vd.

[22] Yargıtay kararında bu ayrımın önemine dikkat çekmiştir: "*Mahkemece poliçe kapsamı ile birlikte fırtına ve hortum klozunun değerlendirilmesi, ayrıca, poliçenin kapsamına alınmayan teminat dışı hallerin tek tek, açıkça ve tereddüte mahal vermeyecek şekilde genel ya da özel şartlar altında sayılmasının gerekli olup olmadığı hususunda değerlendirme yapılması ve 1409. madde özel şart uyarınca ispat yükünün davalı sigortacı üzerinde olduğunun gözetilmesi gerekirken, poliçe hükümleri, ilgili kloz ve genel şartlar yeterince değerlendirilmeksizin eksik incelemeye dayalı olarak davanın reddi yönünde hüküm kurulması doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir."* Bkz. Y. 11. HD., E. 2016/5230, K. 2017/7423, T. 20.12.2017, (www.kazancı.com.tr., E.T.27.11.2021). Benzer şekilde Yargıtay bir kararında bu ayrıma vurgu yapmıştır; *"... İnşaat all risk sigorta poliçesinde, üçüncü kişiye verilen zararların da sigorta kapsamına alınmış olması nedeniyle Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartları sigorta poliçesinin eki niteliğindedir. Bu nedenle poliçenin kapsamının tespitinde poliçe özel şartlarının ve İnşaat All Risk Sigortası Genel Şartları'nın yanı sıra Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartlarının da nazara alınması gereklidir. Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartları 3/A-8-a ve b maddesi hükmüne göre üçüncü kişiye ait olan ve herhangi bir maksatla sigortalı nezareti altında bulunan malların ve sair ekipmanın teminat kapsamı dışında olduğu düzenlenmiştir..."* Bkz. Y. 11. HD., E. 2020/2077, K. 2021/3892, T. 21.4.2021, (www.kazancı.com.tr., E.T.27.11.2021).

şartın kabulü, uygulanması, geçerliliği, yorumu, denetimi, teminatın kapsamının tayini vb. konuları farklılık arz ettiğinden özel şarta ilişkin öncelikle doktriner tartışmalar ışığında, sonrasında Alman ve İsviçre hukukundan istifade etmek suretiyle öznel bir değerlendirme yapılacaktır.

II. DOKTRİNER TARTIŞMALAR IŞIĞINDA ÖZEL ŞARTLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ[23]

1. Türk Hukukunda

Sigorta özel şartlarının[24] genel şartlardan ayrılması gerekliliği konusunda tartışmaları alevlendiren bilhassa 6 Ocak 1984 tarihinde gerçekleştirilen Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu'nda *Kender* tarafından sunulan "*Sigorta Mukavelesinin Akdedilmesi ve Şartları"* başlıklı bildiriye esas teşkil eden metin ve buna bağlı yapılan tartışmalar olmuştur. *Kender*'e göre; özel şartlar somut bir sigorta sözleşmesi yapılırken tarafların bu sigorta ilişkisine tatbik edileceğini kabul ettikleri ferdi şartlardır[25]. Bu sebeple somut sözleşmenin kendine özgü özelliklerini karşıladığından özel şartlar genel şartların bir tamamlayıcısı konumundadır[26]. Bu özel şartlara örnek olarak[27] da; sigortalının adı, sigortanın başlangıcı, sigorta bedeli ve prim miktarı gösterilmektedir[28]. Buna karşılık olarak sigorta sözleşmesinin veyahut

---

23 Yargıtay'ın sigorta özel şartlarının hukuki niteliği ilişkin doğrudan bir karara rastlanmadığından yalnızca doktriner tartışmalar ışığında bir inceleme yapılmıştır.

24 Metin içerisinde sigorta poliçesi özel şartları yerine -kullanım kolaylığı ve pratikliği açısından- özel şartlar ya da sigorta özel şartları şeklinde kullanım tercih edilmiştir.

25 KENDER, *Sempozyum*, s. 55.

26 KENDER, *Sempozyum*, s. 55.

27 *Bozer,* 1981 tarihli Sigorta Hukuku kitabında aynen şu ifadeye yer vermiştir: "*Sigorta poliçesinin ferdileşen özel şartları içeren ikinci bölümünde, sigortacının veya sigorta ettirenin ve varsa sigortadan yararlanan kimsenin adı soyadı veya ticaret unvanı ve ikametgahları, sigortanın konusu, sigortacının üstüne aldığı rizikolarla bunların başlayacağı ce son bulacağı an, sigorta bedeli, primin tutarı ile ödeme zamanı, yeri sigortacının üstüne aldığı rizikoların gerçek mahiyetlerinin tamamen tayine yarayacak bütün haller, tanzim tarihi yer alır*." Bkz. BOZER Ali, **Sigorta Hukuku**, BTHAE Yayınları, Ankara, 1981, s. 54-55. Oysaki *Bozer*, 2009 tarihli Sigorta Hukuku kitabında ise eTTK m. 1263 hükmünü ele alarak sigorta sözleşmesinin zorunlu unsurları içerisinde sigortacıyı, sigorta ettireni, sigorta menfaatini, tehlikeyi, sigorta bedelini ve primi saymıştır. Bkz. BOZER, *2009*, s. 32.

28 Standart veya tip klozların özel şart olmayacağı yönünde bkz. KENDER, *Sempozyum*, s. 52. Oysaki Karayalçın aksi görüşü savunmaktadır. Buna göre; "*Tasdik edilmiş genel şartlar, sigorta sözleşmesinin Bakanlıkça benimsenmiş standart kurallarıdır. Sigorta sözleşmesinde Bakanlık kurallarının kısmen veya tamamen kendi problemlerini çözmediği sonucuna varırlarsa standard Enstitü klozlarının sözleşmede uygulanacağını kabul edebilirler. Bu durumda her ikisi de standard kurallar olmasına rağmen Enstitü kuralları 'özel', Bakanlık kuralları ise*

poliçesinin unsurları ile özel şartları arasında keskin bir ayrıma gidilmesi gerekliliğini savunan *Karayalçın* ise, özel şartları sigorta sözleşmesine uygulanacak genel şartların varlığı halinde bunları bir ölçüde değiştirerek farklı bir çözüm öngören Bakanlık veya taraf kuralları şeklinde anlamlandırmaktadır[29]. O halde sigorta sözleşmesine tatbik edilecek kurallar ile sigorta sözleşmesinin veyahut poliçenin unsurlarının her zaman örtüşmesi söz konusu değildir[30]. Bu görüşten yana tavır takınan *Aybay* da sigortalının adının sigorta sözleşmesinin özel ya da genel şartı olarak telakki edilemeyeceğini; olsa olsa bunun sözleşmenin bir kurucu unsuru olduğunu dile getirmektedir[31]. Buna karşılık *Kender*'e göre; başkası hesabına sigorta söz konusu olduğunda, yani başkasının menfaati sigorta edildiğinde artık sözleşmeyi özelleştiren bir kayıt vardır; bu da özel şart olarak kabul edilmelidir[32]. eTTK m. 1266/1'de belirtilen sigortacının ve sigorta ettirenin ve varsa sigortadan faydalanan kimsenin adı ve soyadı veya ticaret unvanı ve ikametgahları; sigortanın mevzuu; sigortacının üstüne aldığı rizikolarla bunların başlayacağı ve son bulacağı an; sigorta bedeli; primin tutarı ile ödeme zamanı ve yeri; sigortacının üstüne aldığı rizikoların hakiki mahiyetlerini tamamen tayine yarayacak bütün haller; tanzim tarihi hususlarına hükmün ele alınış şeklinden ve uygulamadaki poliçelerin muhtevasından hareketle poliçenin unsurları-genel/özel şart arasında ayrım yapan *Bahtiyar,* haklı olarak sigortalının adının başkası hesabına sigorta akdinin unsuru olduğunu dile getirmektedir[33]. Zira unsurlar sözleşme bütününü teşkil eden temel parçalar iken özel şartlar sözleşmenin akdedilmesi ve poliçenin düzenlenmesi bakımından kurucu etkiye sahip değillerdir[34].

Sigorta genel şartları ile özel şartları arasında yapılacak ayrımda biçimsel bir ölçüte mi bağlı kalınması gerektiği yoksa objektif bir ölçütten mi

---

'genel' kural (hüküm-şart) mahiyetindedir." Bkz. KARAYALÇIN Yaşar, "Taşıma Sigortalarında 'ALL RİSKS' (Bütün riskler) Klozu", S**orumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, 26-27 Ocak,** Sigorta Hukuku Türk Derneği AIDA. Türk Grubu, Ankara, 1984, s. 212-213.

29 KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 212. Ayrıca bkz. KARAYALÇIN Yaşar, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar), Ankara, 6-7 Ocak 1984**, Tartışmalar, s. 65-66; KARAYALÇIN, *Tartışmalar (Eşya)*, s. 235.

30 KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 212.

31 AYBAY Rona, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar), Ankara, 6-7 Ocak 1984**, Tartışmalar, s. 58.

32 KENDER, *Sempozyum*, s. 69. Ayrıca bkz. KENDER, *Hususi Sigorta*, s. 180.

33 BAHTİYAR, *Özel Koşullar*, s. 135.

34 BAHTİYAR, *Özel Koşullar*, s. 135.

hareket edilmesi gerektiği konusunda bir tartışma vardır. Bu bağlamda *Karayalçın*; genel şart ile özel şartın nispi kavramlar olduğunu kabul etmek suretiyle aynı konuda çelişen hükümlerin olması halinde özel/genel hüküm ayrımının yapılması zorunluluğuna işaret etmektedir[35]. O halde Bakanlık kuralları genel işlem şartları olarak nitelendirilebilirse de bu kurallar içerisinde dahi genel-özel hüküm ayrımı ortaya çıkabilir[36]. Örneğin[37], infilak klozu yangın poliçesi genel şartlarına göre özel şart mahiyetindedir. Buna karşılık *Kender*, Karayalçın'ın genel şartın göreceli olduğu yönündeki görüşünü eleştirerek genel şartların kendi içerisinde bütün sigorta sözleşmelerinde bulunması gereken şartlar ile tabi olduğu sigorta branşına ait şartlar olmak üzere ikiye ayrıldığı dile getirmektedir[38]. Böylelikle genel şartların iki kategorisi arasında özel/genel ayrımını genel şartın izafiliği şeklinde yorumlanamayacağı kabul edilmelidir[39]. Karayalçın'ın görüşünü haklı olarak eleştiren *Bahtiyar* da sözleşmeye konulan kaydın sözleşmeye dahil olmasında taraf iradelerinin etkisine bakılarak karar verilmesi gerektiği görüşündedir[40]. Bu bağlamda söz konusu kaydın özel şart olarak nitelendirilmesi noktasında kimin tarafından hazırlandığının önemi yoktur[41]. Bunun yanı sıra sözleşenlerin söz konusu kayda ilişkin yaptıkları nitelendirmeden bağımsız olarak *Memiş* de sigorta ettiren kişilerle tartışmaya mahal verilmeksizin hazırlanan şartları genel işlem şartı saymaktadır[42]. Hatta özel şartların idari bir organın denetiminden geçirildiği zamanlarda da sigorta şirketleri tarafından hazırlanan idare tarafından onaylanan bu şartlar da genel işlem şartı olarak kabul edilmelidir[43]. Nitekim özel şartları genel şartlardan ayırt eden özellik sözleşmede yer verilmeleri halinde sözleşmenin bir parçası haline gelmeleridir[44]. Bunun için de sigorta genel şartlarından ayrılan şartların sigorta söz-

---

35 Hatta bu ayrımın standard Enstitü kuralları arasında dahi söz konusu olacağı yönünde bkz. KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 213.

36 KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 212.

37 Daha fazla örnek için bkz. KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 212.

38 KENDER, *Tartışmalar (Eşya)*, s. 231.

39 KENDER, *Tartışmalar (Eşya)*, s. 232.

40 BAHTİYAR, *Özel Koşullar*, s. 138. Aynı yöndeki görüş için bkz. ÖZDAMAR Mehmet, **Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 212; KARA, *Genel Şartlar*, s. 161-162.

41 BAHTİYAR, *Özel Koşullar*, s. 138.

42 MEMİŞ Tekin, **Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi**, 1. Baskı, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 10.

43 MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 10; MEMİŞ, *Tebliğ*, s. 126.

44 MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 48; MEMİŞ, *Tebliğ*, s. 126.

leşmenin bir parçası haline getirilmesi konusunda tarafların iradesi ayrıca aranmalıdır[45]. Bu bağlamda sigorta poliçesi özel koşulları, tarafların kendi iradeleri doğrultusunda her somut sigorta ilişkisinin özelliğine uygun olarak ve yalnızca o anda yapmakta oldukları belirli bir sözleşme dikkate alınarak kararlaştırılan sözleşme hükümleridir[46].

Temelde Bahtiyar'ın görüşüne katılan *Memiş* uygulamadaki özel şart kavramı ile kastedilenin sigorta şirketlerinin öncesinden hazırlanan ve benzer sözleşmelerde devamlı bir şekilde kullandığı genel işlem şartları mahiyetindeki sözleşme hükümleri olduğunu dile getirmektedir[47].

Kubilay ve *Kayıhan* ise, genel şartların yanı sıra sigorta poliçesine özel şartların konulabileceğini ve bunların da sigorta edilenin menfaatinin özelliği göz önünde bulundurularak sigortacı ve sigortalının talepleri doğrultusunda sigorta sözleşmesine dahil edilen şartlar olduğunu dile getirmişlerdir[48]. Esasında bu düşüncenin Bahtiyar'ın görüşüyle benzeştiği kabul edilebilir.

Yazıcıoğlu ile *Şeker Öğüz* de, -özel şartın tarafları iradesiyle sözleşme içeriğine dahil edildiği konusunda-Bahtiyar'ın düşüncesine katılmanın yanı sıra özel şartları, sigorta genel şartları ile oluşturulan genel ve soyut düzenin somut sigorta ilişkisinin tamamlamak, açıklamak ya da değiştirmek üzere sözleşenlerin sözleşme içeriğine dahil ettikleri kayıtlar olarak tarif etmektedirler[49].

Atamer ise özel şartın poliçe içeriğinin, poliçeye yazılması gereken konuların dışında kalan, onaylanmış genel şartların da haricindeki her türden -sözleşenlerin müzakere edip tayin ettikleri- diğer sözleşme hükümleri olduğunu kabul etmektedir[50].

---

45 MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 47; MEMİŞ, *Tebliğ*, s. 126.

46 BAHTİYAR, *Özel Koşullar*, s. 133.

47 MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, dipnot 98, s. 46.

48 Motorlu Kara Taşıtları Birleşik Sigortasındaki, hasarsızlık indirimi, özel indirimler, (sınırlı) süre kullanım, bayan sürücü, 35 yaş ve üzeri ve en az 5 yıllık ehliyet sahibi olma, enflasyondan korunma, kıymet kazanma, ses cihazları klozları özel şarta örnek verilmiştir. Bkz. KUBİLAY Huriye, Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, 1. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 1999, s. 51; KAYIHAN Şaban, **Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu**, 1.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 39.

49 Özel şartlar aynı türde birden fazla sözleşmenin akdinde kullanılmak üzere önceden hazırlanmış şartlar da olabilir. Bkz. YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 166. Aynı yöndeki özel şart tanımı için bkz. KARA Hacı, **Sigorta Hukuku**, 1. Baskı, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 128.

50 Yazar, Yargıtay, Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, Hazine Müsteşarlığı ve uygulamanın bir kısmının özel şartı bu şekilde anladığını dile getirmektedir. Bkz. ATAMER Kerim, "Sigorta Sözleşmeleri Uyuşmazlıklarında Uygulanacak Hükümler", **Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği, Sempozyum 19-20 Kasım**, İstanbul, 2004, s. 120.

Atamer ile *Ünan* ise, sigorta özel şartlarını sözleşme koşulu olarak görmektedirler[51]. Türk hukukunda bu şartların iki şekilde ortaya çıktığını ifade etmektedirler. Birincisinde sigorta genel şartlarını tamamlamak için Türk kanun koyucusu tarafından hazırlanan ve genel şartları teyit eden düzenlemeleri, ikincisinde yine genel şartları tamamlama amacıyla bu sefer Türk kanun koyucusu dışında bir kuruluş ya da sigortacının kendisi tarafından hazırlanan kayıt ya da klozları kastedilmektedir. Bu nitelendirmede tek başına müzakere sonucunda karşı tarafın bu kayıtları kabul etmesi belirleyici değildir; ayrıca bunun gerçek manada gerçekleştiğinin ispatı gerekir[52]. Bu yüzden birden çok defa kullanılmak üzere, genellikle de muhtemel poliçe sahibi ile müzakere edilmemiş ve sözleşmenin içeriğine tek taraflı olarak dahil edilmiş kayıtlar genel işlem şartı olarak nitelendirilmelidir[53].

Yeşilova Aras, sigorta genel şartlarının esasen sözleşme hükümleri olduğunu; ancak genel işlem şartları ile genel şartların birbirlerinden 3 temel noktada ayrıldığını dile getirmektedir[54]. Bu noktada genel işlem şartlarında dayatmayı yani müzakere kapatmayı o genel işlem şartını sunan tarafın yapmakta iken sigorta genel şartlarında bu dayatma kanundan geldiğinden sigorta genel şartlarının genel işlem şartı olarak nitelendirilmemesi gerekir[55]. Zaten sigorta sözleşmesi, içeriğinde sigorta genel şartları olsa da bireysel bir sözleşme olup sigorta genel şartlarının TBK m. 20-25 hükümlerinin uygulama alanına sokulmaması gerekir[56]. Buradan hareketle yazar, idari işlem niteliğine bürünmüş sigorta genel şartının sözleşme içeriğine dahil olunması ile sözleşme hükmü haline geleceğini ve yargısal denetimin adli yargıda yapılabileceğini söylemenin kolay olmadığını dile getirmektedir[57].

---

51 Örnekler için bkz. ATAMER/ÜNAN, *GCC*, s. 67.

52 ATAMER/ÜNAN, *GCC*, s. 68.

53 ATAMER/ÜNAN, *GCC*, s. 68.

54 Bu farklılıklar sırasıyla ön denetim makamının fiiliyatta düzenleyen konumunda olması, sözleşmenin ana içeriğini oluşturma zorunluluğu ile kullanımın kanun gücüyle dayatılmasıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. YEŞİLOVA ARAS Ecehan, "Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Kullanılması", **İzmir Barosu Dergisi,** 80(3), İzmir, 2015, s. 453 ve 455 vd.

55 YEŞİLOVA ARAS, s. 458-459.

56 YEŞİLOVA ARAS, s. 466.

57 YEŞİLOVA ARAS, s. 465.

2. Alman Hukukunda

Alman hukukunda özel sigorta şartları ya da özel şartlar şeklinde karşılaştığımız kayıtların iki ayrı anlamda kullanıldığı ifade edilmektedir[58]. Bunlardan birincisi, bireysel bir müzakere sonucunda kararlaştırılan gerçek özel şartlardır[59]. Bu şartlar genellikle yalnızca ticari ve sınai sigortalarda kullanılmaktadır[60]. Bunlardan ikincisi ise münferit bir anlaşmanın bireysel düzenlemeleridir. Bu özel şartlar BGB 305b hükmü uyarınca genel işlem şartları (kısacası AGB) karşısında öncelikli olarak uygulanan[61] ve genel işlem şartlarının tabi tutulduğu hukuki denetime takılmayan kayıtlardır. Bununla birlikte burada görünürde bu şartların genel işlem şartları olduğuna dair bir çelişkiye[62] düşülebilir[63]. Bu bağlamda özel şartların karakteristik özelliği, özel sözleşme türleri için kullanılan genel işlem şartları[64]nı tamamlayan ya da değiştiren kayıt olarak öngörülmeleridir[65]. Kısacası özel şartlar somut nitelikte münferit rizikolar için kullanılmaktadırlar[66]. Örneğin[67]; mahsul zamanında bakliyatın dolu hasarındaki rizikoya karşı sigortalanması için dolu sigortası genel şartlarının tamamlayıcısı olarak (AHagB) ek şartların

---

58 WANDT Manfred, **Versicherungsrecht**, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2016, N. 215, s. 93. Sigorta özel şartları için hususi şartlar, ek şartlar ya da klozlar şeklinde tanımlamalarda bulunulduğu görülmektedir. Bkz. ARMBRÜSTER Christian, PRÖLLS/MARTİN, **Versicherungsvertragsgesetz**, 31. Auflage, 1. Einleitung, C.H.Beck, 2021, 1. Einleitung, III, AVB, Rn. 20.

59 DEUTSCH Erwin, **Versicherungsvertragsrecht**, Karlsruhe, 1984, s. 29; HOFFMANN, s. 13.

60 ARMBRUSTER Christian, PROLLS/MARTIN, **Versicherungsvertragsgesetz**, 31. Auflage, 1. Einleitung, C.H.Beck, 2021, 1. Einleitung, IV. BB, Rn. 223.

61 Ayrıca bkz. SCHIMIKOWSKI Peter, **Versicherungsvertragsrecht**, 6. überarbeitete Auflage, C.H.Beck, 2017, 1. Teil, IV. AVB, VVG, Rn. 18.

62 Sigorta genel şartları sigorta hukukunun genel işlem şartlarıdır. Sigorta genel şartları geçerlilik temellerini norm benzeri kurallarda değil, tarafların irade özerkliği çerçevesinde kararlaştırdıkları içeriğe dahil etme anlaşmalarında bulurlar. Bkz. ARMBRUSTER, PROLLS/MARTIN, *VVG*, Rn. 19. Diğer bir deyişle, münferit bir durum için 'ısmarlama' taraf anlaşmaları genel şart değil, bireysel sözleşmeye bağlanmış özel şarttır. Bkz. SCHIMIKOWSKI, *VVG*, Rn. 17. Aynı yönde bkz. HOFFMANN, s. 13.

63 WANDT, N. 215, s. 93.

64 Çok sayıdaki sigorta sözleşmelerinin münferit rizikolarının bireysel farklılıklarını göz ardı eden hükümler genel şartlardır. Bkz. ARMBRUSTER, PROLLS/MARTIN, *VVG*, Rn. 20. Benzer yönde bkz. SCHIMIKOWSKI, *VVG*, Rn. 17.

65 WANDT, N. 215, s. 93. Benzer yönde bkz. SCHIMIKOWSKI, *VVG*, Rn. 18; HOFFMANN, s. 13. Bu kapsamda sigorta özel şartlarına örnekler için bkz. DEUTSCH, N. 39, s. 29.

66 ARMBRUSTER, PROLLS/MARTIN, *VVG*, Rn. 223.

67 WANDT, N. 215, s. 93.

öngörülmesi; ev sigortasında (BEH) ev sigorta genel şartlarının tamamlayıcısı olarak (VHB) ayrıca doğal afetlere karşı sigorta için özel şartların öngörülmesi gibi.

Belirli bir türdeki rizikolar için alışılagelmiş şekilde kullanılan klozların, sigortacının teminat verdiği hususlar içerisinde bu türe ilişkin yalnızca birkaç riziko bulunsa bile doğrudan özel şart olarak nitelendirilememesi gerekir[68]. Bu bağlamda genel şartlar genel nitelikli sözleşmenin içeriğini tipikleştiren kanun benzeri kayıtlardır[69]. Zaten sigorta genel şartları, çok sayıda sigorta sözleşmelerine tatbik edilebilmesi için önceden formüle edilmiş anlaşmalardır[70]. Örneğin[71]; özel branşlar için getirilmiş sigorta genel şartları olarak yangın, sağlık veyahut kaza sigortası genel şartları gibi.

Özel şartlar, söz konusu meseleye ilişkin genel şarttan öncelikli olarak uygulanır[72]. Bu noktada yazılı genel şartların da basılı olanlardan öncelikli uygulanacağı kabul edilmektedir[73]. Ayrıca genel şartların, Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun emredici ya da yarı (nispi) emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmediği sürece ortadan kaldırılabileceği ya da bireysel anlaşmalarla değiştirilebileceği kabul edilmektedir[74]. Genel şartlardan ayrılan bir bireysel anlaşmanın varlığı açıkça genel şartlara dayanmayı gerektirmez[75]. Örneğin; belirli bir rizikonun teminat dışı bırakılması konusunda tarafların anlaşması halinde, hariç tutulan rizikonun soyut olarak karakterize edildiği ve devamının getirildiği genel şartlardaki hariç bırakmanın bir işlevi olmaz[76]. Benzer şekilde genel şartlardan ayrılan öneri formunda önceden yazılmış kurallar, genel şartlardan önce uygulanan anlaşmalara yol açar[77].

---

68 ARMBRUSTER, PROLLS/MARTIN, *VVG*, Rn. 223.

69 DEUTSCH, N. 41, s. 30.

70 DEUTSCH, N. 39, s. 29.

71 DEUTSCH, N. 39, s. 29.

72 ARMBRUSTER, PROLLS/MARTIN, *VVG*, Rn. 291; RIXECKER Roland, LANGHEID/RIXECKER, **Versicherungsvertragsgesetz**, 6. Auflage, C.H. Beck, 2019, VVG 1, Rn. 26; HOFFMANN, s. 13; DEUTSCH, N. 42, s. 31.

73 ARMBRUSTER, PROLLS/MARTIN, *VVG*, Rn. 291; DEUTSCH, N. 43, s. 32.

74 ARMBRUSTER, PROLLS/MARTIN, *VVG*, Rn. 81.

75 ARMBRUSTER, PROLLS/MARTIN, *VVG*, Rn. 82.

76 ARMBRUSTER, PROLLS/MARTIN, *VVG*, Rn. 82.

77 ARMBRUSTER, PROLLS/MARTIN, *VVG*, Rn. 82.

Özel şartların genel şartların yanında geçerli olduğu kabul edilse dahi kural olarak temyize tabi değildirler[78]. Bununla birlikte genel şartlarla yazılı özel şartların bir bütün teşkil ettiği hallerde istisnaen özel şartların da temyiz edilebilir nitelikte olduğu kabul edilmektedir[79]. Temyiz incelemesinde mahkemenin yalnızca fiili durumların yorumlanmasının mümkün olup olmadığını, bu mümkün ise belirlenmiş hukuki kavramların ve kanuni yorum kurallarının ihlal edilip edilmediğini denetlemesi gerekir[80].

3. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda "*sigorta şartları*" ibaresinin yanlış anlaşıldığı ifade edilmektedir. Bu şartlar ile OR 151 vd. anlamındaki şart kastedilmemektedir. Bilakis sigorta şartları gayet basit bir şekilde sözleşme hükümleridir, daha doğru bir deyişle sözleşmeyle kararlaştırılmış normlardır[81]. Yine de teoride ve uygulamada bu şekilde kabul edildiği için sigorta şartları kavramı kullanılmaktadır[82]. Sigorta bilimi sigorta şartlarına büyük önem atfetmekteyse de, İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (SVVG) kendiliğinden sigorta şartlarının ne olduğu sorusunun cevabını münferit bir şekilde vermemektedir[83]. Bundan ötürü bu şartlar sigorta ilişkisinin ayrıntılarıyla düzenlendiği sigorta şartlarının konusuna göre tayin edilmektedir[84]. Bu şartlar arasında öncelikle sigorta edilen tehlike ile konu hakkındaki bilgiler, muafiyet klozu vb. örnek verilebilir[85]. Ayrıca özellikle iki taraflı edimlerin tutarını tespit eden kayıtlar da bu kapsamda değerlendirilecektir. Uygulamada ve teoride sigorta sözleşmesi şartları ikiye ayrılmaktadır: Genel şartlar ve özel şartlar. Genel şartlar sözleşme metnine tatbik edilen mutat ve genel nitelikli ilgili türe özgü sigorta sözleşmesinin tipik içeriğini oluşturan kayıtlardır[86]. Bunlar belirli bir tehlikenin iştirakini ihtiva eden sınırsız sayıda münferit sözleşme-

---

78 ARMBRUSTER, PROLLS/MARTIN, *VVG*, Rn. 295.

79 ARMBRUSTER, PROLLS/MARTIN, *VVG*, Rn. 295.

80 ARMBRUSTER, PROLLS/MARTIN, *VVG*, Rn. 295.

81 KUHN Moritz, **Grundzüge des Schweizerischen Privatversicherungsrechts**, Schulthess Polygrapischer Verlag, Zürich, 1989, s. 59.

82 KUHN s. 59.

83 KUHN, s. 59.

84 KUHN, s. 59.

85 KUHN, s. 59.

86 KOENIG W., **Versicherungsrecht**, Verlag Herbert Lang& Cie AG, Bern, 1971 s. 31; KUHN, s. 60.

ler için öngörülmüşlerdir[87]. Bundan ötürü sigorta sözleşmesi toplu/kitlesel bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir[88]. Esasında tüm sigorta sözleşmeleri genel şartlar dolayısıyla benzer içeriğe sahiptirler. Oysaki özel şartlar (kısacası BVB) münferit durumların özelliklerine uyum sağlayarak genel şartların her biri ya da bir kısmını tamamlayan ya da değiştiren kayıtlardır[89]. Bu kayıtların amacı, sözleşmenin içeriğini somut durumun şartlarıyla bağdaştırmaktır[90].

Kanunun emredici hükümlerine aykırı olmadığı müddetçe geçerli olan özel şartlar idari bir makamın onayına tabi değildirler[91]. Özel türe ilişkin hükümler olarak genel şartlardan önce uygulanan[92] özel şartlara pratikte hukukun kaynağı olarak daha az önem atfedildiği belirtilmektedir[93]. Sigorta özel şartları ile genel şartlar arasında bir çelişki ortaya çıktığında ise genel şartın tarafların iradesine uygun olarak değiştirildiği değerlendirilmesinde bulunulabilir[94].

Yangın ve diğer eşya sigortalarında güvenlik hükümleri de sıklıkla özel şartlar aracılığıyla kararlaştırılmaktadır[95].

4. Sigorta Poliçesi Özel Şartlarına İlişkin Görüşümüz

A. Hukuki Adlandırma

Sigorta özel şartları kavramının teori ve uygulamada yeknesak bir şekilde kullanılmadığına şahit olmaktayız. Öncelikle hangi kavramın kullanılacağı tespit edilmelidir ki; bunun ışığında doğru nitelendirme yapılması suretiyle doğru sonuçlara ulaşılabilsin. O halde Memiş'in sigorta sözleşmesinin içeriğini, Türk hukukunu esas alarak oluşturduğu tablo ışığında; sözleşmeyi özelleştiren kayıtlar, tarafların kararlaştırdıkları şartlar, özel şartlar, prim ve ayarlama klozları, genel şartlar ile kanun hükümleri ve hâkimin boşlukları

---

87 KUHN, s. 60.

88 KUHN, s. 60.

89 KOENIG, s. 32; KUHN, s. 60.

90 KOENIG, s. 32.

91 KUHN, s. 60.Aksi yöndeki görüş için bkz. KOENIG, s. 31-32.

92 KOENIG, s. 32.

93 KOENIG, s. 31; KUHN, s. 60.

94 KOENIG, s. 32.

95 KOENIG, s. 32.

doldurması şeklinde sıralayabiliriz[96]. Bu tablodan hareketle, sigorta sözleşmesinin hazırlanmasının, daha doğru bir deyişle yapılmasının kanun ve yetkili idari makamlar ile sözleşenlerin iş birliğinin bir neticesi olduğu söylenebilir[97]. *Memiş*'e göre, sözleşmeyi özelleştiren kayıtlar[98], tarafların kararlaştırdıkları şartlar[99] ile özel şartlar birbirinden farklıdır. Özel şartlar, sigorta genel şartlarına ilaveten sigorta şirketlerince sigorta ettiren kimselerle müzakere edilmeksizin yazılan şartlardır[100]. Bu yüzden her ne kadar bunlar özel şartlar olarak adlandırılmış olsa da hukuki niteliği itibariyle genel şartlardır[101]. Gerçekten sigorta şirketleri tarafından birden çok benzer içerikteki poliçede kullanılmak üzere hazırlanmış şartlardır[102]. O halde uygulamada sigortacıların kullandığı ve sigorta ettirenin hiçbir etkisinin olmadığı özel şartlar, adından bağımsız olarak genel işlem şartıdır[103].

Esasında Memiş'in sigorta özel şartlarının adlandırılması noktasında teori ile uygulamanın çeliştiğine dair tespitine katılmakla birlikte özel şartların tarafların müzakere etmiş olduğu, kısaca bireysel anlaşmalardan prensipte farklı olmadığını söylemek icap eder. Yalnızca uygulamadan süregelen yanlış sigorta özel şartlarının içeriğini boşaltmış, kavramın nitelik ve mahiyeti itibariyle anlamını yitirmesine neden olmuştur. Çünkü sigorta sözleşmesine hususiyet kazandırma işlevi, benzer mahiyetteki tüm sigorta sözleşmeleri için kullanılarak genel işlem şartı niteliğine büründüğünden görmezden ge-

---

96 MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 7. Ayrıca sigorta sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıklarda uygulanacak hükümlerin sırası için bkz. BAHTİYAR, *Genel Koşullar*, s. 100 vd.; ATAMER, *Tebliğ*, s. 122. Sözleşme serbestini sınırlayan hükümlerin uygulanma sırası için bkz. ADIGÜZEL Burak, "Sigorta Hukukunda Sözleşme Serbestisi İlkesinin Sınırları Bakımından Türk Ticaret Kanunu ve Tasarı Hükümlerinin Karşılaştırılması", **Prof. Dr. Haluk KONURALP Anısına Armağan**, Yetkin Yayınları, 3. Cilt, Ankara, 2009, s. 42 vd.

97 Benzer yönde bkz. MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 7.

98 Tarafların adı soyadı, adresi, birlikte sigortalılar ve sigorta poliçe numaraları (başlangıç-bitiş numaraları), acente ya da broker vasıtasıyla yapılmışsa bu kişilere ait bilgiler, varsa dain-i mürtehin kaydı, sigorta teminatları, sigorta primleri ve unların ödeme zamanını gösteren tablo ile sigorta geçerliliğine etki eden sigorta menfaatine ilişkin husus vb. Bkz. MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 8.

99 Tarafların müzakere ederek yani iradeleri ile sözleşmeye dahil ettikleri şartlardır. Bunların denetimi için ayrıca bkz. MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 9.

100 MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 9.

101 MEMİŞ, *Yargısal Denetim,* s. 10.

102 MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 10.

103 Oysaki idari bir denetimden geçirilen şartlar dışındaki sigortacılık uygulamasındaki klozların da (İnşaat all risk sigortalarındaki Münich-Re kozları) özel şart olduğu kabul edilmelidir. Bkz. MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s.10.

linmiştir. Bu yüzden sigorta özel şartların "*hususi bireysel anlaşma*" şeklinde adlandırarak kavrama yeniden hayat vermek suretiyle genel şartlar karşısındaki konumunun korunması gerektiği kanısındayız. Zaten "*Su-i misalden emsal olmaz.*" ise uygulamanın hatalı yaklaşımını hukuki nitelendirmeye taşımamak gerektir. Nitekim *Bahtiyar* da aynen şu şekilde konuyu dile getirmektedir:[104] "*Bir koşul, belirli bir sözleşme yapılırken, tarafların (özellikle sigorta ettirenin) arzusu üzerine sözleşmeye dahil edilmişse onu özel koşul saymak gerekir. Fakat bu koşulu mutlaka tarafların kaleme alması gerekmez. Uzman kişi veya kurumlarca böyle gereksinimleri karşılamada yardımcı olma düşüncesiyle önceden hazırlanmış bir kaydı, tarafların kendi istekleri ile kabul edip, sözleşmeye aynen sokmaları durumunda yine özel koşul söz konusu olur.*" O halde prensipte hususi bireysel anlaşma ile sigorta özel şartları arasında esaslı bir farklılık yoktur, farklılığa sebebiyet verilmemelidir.

Bir şartın hukuki nitelendirmesinin taşıdığı başlıktan anlaşılamaması[105] ve uygulamada sigorta şirketlerinin genel şartların yanında özel şartlar başlığını kullanmalarının genel işlem şartlarından bir farklılık yaratmadığını dile getiren Memiş'e katılmakla birlikte taraf iradesinin burada belirleyici olduğunu kabul etmek gerekir. Zira bu husus TBK m. 19/1; "*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak*

---

[104] BAHTİYAR, *Özel Koşullar*, s. 138. Bahtiyar'ın görüşünün sigorta uygulaması doğrultusunda eleştirisi için bkz. MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, dipnot 98, s. 46.

[105] Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda özel şart nitelendirmesini konu sınırlandırması sebebiyle doğru bulmamaktayız. Karardaki ifade şu şekildedir: *"... sigorta poliçesinin4.sayfasında "sigorta konusu: sigortalının ilişik listede kayıtlı tesislerinin tamamının mutabakatlı değer üzerinden teminat altına alınmasıdır" sözcükleriyle zikredilmekte, hem de bu konuda gerek davanın tarafları arasında, gerekse de Dairemiz heyet üyeleri arasında bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Aynı şekilde Poliçenin5.sayfasında "özel şartlar" bölümünde, "Değer ve Hasar Tespiti" başlıklı bölümünde de, ekli listede yer alan poliçe bedellerinin mutabakatlı değer olarak kabul edileceği ve eksik sigorta hükümlerinin uygulanmayacağı ayrıca ve açıkça düzenleme konusu yapılmıştır...*" Bkz. Y. 11. HD., E. 2016/6641, K. 2017/7582, T. 26.12.2017, (www.kazancı.com.tr., E.T.27.11.2021). Mutabakatlı poliçe sigorta konusunun değerinin, sözleşmenin başlangıcında taraflar arasında ortaklaşa belirlendiği poliçelerdir (KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 357). Bu bağlamda sigorta değeri sözleşmenin unsuru olup özel şart mahiyetinde değildir. Benzer şekilde poliçe genel şartlarında açıkça aksine düzenlemenin mümkün olduğu belirtilen, poliçe teminatının başlangıç tarihi hususunda, tarafların başlangıç tarihi olarak poliçenin düzenlendiği tarihten daha sonraki bir tarihi belirlemeleri mümkün ise de Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Sözleşmesi'ndeki bu kaydın özel şart olarak nitelendirilebilmesi söz konusu değildir. Açıkça olmasa da dolaylı olarak bunu özel şart sayan bu YHGK'nin kararını doğru bulmuyoruz. Bu karar için bkz. YHGK, E. 2011/17-343, K. 2011/398, T. 8.6.2011, (www.kazancı.com.tr., E.T.27.11.2021).

iradeleri esas alınır." hükmünün bir sonucudur. Zaten Türk hukukunda kenar başlıkların kanun metnine dahil olup olmadığı tartışmalı olsa da hem TTK m. 1534/1 hükmünün açık lafzı hem de kanunun kısım, bölüm, ayırım gibi sistematik yapısı ile kanun maddelerinin kenar başlıklarının da yorum için kullanılabilmesi[106] sigorta sözleşmeleri açısından da geçerlidir. Diğer bir deyişle, başlık, sözleşme hükümleri ele alınırken hukuki değerlendirmede göz önünde tutulmalı ise de bunun sınırını tarafların ortak ve gerçek iradesi çizmelidir. Bu sınıra aykırı yorum başlığın değerlendirme dışında bırakılması sonucunu doğurmalıdır. Bu yüzden uygulamadaki sigorta sözleşmelerindeki özel şartlar başlığı altındaki tüm maddelerin hukuki nitelendirmesi birbirinden bağımsız olarak yapılmalıdır. Nitekim kanun koyucu bundan ötürü hem TTK m. 1425 hükmü uyarınca sigorta özel şartlarının rahat ve kolayca okunabilecek şekilde düzenlenmesi gerekliliğini hem de SK m. 11'de özel şartların sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanılgıya neden olmayacak şekilde açık olarak belirtilmesi zorunluluğundan bahsetmiştir.

B. Sigorta Poliçesi Özel Şartlarının, Sigorta Sözleşmesi ve Sigorta Poliçesi ile Olan İlişkisi Üzerinden Hukuki Niteliğine Dair Kıstasların Ortaya Konulması

a. Sigorta Poliçesi Özel Şartlarının Sigorta Sözleşmesiyle Olan İlişkisinde Taraf İradesi Kıstası

Sigorta özel şartlarına ilişkin hukuki nitelendirme yapılırken hangi kıstasın esas alınması gerektiği sigorta sözleşmesinin kurulmasından ve sigorta poliçesinin içeriğinden hareketle anlaşılabilir. Sigorta sözleşmesi TTK m. 1401/1'de tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle sigorta sözleşmesinin (zorunlu) unsurları şu şekilde sıralanabilir[107]: Sigorta ettiren ya da sigortalı (tehlikeye iştirak eden kimseler), riziko (tehlike), sigorta teminatı, prim (sigorta ücreti), sigorta men-

---

[106] KAŞAK Fahri Erdem, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, 2. Baskı, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021, N. 357 vd., s.307 vd.; N. 375, s. 321. Konuya dair 26. 11. 1944 tarih ve 1367 sayılı TBMM'nin yorum kararı ile kenar başlıklarının kanun metninden sayılmayacağının haklı eleştirisi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Birinci Cilt, §5, N. 18, dipnot 45, s. 55-56.

[107] ARSEVEN, s. 93-94; BOZER, *2009*, s 32 vd.; KUBİLAY, s. 34 vd.; BAHTİYAR, *Genel Koşullar*, s. 89-90; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 129 vd; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 134 vd.; KAYIHAN, *Prim*, s. 59 vd. Sigorta sözleşmesinin unsurlarını sigorta olayı yani riziko, tehlike ve menfaat olarak sayan görüş için bkz. KANER, s. 7 vd. Sigorta sözleşmesinin unsurlarını sigorta konusu ve rizikodan ibaret sayan görüş için bkz. YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 49 vd. Sigorta sisteminin kurulabilmesi için ayrıca sigorta ettirenin bu korumadan faydalanabilmesi konusunda bir talep hakkına sahip olması gerektiği yönünde bkz. ÇEKER, s. 2. Aynı yöndeki görüş için bkz. KARA, *Sigorta*, s. 125 vd.

faati. Sigorta sözleşmesi tarafların karşılıklı taahhütlerini ihtiva eden tam iki taraf borç yükleyen bir sözleşmedir[108]. Bu sözleşmenin akdedilmesi herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır[109]. Bu açıdan susma hali[110] bir tarafa bırakılacak olursa, TBK m. 1 hükmü uyarınca[111]; sigorta sözleşmesi, objektif ve sübjektif esaslı noktalarını içeren bir önerinin karşı tarafın kabulü sonucunda kurulmuş sayılır[112]. O halde sigorta bilimi ve sözleşmesinin niteliğine göre sigorta edilecek menfaat, sigortanın konusu ile rizikonun, yani tehlikenin niteliğinin ve içeriğinin belirlenmesi gerekir[113]. Bununla birlikte sigorta bedeli belirli ise primin tespiti sözleşmenin tamam olması açısından zorunluluk teşkil etmez[114]. Ayrıca sigortacının bunların karşılığında tehlike taahhüdünün şartları ve sınırları da sözleşmenin esaslı kurucu unsurlarındandır[115].

---

[108] ATABEK, *Sigorta*, s. 10-11; KUBİLAY, s. 30; BAHTİYAR, *Genel Koşullar*, s. 90; YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 52; ÇEKER, s. 56; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 100; KANER, s. 11; KARA, *Sigorta*, s. 126. Sigorta sözleşmelerinin ivazlı olmasının istisnası TTK m. 1502 hükmüdür. Bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.159-160.

[109] ATABEK, *Sigorta*, s. 14; ARSEVEN, s. 94-95; BOZER, *2009*, s. 41; KENDER, *Hususi Sigorta*, s. 170; BAHTİYAR, *Genel Koşullar*, s. 90; ÖZDAMAR, *Aydınlatma*, s. 72 ve 73; YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 52; KUBİLAY, s. 1; ÇEKER, s. 55; KANER, s. 11; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 102; KARA, *Sigorta*, s.122. SK m. 12 hükmünün sigorta sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması izlenimi verdiğinden, sigorta sözleşmesinin yazılı yapılmasının yanı sıra sözleşme içeriğinin genel şartlara uygunluğunun aranması sigorta sözleşmesinin nitelikli yazılı şekilde yapılması sonucunu doğurduğu yönündeki görüş için bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 153-154.

[110] SK m. 11/2 ile TTK m. 1405/1 hükmü. Sigortacılık Kanunu'ndaki bu hükmün eleştirisi için bkz. KENDER, *Hususi Sigorta*, s. 173.

[111] Sigorta sözleşmeleri hakkında uygulanacak hükümler başlıklı TTK m. 1451: "*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde sigorta sözleşmesi hakkında Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır*." uyarınca TBK'nin sözleşmelerin kurulmasına ilişkin kurallar ışığında bir değerlendirme yapmak gerekir. Nitekim özel sigorta hukukunun hukukumuzdaki yeri de bunun bir görünümüdür. Bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 35 ve 36. Ayrıca TBK'nin uygulanacağı haller, TTK'nin yalnızca Sigorta Hukuku Kitabında hüküm bulunmayan hallerle sınırlandırılmamıştır. Bkz. YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 49. eTTK ile TTK arasında Borçlar Kanunu hükümlerinin emrediciliği üzerine değerlendirmeler için ayrıca bkz. ADIGÜZEL, *Konuralp'in Anısına Armağan Cilt 3*, s. 40 vd.

[112] ARSEVEN, s. 93; BOZER, *2009*, s. 41; YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 52. Önerinin, sözleşmenin bütün esaslı şartlarını içermemesi halinde öneri değil öneriye davetten bahsedilebilir. Bkz. KENDER, *Hususi Sigorta*, s. 172. Aynı yöndeki görüş için bkz. BAHTİYAR, *Genel Koşullar*, s. 90; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 162-163.

[113] KENDER, *Hususi Sigorta*, s. 171; YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 50 ve 51; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s.100.

[114] KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 100-101. Rizikonun türüne, sözleşmenin süresine ve riziko yani tehlike gerçekleşince ödenmesi gereken sigorta bedelinin miktarına göre primin belirlenmesi mümkündür. Bkz. KENDER, *Hususi Sigorta*, s. 174.

[115] KENDER, *Hususi Sigorta*, s. 174.

Bu anlatılanlar ışığında acaba sigorta özel şartlarının yeri neresidir? Bilindiği üzere; sözleşmenin kurulabilmesi tarafların irade beyanları arasındaki uygunluğun sözleşmenin bütün esaslı noktalarını içermesine bağlıdır[116]. Bu bağlamda sözleşmenin tamam olması, kurulması istenilen sözleşmenin asgari içeriğini teşkil eden ve ona tipikliğini veren objektif esaslı noktalar[117] ile objektif esaslı noktaların dışında kalmakla birlikte tarafların iradeleriyle esaslı hale getirilen sübjektif esaslı noktalar üzerinde tam anlamıyla bir uyuşmayı gerektirir[118]. Bu noktada SK m. 11/1-2.cümledeki; "*Ancak, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir.*" ile TTK m. 1425/1'deki; "*Sigorta poliçesi, ... ve varsa özel şartları içerir...*" ifadelerinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda özel şartların, ilk başta sigorta sözleşmesinin kurucu unsurları içerisinde sayılmadığını; ancak bunların sözleşmenin içeriğine dahil edilmesi yönündeki iradeleri sonucunda taraflar arasında özel şart mahiyetinde hükümlerin geçerliliği açısından sözleşmenin sübjektif esaslı noktaları içerisinde tahlilini gerektirir. O halde sigorta sözleşmesinde konumunu belirlediğimiz sigorta özel şartları öngörülürken taraf iradesinin mutlak olarak arandığı ifade edilebilir. Bu yönüyle, genel-özel şart ayrımının nispi olduğuna dair görüşe, özel hüküm genel hükmü dışlar şeklindeki yaklaşımdan ötürü katılmamaktayız. Zira genel hüküm özel hüküm ilişkisinin birlikteliği ile özel/genel şart ayrımı aynı kefeye konulacak hususlar değildir. Ayrıca özel hüküm kapsamına giren tüm durumlarda genel hükmün dışlanması gibi bir kabul de doğru değildir[119]. Çünkü bu durumda dahi tarafların özel hüküm öngörülürken bunun kapsamına giren olaylara artık genel hükmün tatbik edilmeyip münhasıran özel hükmün uygulanmasını, özel hükmün genel hükmü dışlar bir özellik arz

---

[116] EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 248. Bir sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için ilgili her hususta tarafların uyuşmuş olmamasının gerekip geremediği konusundaki açıklamalar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme**, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, § 17, N. 4 vd., s. 172 vd.

[117] EREN, s. 249-250. Tartışmalı olmakla birlikte TBK m. 2/1'de ifade edilen esas noktalardan kasıt yalnızca objektif esaslı noktalar (essentialia negotii) üzerindeki uyuşmadır. Bu sebeple naturalia negotii ile accidentalia negotii bu kapsamın dışında kalır. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Birinci Cilt, § 17, N. 6 vd., s. 174 vd.

[118] EREN, s. 250 ve 251. TBK m. 2/1'deki sözleşmenin kurulmuş sayılmasına ilişkin karinen geçerliliği konusundaki uyuşma karinesinin nasıl çürütülebileceği konusunda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Birinci Cilt, § 17, N. 7 vd., 175 vd.

[119] Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAĞA Tahir, "Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf eder Mi?", TBBD, S.3, 1991, s. 371 vd.

etmesini telakki ve irade etmiş olması gerekir[120]. Diğer bir deyişle, genel şart/özel şart ayrımındaki görecelilik bir kere genel işlem şartlarının öngörülme amacına ters düşer, hatta SK m. 11/1-3.cümledeki; "... *Bu hususlar, sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanılgıya neden olmayacak şekilde açık olarak belirtilir*." ifadesiyle tezat teşkil eder. Nitekim bu görecelilik yaklaşımı, sigorta hukukunda genel şart/özel şart ayrımına özgü bir sorun da değildir. Ayrıca sırf bir şart idari bir denetimden geçti diye, onaylandığı[121] ya da uzman bir kurum ya da kuruluş tara-

---

[120] Kanun hükmü açısından bkz. ÇAĞA, s. 373.

[121] Sigorta poliçesinde bulunan ve lastik kaşe ile vurulmuş olan, "Vasıtayı kullanacak olan şoförün ehliyetinin asgari bir yıllık olması kayıt ve şartıyla mer'i ve muteber olacağı, aksi takdirde bir kaza vuku unda, sigortalı hiçbir tazminat talebinde bulunmayacağını peşinen kabul ve beyan eder" biçimindeki kayıt, Yargıtay tarafından genel şart sayılmış, sigorta ettirenin durumunu ağırlaştırdığı gerekçesiyle geçersiz sayılmıştır. YHGK, E. 1974/1 1-836, K. 1976/2510, T.15.9.1976. Bu kararın kendisi için bkz. KENDER, *Sempozyum*, s. 53. Bu karar çerçevesinde Kender, sigorta poliçesindeki bu kaydı özel şart olarak geçerli saymakta ise de (KENDER, *Sempozyum*, s. 55.), Bahtiyar genel şart saydığı bu kaydın geçerli olmayacağını savunmaktadır. Bkz. BAHTİYAR, *Özel Koşullar*, s. 138. Sigorta şirketlerinin seri şekilde aynı poliçelerin üzerine koydukları kayıtların, doğrudan doğruya genel şart olarak kabul edilmesine şüphe ile yaklaşılması gerekti yönünde ayrıntılı açıklamalar ve karar eleştiri için bkz. ÖZDAMAR, *Aydınlatma*, s. 213 ve 214. Buna benzer bir kararda da şu şekilde bir sonuca varılmıştır: "*Dava; avukatlık mesleki sigorta poliçesine dayalı alacak istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmişse de, davaya konu 26.04.2011 başlangıç tarihli Avukatlık Mesleki Sigorta Poliçesi özel şartlarında Geriye Yürürlük Tarihi başlığı altında;* "*Talebin bu poliçe teminatı içinde değerlendirilebilmesi için talebe neden olan hatalı eylemin bu tarihten sonra yapılmış olması gerektiği" şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Davaya konu olayda ise, hatalı eylem şufa davasının açılışına ilişkin olup, 2010 yılında gerçekleşmiştir. Poliçede yer alan düzenlemede teminat kapsamı "eylemin işleniş tarihi" esas alınarak belirlenmiş olduğundan, hatalı eylemin poliçenin düzenlenmesinden sonra saptanmasının sonuca etkisi bulunmamaktadır. Şu halde, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, hatalı eylemin öğrenilmesi kriterine dayalı yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir." Bkz. Y. 11. HD., E 2019/3506, K.2020/2106, T. 26.2.2020, (www.kazancı.com.tr, E. 27.11.2021).* Kanaatimizce sigorta özel şartının genel şarta aykırı olup olmayacağının tespitinde bu şartın sigorta ettirenin lehine mi yoksa aleyhine mi olup olmadığı değerlendirmesi yapılmamalıdır. Bir kere bu husus yorumun konusudur. Ayrıca sigorta ettirenin aleyhine kararlaştırılamayacak koruyucu nitelikte diyebileceğimiz hükümlere aykırılık değerlendirmesini zaten bundan bağımsız olarak emredici hükümlere aykırılık bağlamında yapmak bir zorunluluktur. Bu zorunluluk ile sigorta özel şartlarının genel şarta aykırı olamayacağı meselesinin birbirine karıştırıldığını düşünmekteyiz. Nitekim YHGK'nin kararındaki sigorta ettirene zorunlu olarak bir yıllık tecrübeli bir şoför şartı koşulmasının hangi açıdan bakıldığına göre hem sigorta ettiren aleyhine hem de lehine olacak şekilde değerlendirilebilmesi imkân dahilindedir. O halde yaptırım konusunda böyle bir belirsizlik kabul edilemeyeceğinden sigorta özel şartı için benimsediğimiz kıstas çerçevesinde bir inceleme yapılarak sonuca varılmalıdır. Buna ilişkin olarak Yargıtay'ın şu kararını örnek gösterebiliriz; "... *Poliçenin Şartlar bölümünde teminat kapsamına ilişkin olarak, tazminat talebinin karşılanabilmesi için Özel sigortalının sorumluluğuna yol açan işlem veya kaçınmanın (olay) beş yıllık geriye dönüş tarihinden önce olmamak kaydıyla poliçe teminat süresi içerisinde gerçekleşmesi ve bu nedenle oluşacak tazminat talebinin ise poliçenin geçerlilik süresinde veya uzatılmış*

fından hazırlanıp sunulduğu için, hatta bir plan dahilinde benzer sözleşmelerde kullanıldığından ötürü[122] doğrudan genel şart olarak nitelendirilmemelidir[123]. Diğer taraftan Kara'nın sigorta genel şartları dışındaki sözleşme koşullarının hepsini hiçbir ek değerlendirme yapmadan özel şart olarak nitelendirmesi[124] de doğru değildir. Zira sigorta sözleşmesi yalnızca genel ve özel şartların toplamından ibaret değildir. Zaten doktriner tartışmalarda haklı olarak dile getirildiği üzere sigorta sözleşmesinin unsurları ile özel şart ayrımını yapma zorunluluğu da bunun bir neticesi olsa gerektir.

---

yeni poliçe süresi içerisinde sigortacıya bildirilmiş olması gerektiği düzenlenmiştir..." Bkz. Y. 11. HD., E. 2020/1388, K. 2021/4935, T. 9.6.2021, (www.kazancı.com.tr, E. 27.11.2021). Bu kararda varılan sonuçtan ziyade bizi ilgilendiren husus özel şartın niteliğinin belirlenmesindeki kıstası ve genel şartlara aykırılık değerlendirmesinde taraf lehine/aleyhine değerlendirmesinin yapılamayacağını göstermektir. Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nda Rizikonun Gerçekleşmesi başlığı altında şu şarta yer verilmiştir: "*A.1.'in (b) bendinde belirtilen şekilde yapılması hâlinde bir yıldan az olmamak kaydıyla sözleşme yapılmasından önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen olaya bağlı olarak;...*". Demek oluyor ki, söz konusu kararda bir yıllık sürenin beş yıla çıkarılması söz konusu olup şartın konusu rizikodur. Bu durumda zaten genel şartlardaki bu ifade bize genel şartlardan açıkça ayrılarak özel şart konulabileceğini göstermektedir. Böylelikle görüşümüz somutlaştırılmış ve temellendirilmiştir. Görüşümüzü doğrudan destekleyecek Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda ise; "*... sigorta sözleşmesinin özel şartlar bölümünün 9. maddesinde "Henüz yerine monte edilmemiş inşaat ve montaj malzemelerine ilişkin hırsızlık hasarlarının ödenebilmesinin ön şartı, bu malzemelerin kapalı, emniyetli, kilitli bir depoda muhafaza edilmesidir. Hırsızlık teminatı genel şartları çerçevesinde verilmiş olup kapalı, kilitli bir mahalde olmayan malzemelerin çalınması poliçe teminatı dışındadır." denildiği, 24. maddesinde "Şantiye tesisinin 24 saat güvenlik ekibi tarafından korunması ve etrafın çit veya perde ile çevrili olması ön şartı inşat malzemeleri şantiye sahasında inşaat yapılması haricinde kilit altında tutulacaktır." denildiği, yapılan keşif sonucu aldırılan bilirkişi raporunda açıkladığı üzere hırsızlık olayının gerçekleştiği inşaat alanının 30.000 metre karelik bir alan içerisinde olduğu, söz konusu alan için bir güvenlik görevlisinin bulunduğu, inşaat alanının izlenmesini sağlayan bir güvenlik kamerasının olmadığı, inşaat alanının herhangi bir güvenlik duvarı veya çit ile çevrelenmediği, uyarı levhası bulunmadığı, inşaat alanın korumasız ve dışarıdan müdahalelere açık olduğu bu durumda olduğu, davacının edimlerini yerine getirmediği, söz konusu zararın meydana gelmesinde kusurlu olduğu, teminat için gerekli koşulların sağlamadığı ve zararın teminat dışında kaldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir..."* Bu karar için bkz. Y. 11. HD., E. 2020/1598, K. 2021/1899, T. 2.3.2021, (www.kazancı.com.tr, E. 27.11.2021).

[122] Bu halde şartın genel şart olacağını dile getiren Memiş'in kabulüne (MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 48) ihtiyatla yaklaşılması gerekir. Çünkü sigorta uygulamasında örneğin; bir kasko sigortası sözleşmesinde özel şart olabilecek hususlar en nihayetinde sınırlıdır. O halde tek bir kıstas ile genel bir yargıda bulunmak hatalı olacaktır.

[123] Bir şart, belirli bir sözleşme akdedilirken, sözleşenlerin (özellikle sigorta ettirenin) arzusu üzerine sözleşmenin içeriğine dahil edilmişse onu özel şart saymak gerekir. Bkz. BAHTİYAR, *Özel Koşullar*, s. 138.

[124] KARA, *Sigorta*, s. 128.

b. Sigorta Poliçesi Özel Şartlarının Sigorta Poliçesiyle Olan İlişkisinde Konu Kıstası

Sigorta özel şartlarına bir konu sınırlandırması getirilip getirilmediği ise sigorta poliçesinin içeriğinden hareketle anlaşılabilir. 1926 tarihli 865 sayılı Ticaret Kanunumuz'un[125] 966. maddesinde poliçenin içeriği şu şekilde sayılmıştır[126]: "*Sigortacının ve sigorta ettirenin isim ve ikametgahları; sigortanın mevzuu; sigortacının deruhte ettiği tehlikeler ile bunların başlayacağı ve nihayet bulacağı gün; sigorta bedeli; sigorta ücretinin miktarı ile zaman ve mahalli tediyesi; sigortacının deruhte ettiği tehlikelerin mahiyeti hakikiyelerini tayine medar olan bilcümle ahvaldir.*"

1956 tarihli 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu ise benzer bir şekilde sigorta poliçesi ve ilmühaberin içermesi gereken hususları eTTK m. 1266/1'de şu şekilde saymıştır: "*Sigortacının ve sigorta ettirenin ve varsa sigortadan faydalanan kimsenin adı ve soyadı veya ticaret unvanı ve ikametgahları; sigortanın mevzuu; sigortacının üstüne aldığı rizikolarla bunların başlıyacağı ve son bulacağı an; sigorta bedeli; Primin tutarı ile ödeme zamanı ve yeri; sigortacının üstüne aldığı rizikoların hakiki mahiyetlerini tamamen tayine yarıyacak bütün haller; tanzim tarihidir.*" Söz konusu hükmün ikinci fıkrasında ise kanun koyucu "*Sigorta poliçesi birinci fıkrada yazılı hususlardan başka İktisat ve Ticaret Vekaletince tasdik edilmiş ve zahmetsizce okunabilecek bir tarzda basılmış olan sigorta umumi şartlarını; muvakkat sigorta ilmühaberi ise, zikri geçen umumi şartlara atfı ihtiva eder...*" şeklindeki düzenlemesiyle genel şartların sigorta poliçesinin genel gövdesini teşkil ettiğini kabul etmiştir.

2011 tarihli 6102 sayılı TTK m. 1425/1'de ise; "*Sigorta poliçesi, tarafların haklarını, temerrüde ilişkin hükümler ile genel ve varsa özel şartları içerir, rahat ve kolay okunacak biçimde düzenlenir.*" ifadesiyle bir sadeleşmeye gidildiği görülmektedir. Pek tabiidir ki; poliçede taraflara, sigortanın nev'ine ve hangi değer için yapıldığına, riziko adresine vb. hususlara dair birçok kayda verilmesi gerekecektir[127]. Bu bağlamda tarafların haklarının

---

[125] Resmi Ceride ile neşir ve ilanı: 28.6.1926 Sayı: 406.

[126] Poliçenin içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ATABEK, *Sigorta*, s. 192 vd.

[127] ÜNAN, *Cilt I*, s. 250. *Kender*, her ne kadar sigorta korumasının süresi, sigorta bedeli, sigortacının ve sigorta ettirenin ve varsa sigortadan faydalanan kimselerin ad ve soyadı veya ticaret unvanı ve ikametgahları ile tanzim tarihi gibi hususları ferdileştiren yani özel şartlar olarak nitelendirse de (KENDER, *Hususi Sigorta*, s. 180.) bunların sigorta sözleşmesinin asli unsurları daha doğru bir deyişle çerçeve hükümleridir. Ayrıca Karayalçın'ın genel/özel şart arasında

çok geniş bir kavram olmakla birlikte kanun veya sözleşmeden doğan bütün borçlara, öngörülen görevlere ve buna bağlanan hüküm ve sonuçlara poliçe içeriğinde yer verilmesi gerekir[128]. Benzer şekilde karşılıklı borçların yerine getirilmesinde temerrüdün şartları ve buna bağlanan sonuçların da ayrıca poliçe içeriğinde belirtilmesi gerekir[129]. O halde poliçe içeriğinden hareketle sigorta özel şartlarının konusunu sigorta teminatına doğrudan ya da dolayısıyla etki eden riziko/tehlike[130] ve sigorta menfaati ile sınırlandırmak gerektiği düşüncesindeyiz[131]. Bu kabul ile esasında sigorta özel şartlarını, sigorta sözleşmesinin esaslı unsurları ile tarafların hak ve borçlarını, sigorta türlerine göre tespit edilen ve onaya tabi tutulan sigorta genel şartlarından[132] ayırt etmiş bulunmaktayız. Bu ayrımı yaparken de sigorta poliçesinin içeriğine eTTK döneminde yapılan üçlü ayrımın[133] yerini ikili ayrıma bıraktığı kanısındayız. Çünkü 6102 sayılı TTK sigorta hukukunda sistematik bakımından şöyle bir yeniliğe imza atmıştır: Sigorta hukuku kitabı iki alt kısma ayrılarak ikinci kısımda zarar sigortaları ile can sigortaları alt başlıklarına yer verilmiştir[134]. Haliyle sigorta poliçesinin zorunlu asgari içeriği, sigorta genel şartları ile TTK m. 1425/1'de yer verilen hususlardan oluşmaktadır. Bu bağlamda sigorta özel şartları, sigorta hukukunda geçerli olan sözleşme serbestine getirilen emredici mahiyetteki sınırlandırmaların cevaz verdiği ölçüde taraflarca öngörülebilirler. Zira sigorta hukuku esasında emredici hükümler

nispi ilişki ayrımına özel şartları tayin ederken genel şartların varlığından hareketle ulaşılabileceği anlamını yüklediğimizde hem sözleşmenin unsurlarından hem de genel şartlardan teker teker ayrılınmış olunmaktadır.

128 ÜNAN, *Cilt I*, s. 250.

129 Temerrüde ilişkin hükümlerin tarafların hakları içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ve bu hükmün poliçede yer almasına gerek olmadığını dile getiren görüş için bkz. ÜNAN, *Cilt I*, s. 250 ve 251.

130 TTK m. 1409/1 hükmü uyarınca, "*Sigortacı, sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarardan veya bedelden sorumludur*." Bu hüküm ile sigorta sözleşmesinin taraflarına rizikonun serbestçe belirlenmesi imkânı verilmiştir. Bu sebeple sigorta edilen rizikonun sözleşmede sınırları belirlenmiş açık bir şekilde yer verilmesi gerekir. Bkz. ERBAŞ AÇIKEL, s. 52-53.

131 Bu düşüncenin kabulü halinde sigorta özel şartlarının sigorta sözleşmesinin sübjektif esaslı noktası haline gelmesi taraf iradesi kıstasının bir neticesidir. Bunu vurgulamamızın sebebi, başta sözleşmenin unsuru olmayan sigorta özel şartının yine sözleşmenin kurucu unsurlarından ayrılması gerekliliğidir.

132 KENDER, *Hususi Sigorta*, s. 177.

133 Poliçede ilk olarak eTTK m. 1266/1'de gösterilmesi gereken hususlar, her sözleşmenin türü ve özelliğine göre bazı unsurlar ve eTTK m. 1266/2'de gösterilen sigorta genel şartlarıdır. Bkz. Naklen, Basgül, s. 161 vd., BAHTİYAR, *Genel Koşullar*, s. 91.

134 BOZKURT s. 4.

ile yarı emredici hükümler olmak üzere iki grup normdan oluşmaktadır[135]. Nitekim TTK m. 1452, 1486 ile 1520 hükümleri başta olmak üzere sigorta hukukunda emredici hükümlere aykırılığa bağlanan yaptırımlar düzenlenmiş[136] ve bu hükümlerin yorum yoluyla genişletilmesine izin verilmemiştir[137]. Biz, bu durumu TTK m.340'taki; emredici hükümlere benzetmeyiz. Açıklamak gerekirse, sigorta özel şartlarının öngörülmesine kanun koyucu açıkça cevaz vermiştir. Bunun hukuki dayanakları SK m. 11 ile TTK m.1425 hükümleridir[138]. Emredici hükümler üzerine kurulu sigorta hukukunda[139] sapma ve tamamlama kurumları açısından konuya yaklaşıldığında sigorta özel şartlarının iki işlevinin olduğu -Alman ve İsviçre hukukunda da görüldüğü üzere- kabul etmek gerekir. Bu yönüyle sigorta özel şartları mevcut sigorta genel şartlarını ya değiştirir ya da tamamlar. Değiştirme işlevi sapma şeklinde, tamamlama ise ekleme veyahut boşluk doldurma şeklinde anlaşılmalıdır. Değiştirme olasılığında TTK m. 1425/2 ve 3 hükümlerinin değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, "*Poliçenin ve zeyilnâmenin eklerinin içeriği teklifnameden veya kararlaştırılan hükümlerden farklıysa, anılan belgelerde yer alıp teklifnameden değişik olan ve sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın aleyhine öngörülmüş bulunan hükümler geçersizdir./ Kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, genel şartlarda sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın lehine olan bir değişiklik hemen ve doğrudan uygulanır. Ancak, bu değişiklik ek prim alınmasını gerektiriyorsa, sigortacı değişiklikten itibaren sekiz gün içinde prim farkı isteyebilir. İstenilen prim farkının sekiz gün içinde kabul edilmemesi hâlinde sözleşme eski genel şartlarla devam eder.*" dikkat edilecek olursa hükmün birinci kısmında nispi emredici bir düzenleme öngörülüp ikinci kısmında sapmaya izin veren ve belli şartlar

---

[135] KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 89 vd. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ADIGÜZEL, s. 5 vd. eTTK m. 1264 hükmünün değerlendirmesi için bkz. BOZER, *2009*, s. 47-48.

[136] KARA, *Sigorta*, s. 128.

[137] Bu hükümlerde yer almayan ancak kamu düzeni ile ilgili olan hükümlerin de emredici nitelikte olduğunu ve sigorta hukukunda sözleşme serbestîsinin sınırlarını çizmede rol oynadığının kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. ADIGÜZEL, s. 43.

[138] Bu hukuki dayanaklar soyut yetkilendirme iken örneğin; yangın sigortası genel şartlarının C.11 maddesinde somut yetkilendirme söz konusudur. Bu noktada soyut yetkinin verilmiş olması ve genel şartların bu yetkilendirmeye dayalı olarak çıkarılması gerekliliği somut yetkinin varlığının ayrıca araştırılmasını gerektirmez.

[139] TTK'nin sigorta hukukunda sözleşme serbestinin uygulama alanını oldukça daralttığı ifade edilmektedir. Bu noktada hem sigorta sözleşmelerinin kanunda emredici hükümlerle belirlenen hususlara aykırı olmaması gerekir hem de sigorta ilişkisinde geçerli olan sigorta genel şartlarının SEDDK onayı ile hüküm ifade edeceğinin öngörülmesi ile de sözleşme serbestisi sınırlandırılmıştır. Bkz. ÇEKER, s. 66 ve 67.

dahilinde doğrudan değişikliğin uygulanabildiği bir hususa işaret edilmiştir. Bu değişikliğin de genel şartlardan bir şekilde ayrılarak özel şartın öngörülmesi suretiyle yapılacağı yargısında bulunulabilir. Tamamlama ile ise sigorta genel şartlarından öngörülmeyen ya da öngörülmekle birlikte geliştirilmesi mümkün olan hususlara özel şartlarda yer verilebilir. Bu konuda da bir tereddüdün olmayacağı aşikardır.

Sigorta özel şartlarının konu itibariyle sigorta menfaati ile riziko/tehlike ile sınırlandırılması gerektiğini ifade etmiştik. Bu bağlamda sigorta konusu ile menfaatin aynı kavramlar olmadığını belirtmek gerekir[140]. Konu ile kastedilen sigortalının zararına sebep olabilecek zarar verici olayın yöneldiği ve sigortayla bağlantı kurulan ekonomik değerdir, yani sigortanın objesidir[141]. O halde bir ekonomik zarara uğrayabilecek her şey sigortanın konusu oluşturabilir[142]. Menfaat ise sigorta sözleşmesinde sigorta ettirenin, sigorta sözleşmesiyle teminat altına alınmak istenilen konu ile arasında belirli ya da belirlenebilir bir değer ilişkisidir[143]. 6102 sayılı TTK ile de menfaat kavramı tüm sigorta türleri için aranmaktadır[144]. Bu bağlamda sigortalanabilir menfaatin meşru ve ekonomik nitelikte olması gerekir[145]. Sigorta sözleşmesindeki menfaat kavramı ile hem sigortacının taşıdığı riziko somutlaştırılmış olmakta hem de sigortacının ödeyeceği azami tazminat miktarı tayin edilmiş olmaktadır[146]. Diğer taraftan riziko/tehlike ise gerçekleşip gerçekleşmeyeceği veyahut ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan; ancak gerçekleşmesi halinde zarar veyahut diğer bir ekonomik ihtiyaç doğuran geleceğe dair olaylardır[147]. Sigorta sözleşmesinin bir unsuru olan riziko[148] TTK m.1404 ile TTK m. 1458 hükümlerine aykı-

---

[140] SAYHAN İsmet, **Sigorta Sözleşmelerinin Konusu (Aşkın Sigorta-Eksik Sigorta-Sigorta Tazminatının Hesaplanması)**, 1. Baskı, Ankara, 2001, s. 41.

[141] SAYHAN, s. 41.

[142] SAYHAN, s. 41.

[143] KUBİLAY, s. 47; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 134.

[144] Bu yaklaşımın yerinde olduğu yönünde bkz. KARA Etem, **Sigortalanabilir Menfaat İlkesi**, 1.Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 90.Menfaat teorisi eleştiriliyor olsa da sigortanın konusunun açıklanmasında bu teorinin varlığı inkâr edilemez. Bkz. CAN Mertol, **Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı)**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Dairesinde Hazırlanmış Yeni Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 28 ve 29.

[145] CAN, s. 29 ve 31-32; KARA, *Menfaat*, s. 96 vd. Ayrıca bkz. TTK m. 1404/1.

[146] SAYHAN, s. 42.

[147] OMAĞ Merih Kemal, **Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu (TTK m. 1291)**, 1. Baskı, Sigorta Hukuku Türk Derneği AIDA. Türk Grubu, İstanbul, 1985, s. 9; KUBİLAY, s. 46; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 137; YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 50.

[148] OMAĞ, *Riziko,* s. 9-10.

rılık ihtiva etmemelidir[149]. Bu bağlamda benzer rizikolara uğramış kişilere mümkün mertebe eşit nitelikte teminat sağlanması ve bu şekilde bir sigorta dalında yüklenilen risklerin tayin edilip yönetilmesini imkân tanıyarak oluşturulmuş genel ve soyut sözleşme düzenini belirleyen sözleşme şartlarını[150], yani genel şartları somutlaştırarak uygulama alanını ve kapsamını belirginleştiren özel şartların kapsamına giren hususları örneklendirmeye çalışmadan önce hukuki niteliğinin ortaya konulması gerekir.

C. Sigorta Poliçesi Özel Şartlarının Hukuki Niteliği

Sigorta özel şartlarının bireysel anlaşma olarak nitelendirilmesi gerekir[151]. Çünkü bunların tarafların karşılıklı pazarlığı ve görüşmeleri sonucunda belirlendiği kabul edilmektedir[152]. Bu açıdan bakıldığında sigorta ettiren ya da sigortalının sigortacı ile sözleşmenin şartlarını şekillendirme özgürlüğünü kullanıp kullanamadığına bakılmalıdır[153]. Bunun için de sözleşenlerin fiilen sözleşme içeriğini birlikte tayin etme imkânı olmalıdır[154]. Sigorta hukuku açısından sigortacı ve acentesi hem TTK m. 1423[155]'teki hem de Sigor-

---

149 YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 50.

150 YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 14.

151 Alman hukukunda benzer yönde bkz. HOFFMANN, s. 13. Benzer şekilde özel koşulların, taraflarca belirlenip sözleşme içeriğine dahil edilmesinden hareketle hukuki açıdan sözleşmesel niteliğe sahip olduğu yönünde bkz. BAHTİYAR, *Özel Koşullar*, s. 134. Aynı yönde bkz. ERBAŞ AÇIKEL, s. 51.

152 Genel işlem şartları açısından bkz. ATAMER Yeşim, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 73. TBK m. 21 hükmünün sigorta özel şartları açısından aranması gerektiği yönündeki görüş için bkz. ATAMER/ÜNAN, *GCC*, s. 70-71.

153 Genel işlem şartları açısından bkz. ATAMER, *GİŞ*, s. 74.

154 Genel işlem şartları açısından bkz. ATAMER, *GİŞ*, s. 74. Sigorta hukukunda sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiğini söyleyebilmek için yalnızca bilgilendirme formunu imzalatmak veya sorulara cevap vermek şeklinde aktif davranışlarda bulunması yeterli değildir. Bkz. ÇEKER, s. 78. Bununla birlikte yazılı bilgilendirmeyi inceleme süresi kullanmadan iradesini açıklayan sigorta ettirenin, gerekli inceleme süresi tanınmadığı itirazı geçerli olmamalıdır. Bkz. YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 109. Her somut olayın özelliğine göre sigortacının asgari bilgileri Bilgilendirme Formu aracılığıyla verilmesini takiben ihtiyaç olduğu zaman ilave açıklamalar yapması gerektiğini kabul etmenin hakkaniyet uygun olacağı yönünde bkz. ÖZDAMAR, *Aydınlatma*, s. 263.

155 "*Sigortacı ve acentesi, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildirir. Ayrıca, poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklar.*"

ta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik m. 5[156]'teki aydınlatma yükümlülüğünü[157] yerine getirmelidir[158]. Bu hükümlerde sigortacının aydınlatma yükümlüğü hem sözleşme öncesine hem de sözleşme süresi içinde olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır[159]. Öncelikle sözleşme öncesi aydınlatmak yükümlülüğünde sözleşmenin kurulmasından önce sözleşmenin tamamı, genel ve özel şartlar, teminatın kapsamı hakkında ayrıntılı bir bilgi verilmelidir[160]. Sonrasında buna nazaran daha dar kapsamlı olan sözleşme süresi içinde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına, yalnızca sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olaylar ve gelişmeler girmektedir[161]. Buna örnek olarak; uzun süreli sigorta sözleşmelerinin geçerliliğini devam ettirdiği süre zarfında, primlerin artırılması veya düşürülmesi, teminatın kapsamındaki değişiklikler, sigorta tarifelerinin yenilenmesi gibi önemli gelişmeler yaşanması halleri vb. gösterilebilir[162]. Sigorta özel şartları açısın-

---

156 *"(1) Sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü, sigortacı tarafından sigorta ettirene ve sigorta sözleşmesine taraf olmak isteyen kişilere sözlü ve yazılı şekilde yerine getirilir. Bilgilendirmenin yazılı olarak yapılması esastır. Bilgilendirme yükümlülüğü, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce başlar ve sözleşmenin geçerli olduğu süre içinde devam eder. (2) Tarafların, fiziki olarak karşı karşıya gelmesinin söz konusu olmadığı hallerde veya işin mahiyetinin gerektirdiği durumlarda kalıcı veri saklayıcısı aracılığı ile bilgilendirme yapılabilir. (3) Sigortacının çağrı merkezi veya telefon aracılığıyla yapacağı bilgilendirme, görüşmenin manyetik veya dijital ortamda kayıt altına alınmış olması şartıyla sözlü olarak yapılabilir. (4) Sigortacı, dürüstlük ilkeleri çerçevesinde; sigorta ettirene, sigortayla ilgili teknik konularda yardımcı olmak, yapılacak veya yapılmış sigortacılık işleminin özellikleri ve sözleşmeye konu sigorta teminatı ile sigortanın işleyişi hakkında gerekli her türlü bilgiyi sağlamak ve sigorta ettireni yanıltıcı her türlü hâl ve davranıştan kaçınmak zorundadır. (5) Bilgilendirme yapıldığının ispatı sigortacıya aittir."*

157 Aydınlatma ve bilgilendirme kavramlarının birbirinden farklı olduğunun ileri sürülmesi suretiyle Kanun ve Yönetmelik arasında uygulama farklılığına gidilmemesi gerektiği görüşü için bkz. YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 97 ve özellikle 99. Bu yüzden tüm metinde yeknesak biçimde aydınlatma kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

158 TBK m. 21 ile TTK m. 1423/2 hükmü arasındaki ilişki ve değerlendirme için bkz. ATAMER/ÜNAN, *GCC*, s. 72-73.

159 AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.211.Aydınlatma yükümlülüğü sözleşmenin kurulmasından önce başlar ve sözleşme süresi boyunca da devam eder. Bkz. ÇEKER, s. 78.

160 ÖZDAMAR, Öztan Cilt 2, s. 1691.

161 AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 214. SSBİY m. 10 hükmü bilgilendirmenin kapsamının belirlenmesinde esas alınmalıdır. Bkz. YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 106.

162 ÖZDAMAR, Öztan Cilt 2, s. 1692. BAM bir kararında; "*... Davacının da kabulünde olduğu üzere; poliçenin önceki poliçenin devamı niteliğinde yenileme poliçesi niteliğinde olması, sigorta bilgilendirme formunun poliçenin ekinde bulunması, bilgilendirmeye dair 5684 Sayılı Kanun'un 11/3 maddesi, Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik hükümleri, 6102 Sayılı TTK'nın 1423. maddesi hükümleri, sigorta ettirenin sözleşmenin yapılmasına 14 gün içinde itiraz etmemesi halinde sözleşmenin poliçede yazılı şartlar altında yapılmış sayılacağına ilişkin düzenleme, poliçenin14/07/2015 tarihinde tanzim edilmesi, bu tarihten itibaren 14 günlük süre içinde sigorta ettiren tarafından poliçeye herhangi bir itirazda bulunulmaması hususları göz önünde tutul-*

dan konuya yaklaşıldığında sözleşme öncesi aydınlatma yükümlüğü sigorta genel şartlarında olmayan hususların özel şart olarak nelerin getirilebileceği konusunda karşı tarafa ağır bir aydınlatma yükümlüğü getirmektedir[163]. Söz-

duğunda davacı tarafın bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal edildiğine dair istinaf itirazlarının da reddine karar verilmesi gerekmektedir..." Bkz. İBAM, E. 2017/884, K. 2018/658, T. 21.6.2018, (www.kazancı.com.tr. E.T. 27.11.2021). Benzer yöndeki Yargıtay'ın bir kararında ise; "*Mahkemece; her ne kadar davaya konu hadisenin dahili su klozunun anılan hükmü uyarınca teminat kapsamı dışında kaldığı hususunu kabul etmiş ise de 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunun 11.maddesi uyarınca sigorta sözleşmelerinde genel şartlara ilaveten, özel şartlar tesis edilebileceği, ancak bunların herhangi bir yanılgıya neden olmayacak şekilde açık olarak düzenlenmesi gerektiği, kapsam dışı bırakılan risklerin açıkça belirtilmemiş olması halinde belirtilmemiş olanların teminat kapsamında sayılacağı, ayrıca sigortacılık kanunun bu maddesine istinaden çıkarılan sigorta sözleşmelerinde bilgilendirmeye dair yönetmelik uyarınca sigorta şirketlerinin bilgilendirme yükümlülüklerini yerine getirmiş kabul edilebilmeleri için bilgilendirme formunu düzenleyerek sigortalılara imzalatmak ve saklamakla yükümlü oldukları, dosya kapsamından davalı şirketin davacı sigortalıyı sigortacılık mevzuatına uygun bir şekilde bilgilendirmediği bu itibarla davaya konu hasarın teminat kapsamında kaldığı gerekçesiyle davayı kabul etmiştir. ... ki, olay tarihi ve poliçe tanzim tarihinden sonra yürürlüğe giren 6102 Sayılı TTK aydınlatma yükümlülüğü başlıklı 1423. maddesi 2.fıkrasında da; "Aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin kurulmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla kurulmuş olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı sigortacıya aittir" denilmektedir. Somut olaya bakıldığında, davacı sigortalının kurulan sigorta sözleşmesine itiraz ettiğine dair bir iddia olmadığı gibi bu yönde bir bilgi veya belge de dosya içinde bulunmamaktadır. O halde, taraflar arasında kurulmuş işyeri sigorta poliçesinin teminat kapsamı dışında bırakılan izolasyon yetersizliği veya kaybı sebebiyle yağmur ve kar sularının binanın dış cephe veya terasından veya pencere kapı ve pervazlarından sızması ve/veya girmesi sebebiyle meydana gelen zararlar ile tedrici nemlenme ile ısı farkı sebebiyle oluşan terleme, küflenme ve benzeri nedenlerden kaynaklanan hasarlar nedeni ile davacıya bir ödemede bulunulmasının mümkün olmadığı dolayısı ile davanın reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi isabetli değildir.*" Bkz. Y. 17. HD., E. 2016/10580, K. 2017/8051, T. 21.9.2017, (www.kazancı.com.tr. E.T. 27.11.2021).

[163] Sözleşmede yer alan özel şartın kanunun emredici hükümlere aykırı olup olmadığına bakıldıktan sonra emredici hükümlere aykırı olmayan kaydın sigorta ettiren tarafından ne anlama geldiğini bilip bilmediğine bakılır. Bu konuda sigorta ettiren özel olarak bilgilendirilmiş ve kayıtta öngörülen hususlara uygun davranmamışsa, sigortadan doğan haklarını kaybedeceğini öğrenmişse söz konusu kayıtların geçerli olduğu kabul edilmelidir. Aksi durum sözleşme özgürlüğü ile çelişir. Bkz. ÖZDAMAR, *Aydınlatma*, s. 215. Bu kapsamda olacak şekilde Yargıtay bir kararda sigortacının bilgilendirme yükümlülüğüne işaret etmiştir: "*Dava, kasko sigorta sözleşmesine dayanılarak, davacı sigortalı tarafından davalı kasko sigorta şirketine karşı açılan maddi tazminat istemine ilişkindir. İspat külfeti kendisine düşen davalı sigorta şirketine özel şartın özel poliçe metninde bulunduğuna dair savunmasını ispat zımnında, davacının imzasını içeren poliçe aslını ibraz etmesi, özel şartın poliçe metninde bulunduğuna ilişkin tüm kesin delillerini sunması, gerektiğinde davalı özel sigorta şirketi ile poliçeyi düzenleyen acentenin tüm ticari defter ve kayıtlarında uyuşmazlık konusu özel şartın özel davacının imzasını içeren poliçe metninde bulunup bulunmadığı konusunda uzman bilirkişi incelemesi yaptırılması, sigortalının imzasının ve özel şartın mevcut olduğu poliçenin varlığı halinde davalının özel şarttan özel haberinin olduğunun aksi halde ise davacının özel şarttan haberinin olmadığı, davalının bilgilendirme özel yükümlülüğüne uymadığının kabulü ile sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.*" Bkz. Y. 17. HD., E. 2013/1087, K. 2013/2041, T. 21.2.2013, (www.kazancı.com.tr. E.T. 27.11.2021). Benzer yöndeki bir karar için bkz. Y.17. HD, E. 2014/25229, K. 2015/5264, T. 2.4.2015, (www.kazancı.com.tr. E.T. 27.11.2021).

leşme süresi içerisinde aydınlatma yükümlüğü noktasında ise özel şart olarak tayin edilen riziko ve buna bağlı olarak belirlenmiş teminatın kapsamının sigorta konusu rizikoya dair önemli bir gelişme sonucunda değişikliğe uğraması hususu da ayrı bir aydınlatma yükümlülüğünü beraberinde getirmektedir. Nitekim bu iki zaman dilimi açısından Yönetmelik kapsamındaki bilgilendirme metninin içeriğinin düzenlendiği 8. maddenin 1.fıkrasındaki ç bendinde sözleşmeye eklenebilecek özel hükümler ve klozlara ilişkin bilgileri ile sigorta özel şartları kastedilmektedir[164]. Bu noktada özel şartın sigorta sözleşmesinin her iki tarafının iradesinin ürünü olduğu hiçbir zaman unutulmamalıdır. Ayrıca sigortacı veya acentesi bu hükümlere aykırı hareket ederse sırasıyla TTK m. 1423/2[165] ile Yönetmelik m. 7[166] tatbik edilmelidir. Nihayetinde sigorta özel şartlarının geçerliliği bireysel anlaşma olarak sigorta sözleşmesinin içeriğine dahil edilmesini gerektirdiğinden sigortacı ya da acentesinin aydınlatma yükümlüğünü Kanun ile Yönetmelik çerçevesinde yerine getirerek taraf iradelerinin bir sonucu olmasını sağlaması gerekir.

D. Sigorta Poliçesi Özel Şartlarına İlişkin Somut Dört Örnek ve İçtihattan Örnekler

a. Genel Olarak

Sigorta özel şartlarının konu itibariyle sınırlandırılması gerektiğini yinelemek suretiyle TTK m. 1409/2[167] ile SK m. 11/4[168] hükmünün bu çerçevede

---

[164] Ayrıca internet sitesi açma zorunluluğu açısından da bkz. Yönetmelik m. 13/3-ç bendi.

[165] "*Aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur*." taraflar arasındaki sözleşmenin poliçenin yazılı şartlarla kurulup kurulmadığı ile sigorta ettirenin poliçede yazılı sözleşme şartları konusunda bilgilendirilmiş olup olmadığının farklı hususlar olduğu ve bunun hukuki sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 113-114.

[166] "*Sigorta sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında; bilgilendirme yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilmemiş veya sigortacı hakkında yanıltıcı bilgi verilmiş veya Bilgilendirme Metninde yer alan bilgiler gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmiş ve bu hâllerden herhangi biri sigorta ettirenin kararına etkili olmuş ise sigorta ettiren sigorta sözleşmesini feshedebileceği gibi, varsa uğradığı zararın tazminini de talep edebilir*." Bu hükmün uygulanması bakımından kendisine gönderilen poliçeyi okuyup incelemeyen sigorta ettirenin kendi ihmalinden yararlanamaması gerektiği yönünde bkz. YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 112.

[167] "*Sözleşmede öngörülen rizikolardan herhangi birinin veya bazılarının sigorta teminatı dışında kaldığını ispat yükü sigortacıya aittir*."

[168] "*Sigorta sözleşmelerinde kapsam dahiline alınmış olan riskler haricinde, kapsam dışı bırakılmış riskler açıkça belirtilir. Belirtilmemiş olan riskler teminat kapsamında sayılır*." Yargıtay bir kararında bu duruma şu şekilde işaret etmiştir: "*... Sigortalı işyerinde fuel-oil yakıt tankının ısıtılması için kullanılan davalı A... markalı tüpe takılı pürmüzün kontrolsüz kendi haline bırakılması sonu-*

incelenmesi zorunluluk arz eder. Bir taraftan, TTK bu hüküm ile açıkça sigortacının, somut olay bağlamında sigorta sözleşmesi çerçevesinde teminat harici bırakılmış hallerden birinin söz konusu olduğunu ileri sürmesi halinde, bu iddiasını kanıtlamakla yükümlü olduğuna işaret etmektedir[169]. Diğer taraftan, SK hükmü[170] ise teminatın kapsamına gireceği belirtilen bir hususun kendisi dışında kalan hiçbir şeyi kapsamayacağı şeklinde yorumlanması suretiyle teminata girmeyen hususların bu şekilde tespit edilmiş olacağına işaret etmektedir[171]. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde sözleşmede öngörülen rizikoların sigorta konusu ile bağlantılı olduğu sonucuna varılmalıdır[172]. O halde karşımıza iki olasılık çıkmaktadır. Birinci olasılıkta *alls risk*

---

cunda söndüğü, kapalı alanda LPG kaçağının patlama limitlerine ulaştığında yanar ocak ateşinden parlayarak infilak ettiğinin kabul edilmesi karşısında, mahkemece, LPG tüpü üreticisine izafe edilecek herhangi bir kusurun ve ayıplı imalatın olup olmamasının zararın bağlantı hortumundan kaynaklanıp kaynaklanmasının sonuca etkili olmadığı, davalılardan K... Allianz Sigorta A.Ş. vekili tarafından rizikonun anılan genel şartların 3. maddesinde sayılan hallerden birinin varlığını iddia edip kanıtlanamamasına göre anılan bu davalının dava konusu zarardan ilke olarak sorumlu olduğunun kabulü gerekir..." Bkz. Y. 11. HD., E. 2010/13384, K. 2013/5909, T. 26.3.2013, (www.kazancı.com.tr, E.T.27.11.2021) Benzer yönde bir karar için bkz. Y. 11. HD., E. 2011/5996, K. 2013/7392, T. 16.4.2013, (www.kazancı.com.tr, E.T.27.11.2021)

[169] Bu hükmün yanlış ve yanıltıcı bir şekilde kaleme alındığı yönündeki görüş için bkz. ÜNAN, *Cilt I*, s. 114. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda bir rizikonun teminat kapsamında olup olmadığının ispatının sigortacı üzerinde olduğuna işaret edilmiştir: "*Dava, "Seyahat Avrupa Tur Sigorta Sözleşmesi"nden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Paket turun hiç gerçekleştirilememiş olması halinin "Seyahat Yurtdışı Poliçesi Özel Koşulları Kitapçığı"nın 22.Özel maddesinde belirtilen "veya acentenin kusuruyla gereği gibi yerine getirilememesi halinde" ifadesinin maddede sayılan üç halin dışında bağımsız bir teminat olduğunun ve bu ifadenin paket turun hiç gerçekleştirilememesi halini de teminat kapsamına aldığının kabulü gerekir. Poliçede ayrıca teminat dışı haller de belirtilmiş olup, paket turun hiç gerçekleştirilememesi hali teminat dışı haller arasında sayılmamıştır. TTK'nın 1409/2 maddesi gereğince; sözleşmede öngörülen rizikolardan herhangi birinin veya bazılarının sigorta teminatı dışında kaldığını ispat yükü sigortacıya ait olup davalı sigorta şirketi rizikonun teminat kapsamı dışında kaldığını ispatlayamadığından yerel mahkemece paket turun hiç gerçekleştirilememiş olması halinin sigorta poliçesi teminatı kapsamında olduğu kabul edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, davanın reddi kararında direnilmesi bozmayı gerektirmiştir.*" Bkz. YHGK, E. 2017/11-2477, K. 2019/306, T. 14.3.2019, *(www.kazancı.com.tr, E.T.27.11.2021).*

[170] Bu hükmüm uygulanabilmesi için sigorta ettiren sözleşmesi öncesi bilgilendirme yükümlülüğünü ve istisnaen de yanlış anlaşılmaya müsait durumlar için özel bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Bkz. ÜNAN, *Cilt I*, s. 97.

[171] Hükmün hatalı ve uygulanma yeteneğinden yoksun olduğuna dair görüş için bkz. ÜNAN, *Cilt I*, s. 93 ve özellikle 96 vd. Uygulamada sigorta poliçelerinde genellikle teminata alınan riskler gösterilip teminat dışı haller için genel şartlara atıf ile yetinildiğinden bu durumun çeşitli uyuşmazlıklara sebebiyet verdiği gerekçesiyle sigorta teminatının kapsamının açık bir şekilde sözleşmeye yazılması zorunlu hale getirilmiştir. Bkz. ÇEKER, s. 57. Alman hukukundaki hukuki durum için bkz. ARMBRUSTER, PROLLS/MARTIN, *VVG*, Rn. 292-293.

[172] AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.107. Hazine Müsteşarlığının konuya ilişkin 2007/17 sayılı SK m. 11'in uygulanmasına ilişkin Genelge uyarınca sigorta sözleşmesinde teminat dışı bırakılanlar

esasına göre yapılan bir sigorta sözleşmesinde[173] sigortacı ana riziko olarak tespit edilen bir olayın yol açtığı bütün sonuçlardan bunlar açıkça teminat dışında kalacağı bir durum teşkil etmedikçe sorumlu tutulacaktır[174]. Bu kapsam dışı bırakma hususu ise belli şartlar dahilinde sigorta özel şartları ile gerçekleştirilecektir. Bu açıdan riziko üzerindeki taraf iradesi konu üzerinde ve haliyle teminat kapsamında daralma sonucuna yol açmaktadır. İkinci olasılıkta ise taraflar *named perils* esasına göre yapılan yani sayılan rizikoların teminatına ilişkin sigorta sözleşmesinde[175] ise teminata girdiğini tespit edilemeyen bir riziko teminat harici bırakılan durumlar maddesinde ayrıca sayılmasa dahi, sigorta korumasından istifade edemez[176]. Burada sigorta özel şartları ya teminat kapsamı dışında bırakılan hale açıkça yer verir ve sigortacı sorumluluktan kurtulur ya da teminat kapsamındaki olay teminata dahil bulunmayan hallerin içerisinde saymaz ve sigortacı -ispat yükü açısından kolaylık sağlanması açısından- sigorta korumasını işleterek sigorta bedelini öder.

b. Muafiyet Klozu

Sigortacının sigorta tekniği açısından rizikoyu ağırlaştıran bazı olayların sigorta koruması dışına çıkarması muafiyet klozu olarak karşımıza çıkmaktadır[177]. Bu noktada muafiyet klozları bir nev'i sigortasızlık halidir[178]. Bu hal sigortacının garanti ettiği rizikoları, riziko-konu-yer-zaman açısından sınırlandırmasının sebebidir[179]. Aksi halde sigortacının zarar etmesi gündeme

---

haricindeki tüm hususlar, sigorta konusu içinde kalmak kaydıyla teminat içerisindedir. Bkz. 09.10.2017 tarih, 2007/17 sayılı, 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 11'inci Maddesinin Dördüncü Fıkrasının Uygulanmasına İlişkin Genelge. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:nQFZqIiNyxEJ:https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2018/11/5684SayiliSigortacilikKanununun11InciMaddesininDorduncuFikrasininUygulanmasinaIliskinGenelgeGenelgeNo_2007_17.doc+&cd=1&hl=tr&ct=clnk&gl=tr>

173 SK m. 11/4 hükmünden bu sonuca ulaşılmaktadır. Bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 138. Bunun sonucu olarak sigorta konusu ile ilgili olmayan risklerin dahi sözleşmede teminat dışı olarak gösterilmesi gerektiği; bu yapılmadığında ise gerçekleşebilecek tüm risklerin sigorta kapsamı içerisinde değerlendirileceği şeklinde yorumlanamayacağı yönünde bkz. KABUKÇUOĞLU ÖZER, s. 164.

174 ÜNAN, *Cilt I*, s. 91.

175 AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 139.

176 ÜNAN, *Cilt I*, s. 91.

177 KENDER, *Hususi Sigorta*, s. 290.

178 OMAĞ MERİH KEMAL, "Özel Sigorta Hukukunda Muafiyet Klozları", **Özel Sigorta Hukukuna Hâkim İlke ve Kurumlar (1975-2016) Makaleler-Tebliğler**, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 335.

179 KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 215.

gelebilir[180]. Bu bağlamda muafiyet klozunun temel hukuki dayanaklarından birisi TTK m. 1429 hükmü[181], diğeri ise TTK m. 1453/2 hükmü[182]dür. Muafiyet klozlarının hukuki niteliği açısından doktrinde görüş ayrılığı mevcuttur. *Omağ*'a göre; "*Muafiyet klozları, birer SPGŞ olmaları itibarıyla, -(özel şartlarla da muafiyet getirilebilir) "... Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca tasdik edilmiş ve zahmetsizce okunabilecek bir tarzda basılmış olmalıdır...*". Oysaki *Memiş*, muafiyet şartlarını doğrudan genel işlem şartı sayan bu görüşü eleştirerek bir şartın genel işlem şartı olup olmamasının rizikoya bir sınırlandırma getirip getirmediğine bağlanmaması gerektiği kanaatindedir[183]. Hatta sigorta ettiren kimse sigorta primini düşük ödemek için de sigorta teminatının kapsamını daraltma yolunu tercih edebilir[184]. Kanaatimizce sigorta özel şartları açısından konu sınırlandırması noktasında muafiyet klozunun özel şart olarak nitelendirilmesinde bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Zira muafiyet klozu ile rizikoya konu olay aracılığıyla teminatın kapsamında bir değişikliğe gidilmektedir. Ancak muafiyet klozunun özel şart olarak değerlendirilebilmesi için ayrıca tarafların bunu öngörmüş ve istemiş olmaları da gerekir. Kısacası bu yönde ortak taraf iradesi[185] aranır. Bunun için de sigorta genel şartlarında muafiyet klozlarının konusu[186] (içeriği açısından genellik/özellik ilkesi; konu açısından belirli şahıslara/mallara karşı; yer ve mekân açısından, zaman açısından) üzerinden sapma veya tamamlama iradelerinin varlığı araştırılıp bunun ışığında bir sonuca varılmalıdır. Ancak bu noktada genel şartları tekrarlayan veyahut genel şartlara benzer şekilde - içeriğinde esaslı bir değişikliğe gitmeksizin" ifadelere yer veren muafiyet

---

180 KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 215.

181 "*Sigortacı, aksine sözleşme yoksa, sigorta ettirenin, sigortalının, lehtarın ve bunların hukuken fiillerinden sorumlu bulundukları kişilerin ihmallerinden kaynaklanan zararları tazmin ile yükümlüdür. Sigorta ettiren, sigortalı ve tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler, rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep oldukları takdirde, sigortacı tazminat borcundan kurtulur ve aldığı primleri geri vermez.*"

182 "*Rizikonun gerçekleşmesi sonucu doğan kazanç kaybı ile sigorta edilen malın ayıbından doğan hasarlar, aksine sözleşme yoksa, sigorta kapsamında değildir. Mal bağlamında kazancın, makul sınırı aşan kısmı sigorta edilemez.*"

183 MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 47.

184 MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 47.

185 Bireysel olarak kararlaştırılmamış özel şartlar aracılığıyla genel şartın tamamlanması halinde dahi, bunlar genel şart olarak varlığını sürdürecektir. Bkz. RIXECKER, LANGHEID/RIXECKER, *VVG § 1*, Rn. 22.

186 Bu konuda hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OMAĞ, *Muafiyet*, s. 341-342.

klozlarının özel şart olarak değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz[187]. Çünkü özel şart değerlendirmesi orijin yani başlangıç noktası olarak genel şartlar üzerinden yapılır. Bu hususu şuna benzetebiliriz: Bir anonim şirket esas sözleşmesinde bir kanun hükmünü tekrarlayan düzenlemeye doğrudan yer verildiğinde burada TTK m. 445 bağlamındaki iptal sebebi esas sözleşmeye aykırılık değil; kanun hükmüne aykırılık kapsamında değerlendirilecektir. Bu kabulün belirttiğimiz üzere sigorta özel şartları açısından da geçerliliği tartışılamaz.

c. Ayarlama Klozu

Sigorta sözleşmelerinin esaslı unsurlarından biri olan primin[188] taraflarca serbestçe belirlenmesi kural olarak kabul edilmektedir (SK m. 12/1 hükmü uyarınca)[189]. Bu bağlamda özelde ayarlama klozları sigorta sözleşmesi genel şartları ya da özel şartları arasına bir hüküm dercedilerek sigorta primini değiştirmeyi sağlayan klozlar şeklinde karşımıza çıkarlar[190]. Zaten TTK m. 1414 hükmü uyarınca; "*Sigortacı, sigorta teminatının kapsamında değişiklik yapmadan, ayarlama şartına dayanarak primi yükseltirse, sigorta ettiren, sigortacının bildirimini aldığı tarihten itibaren bir ay içinde sözleşmeyi feshedebilir.*" şeklindeki düzenlemeyle esasında sigortacı lehine bir düzenleme getirilmiştir[191]. Bu hükümdeki ayarlama klozu yalnızca primin yükseltilmesine ilişkin olmayıp primin azaltılmasını da kapsamına almaktadır[192]. Ancak primin ne şekilde hesaplanması gerektiğine dair poliçede yer alan formüllerin bu klozun kapsamına girmeyeceği kabul edilmektedir[193].

---

187 Benzer yönde bkz. HOFFMANN, s. 13. Bazı hallerde önceden formüle edilmiş klozların genel şart değil; bireysel anlaşma olarak kabul edilebileceğini ilişkin iki ayrı Alman Federal Mahkemesi kararları için sırasıyla bkz. BGH NJW 2017, 2346, BGH VersR 2006, 1237. Bu kararlar için bkz. RIXECKER, LANGHEID/RIXECKER, *VVG § 1*, Rn. 26. Aksi yöndeki görüş için bkz. MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 47 ve 48.

188 Sigortacının sigorta himayesini üstlenmesine karşılık olmak üzere, sigorta ettirenin ifa etmesi gereken karşı edim olan tarif edilen prim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAYIHAN, *Prim*, s.94 vd.

189 MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 12; TÜZEMEN ATİK Ebru/ YOLAL Oğuz, **Sigorta Sözleşmelerinde Prim Ödeme Borcunun Muacceliyeti**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 21. Bu kuralın istisnası SK m. 12/2'de gösterilmiştir.

190 MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 13.

191 TÜZEMEN ATİK/YOLAL, s. 25.

192 TÜZEMEN ATİK/YOLAL, s. 24.

193 ÜNAN, *Cilt I*, s. 131-132.

Doktrinde ayarlama klozunun hukuki niteliği tartışmalıdır. *Ünan*'a göre, ayarlama klozunun içeriği TBK bağlamında genel işlem şartları çerçevesinde yargı denetimine tabi tutulmalıdır[194]. Oysaki *Memiş*, taraflar arasında kural olarak prim ve sigorta teminatını genel işlem şartları çerçevesinde bir denetime tabi tutulmaması gerektiği kanaatindedir[195]. Kanaatimizce TTK m. 1414/1 hükmündeki; "..., *sigorta teminatının kapsamında değişiklik yapmadan, ...*" ifadesiyle kanun koyucu rizikonun içeriği ve kapsamı üzerinde bir etkide bulunmaksızın[196] primin miktarının değişmesi noktasında sigorta ettirene sözleşmeyi fesih hakkı tanımıştır. O halde ayarlama klozu bir özel şart olarak -konu açısından- nitelendirilemez. Ayrıca ayarlama klozunun tek taraflı bir yeni şartlara uyarlama yetkisi olduğu düşünülecek olursa[197] ortak taraf iradesi kıstası da eksik kalmaktadır. Nitekim tüketicinin taraf olduğu sigorta sözleşmelerinde de ayarlama klozuna yer verilmesi mümkün değildir[198]. Bu noktada doktrindeki her iki görüşe de katılamamaktayız; çünkü prim ve primin değişikliğine bağıtlanan yetkinin tarafların hakları kapsamında sigorta sözleşmesinin unsurları içerisinde bir değerlendirilmeye tabi tutulması icap eder.

d. Münich Re Klozları

Sigorta şirketleri özellik (named perily) ya da genellik (allrisk) ilkesine göre teminat vermektedir. Bu bağlamda özellikle inşaat sigortalarında bütün riskler sigortası uygulamasına rastlanmakta ve bu kayıt ile teminat kapsamı üzerinde her iki şekilde değiştirme yapma olanağı elde edilmektedir[199]. Gerçekten de Karayalçın'ın haklı olarak dile getirdiği üzere, bütün riskler sigortası genellik ilkesinin kabul edildiği sigorta poliçelerini işaret etmektedir[200]. Nitekim İnşaat Sigortası Genel Şartları (İSGŞ-Bütün Riskler)[201]'nın A.1. maddesine göre; "*Bu sigorta, konusunu teşkil eden değerlerin teminat müd-*

---

194 ÜNAN, *Cilt I*, s. 132.

195 MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 13.

196 Sağlık sigortalarında ayarlama klozunun ne şekilde anlaşıldığı ve bu kapsamda değerlendirilebilecek hususları için bkz. MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, dipnot 13, s. 13.

197 TÜZEMEN ATİK/YOLAL, s.24.

198 TÜZEMEN ATİK/YOLAL, s.25. Ayrıca bkz. TKHK m. 4/2 hükmü.

199 AYLİ Ali, **İnşaat Bütün Riskler Sigortasında Riziko**, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 34; KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 217

200 KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 218. Genellik ilkesinin yalnızca rizikoyu doğuran sebeplerle ilgili olduğu hususunda bkz. AYLİ, *İnşaat*, s. 34 ve 35.

201 Bkz. https://tsb.org.tr/media/attachments/Insaat_Sigortas%C4%B1_Genel_Sartlar%C4%B1.pdf

deti içinde, inşaat sahasında bulunduğu sırada, inşaat süresinde bu poliçede gösterilen istisnalar dışında kalan, önceden bilinmeyen ve ani bir sebeple herhangi bir ziya ve hasara uğraması halini temin eder." O halde sigorta teminatı kapsamına girilmesi istenilmeyen bir husus var idiyse bunun açıkça poliçede gösterilmesi gerekliliğinden bahsedilir[202].

İnşaat sigortasının konusunu, ilk başta fiziki bir varlığa sahip olmayan ancak zaman geçtikçe değeri artan bir yapının inşasında ve sigortalı değerlerde teminat kapsamındaki beklenmedik rizikolar sebebiyle meydana gelebilecek zayi ve hasarlar oluşturur[203]. Her ne kadar Münich Re klozları[204] (MRe) resmi olarak kabul edilmese de sigorta şirketleri tarafından inşaat bütün riskler sigortasında kullanıldığına şahit olunmaktadır[205]. Bu noktada inşaat bütün riskler sigorta poliçesine sonradan eklenen MRe klozlarının hukuki niteliği tartışmalı olduğunu dile getiren *Ayli*'ye göre[206]; bu klozlar genel şart niteliğindedir[207]. Zira bunlar, aynı daldaki poliçelere taraflarca görüşülüp müzakere edilmeksizin eklenen ve önceden tayin edilen şartlardır. Bu konuda bu şartların Bakanlıkça onaylanıp onaylanmamasının önemi yoktur. Bu konudaki kanaatimizi belirtmeden önce deprem sigortası özelinde bir değerlendirme yapma yolunu tercih ediyoruz.

Genellik ilkesinin hâkim olduğu inşaat bütün riskler sigortasında bir istisna klozu olmadığı sürece deprem rizikosuna karşı da koruma sağlanmış olmaktadır[208]. Nitekim bu sigorta poliçesiyle tüm ana rizikoların tek bir poliçeyle teminat altına alınması imkanıyla önemli prim avantajı elde edilmektedir[209]. Zaten bütün riskler ile sebebinden bağımsız olarak her türlü arızî

---

202 İSGŞ A.3'te ek sözleşme ile teminat kapsamına dahil edilebilecek kıymetler ve haller düzenlenmişken A. 4'te teminat dışında kalan kıymetler ve haller hüküm altına alınmıştır.

203 AYLİ, *İnşaat*, s. 36.

204 İnşaat Sigortaları Poliçeleri Özel Şartları (Münich Re Klozları) için bkz. AYLİ, *İnşaat*, s. 329 vd.; https://www.candenizekspertiz.com.tr/wp-content/uploads/sigorta/munich-re.pdf İnşaat sigortası branşında kendisine yer edinmiş Münchener Rückversicherung Gesellschaft AG (Münich Reasürans Şirketi) fiyat ve genel şartlar konusunda bir referans haline geldiği hususunda bkz. AYLİ, *İnşaat,* s. 28.

205 Bunun sebepleri için ayrıca bkz. AYLİ, *İnşaat,* s. 99.

206 Yazarın poliçe genel şartlarının genel işlem şartı saydığından hareketle genel şart ile genel işlem şartı arasında ayrım yapmadığını söyleyebiliriz. Bkz. AYLİ, *İnşaat,* s. 100.

207 İŞGŞ m. C.11 gereğince; MRe klozlarının geçersiz sayılmaması gerektiği yönünde bkz. AYLİ, *İnşaat*, s. 99-100.

208 AYLİ, *İnşaat*, s. 98 ve 99.

209 TOPSOY Fevzi, "İnşaat Sigortası Teminatının Kapsamı", **TBB Dergisi**, 134 (30), Ankara, 2018, s. 532.

hasarlar teminat altına alınmaktadır[210]. Bununla birlikte İSGŞ A. 4/h bendindeki; "*Plan, proje veya hesap hatasından dolayı sigortalı mallarda meydana gelecek fiziksel ziya ve hasarlar*" teminat dışında bırakılmıştır[211]. Burada karşımıza iki seçenek çıkmaktadır.

aa. Deprem Sigortasına İlişkin Klozlar (MRe Kloz 008)

Birinci seçenekte MRe Kloz 008 (Deprem Bölgesindeki Yapılarla İlgili Yüklenim Garanti Klozu) gereğince[212]; "*Bu kloz ile, poliçe şartlarında ve ekli zeyil namelerde yer alan diğer hükümler aynen saklı kalmak şartıyla*[213], *deprem nedeniyle sigortalı değerlerde oluşacak kayıp ve zararların, sigortalı yapılara ait proje, malzeme ve işçiliğin, yerel resmi düzenlemelerin deprem için öngördüğü şart ve standartlara uygun olarak yapıldığının ve hesaplamalarda aynı kod ve standartların uygulandığını, sigorta ettiren tarafından önceden taahhüt ve ispat edilmesi koşuluyla tazmin edileceği, taraflarca kararlaştırılmıştır."* Dikkat edilecek olursa, teminat dışında bırakılmaya ilişkin hükmün detaylandırılarak teminatın kapsamının genişletildiği MRe Kloz 008'in özel şart mahiyetinde olduğunu söylemek gerekir. Zira genel şartların tamamlayıcısı olarak MRe Kloz 008'in konu açısından rizikomenfaat ikilisine gönderme yaptığını ve ayrıca taraflarca bunun kararlaştırılmasının taraf iradesi kıstasına yollama yaptığını kabul edebiliriz. Burada istisna klozu olmadan sigortacıya ait olan ispat külfetinin sigortalıya yüklendiği ifade edilmektedir[214]. Aslında bu kloz ile ifade edilmek istenilen, sigorta tazminatının ödenmesinin belirli hususların ispatına bağlanmasının arkasında yatan klozda öngörülmüş yükümlülüklerin öncelikle yerine getirilmesidir.

---

[210] KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 217; AYLİ, s. 98.

[211] Bu hükümdeki '*plan, proje ve hesap hatası'* ifadesini, inşaat bilim ve teknik kuralları ile yapıların dayanıklılığına ilişkin yürürlükteki mevzuat hükümlerini n bütününü içerek şekilde geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. AYLİ, *İnşaat*, s. 100.

[212] Bu klozun geçerliliği açısından deprem bölgesi kavramının kullanılmasının yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü AFAD'a göre; "*En son 1996 yılında yürürlüğe giren Türkiye Deprem Bölgeleri Haritası, AFAD Deprem Dairesi Başkanlığı tarafından yenilenmiş, 18 Mart 2018 tarih ve 30364 sayılı (mükerrer) Resmi Gazete' de yayımlanmıştır.* ***Yeni harita 1 Ocak 2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir.*** *Yeni harita en güncel deprem kaynak parametreleri, deprem katalogları ve yeni nesil matematiksel modeller dikkate alınarak çok daha fazla ve ayrıntılı veriyle hazırlanmıştır. Yeni haritada, bir önceki haritadan farklı olarak deprem bölgeleri yerine* ***en büyük yer ivmesi değerleri*** *gösterilmiş ve "deprem bölgesi" kavramı ortadan kaldırılmıştır.*" Bkz. https://deprem.afad.gov.tr/deprem-tehlike-haritasi

[213] Altı çizili bu ifadenin sigorta özel şartlarının sigorta poliçesinin asgari içeriğine etki edemeyeceğine işaret ettiğini söyleyebiliriz.

[214] AYLİ, *İnşaat,* s. 101; TOPSOY, s. 534.

Diğer bir deyişle, bu klozda rizikoyu tetikleyebilecek olgulara dair yapma yükümlülüğünün gereği yerine getirilmesi şartı özel şart olmaya engel teşkil etmez. Aynı şekilde MRe klozlarının ortaya çıkış şeklinin de onun yanlış bir şekilde genel şart olarak nitelendirilmesine izin verilmemelidir. Zira bu klozun öngörülmesi müzakere sonucunda gerçekleşecek olup, istenilirse tek başına deprem sigortası yaptırılması yoluna da başvurulabilir.

bb. Deprem Sigortasına İlişkin Klozlar (MRe Kloz 009)

İkinci seçenekte ise MRe Kloz 009 (Deprem Teminatında Maddi ve Sorumluluk Hasarları İstisna Klozu) gereğince; "*Bu kloz ile, poliçe şartlarında ve ekli zeyilnamelerde yer alan diğer hükümler aynen saklı kalmak şartıyla, depremin dolaylı veya dolaysız olarak yol açtığı maddi kayıp ve hasarlar ile sorumluluk hasarlarından sigortacı sorumlu olmayacaktır*." Bu kloz ile bir nev'i muafiyet hali öngörülmüştür[215]. Diğer bir deyişle, deprem rizikosundan doğan herhangi bir zarar sigorta teminatının kapsamı dışına çıkarılmıştır[216]. Birinci seçeneğin aksine taraf iradeleriyle rizikonun kapsamı daraltılarak teminatta değişikliğe gidilmiştir. Bu yüzden MRe Kloz 009'un da özel şart niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Bu klozun özel şart olarak nitelendirmesini yaparken İSGŞ A. 4/h,ı,i bentlerindeki durumlarında da ayrıca gözetilmesi gerekir. Zira depremin doğrudan yıkım etkisinin yanı sıra depremin tetiklediği etmenlerin de (zaten sigorta teminatı dışında bırakılan hallerin) sigorta teminatı kapsamından çıkarılması yinelenmektedir. Bu yineleme müzakere edilmemiş genel şartların taraf iradeleriyle ana rizikoya bağlı ortaya çıkacak sonuçların da -ortaya çıkabilecek tartışmaları önüne geçecek şekilde- özel şart olarak teminat dışında bırakılmasını sağlayacaktır.

MRe klozlarıyla ilgili olarak *Topsoy*'a göre[217]; *"... poliçede MR Klozlarına açık atıf yapılmaması durumunda deprem rizikosu, herhangi bir özel istisna olmaksızın, inşaat sigortası teminatına dahildir. MR Klozlarına atıf yapılması durumunda ise deprem rizikosu; tamamıyla sigorta teminatının kapsamı dışında tutulabileceği gibi (MR Kloz 009), deprem bölgelerinde özel koşula da bağlanabilir (MR Kloz 008).*" Oysaki MRe klozuna yapılan yollamanın ya da atfın örtülü irade açıklaması bağlamında incelenmesi gerekir. Diğer bir deyişle, TBK m. 1/2 hükmü uyarınca, irade açıklamasının örtülü olması durumunda TBK m. 6 ile gösterilen haller dışında susma kabul anlamına gelmediğinden

---

[215] AYLİ, *İnşaat*, s. 101.

[216] TOPSOY, s. 534.

[217] TOPSOY, s. 534-535.

genel şartlara yapılan yollamanın ya da atfın hüküm ve sonuç doğurması sigorta ettirenin tüketici ya da tacir olmasına göre farklılık arz eder. Zira Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da genel işlem şartlarına örtülü yollama imkanının kural olarak reddedildiği ve bunun güven ilkesi çerçevesinde çözüme kavuşturulmasından bahsedilmektedir[218]. Bu durumda sigorta sözleşmesinin karşı tarafı tüketici olduğunda somut olayın özelliklerinden tüketicinin bu genel şartlardan haberdar olması dışında dürüstlük kuralına göre bunların sözleşmeye alınmasını istemiyorsa sessiz kalmamak suretiyle itiraz etmesinin ondan beklenebilmesi gerekli ise de bu çoğunlukla gerçekleşmeyecektir. Bu yüzden genel şartlara yapılan yollamanın ya da atfın tereddüt halinde reddedildiği şeklinde anlamlandırılması doğru olur. Bununla birlikte MRe klozunda olduğu gibi özel şartlara yapılan yollamalarda ise işin doğası gereği tam kabulün varlığı aranacağından hiç şüphesiz ki genel şartlar için söylenilenler evleviyetle geçerlidir. Diğer taraftan sigorta sözleşmesinin karşı tarafı tacir olduğunda artık basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü (TTK m. 18/2) devreye girecek ve uygulanagelen bu klozların ticari örf ve âdet olarak nitelendirilerek bir uyuşmazlık ortaya çıktığında hem genel hükümlerden önce uygulanması (TTK m. 1451 ile 1/2 ve 2/1'nin birlikte değerlendirilmesinden hareketle) hem de TTK m. 2/3 hükmü uyarınca mutlak biçimde geçerliliği söz konusu olacaktır.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, sigorta sözleşmelerinde söz konusu klozlara yapılan yollamalar allrisk niteliğindeki sigortalarda yani genellik ilkesinin kabul edildiği durumlarda rizikonun belirliliği açısından ayrı bir önem kazanmaktadır. Bu yüzden bu yöntemin tercih edilmemesi takdire şayan olacaktır düşüncesindeyiz.

e. Enstitü Klozları

Tarafların sigorta sözleşmelerinde o alanda ihtisas yapmış özel veya resmi kuruluşlarca tespit etmiş olduğu standart kurallardan faydalanması mümkündür[219]. Londra Sigortacılar Enstitüsü tarafından hazırlanmış 01.01.1982 tarihli Enstitü Yük Klozları buna örnek teşkil eder[220]. Bu bağ-

---

[218] Tasarı dönemi için bu yöndeki görüş için bkz. HAVUTÇU, s. 119-120. Güven ilkesi çerçevesindeki çözümün özellikle tüketiciler açısından TTK m. 2/3 ile uyumluluk arz ettiğini düşünmekteyiz.

[219] KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 205.

[220] KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 205; ÇUHACI Kemal Y., "İngiliz Enstitü Yük Klozları", **Reasürör Dergisi**, Sayı 16, İstanbul, 1994, s. 9.

lamda 6762 sayılı TTK döneminde Emtia Nakliyat Sigortası Genel Şartları'nın 28. maddesi uyarınca; "*Hususi şartlar umumi şartlara tekaddüm eder.*" ifadesinden hareketle sigorta poliçesine özel şart olarak eklenip kullanılabilmektedir[221]. Nitekim günümüzde de TTK m. 1425/3 hükmü bağlamında -birtakım farklılıklar dışında- bu klozların kullanılması mümkündür. Tekrardan kaçınmak adına kısacası *Karayalçın*'a göre Enstitü kuralları özel şart, Bakanlık kuralları ise genel şart mahiyetindedir[222]. Bunun yanısıra Tekne Sigortası Genel Şartları (TSGS) bağlamında konuyu ele alan *Yazıcıoğlu* ise haklı olarak şu tespitte bulunmuştur[223]: "*Geniş anlamda özel şart kavramı, sigorta genel şartları gibi önceden hazırlanmış, genel ve soyut sözleşme koşullarını kapsar. Sigorta genel şartlarından farklı olarak ön denetim ve tasdike tâbi olmayan bu tür koşullar, özel şart olarak adlandırılmasına rağmen, genel işlem şartı niteliğinde* ***olabilir****. Enstitü Tekne Klozları gibi önceden hazırlanmış sözleşme koşulları,* ***bir sigorta sözleşmesinin taraflarınca sözleşme hükmü olarak kabul edildiği takdirde****, artık o sözleşme bakımından (genel şartlar dışındaki sözleşme koşulu olması sebebiyle) özel şart olarak adlandırılır.*" Bu noktada söz konusu klozların genel şarta istinaden ortaya çıkmasından (TPGŞ m. A.3)[224] ve taraf iradesiyle getirilmesinden ötürü[225] kanaatimiz bu klozların özel şart olmasını gerektirir. Burada

---

[221] Nakliyat Yük Sigortasında bağlamında Enstitü Yük Klozları'nın A, B ve C takımlarının oluşturan klozların karşılaştırmalı olarak içerikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇUHACI, s. 9 vd.

[222] KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 213. Ayrıca Enstitü bütün riskler klozunun Türk nakliyat sigorta poliçelerinin genel şartlarındaki ilke hükmü ve istisnaları arasında önemli farklar olduğu hususunda bkz. KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 223.

[223] YAZICIOĞLU Emine, **Tekne Sigortası Sözleşmesi**, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 48. Söz konusu özel şartların aynı zamanda genel işlem şartı olduğu yönündeki görüş için de bkz. ERBAŞ AÇIKEL, s. 55. Oysaki bu son görüşün eleştiriye açık olduğunu sigortacının sözleşme hükümlerini dayatıyor mu yoksa müzakere imkanı var olmakla birlikte farklı şartlarda teminat mı vermek istiyor sorusunun cevaplandırılarak tekne sigortasında özel şart olarak İngiliz Enstitü klozlarının niteliğinin ortaya konulması gerekliliği ile gösteren değerli bir görüş için bkz. YEŞİLOVA ARAS, s. 457-458. Yazarın bu görüşü dile getirmesine rağmen tekne sigortasındaki Enstitü klozlarını genel işlem şartı niteliğinde özel şart olarak nitelendirdiğini söyleyebiliriz. Bkz.YEŞİLOVA ARAS, s. 466.

[224] "*Bu sigorta, rizikonun gerçekleşmesi sonucu gemi veya diğer deniz ve göl araçlarının yahut bunlara ilişkin diğer menfaatlerin uğrayacağı ziya ve hasarı, ayrıca teminata dahil edilmişse sorumluluk tazminatını yahut bunlarla ilgili masrafları kapsar. Ziya veya hasar yahut sorumluluk tazminat ile bunlara ilişkin masrafların kapsam ve içeriği,* ***teminata dahil ve istisna edilen rizikolar****, bu poliçeye eklenen özel şartlarla belirlenir.*" Bu hükmün TTK m. 1409 hükmüyle uyumlu olduğu yönünde bkz. ERBAL AÇIKEL, s. 53. Ayrıca belirtmek gerekir ki; TPGŞ C.2/4'ün prime ilişkin bir düzenleme getirmesi sebebiyle konu açısından özel şart olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmemiz gerekir.

[225] Burada aydınlatma yükümlülüğün önemine işaret eden görüş için bkz. ERBAŞ AÇIKEL, s. 54.

tereddüde düşülecek husus, söz konusu klozun standart kural olması ve tek başına genel şart olarak varlık göstermesidir[226]. Ancak burada önemli olan, eş değer iki düzlemdeki norm (TPGŞ ile Enstitü klozları[227]) arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi tartışması değil, teminat kapsamında olumlu[228] ya da olumsuz[229] mahiyette bir değişikliğe gidilerek özel şart olarak taraflarca öngörülebilmeleridir. Bu yüzden Enstitü klozlarının tek başına standart kural olmasının bir önemi yoktur[230]. Ayrıca TPGŞ'e ek olarak getirilen ITCH 83, ITCH 95 ya da IHC 02'de teminat kapsamında olan rizikolar gösterilerek, teminat kapsamında olduğu ayrıca belirtilmeyen bir rizikonun sigorta himayesinden bahsedilemez[231]. Bu noktada Enstitü klozları hükümlerinin aslında hangi rizikoları teminat kapsamı dışında bıraktığı hususuna açıklık kazandırmasının[232] özel şart olarak nitelendirmeye engel teşkil etmeyeceğini söylemek gerekir. Çünkü sigorta özel şartlarının, genel şartlar ile oluşturulan

---

[226] Gerçekten de söz gelimi İngiliz tekne şartları belirli bir sigorta ilişkisi dikkate alınmaksızın önceden hazırlanmış, genel ve soyut nitelikte sözleşme şartlarıdır. Bkz. YAZICIOĞLU, *Tekne Sigortası*, s. 49.

[227] Tekne sigortalarında özel şart olarak sözleşmeye dahil edilebilecek mevcut Enstitü Tekne Klozları şunlardır: Geniş kapsamlı teminat için 'Institute Time Clauses Hulls (1.10.1983)' veya 'Institute Time Clauses Hulls (1.11.1995)' ya da 'International Hull Clauses (1.11.2002)'. Daha fazla örnek için bkz. YAZICIOĞLU, *Tekne Sigortası*, s. 49-50.

[228] Tekne sigortasında savaş ve savaş benzeri haller, kural olarak teminat dışında bırakılan rizikolardan olsa da riskli bölgelere sefer yapacak gemiler için bölgelere göre değişiklik arz eden ve gün başına tayin edilen savaş primi karşılığında 'Enstitü Zaman üzerine Tekne Sigortası İçin Savaş ve Grev Şartları, 1. 10.1983' ile savaş ve benzeri rizikolara karşı teminat alınabileceği hususunda bkz. YAZICIOĞLU, *Tekne Sigortası*, s. 158.

[229] Institute Radioactive Contamination, Chemical, Biological, Bio-Chemical and Electromagnetic Weapons Exclusion Clause 10/11/2003'ün yer aldığı bir sigorta sözleşmesinde savaş rizikosu Enstitü Savaş klozu ile kapsam altına alınmış olsa dahi savaş esnasında kimyasal silah ile yapılan saldırı sonucu ortaya çıkan zarardan sigortacının sorumlu tutulamayacağı hususunda bkz. ERBAŞ AÇIKEL, s. 54.

[230] Bu konudaki görüşümüzün tutarlığı *Atamer*'in genel işlem şartları konusundaki şu ifadeleriyle gösterilebilir: "*İki tarafın da üçüncü bir kurum/kuruluş tarafından hazırlanmış genel işlem şartlarının kullanılması konusunda anlaşması haline artık bu anlaşma ile ilgili şartların GİŞ niteliğini yitirip taraflar arasında bireysel anlaşma konumuna geldiğini, dolayısıyla bu tür sözleşmelere ilişkin deneti mekanizmalarına tabi olduğunu kabul etmek gerekir. Özellikle tacirler arasında bu duruma sıklıkla rastlanmaktadır.*" Bkz. ATAMER, *GİŞ*, s. 69-70. Gerçekten de işin özelliğine uygun olarak tarafların dilerlerse müzakere ederek kararlaştıracakları özel şartları kullanabilmesi mümkün olduğu gibi sigortacıların önceden müzakere etmeden hazırlayacakları sair genel işlem şartlarını özel şart olarak tercih edebilecekleri hususunda bkz. YEŞİLOVA ARAS, S. 456.

[231] Bu klozlar için bkz. YAZICIOĞLU, *Tekne Sigortası*, s. 146 ve 301 vd.

[232] YAZICIOĞLU, *Tekne Sigortası*, s. 146. Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Y. 11.HD., 03.10.2018, E. 2017/94, K. 2018/5978; Y. 11. HD., 07.03.2018, E. 2016/8073, K. 2018/1728 (www.karararama.yargitay.gov.tr., E.T. 10.04.2022)

genel ve soyut düzenin somut sigorta ilişkisinde açıklığa kavuşturma işlevi de söz konusudur.

f. Yargı Kararları Üzerinden Örnekler

Sigorta özel şartlarına Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar ışığında örnek vermeye çalışacağız. Bu bağlamda sigorta özel şartlarına ilişkin getirmiş olduğumuz konu sınırlandırması da somutlaştırılmış olacaktır. Böylelikle sigorta teminatının kapsamı ve içeriğinin sigorta özel şartlarıyla belirlendiğini de görebiliriz[233].

Örneğin[234]; **BAM bir kararında**[235]; sigorta poliçesi özel şartlarıyla kasko sigortası genel şartlarındaki teminat kapsamının genişletilebileceğini; ancak sigorta tazminatının ödenebilmesi için özel şartlarda aranılan hususların sigorta ettiren tarafından ayrıca ispatlanması gerektiğine hükmedilmiştir.

Yargıtay'ın birinci kararında ise[236]; sigorta poliçesi özel şartlarının varlığının kabulü için rizikonun sınırları açıkça tayin edilerek belirli hale

---

233 Bu bağlamda özel şartların, kimi zaman sigorta priminin artmasına kimi zaman da sigorta primlerinde indirim yapılmasını sonucunu doğuracağı yönündeki görüş için bkz. KUBİLAY, s. 51; KAYIHAN, *Prim*, s.39.

234 Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarına numaralandırarak işaret edeceğiz.

235 "*... Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.4.11. maddesi gereğince, araç anahtarının ek sözleşmede belirtilen haller sonucunda ele geçirilmesi suretiyle aracın çalınması ve çalınmaya teşebbüsü sonucu meydana gelecek ziya ve hasarlar teminat haricidir. Taraflar arasında düzenlenen 14/07/2015 tarihli genişletilmiş kasko sigorta poliçesi özel şartlarına göre ise; sigortalı araç anahtarının gasp sonucunda ele geçirilmesi, araç anahtarlarının sigortalının veya aracı kullanımına tahsis ettiği kişinin kendi ev veya işyeri niteliğindeki kapalı veya kilitli bir mekanda muhafazası esnasında, bu mekana; kırma, delme, yıkma, devirme, zorlama, öldürme, yaralama, zor ve şiddet kullanarak veya tehditle yada araç gereç veya bedeni çeviklik sayesinde tırmanmak suretiyle ele geçirilerek aracın çalınması veya çalınmaya teşebbüs edilmesi, teminat kapsamındadır... Dava, davalı sigorta şirketince kasko sigortası ile sigortalanan aracın çalınması sebebiyle tazminat talebine dair bulunmaktadır. Davacı evine zorla girildiğine, kendisine karşı zor kullanıldığına dair bir iddiada bulunmamakta, anahtarın hırsızlık sonucu çalınmış olabileceğini belirtmekte, hırsızlığın ne şekilde olabileceğine dair bir beyanda bulunmamaktadır. Bu itibarla aracın anahtarla çalınmış olması karşısında, çalınma olayının Kasko Sigortası Genel Şartları ve taraflar arasında düzenlenen poliçede belirtilen özel şartlar kapsamında teminat dahilinde olduğu hususu davacı tarafından ispat edilemediğinden davacının talebinin reddine karar verilmesinde usul ve yasaya aykırılık bulunmamaktadır..." Bkz.* İBAM, E. 2017/884, K. 2018/658, T. 21.6.2018 (www.kazancı.com.tr. E.T. 27.11.2021)

236 *"... mevcut sigorta poliçesi incelendiğinde, hortumun teminat kapsamına dahil olduğu, ayrıca poliçenin son sayfasında fırtına ve hortum hasarına dair kloz bulunduğu anlaşılmıştır. Buna göre, yağmur, kar, dolu ile beraber olsun olmasın münhasıran fırtına (10mt. yükseklikte 62 km/saatten daha yüksek hızla esen rüzgarlar) veya fırtına sırasında rüzgarın sürüklediği ve attığı şeylerin çarpması ve hortum etkisiyle sigortalı serada ve içindeki üründe doğrudan*

getirilmesi ve bu konuda sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü mevzuata uygun şekilde yerine getirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Yargıtay'ın ikinci kararında ise[237]; sigorta poliçesi özel şartlarıyla hırsızlık sigortasında korumanın hırsızlığın yapılış şekline göre tayin edilebileceği ve bu şekilde sigorta ettiren için öngörülen yükümlülüklerin sigorta sözleşmesinde özel şart olarak getirilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Yargıtay'ın üçüncü kararında ise[238]; İnşaat All Risk Sigortaları Genel Şartları'nın sağladığı korumanın kapsamının sigorta poliçe özel şartlarıyla değiştirilebileceği ve buna göre bir sonuca varılması gerektiği kabul edilmiştir.

Yargıtay'ın dördüncü kararında ise[239]; sigorta poliçesi özel şartlarıyla rizikonun meydana geleceği yerin sınırlandırılabileceği ve sigorta teminatının kapsamının tayin edileceğine hükmedilmiştir.

---

meydana gelecek zararlar teminat kapsamına alınmıştır. Meteoroloji verilerine göre ise, 12.12.2013 tarihinde bölgede ölçülen ... rüzgâr hızının 12.7 m/s olduğu, saniyedeki hızı 10.8-17.1 mt arasındaki rüzgarlar kuvvetli rüzgar, 17,2mt ve daha fazla olan rüzgarlar ise fırtına olarak değerlendirilmiştir. Mahkemece, poliçede yer alan fırtına ve hortum klozu incelenmemiştir. Oysa, bu klozun meteoroloji verileri ile birlikte değerlendirilerek hasara sebep olan rüzgârın kuvvetli rüzgâr mı fırtına mı olduğunun tespiti gereklidir. Ayrıca, poliçede ve genel şartlarda teminata dahil hasarlar ve teminat dışı hasarlar sayılmış, ancak fırtına ve kuvvetli rüzgâr hasarı açıkça iki başlık altında da yer almamıştır. Davacı, teminata dahil olan ve olmayan hasarlar konusundan sigortacı tarafından yeterince aydınlatılmadığını da ileri sürmektedir. ..."; *Bkz.* Y. 11. HD., E. 2016/5230, K. 2017/7423, T. 20.12.2017, (www.kazancı.com.tr., E.T.27.11.2021). Benzer yöndeki diğer bir kararı için bkz. Y. 11. HD., E. 2020/6400, K. 2021/3489, T. 8.4.2021, (www.kazancı.com.tr., E.T. 27.11.2021).

237 *"... poliçe özel şartlarına göre çalındığı iddia edilen malzemelerin kapalı ve kilitli mahallerde depolanması ve sahada 24 saatlik güvenlik ekibinin bulundurulması gerektiği, bu şartların yerine getirilmediği, ... davalı sigortalının poliçe özel şartlarında belirtildiği şekilde gerekli güvenlik önlemlerini almadığı, çalındığı iddia edilen malzemelerin kapalı ve kilitli mahallerde depolanmadığı, ayrıca dava dilekçesinde de hırsızlığın açıktan hırsızlık şeklinde gerçekleştiğinin belirtildiği..."* *Bkz.* Y. 11. HD., E. 2019/840, K. 2020/147, T. 8.1.2020, (www.kazancı.com.tr., E.T. 27.11.2021)

238 *."... poliçenin "Özel Şartlar" başlıklı bölümünde, İnşaat Tüm Riskler Sigorta Poliçesi teminatının işin geçici kabulü yapılıncaya kadar devam edeceğinin belirtildiği, İnşaat All Risk Sigortaları Genel Şartları'nın "Sigortanın Kapsamı Başlıklı A-1. maddesinin de, "Bu sigorta, konusunu teşkil eden değerlerin teminat müddeti içinde, inşaat sahasında bulunduğu sırada, inşaat süresinde bu poliçede gösterilen istisnalar dışında kalan, önceden bilinmeyen ve ani bir sebeple herhangi bir ziya ve hasara uğraması halini temin eder." hükmünü haiz olduğu, poliçenin özel şartlar başlıklı bölümünde yer alan hüküm ile genel şartlarının A-1. maddesi hükmü ve poliçede yer alan MR 106 klozu hükmü bir arada değerlendirildiğinde, ...*" Bkz. Y.11.HD., E. 2019/2349, K. 2020/1110, T. 10.2.2020, (www.kazancı.com.tr., E.T. 27.11.2021)

239 *."... Davalı ... vekili, İnşaat All Risks Sigortası Genel Şartlarının 1. maddesinde değerin inşaat sahasında bulunduğu sırada meydana gelen hasarların teminat altına alındığını, Poliçe Özel Şartlarının 3.1 bendinde de şantiye sahasında bulunan inşaat malzemelerinin temin edildiğinin düzen-*

Yargıtay'ın beşinci kararında ise[240]; sigorta poliçesi özel şartlarında konu kıstası açısından teminat kapsamı belirlenirken sorumluluğun çarpma olgusuna bağlandığı, çarpışma olgusunu kapsamadığı kabul edildiğinden rizikoya sebebiyet veren olgunun tespitinin doğru yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Yargıtay'ın altıncı kararında ise[241]; sigorta poliçesi özel şartlarında yoruma muhtaç kavramların dar yorumlanması gerektiği, ek ya da yan unsurların sözleşenlerin ortak ve gerçek iradelerinden anlaşılamıyorsa yorumda dikkate alınmaması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Yargıtay'ın yedinci kararında ise[242]; sigorta tazminatının ödenebilmesi için zararın doğmasının yanı sıra sigorta poliçesi özel şartlarından aranılan

---

lendiğini, şantiye sahasının dışında iken hasar gören makinenin teminat kapsamı dışında kaldığını ... sigortalı kompresörün şantiye/ inşaat sahası içinde bulunup bu alanda hasarlandığı kabul edilemeyeceğinden davanın davalı ... yönünden de reddi gerekirken..."; Bkz. Y. 11. HD., E. 2019/4760, K. 2021/4460, T. 25.5.2021, (www.kazancı.com.tr., E.T. 27.11.2021)

240 *"... Dava, nakliyat sigorta poliçesinden kaynaklanan hasar bedelinin davalıdan tahsili istemine ilişkin olup davalı, hasarın teminat dışında olduğunu savunmuştur. Davalı ... şirketince tanzim edilen poliçenin özel şartlarında sorumluluğu sınırlandıran kamyon klozu bulunmakta olup; "Yükleme, aktarma ve boşaltmaya atfedilebilecek rizikolar" teminat dışı bırakılmış ve ayrıca "... kamyon ve treylerin devrilmesi, yanması ve çarpması neticesinde taşınan malın uğrayacağı ziya ve hasarları muafiyetsiz temin eder" ibaresine yer verilerek poliçedeki teminat kapsamı kararlaştırılmıştır. Somut olayda hasar, iki kat yüklü olan ve yüksekliği 3.60 cm olan taşıyıcı aracındaki yükün 3.50 cm yüksekliğindeki üst geçide çarpması sonucu meydana gelmiş olup, bu husus uyuşmazlık konusu değildir. Bu durumda, poliçe özel şartlarında çarpışma rizikosu teminat içinde ise de çarpma rizikosu teminata dahil edilmediği gibi yükleme, aktarma ve boşaltmaya atfedilebilecek rizikolarda teminat dışı bırakıldığından davanın kabulüyle aracın fazla yüklenmesi nedeniyle oluşan hasarın tahsiline karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir."; Bkz.* Y. 11. HD., E. 2020/255, K. 2020/3922, T. 7.10.2020, (www.kazancı.com.tr., E.T. 27.11.2021)

241 *"Dava, kredi sigorta poliçesine dayalı tazminat istemine vaki icra takibine yönelik itirazın iptali istemine ilişkindir. ... poliçe özel şartlarından ifade edilen "azami faturalandırma dönemi"nin faturanın düzenlenebileceği en son tarihi ifade ettiği bu sebeple sevk tarihinden önce fatura düzenlenmesinin veya faturanın yabancı dilde düzenlenmemiş olmasının da zararın teminat kapsamının dışında kaldığı şeklinde yorumlanamayacağına..."; Bkz.*Y. 11.HD., E. 2020/265, K. 2021/5392, 28.6.2021, (www.kazancı.com.tr., E.T. 27.11.2021)

242 *"... İtiraz hakem heyetince talebin kısmen kabulüne karar verilmişse de davacı sigortalının, talep ettiği tutara ilişkin bir zararının henüz doğmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, sigorta tazminatının taşıyıcıya ödenebilmesi için poliçe özel şartlarının 8. maddesiyle aranılan şartların gerçekleşip gerçekleşmediği de dosya kapsamı itibariyle belirsizdir. Zira poliçede mal sahibinin imzası bulunmadığı gibi mal sahibinin tazminatın taşıyıcıya ödenmesine ilişkin bir muvafakatine veya davacı tarafından mal sahibine tazminat ödendiğine ilişkin bir faturaya da rastlanılmamıştır. İtiraz hakem heyetince, davacıdan belirtilen hususlara ilişkin delilleri sorulup, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle ve davacının sebepsiz zenginleşmesine sebep olabilecek şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir." Bkz.* Y. 11. HD., E. 2020/421, K. 2020/3799, T. 5.10.2020, (www.kazancı.com.tr., E.T. 27.11.2021)

hususların da gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır ki, uyuşmazlığın taraflarından birisinin sebepsiz zenginleşmesine yol açılmasına izin verilmemesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Yargıtay'ın sekizinci kararı çerçevesinde ise[243]; sigorta poliçesi özel şartları bağlamında sigorta teminatının kapsamı çizilebilmekte ve bu şekilde rizikonun meydana geleceği zaman dilimi bakımından sigorta ilişkisi ferdileştirilebilmektedir.

Yargıtay'ın dokuzuncu kararı bağlamında ise[244]; rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigorta ettiren açısından bir yükümlülük öngörülüp öngörülmemesi de sigorta poliçesi özel şartları açısından konu kıstası olarak karşımıza çıkabilir. Zira bu durumda bir yükümlülük öngörülmüşse bunun yerine getirilip getirilmemesi rizikonun varlığını ve buna bağlı tazminatın miktarını doğrudan etkileyecek niteliktedir.

YHGK'nin vermiş olduğu bir kararda ise[245], inşaat all risks sigorta poliçesine ek olarak MRe 004 Genişletilmiş Bakım (12 ay) Klozunun taraflar arasında kararlaştırılması ile bakım devresi sırasında meydana gelen sel ile oluşan hasarın sigortacıdan tazmin edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Oysaki karşı oy yazısında da haklı olarak belirtildiği üzere; "*... inşaat süresi içinde meydana gelip de sonuçları bakım devresi içinde ortaya çıkan kayıp ve zararlar" sigorta teminatına dahil edildiğini, somut olay yönünden de sel rizikosunun, anılan hüküm uyarınca teminat kapsamında kalması için 14.12.2006 tarihinden önce meydana gelmesi, ancak sonuçlarının yani zara-*

---

243 *"...* poliçe özel şartlarında da; "*Geçiçi/kısmi kabulü yapılan ve/veya kullanıma açılan kısımlar teminat haricidir."ifadesinin mevcut olduğu, yine hasarın poliçede öngörülmüş bakım devresi dışında gerçekleşmiş olduğu, neticeten poliçe genel ve özel şartları gereği fiilen işveren idare tarafından kullanılmakta iken araç çarpması ve aydınlanma direği dikme çalışmaları esnasında hasara uğrayan oto korkuluklar ile ilgili taleplerin poliçe teminatı dışında kaldığı gerekçesiyle, davacı vekilinin itirazının reddine karar verilmiştir..." Bkz.* Y. 11.HD., E. 2020/917, K. 2021/4208, T. 28.4.2021, (www.kazancı.com.tr., E.T. 27.11.2021)

244 "*... Davalının tanzim ettiği işyeri sigorta poliçesi, Yangın Sigortası Genel Şartları ile Hırsızlık Sigortası Genel Şartları'na tabi biçimde ve hırsızlık rizikosu bakımından poliçede ayrıca bir özel şart konulmaksızın düzenlenmiştir. Sigortanın, genel ve şartlar dahilinde hırsızlık rizikosu bakımından koruma sağladığı; özel sigorta genel şartlarında ve poliçenin şartlarında davacıya ait sigortalı bina için koruma önlemi olarak özel özel güvenlik görevlisi tahsis etme yönünde bir yükümlülük bulunmadığı; davacının ilk hırsızlık olayından sonra bina kapı, camları gibi giriş noktalarında gerekli tamirleri yaptırdığının dosya kapsamından anlaşıldığı dikkate alındığında, güvenlik görevlisi bulundurmama sebebiyle davacının %50 müterafik kusurlu olduğu gerekçesiyle tazminattan indirim yapılması da doğru görülmemiştir." Bkz.* Y. 17. HD., E. 2016/20491, K. 2019/9672, T. 21.10.2019, (www.kazancı.com.tr., E.T. 27.11.2021)

245 YHGK, 04.05.2016, E. 2014/716., K. 2016/572, www.kararararama.yargıtay.gov.tr.

rın, bakım devresi içinde ortaya çıkması gerektiğini belirtmiştir. Oysa, inşaat süresi içinde meydana gelen, ancak sonuçları bakım devresinde ortaya çıkan riziko ve hasar zaten, rizikonun inşaat süresi içinde gerçekleşmiş olması nedeniyle, sigorta teminatı kapsamındadır." Her ne kadar sel felaketi bakım devresi içerisinde meydana gelmiş olsa, hatta bir doğal afetten kaynaklanan ziya ve hasarların sorumluluğu müteahhide ait olduğu iddia edilebilirse de eksikliklerin giderilebilmesi faaliyetleriyle ilgili olmadığından bakım devresi teminatı dışında kalır[246]. Gerçekten de MRe 003 Klozu (Bakım Ziyaretleri Ek Teminatı) aslında esas inşaat süresi içi koruma sağlayan inşaat sigortasının bakım devresi için de teminat isteyen müteahhide ek prim ödemesi şartıyla sigortacıyla anlaşabilirse ek bir koruma sağlayacaktır. Görüleceği üzere MRe klozları ile tarafların anlaşması sonucunda inşaatın maddi süresine bağlı olarak ek bir koruma sağlanmaktadır. Bu da, özel şartların genel şartlara istinaden ortaya çıktığının bir kanıtıdır.

E. Sigorta Poliçesi Özel Şartı Olmaya Bağlanan Hüküm ve Sonuçlar

Sigorta özel şartları hukuki niteliği itibariyle bir genel işlem şartı değildir[247]. Bu yüzden TBK'de düzenlenen genel işlem şartlarına özgü yürürlük,

---

[246] AYLİ, *İnşaat*, s. 188.

[247] MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 134. Memiş'in görüşünün temelinde sigorta genel şartlarının idarenin düzenleyici işlemlerinden birisi olması yatmaktadır. Bu yüzden bu genel şartlara TBK'nin yürürlük denetimine ilişkin hükümleri uygulanmaz (s. 133). Alman hukukunda da ekseriyetle özel şartlar genel işlem şartı olarak kabul edilmemektedir. Bkz. ARMBRUSTER, PROLLS/MARTIN, *VVG*, Rn. 223. Kanaatimizce uygulamadaki özel şartların genel işlem şartı olarak nitelendirilmesine dair neredeyse oybirliğiyle kabul edilen görüşten (bu konuda toplu bir liste için bkz. ÇELİK PARTAL Elif Deniz, **Tekne Sigortalarında Teminatın Rizikolar Bakımından Kapsamı**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 34) ayrılmak gerekir. Bunun en önemli sebeplerinden birisi, sigorta sözleşmelerine özellikle denizcilik rizikoları bakımından yeknesak hükümlerin uygulanmasına yönelik sisteme hâkim tüm dünyada kullanılan ITCH (83) ya da ITCH (95) klozlarla gerçekleştirilmesidir. Bu uluslararası ticaretin bir gereksinimi olarak karşımıza çıkarken, sözleşmenin tarafı olan tacirlerin örneğin; ITCH (83) 6.1.2'de tek tek sigorta teminatı içerisinde sayılan hallerden biri olan yangın ve patlamanın savaş istisnası kapsamına giren bir olay sebebiyle gerçekleşmesi halinde teminat dışı kalacağını bilerek hareket etmesinde dahi TSGŞ'nin tamamlanması, hatta bir nev'i somutlaştırılmış hali olarak özel şartları karşımıza çıkartır. Buradaki klozların genel işlem şartı olduğunu söylemektense bunların bireysel sözleşme şartı olarak teker teker değerlendirilmesi gerekir. Aksi yaklaşım sigorta sözleşmesindeki rizikoya dair teminat hükümlerinin hepsinin genel işlem şartı olduğu gibi sorgulanması gereken bir sonuca bizi götürür. Bu noktada -bir an için doktrindeki görüş kabul edilecek olursa- tacirlerin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü karşısından TBK'nin genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerinin uygulanamaz oluşu, hatta TTK m. 1423/2 hükmünün TBK m. 21/1 hükmünü kapsaması gerçeğiyle çelişecek olması da ayrı bir hukuki çıkmazdır. Bu çelişkileri gidermek adına ister teoride ister uygulamada olsun genel şart/ özel şart ayrımı yapılmalı ve hukuki niteliği açısından bir ayrışmaya mutlaka gidilmelidir.

yorum ve içerik denetimine ilişkin kuralların özel şartlara uygulanması söz konusu değildir[248]. Bu bağlamda TBK m.21[249] ile TTK m. 1423 hükümleri arasında bir öncelik-sonralık ilişkisinin varlığını[250] da tartışmaya gerek yoktur. Nitekim TTK m. 1423 hükmünün uygulanması açısından sigorta genel şartı/özel şartı ayrımı yapılmamıştır[251]. O halde özel şartların bireysel bir anlaşma olarak konu sınırlandırması noktasında TTK m. 1404, 1408, 1422, 1423/2, 1425/3, 1439, 1452 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada boşluk bulunan hallerde TTK m. 1451 hükmünün göz önünde bulundurulması gerekir.

Sigorta özel şartları açısından tartışılan bir husus ayrıca dikkatimizi çekmiştir. Acaba sigorta özel şartları genel şartlara aykırı olabilirler mi? Doktrinde bir görüş, sigorta poliçesinde tasdik edilen genel şartların dışında taraflarca emredici hükümlere aykırı olmayacak şekilde özel şartların kararlaştırılabileceğini kabul etmektedir[252]. Bu noktada *Kender*, özel şartların genel şartların tamamlayıcısı olduğundan hareketle özel şartın genel şarta aykırı olup olamayacağı meselesinin tartışılmaması gerektiği kanaatindedir[253]. Benzer şekilde *Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz* de sigortalı aleyhine olsun olmasın sigorta özel şartları ile genel şartların değiştirilebileceğini; ancak tek sınırın TTK'nin emredici hükümleri olduğunu belirtmişlerdir[254]. *Yeşilova Aras* ise genel şartların sözleşme hükmü niteliğine vurgu yaparak emredici

---

248 Türk hukukunda benzer yönde bkz. KARA, *Genel Şartlar*, s. 160. Alman hukukunda benzer yönde bkz. RIXECKER, LANGHEID/RIXECKER, *VVG § 1*, Rn. 26.

249 "*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.*"

250 Genel işlem şartı saydığı özel şartların yürürlük denetiminin öngörüldüğü TBK m. 21'den muaf tutulması gerektiği yönündeki görüş için bkz. MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 144 ve 145.

251 MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 143.

252 Genel olarak bkz. KENDER, *Hususi Sigorta*, s. 182. Nitekim her uyuşmazlıkta özel şart genel şarttan öncelikli uygulanır. Bkz. ATAMER/ÜNAN, *GCC*, s. 73.

253 KENDER, *Sempozyum*, s. 52. Bununla birlikte eTTK m. 1266 hükmünü sigorta ettirenin zararına olarak değiştiren genel şart yerine kanun hükmü uygulanacaktır. Diğer bir deyişle, kanun hükmü ile sözleşme ile değiştirilen maddenin anlaşılması gerekir. Bkz. KENDER, *Sempozyum*, s. 54.

254 Sigorta sözleşmesinin onaylanmış genel şartlara uygun yapılmamasının sözleşmenin geçerliliğine etkisi yoktur. Bkz. YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 166. Aynı yöndeki görüş için bkz. ERBAŞ AÇIKEL, s. 51-52. Alman hukukundaki benzer yöndeki görüş için bkz. HOFFMANN, s. 13.

hükümlere aykırı olmayacağını; özel şartın ise emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla genel şarttan önce geleceğini kabul etmektedir[255]. Oysaki *Bahtiyar*, genel şartları değiştiren özel şartların geçerliliğini sigorta ettirenin lehine olması haline bağlamıştır[256]. Bununla birlikte denetim makamı tarafından onaylanmış genel şartların, her daim taraf iradelerinden üstün ve öncelikli sayılmaması gerekir[257]. Bu noktada *Bahtiyar*, genel şartı değiştiren özel şartın geçerli olabilmesi açısından genel şartın içerisinde bu yönde ve belirli kapsamda hüküm bulunmasına gerek olmadığı kanaatindedir[258]. Doktrinde hâkim olan ve uygulamada kanıksanmış görüş ise özel şartların genel şartlarla düzenlenmeyen ya da genel şartların tarafların karşılıklı mutabık kaldığı konularda kararlaştırılabileceği kanaatindedir[259]. *Atabek* bu görüşte olup, genel şartlarda tarafların karşılıklı anlaşmalarına terk edilen konular dışında özel şartın geçerli olamayacağı kanaatindedir[260]. Doktrinde bunların haricindeki bir görüş ise[261], kendine özgü bir yaklaşımla genel işlem şartı

---

[255] Aksi düşüncenin Müsteşarlığın sözleşme özgürlüğüne haksız müdahale olarak değerlendirileceği yönünde bkz. YEŞİLOVA ARAS, s. 464-465.

[256] BAHTİYAR, *Özel Koşullar*, s. 143. Aynı yöndeki görüş için bkz. ÖZDAMAR, *Aydınlatma*, s. 214-215; ADIGÜZEL, s.43. Atamer'de sunduğu Tebliğ'de aynı görüşe katılmakla birlikte ayrıca bazı genel şartlarda öngörülen kural göre özel şartların genel şartlara aykırı düşmemesi gerektiği çekincesini ileri sürmektedir. Bkz. ATAMER, *Tebliğ*, s. 120. Karayalçın'ın da, Bakanlıkça tasdik edilmiş genel şartlarda <*Hususi şartlar, umumi şartlara tekaddüm eder*> hükmü uyarınca; eTTK m. 1264/2-4 'te yazılı emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmemesi ve özel şartların sigorta ettiren zararına olmaması koşuluyla genel şartlara aykırı düzenleme yapılabileceği kanaatindedir. Bkz. KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 210-211. Biz bu görüşün yerinde olmadığını *Kender*'in Sempozyum'da bulunduğu tespit ile kanıtlayabiliriz: "... *1266 madde hükmü, poliçedeki genel şartların metinleri ile ilgili değildir. Maddede sadece genel şartların poliçede yer alması gerektiği öngörülmüştür, hüküm budur. Genel şartların metinleri tamamen ayrı bir husustur*." Bkz. KENDER, *Sempozyum*, s. 54-55.

[257] BAHTİYAR, *Özel Koşullar*, s. 143.

[258] BAHTİYAR, *Özel Koşullar*, s. 143. Aksi yöndeki görüş için bkz. YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 166.

[259] KUBİLAY, s. 51; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 53; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 169; KAYIHAN, *Prim*, s. 39; KABUKÇUOĞLU ÖZER, s. 152. *Kara*, bu görüşü bir adım daha ileriye götürmek suretiyle sigorta sözleşmesi genel şartlara aykırı olamayacağından sözleşmeye genel şartları ortadan kaldıran ya da değiştiren özel şartın konulamayacağını kabul etmektedir. Bkz. KARA, *Sigorta*, s. 129. *Arseven* de temelde bu görüşü benimsemekle birlikte kanunda boşluk bulunduğu durumlarda nasıl bir hukuki yol izlenmesi gerektiğini ayrıntılarıyla ifade etmiştir. Bkz. ARSEVEN, s. 33-34.

[260] ATABEK Reşat "Sigorta Akdinin Yorumu", Sigorta Hukuku Dergisi, C. I, S.2, Ankara, 1982, s. 132. *Atabek*, 1950 tarihli kitabında sigorta genel şartları ile özel şartları arasında bir uyuşmazlık ortaya çıktığında hiçbir ayrıma gitmeksizin doğrudan sigorta özel şartlarına öncelik verilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. ATABEK, *Sigorta*, s. 31 ve 192.

[261] Memiş'in emredici hükümler dışında denetimde kullanılacak ilkelere ilişkin ortaya koyduğu sorunlar çerçevesinde ele aldığı farklı ihtimaller için bkz. MEMİŞ, *Tebliğ*, s. 136 vd.

mahiyetindeki özel şartların iki kısımda içerik denetime tabi tutulması gerektiği kanaatindedir. Birinci kısımda özel şartlarla genel şartlar arasında hiyerarşik bir ilişkisi olmasından hareketle isimsiz düzenleyici işleme aykırı (genel şartlarının hukuki niteliği açısından)[262] özel şart hükmü geçersizdir[263]. İkinci kısımda ise sözleşme içerisinde birbirleriyle çelişen özel/genel şartın varlığı halinde sigorta ettirenin lehine yorum yapılmalıdır[264]. Bu halde geçerlilikten değil; yorumdan bahsedilir. Hatta sigorta poliçesinde özel şartların hepsinin genel şartlarla çelişmesi söz konusu olmayabilir. Bu durumda ise bir genel şartla çelişmemekle birlikte onu bir şekilde sınırlandıran özel şart geçerli olabilmelidir. En nihayetinde müellif özel şartların genel şartlara aykırı olmayacağı görüşüne iştirak etmemektedir[265].

Bu soruya cevap vermeden önce sigorta özel şartlarının sigorta genel şartlarına bağlı olarak ortaya çıktığını kabul etmek gerekir. Diğer bir deyişle, sigorta genel şartlarının bulunmadığı bir yerde özel şartlardan bahsedilemez. Ancak bu kabulün Karayalçın'ın genel şart/özel şart arasındaki nispilik görüşü şeklinde anlamamak gerekir. Kanaatimizce sigorta özel şartlarının sigorta genel şartlarının bu kullanıma açık izin vermesi[266] ve bu konuda bir yasak getirmemesine bağlıdır. O halde açıkça bir yetkilendirme veyahut bir ilişkilendirme olmaksızın sigorta özel şartlarının sigorta sözleşmesine konulması imkân dahilinde değildir. Bu durumu Memiş, -her ne kadar genel işlem şartı niteliğindeki özel şartlar için dile getirse de- özel şartların sözleşmenin parçası sayılabilmesi için mutlaka ilişkilendirme anlaşmasının yapılması gerektiğini dile getirmiştir[267]. Ancak buradaki mesele bizce sigorta özel şartlarının sözleşme içeriğine dahil olup olmaması değil; yani yürürlük denetimi değildir. Kastettiğimiz sigorta özel şartlarının genel şartlarla soyut olarak kurulmuş sigorta düzeninin somut bir kurgusunun riziko-

---

262 Bu görüşün eleştirisi için bkz. KUYUCU SEVİNÇ, s. 13-14.

263 Bu aykırılığın yaptırımının butlan olmadığını da müellif bilahare belirtmiştir. Bkz. MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 173 ve 174.

264 Bu konudaki görüşün ayrıntıları hakkında bkz. MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 175 ve 176.

265 MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 176. Ayrıca belirtmeliyiz ki, müellif müzakere edilen şart ile özel şartı birbirinden ayırmaktadır. Bu açıdan bakıldığında müzakere edilen şartın genel işlem şartlarından öncelikli olarak uygulanacağı tarafların iradelerine tanınan üstünlüğü bir sonucu olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda sigorta poliçesindeki şartın niteliği konusunda tartışma çıktığından bu şartın genel işlem şartı olduğu kabul edilerek, aksinin ispatının sigortacı tarafından yerine getirilmesi gerekir. Bkz. MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 156 ve 157.

266 Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik'in 8. maddesinin ç bendi gereğince.

267 MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 134.

menfaat ikilisi çerçevesinde yapılıp yapılamayacağıdır. Buradan hareketle sigorta genel şartları sigorta türlerine[268] özgü olarak sigorta sözleşmesinin asgari içeriğini teşkil etmektedir. Sigorta genel şartlarının asgari içeriğine etki etmeyecek şekilde sigorta özel şartları sigorta genel şartlarını ancak ya tamamlayabilir ya da belli şartlar dahilinde sınırlandırabilir. O halde sigorta özel şartları sigorta genel şartlarının asgari içeriği dışında kalan hususlarda genel şartlara aykırı düzenlemeler getirebilir. Ancak burada emredici hükümlere aykırılığın olup olmadığı her daim göz önüne bulundurulmalıdır[269]. Bu sonuca varmamızdaki sebep ise sigorta özel şartlarının hukuki dayanağını teşkil eden sigorta genel şartlarının varlığıdır. Bununla birlikte her bir sigorta türü açısından örneğin; kasko sigortasında teminat dışında bırakılması gereken haller vardır; bunların hiçbirisi teminat kapsamına alınamaz[270]. Bu noktada sigorta genel şartlarının asgari içeriğini ihlal etmeyecek ve her bir sigorta türüne özgü halleri göz önünde bulundurarak rizikoya ilişkin olmak kaydıyla özel şartların konulabileceğini söyleyebiliriz. Nihayetinde kural olarak sigorta özel şartları, sigorta genel şartlarını ortadan kaldıramaz,

---

[268] Sigorta türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CAN, s. 17 vd.

[269] Buna ilişkin emsal teşkil edebilecek Yargıtay'ın şu kararını örnek verebiliriz: "*Dava, mesleki sorumluluk sigorta sözleşmesinden kaynaklanan sigorta bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Davacının geriye dönüş süresi içerinde gerçekleşen olaydan ve zarardan sözleşmenin kurulduğu tarihten önce haberdar olduğu dosya kapsamı ile sabit olup, poliçe özel şartlarının üçüncü maddesi gereğince dava konusu talebin teminat dışı olduğu hususunda kuşku bulunmamaktadır. Ayrıca, dava dışı şirket tarafından ayrıca zararın şifahi olarak davacıdan talep edildiği kabul edildiğinden talep esaslı düzenlenen taraflar arasındaki sigorta sözleşmesinde riziko, sözleşme öncesinde gerçekleşmiş bulunmaktadır. Bu hususun sigorta ettiren tarafından da bilindiği gözetildiğinde, taraflar arasındaki sigorta sözleşmesi 6762 sayılı TTK'nin 1279. maddesi gereğince hükümsüzdür. Bu durumda her ne kadar davacının talebi poliçe özel şartlarının üçüncü maddesi gereğince teminat dışı ise de 6762 sayılı TTK'nin 1279. maddesi karşısında davanın bu gerekçeyle değil de sözleşmenin hükümsüz olması nedeniyle reddedilmesi gerektiğinden mahkemenin davanın reddine yönelik gerekçesi doğru olmamış ise de sonucu itibariyle doğru olan direnme kararının açıklanan değişik gerekçe ve* nedenlerle onanması gerekir." Bkz. YHGK, E. 2017/11-412, K. 2021/296, T. 18.3.2021, (www.kazancı.com.tr., E.T. 27.11.2021). Ayrıca bkz. YHGK, E. 2017/11-2847, K. 2020/1058, T. 23.12.2020 (www.kazancı.com.tr., E.T. 27.11.2021)

[270] Yargıtay da teminat dışı hale örnek teşkil edecek bir karar vermiştir: "*Davalı ... Ş. vekili, davacının sigortalı olmadığı için dava açma hakkı bulunmadığını, sürücünün alkollü olması nedeniyle poliçe özel şartları gereğince davacı talebinin teminat dışı olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir... Mahkemece, uyulan bozma ilamı, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davalı Marspet'in hasarın kendi kusurundan kaynaklanmadığını ispat edemediği, davalı ... şirketinin araç sürücüsünün alkollü olması nedeniyle sorumluluğu bulunmadığı gerekçesiyle, davanın sigorta şirketi bakımından reddine, diğer davalı bakımından kabulüyle takibe itirazının iptaline, icra inkar tazminatı talebinin reddine karar verilmiştir." Bkz. Y. 11.HD., E. 2019/3162, K. 2020/1227, T. 11.2.2020,* (www.kazancı.com.tr., E.T. 27.11.2021).

kaldıramamalıdır. Aksi halde kendi varlığını yok sayan bir kavram ortaya çıkarılmış olunur[271]. Ayrıca görüşümüze gerekçe olarak da sigorta poliçesi genel şartlarının genel işlem şartı teşkil etmesini[272] gösterebiliriz. Zira sigorta ettiren ya da sigortalının genel şartların varlığı ve içerdiği hükümlerin önemi, anlamı hakkında bilgi sahibi olarak kabul iradesini açıklaması, söz konusu şartların görüşülerek kabul edildiği, yani genel işlem şartı niteliğini koruduğu anlamına gelir[273]. Diğer bir deyişle, tam kabul halinde[274], kabul edilen sözleşme şartlarının bireysel anlaşma konusu yapılmış, görüşme ve pazarlık sonucu kabul edildiği anlamına gelmeyecektir[275]. Tam da bu yüzden, sigorta genel şartları[276] ile sigorta özel şartlarının keskin bir şekilde birbirinden ayrılması gerekir[277]. Bunun sonucu olarak da sözleşmeyi yapan tarafların genel işlem şartlarını bildiği ya da hesaba kattığı kabul edilebiliyor olsa bile bu takdirde sözleşmeye özel şartlar da dahil olunduğu kabul edilmemelidir[278].

---

[271] Benzer bir şekilde Memiş şu ifadesi; "*Sigorta sözleşmesi uzun yıllardır yapılıyor, genel şartların yanında artık taraflar arasında özel şartlar da alışılagelmiş şartlar olarak sürekli kabul ediliyor ise bu halde bu tür özel şartların geçerliliği de kabul edilmelidir. Zira taraflar arasında artık özel şartlar da genel bir çerçeve sözleşme içinde alışılagelmiş şartlara dönüşmüştür ve bu bakımdan poliçe genel şartlarından farklı bir durum arz etmemektedir.*" kabul edilecek olursa ortada genel şart harici bir özel şarttan bahsedilemeyecek olur. Diğer bir deyişle, sigorta özel şartları konusuz bırakılmış olur. Bu ifade için bkz. MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 136.

[272] YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 14; BAHTİYAR, *Genel Koşullar*, s. 92; KUYUCU SEVİNÇ, s. 21 ve 43-44; ERBAŞ AÇIKEL, s. 51. Aksi yöndeki farklı bir bakış açısı için bkz. MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 32 vd. ve 39-40. Nitekim Memiş sunduğu bir tebliğ de sigorta genel şartlarının genel işlem şartlarında ayrılan yönlerinin olduğuna vurgu yapmıştır. Bkz. MEMİŞ, *Tebliğ*, s. 124.

[273] Sigorta ettiren ya da sigortalının sözleşme şartlarında değişiklik yapma isteğini fiilen diğer tarafa kabul ettirecek güce sahip olmadığı için şartları olduğu gibi kabul etmektedir. Bkz. HAVUTÇU Ayşe, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına göre Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2003, s. 112.

[274] Genel işlem şartlarını okuyup içeriğini anlayarak bunların sözleşme içeriği olmasına onay vermesinin imkân dahilinde olmadığı, haliyle bunları anlamada kabul edilmenin global kabul kavramını ortaya çıkarmıştır. Bu global kabulün tam kabulden ayrılması gerekir. Bkz. ATAMER, *GİŞ*, s. 102. TBK m. 21/1 hükmünün global kabulü mü yoksa tam kabulü mü düzenlendiği hususunda tartışma vardır. Bu hükmün global kabulü düzenlediği yönündeki görüşler için bkz. ATAMER/ÜNAN, *GCC*, s. 70; KAŞAK Esra, "Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 sayılı TBK m. 21/2)", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, 2012, s. 418 vd.

[275] HAVUTÇU, s. 112.

[276] Sigorta genel şartları örnekleri için bkz. KUBİLAY, s. 284 vd.

[277] Hatta sigorta poliçesinin tek tarafın imzasını taşıması ve genel hatları ile sözleşmenin kurulmasından sonra sigorta ettirene verilmesi (Bkz. MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 140) bu ayrımın önemini daha da arttırmaktadır.

[278] Aksi yöndeki görüş için bkz. MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 137.

Sigorta özel şartlarının yorumlanması konusunda ise TBK m. 23[279] hükmünün uygulaması söz konusu değildir[280]. Çünkü genel işlem şartlarının yorumlanması için getirilen bu hükmün bireysel anlaşmaların yorumunda bir kıstas teşkil etmesi düşünülemez. Bununla birlikte doktrinde sözleşme şartlarının sigortacı tarafından hazırlanmasından ötürü birden fazla anlama gelen ya da farklı şekillerde anlaşılmaya müsait bir husus olduğunda bunların sigorta ettiren lehine/sigortacı aleyhine yorumlanması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir[281]. Hatta tarafların bir araya gelmek suretiyle sözleşme koşullarını tartışmadıklarından onların ortak iradelerinin tespitine gerek olmadığı kabul edilmektedir[282]. Ancak bu kabulün genel şartların[283], özelde de muafiyet klozları[284] için geçerli olduğu ifade edilmektedir[285]. Sigorta özel şartları açısından konuya yaklaştığımızda ise bireysel anlaşmalar için geçerli genel yorum kurallarına[286] başvurulması gerektiği söylenebilir. Ancak bu demek değildir ki; düzenleyen ya da sigortacı aleyhine yorum ilkesinin uygulama alanını genel işlem şartları ile sınırlandırmak gerekir[287]. Bu noktada şu çekinceyi ileri sürmek gerekir[288]: Tarafların sözleşme öncesi görüşmeleri de dahil edilmek üzere müzakere edilen hususlar bakımından bu ilke uygulanamaz. O halde sigorta özel şartları açısından yapılacak bir yorumda tarafların gerçek ve ortak iradesi temelde aranacaksa da belirsiz veyahut tartışmaya

---

[279] "*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.*"

[280] Yorum denetimine ilişkin getirilmiş olan TBK m. 23 hükmünün aynen sigorta sözleşmeleri için geçerli olacağı yönündeki aksi görüş için bkz. MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 165.

[281] ATABEK, *Sigorta*, s. 31; ATAMER/ÜNAN, *GCC*, s. 73-74. Sehven lehine yerine aleyhine ibaresi kullanılmıştır. Bkz. MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, s. 164. İsviçre Hukuku'nda özel şartların yorumlanmasında da güven teorisinin geçerli olduğu yönünde bkz. BAHTİYAR, *Genel Koşullar*, s. 103.

[282] ATABEK, *Yorum*, s. 139.

[283] KENDER, *Hususi Sigorta*, s. 192; SEVİNÇ KUYUCU, s. 28. Sigorta sözleşmesinin yorumu içim benimsenen kriterler için ayrıca bkz. ATABEK, *Yorum*, s. 139 ve 140.

[284] OMAĞ, *Muafiyet*, s. 347.

[285] Genel olarak bkz. ARSEVEN, s. 68. Alman hukukunda benzer yönde bkz. DEUTSCH, N. 44, s. 32.

[286] TBK m. 19/1 hükmü tarafların gerçek ve ortak iradesinin üstünlüğünü öngörmekte ise de tarafların gerçek iradelerinin tespit edilemediği veyahut gerçek iradelerinin uyuşmadığı hallerde sözleşmenin yorumlanmasında güven teorisinden faydalanılması noktasında eksik kalmaktadır. Bu bağlantı eksikliğinin ne şekilde giderileceği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. SARIKAYA Murat, **Sözleşmenin Yorumu**, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 158 vd.

[287] SARIKAYA, s. 307 ve 316.

[288] SARIKAYA, s. 306

açık hükümler noktasında bu ilkenin son çare olarak[289] dikkate alınması gerekir. Bu ilkenin sınırlarını da sigortacının aydınlatma yükümlülüğü ile emredici hukuk düzenlemeleri çizmelidir. Zaten sigortacı aleyhine yorum ilkesinin ilgili şartın içeriğini değiştirme ya da düzeltme vasıtası olarak görülmemesi gerekir[290]. Nitekim bu ilkenin izlerini hem TTK'de hükümler bazında[291] hem de hükümlerin gerekçeleri[292] çerçevesinde görebiliriz.

III. ÖZELLİK ARZ EDEN BİR DURUM: ÖZEL ŞARTLARIN İNGİLİZCE YAZILMASI VE BUNA DAİR TESPİTLER

Türk hukukunda sigorta sözleşmelerinde genel şartlara ek olarak özellikle denizcilik, inşaat ve nakliyat sektörlerinde kullanılmak üzere İngilizce özel şartların kullanıldığına şahit olunmaktadır[293]. Bunun asıl sebebi, dünya deniz sigortacılığı piyasasının İngiliz sigorta şirketlerinin kontrolünde olması ve sigorta sözleşmesi ile üstlenilen rizikonun büyük ihtimalle İngiliz sigorta şirketlerine reasüre edilecek olmasıdır[294]. Uygulamadaki bu kullanım söz konusu klozların ya Türkçe kaleme alınmış sigorta poliçesine aynen eklenmesi suretiyle ya da sigorta poliçesinin doğrudan İngilizce düzenlenmesi şeklinde veyahut söz konusu klozlar metninin poliçeye eklenmeden yalnızca ad ve numaralara yollama yapılarak gerçekleştirilmektedir[295].

---

[289] Düzenleyen aleyhine yorum ilkesinin niteliği hakkındaki ayrıntılı değerlendirmeler için ayrıca bkz. SARIKAYA, s. 305 vd.

[290] Genel işlem şartları açısından bkz. SARIKAYA, s.325.

[291] TTK m. 1425/2-3, 1452/3, 1455/1, 1473/2, 1486/3, 1491/2, 1494/2, 1515/1, 1514/2, 1515/4, 1520/3.

[292] TTK m.1413, 1425, 1452'nin gerekçeleri için ayrıca bkz. MEMİŞ, *Yargısal Denetim*, dipnot 269, s. 164-165.

[293] YAZICIOĞLU, *Tekne Sigortası*, s. 23; ERBAŞ AÇIKEL, s.34.

[294] YAZICIOĞLU, *Tekne Sigortası*, s. 23; ERBAŞ AÇIKEL, s.35.

[295] YAZICIOĞLU, *Tekne Sigortası*, s. 49 ve 50; KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 213; ERBAŞ AÇIKEL, s.35; ÇELİK PARTAL, s. 34. Bu son durum açısından Yazıcıoğlu'nun tespitine aynen yer vermekte fayda vardır. Buna göre; "*Enstitü Tekne Klozları'nın İngilizce metninin sözleşmeye eklenmesi konusunda üzerinde durulması gereken diğer bir sorun, sigorta ettirenin İngilizce metni okuyup anlayabilecek durumda olmadığı hâllerde, gerçekten bir irade uyuşmasından söz edilip edilemeyeceğidir. Tekne sigortası sözleşmelerinde sigorta ettirenin genellikle tacir olduğu dikkate alındığında,* ***sigorta ettiren*** *veya temsilcisinin* ***sözleşmeye dahil edilecek kloza göre*** *prim miktarı ve* ***himayenin kapsamının değişeceğini bilerek, klozun içeriği konusunda en azından fikir sahibi olarak hareket ettiği kabul edilebilir****; bu da irade uyuşmasından söz edilmesi için yeterlidir.* ***Sigorta ettirenin tacir olmadığı hâllerde ise*** *sigortacının, sözleşmeye özel şart olarak İngiliz tekne klozlarından birinin tüm hükümlerinin ya da bir veya bir kaç hükmünün sözleşmeye dahil edileceği konusunda sigorta ettireni* ***uyarması*** *ve* ***içeriği hakkında açıklama yapmış olması gerekir****. Aksi halde, özel şart olarak sözleşmeye eklenen*

Sigorta sözleşmesi özel şartlarının İngilizce yazılması açısından değerlendirilmesi gereken iki ayrı kanun vardır. Bunlardan biri, 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun[296]; diğeri ise 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesidir. 805 sayılı Kanun'un 1.[297] ve 2.[298] maddeleri birlikte değerlendirildiğinde Türk tabiiyetindeki ticaret şirketleri ile bir işletmeyi işleten kişilerin (gerçek kişi, tüzel kişi, tüzel kişi olmayan topluluk vb.) bu işletmeyle ilgili olarak yaptıkları sözleşmelerde[299] ya da yabancı şirket ve kurumların, Türk şirketleri, kurumları ve bunlar haricindeki Türk tabiiyetindeki kişiler ile Devlet daireleri ve memurlarıyla olan hukuki ilişkilerde[300] Türkçe kullanılması zorunluluğu vardır. Zaten bu Kanun ile ticaret hayatında Türkçe kullanma zorunluluğu getirmek suretiyle iş yerlerinde yazışma ve sözleşme dilinin Türkçe olması amaçlanmıştır[301]. Bu bağlamda bu Kanun'un uygulama kapsamına giren kişilerin akdettikleri

klozun sözleşme içeriğine dahil edilmesi hususunda irade uyuşmasından söz edilemeyeceğinden, bu kloz hükümlerinin taraflar arasında bağlayıcı olmadığı sonucuna varmak gerekir. ***İngiliz şartlarının özel şart olarak sözleşme içeriğine dahil edilmiş sayılması için bu şartların poliçeye eklenmesi şart değildir****; tekne sigortası poliçesinde sözleşmeye dahil edilen İngiliz şartlarının anıldığı şekilde (örneğin sözleşmenin "International Hull Clauses - 1.11.2002" hükümlerine tâbi olarak akdedildiği belirtilmek suretiyle) zikredilmesi yeterlidir." Bkz.* YAZICIOĞLU, *Tekne Sigortası,* s. 50-51. Bir kere varılan bu sonuca katılmadığımızı, bilgi verme ve kapsamını belirleme açısından Kanun ve Yönetmelikte tacir-tacir olmayan ayrımı yapılmadığına işaret ederek belirtmek isteriz. Burada her somut olayın özelliğinden hareketle sigorta ettirenin kusuru ya da bilmesi gerekenlerin tespitinden sonra ortaya çıkan zararın miktarı hesaplanırken söz konusu ayrımın dikkate alınması gerekir. Bunun için bkz. ÖZDAMAR, *Aydınlatma*, s. 196-197. Diğer bir deyişle, İngilizce klozların özel şart olarak sözleşme içeriğine dahil olup olmadığı meselesinde taraf değerlendirmesi yapılabilecekse de öncelikle -kural olarak- söz konusu klozun poliçeye eklenmesi, bu yol tercih edilmeyip yalnızca ismen zikredilerek nereden temin edileceğinin poliçeye yazılması halinde ise sigorta ettirenin tüketici mi yoksa tacir mi olduğuna göre hareket edilmesinin gerektiği düşüncesindeyiz.

[296] RG, 22.04.1926, S: 353, T: 3, C: 7, s. 9.

[297] "*Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dahilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar.*"

[298] "*Ecnebi Şirket ve müesseseler için bu mecburiyet Türk müessesatı ile ve Türkiye tebaasından olan efrat ile muhabere, muamele ve temaslarına ve devair ve memurini Devletten birine ibraz mecburiyetinde bulundukları evrak ve defterlerine hasredilmiştir.*"

[299] KIRCA İsmail, "İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun Üzerine", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, Vedat Kitapçılık, 2. Cilt, İstanbul, 2007, s. 1934-1935. Adi şirketin, özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere kamu tüzel kişileri tarafından kurulan; ancak tüzel kişilikten yoksun olan işletmeler ile Türk tabiiyetindeki gerçek kişilere ait işletmelerin de bu hükmün kapsamı içerisinde olduğu yönünde bkz. BAHTİYAR Mehmet, "805 Sayılı, "İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun"un Kapsamı ve Yaptırımı Sorunu", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, Vedat Kitapçılık, 2. Cilt, İstanbul, 2007, s. 1734-1735, 1736, 1737.

[300] KIRCA s. 1938.

[301] KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 214; KIRCA, s. 1931.

sigorta sözleşmelerinin (ki bu kapsama genel ve özel şartlar da girmektedir) Türkçe kaleme alınması zorunluluğu vardır[302]. O halde bu Kanun'un birinci ve dördüncü[303] maddelerine ilişkin tartışmaların ayrıntılarına girmeden[304] kanaatimizce bu durumda, bu Kanun'un kapsamına giren kişilerin sigorta sözleşmelerini Türkçe kaleme almamaları halinde bu kişilere uygulanacak yaptırım söz konusu işlemin geçersizliği yerine[305] Kanun'un 4. maddesi gereğince; bu kaydın sözleşmenin içeriğine dahil edilmemesidir[306]. Böyle bir durumda TBK m. 27/2-son cümle uygulanmayacaktır ki[307], sigorta sözleşmeleri açısından ortaya çıkan hukuki boşluğun doldurulması[308] gerekecektir. Bu noktada genel şartlara mı yoksa özel şartlara ilişkin mi bir boşluğun meydana geldiğinin araştırılması gerekir. Bunun için SK m. 11/5 hükmü[309]

---

[302] Bu Kanun'un uygulanması açısından Yargıtay'ın daraltıcı yorum bakış açısı yerinde olmakla birlikte (Bu yöndeki kararlar için bkz. YAZICIOĞLU, *Tekne Sigortası*, dipnot 75, s. 50; BAHTİYAR, 805, s. 1741 vd.; ERBAŞ AÇIKEL, s. 67 vd.; ÇELİK PARTAL, s. 36-37) işin niteliği ve özelliğinin yabancı terim ve tabirlerin kullanılması zorunlu tutan kriterin sigortacılık uygulaması açısından yeterli olmadığı yönündeki görüş için bkz. ERBAŞ AÇIKEL7 s. 70. Esasında Yargıtay kararlarında yabancı dildeki klozlara ilişkin zorunluluk kriterinin bir yorum metodundan ziyade doğrudan TTK m. 2/1-2.cümlesinin uygulaması olduğu kanaatindeyiz. Bu noktada 805 sayılı Kanun'a aykırılığın yaptırımındaki belirsizliğinden ötürü taraf değerlendirmesi yapmak yerine ortaya çıkan hukuki boşluğun nasıl doldurulması gerektiğiyle ilgilenilmelidir. Burada tam anlamıyla bir *petitio principii* söz konusudur.

[303] "*Bu kanunun mevkii meriyete vaz'ından sonra birinci ve ikinci maddeler ahkamına muhalif olarak tanzim kılınmış olan evrak ve vesaik şirket ve müesseseler lehine nazarı itibara alınmaz*."

[304] Söz konusu maddenin geçerliliğe ya da ispata ilişkin şekil kuralı mı getirdiği hususunda tartışmalar olduğu gibi dördüncü maddenin ispat niteliği taşıdığı da (BAHTİYAR, 805, s. 1745 vd.) hatta birinci maddenin düzen hükmü niteliğinde yasaklayıcı bir hüküm olduğu ve dördüncü madde bağlamında Türkçe düzenlenmeyen belge ve sözleşmelerin içeriğinin nasıl anlaşılması gerektiğine dair ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar açısından bir yorum kuralı ihtiva ettiği (ERBAŞ AÇIKEL, s. 66 ve 86; ÇELİK PARTAL, s. 37) görüşü de ileri sürülmektedir. Bu konuda toplu bir değerlendirme ve eleştiriler için bkz. ERBAŞ AÇIKEL, s. 56 vd.

[305] Örneğin; yurtdışı işlemlerle ilgili olmayan bir sigorta poliçesinde İngilizce Enstitü klozlarından biri kullanılmışsa sözleşme bundan dolayı 805 sayılı Kanun'a göre geçersiz olmayacaktır. Bkz. KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 214. Aksi yöndeki karar için bkz. Y.11.HD., 01.12.2016, E. 2015/11036, K. 2016/9260, (www.karararama.yargıtay.gov.tr., E.T. 10.04.2022). Bu konuda *Çelik Partal*, SK m. 11/5 hükmü ile 805 sayılı Kanun'un 7. maddesini birlikte alarak açık ya da anlaşılır olmayan Enstitü klozlarındaki hükümlerin söz konusu kanunlarda yer alan yorum kuralları aracılığıyla sigortacının aleyhine ve sigorta ettirenin lehine yorumlanması gerektiği düşüncesindedir. Bkz. ÇELİK PARTAL, s. 37.

[306] KIRCA, s. 1940-1941. Bu görüşün eleştirisi için bkz. ERBAŞ AÇIKEL, s. 59-60.

[307] Benzer yönde bkz. KIRCA, s. 1941-1942.

[308] Zımnen bu yöndeki bir karar için bkz. Y.11. HD., 05.11.2015, E. 2014/15066, K. 2015/11597, (www.karararama.yargıtay.gov.tr., E.T. 10.04.2022)

[309] "*Sigorta sözleşmelerinde yabancı kelimelere yer verilemez. Yabancı kelimelerin karşılığı olarak Türk Dil Kurumu tarafından belirlenen kelimelerin kullanımı esastır*." Sigortacılık

ile TTK m. 1423 hükmünün[310] birlikte değerlendirilmesi gerekir. Buna göre; sigorta sözleşmelerinin tamamının ya da bir kısmının yabancı dilde kaleme alınması yasaklansa da; yalnızca sigortacılığa özgü teknik terimlerin Türkçe karşılıklarının bulunmaması halinde yabancı dilde sözleşme içeriğinde yer verilmesi mümkündür[311]. Bununla birlikte örneğin; Enstitü klozunu doğrudan orijinal metniyle sigorta sözleşmesi içeriği haline getirmek istediğimizde SK m. 11/5 hükmü sınırlı düzeyde uygulanabilecek bir yorum kuralı olarak[312] yeterli bir çözüm sunmayacaktır. Bu takdirde sigorta sözleşmesinin İngilizce özel şartlar ile kurulduğunun kabulü için aydınlatma yükümlülüğünün tam anlamıyla yerine getirildiğinin tespiti gerekir[313]. Bunun için sigortacı gerekli bilgiyi vererek açıklamalarda bulunmuş olmasına rağmen bunları muhatabın anlayacağı şekilde ve dilde yapmış olmalıdır[314]. Bunun için de SSBİY m. 8/1-ç bendindeki '*klozlar ilişkin bilgilerin*' verilmesi gerekliliği de hatırlatılmalıdır. Ancak sigortacı aydınlatma yükümlülüğü kapsamında bir bilgilendirme yaparken yalnızca İngilizce özel şartları bilgilendirme formuna ekleyerek yapmış olması ya da yalnızca bu şartların kaynağı gösterilerek sınırlı yapılan bilgilendirme eksik bilgilendirme niteliğindedir[315]. Şu hâlde her ne kadar TTK m. 1423/2 hükmü aydınlatma yükümlülüğünün hiçbir şekilde yerine getirilmemesini hüküm altına aldı idiyse de, bu kapsamda bilgilendirmenin eksik yapılmaması halinde de hükmün geçerli olduğu genel olarak kabul edilmektedir[316]. Bundan dolayı TTK m. 1423/2 hükmü bağlamında aydınlatma yükümlülüğü tam anlamıyla yerine getirilmiş ve sözleşmenin karşı tarafı da söz konusu yabancı dilde kaleme alınmış klozların varlığı ve sonuçları hakkında açıkça mutabık ise artık özel şartların varlığı

Kanunu'ndaki sözleşme hukukuna ilişkin emredici hükümlerin TTK karşısında zımnen mülga olduğu yönündeki görüş için bkz. YEŞİLOVA ARAS, s. 452-453.

[310] Bu hükmün aynı zamanda sigorta ettirene '*gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla*' ifadesiyle müzakere etmeye imkân tanıdığına ilişkin görüş için bkz. YEŞİLOVA ARAS, s. 462.

[311] Benzer yönde bkz. ERBAŞ AÇIKEL, s. 70.

[312] MEMİŞ, s. 158 ve 202; ERBAŞ AÇIKEL, s. 70-71.

[313] ERBAŞ AÇIKEL, s. 73.

[314] Sigortacı ya da acentenin açıklamalarının objektif, orta zekalı ve makul bir kişinin anlayacağı şekilde ve dilde yaparak sorumluluktan kurtulabileceği yönünde bkz. ÖZDAMAR, *Aydınlatma*, s. 285-286.

[315] Benzer yönde bilgilendirme formunda teminat dışı haller için genel şartlara ve klozlara bakılması gerektiğinin belirtilmesinin de aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi açısından yeterli olmayacağı hususunda bkz. ERBAŞ AÇIKEL, s. 74 ve 75.

[316] ÜNAN, Cilt I, s. 239; ERBAŞ AÇIKEL, s. 77.

kabul edilerek 805 sayılı Kanun'un 7. maddesine uyarınca[317]; yalnızca para cezasını ödeyerek sözleşmeyi bu haliyle ayakta tutabilecektir[318]. Diğer taraftan aydınlatma yükümlüğünün sigortacı tarafından eksik yerine getirildiği tespit edildiyse tarafların söz konusu klozlar üzerinde ortak ve gerçek iradelerinin tesis edilemediği ve söz konusu klozların özel şart statüsüne geçemeyip genel şart olarak kabulünü gerektirir. Bu takdirde söz konusu klozların genel şart olarak TBK'nin genel işlem şartlarına ilişkin 20-25. maddeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilirse de[319] TTK m. 1451 hükmü bu uygulamayı oldukça sınırlandırmıştır. Bu yüzden genel şartları tarafların sözleşmenin içeriğinin bilincinde olarak sözleşmeyi imzaladıkları aşikâr ise 805 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki düzenlemenin uygulanması yine dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder[320]. Nitekim sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda sigorta ettirenin sözleşmenin yapılmasına on dört gün içerisinde itiraz etmemesi sigorta sözleşmesinin İngilizce klozlarla kurulduğu anlamına gelir[321].

SONUÇ

Sigorta sözleşmesi bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak görülebilirse de[322] sigorta hukukunun ihtiyaçlarını temin etmek üzere teamül gereği bir

---

[317] "*Bu Kanun hükümlerine aykırı hareket eden kişi, yüz günden az olmamak üzere adlî para cezasıyla cezalandırılır.*"

[318] Nitekim TMK m. 2 hükmü uyarınca da aynı sonuca ulaşılabileceği kanaatindeyiz. Gerçekten de *Yazıcıoğlu* da görüşümüzü doğrular nitelikteki şu ifadeleri kullanmıştır: "*... Bu koşullar, sigortacı tarafından aynen kabul etmesi için sigorta ettirene sunulmuş ve taraflar arasında pazarlık konusu olmamış ise, genel işlem şartı niteliğindedir.*

Ancak, farklı koşullarla teminat öngören İngiliz tekne şartları, öncelikle hangisinin sözleşmeye dahil edileceği hususunda taraflar arasında pazarlık konusu olmaktadır." Bkz. YAZICIOĞLU, *Tekne Sigortası*, s. 49. Gerçekten de aydınlatma yükümlülüğü gereği gibi sigortacı tarafından yerine getirilmiş ve sözleşmenin kurulmasından önce gereken inceleme süresi sigorta ettirene tanınmışsa sigorta ettirenin müzakere imkânı olmadığı itirazın yersiz olduğu yönünde bkz. YEŞİLOVA ARAS, s. 463.

[319] ERBAŞ AÇIKEL, s. 77 vd. Oysaki TTK'de sigorta hukukuna ilişkin düzenlemelerin en azından dörtte üçü emredici mahiyettedir. Bkz. ÜNAN, *Tüketici*, s. 33; YEŞİLOVA ARAS, s. 451. Nitekim Erbaş Açıkel de TTK m. 1423/2 hükmü ile düzenlenen itiraz hakkının ve buna bağlanan sonucun genel işle şartlarına göre özel düzenleme teşkil ettiğini kabul etmektedir. Bkz. ERBAŞ AÇIKEL, s. 85.

[320] Benzer yönde bkz. KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, s. 214.

[321] ERBAŞ AÇIKEL, s. 77. Genel olarak bkz. YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 115.

[322] Sigorta sözleşmesinin nevi şahsına münhasır özelliklerinin bulunduğu yönünde bkz. ÖZDAMAR, *Aydınlatma*, s. 73.

sigorta poliçesine bağlanmaktadır. Sigorta poliçesinin içeriğinde de ihtiyari olarak yer verilebilecek özel şartlar kararlaştırılabilir. Sigorta özel şartlarının hukuki niteliği itibariyle genel şartların dışında kalan konusu itibariyle riziko-menfaat ikilisini ilgilendiren bireysel anlaşmalar şeklinde karşımıza çıktığını söyleyebiliriz. Bu açıdan bakıldığında teminatın kapsamının belirlenmesi[323] ve buna ilişkin ortaya çıkabilecek tartışmaların en aza indirgenmesi açısından özel şartların genel şartlardan büyük bir titizlikle ayrılması ve sigortacı tarafından aydınlatma yükümlülüğünün mümkün mertebe müzakere şartını sağlamaya özgülenmesi gerekir.

Sigorta özel şartlarının uygulamanın hatalı yaklaşımı sebebiyle genel işlem şartı olarak nitelendirilmemesi gerektiğini ve her bir sigorta türüne özgü genel şartlar ışığında bunun değerlendirmeye tabi tutulması gerekliliğini hatırlatmakta fayda vardır. Zira aksi yaklaşım özel şartların reddi anlamına gelir.

Sigorta özel şartlarına ilişkin somut bir uyuşmazlıkta hâkimin sigorta sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarını, genel şartlarını özel şartlardan ayırt edebilmesi gerekir. Bu noktada taraf iradesi sigorta özel şartlarını genel şartlardan ayırt eden önemli bir unsurdur. Bundan dolayıdır ki, sigorta özel şartları sigorta sözleşmesinin sübjektif esaslı unsuru olarak kabul edilmelidir. Bu sayede sigorta özel şartlarına tatbik edilecek hükümlerin de ayrımının yapılması kolaylaşır. Bunun sonucu olarak da özel şart genel şarttan -kural olarak- öncelikli uygulanır.

Sigorta hukukunda özel şartların genel şartlara üstünlüğünün bir kesinlik arz etmediğini; her zaman genel şarta istinaden özel şartın var olabileceğini öncelikle kabul etmek gerekir. Bu yüzdendir ki, o sigorta türüne özgü poliçe genel şartlarının asgari içeriğine ihlal etmeyecek şekilde ve bilahare değiştirilemeyeceği belirtilen hususlar dışında özel şart ile sigorta sözleşmesine hususiyet kazandırılabileceği kabul edilebilir. Bu sayede sigorta özel şartlarının genel şartları ya tamamlamasından ya da değiştirmesinden bahsedilir.

Sigorta poliçesi özel şartlarının esasında Türkçe kaleme alınması zorunluluğu var ise de, 805 sayılı Kanun'un getirdiği yasağa aykırılığın sonucun-

---

[323] Sigorta teminatının kapsam ve koşulları, sigorta genel şartları ile özel şartları tarafından belirlenir. Bkz. YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 166; ERBAŞ AÇIKEL, s. 52 vd. Sigortanın kapsamı genel şartlara ilave edilen özel şartlar ile genişler. Bkz. ÖZDAMAR, *Aydınlatma*, s. 211.

da sigorta sözleşmesindeki özel şartlar geçersizlik yaptırımına tabi tutulmayacaktır. Ancak bu şartların bunları kullanan kişi lehine dikkate alınmaması sözleşmede bir hukuki boşluğun ortaya çıkmasına sebebiyet vereceğinden ortaya çıkan hukuki boşluğun başta TTK m. 1423/2 hükmü olmak üzere diğer kanuni hükümlerle doldurulması gerekmektedir. Ayrıca yabancı dilde kaleme alınmış olsun ya da olmasın genel ya da özel şartların muhatabının tüketici mi yoksa tacir mi olduğuna bakılarak sigortacının aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde sigorta poliçesinde bu şartlara yapılan yollamanın hukuki akıbeti değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

ADIGÜZEL Burak, "Sigorta Hukukunda Sözleşme Serbestisi ilkesinin Sınırları Bakımından Türk Ticaret Kanunu ve Tasarı Hükümlerinin Karşılaştırılması", **Prof. Dr. Haluk KONURALP Anısına Armağan**, Yetkin Yayınları, 3. Cilt, Ankara, 2009, s. 1-46.

ARMBRUSTER Christian, PROLLS/MARTIN, **Versicherungsvertragsgesetz**, 31. Auflage, 1. Einleitung, C.H.Beck, 2021, (ARMBRUSTER, PROLLS/MARTIN, *VVG*)

ARSEVEN Haydar, **Sigorta Hukuku**, Yenilenmiş 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1991.

ATABEK Reşat "Sigorta Akdinin Yorumu", **Sigorta Hukuku Dergisi**, C. I, S.2, Ankara, 1982, s. 125-140, (ATABEK, *Yorum*)

ATABEK Reşat, **Sigorta Hukuku**, Duygu Matbaası, İstanbul, 1950, (ATEBEK, *Sigorta*)

ATAMER Kerim, "Sigorta Sözleşmeleri Uyuşmazlıklarından Uygulanacak Hükümler", **Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği, Sempozyum 19-20 Kasım**, İstanbul, 2004, s. 109-122, (ATAMER, *Tebliğ*)

ATAMER Yeşim, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, (ATAMER, *GİŞ*)

ATAMER Yeşim /ÜNAN Samim, "Control of General and Special Conditions of Insurance Under Turkish Law with Special Regard to the Transparency Requirement", **Seminar, Transparency in Insurance Law, 4 Mayıs 2012**, s. 65-88, (ATAMER/ÜNAN, *GCC*)

AYHAN Rıza/ÇAĞLAR Hayrettin/ÖZDAMAR Mehmet, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

AYLİ Ali, "Sigorta Poliçesinin Kıymetli Evrak Niteliğine Sahip Olup Olmadığı Sorunu", **Prof. Dr. Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof. Dr. Rayegan KENDER'e 50. BİRLİKTE ÇALIŞMA YILI ARMAĞANI**, İstanbul, 2007, s. 330-348.

AYLİ Ali, **İnşaat Bütün Riskler Sigortasında Riziko**, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012, (AYLİ, *İnşaat*)

BAHTİYAR Mehmet, "Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, genel Koşullardan Ayırdedebilmesi ve Bazı Sorunlar", **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan**, BTHAE Yayınları, Ankara, 1998, s.133-148, (BAHTİYAR, *Özel Koşullar*)

BAHTİYAR Mehmet, "Sigorta Poliçesi Genel Koşulları", **Batider**, C. XIX, S. 2, Ankara, 1997, (BAHTİYAR Mehmet, "Sigorta Poliçesi Genel Koşulları", **Batider**, C. XIX, S. 2, Ankara, 1997, s. 89-110, (BAHTİYAR, *Genel Koşullar*)

BAHTİYAR Mehmet, "805 Sayılı, "İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun"un Kapsamı ve Yaptırımı Sorunu", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, Vedat Kitapçılık, 2. Cilt, İstanbul, 2007, s. 1731-1750, (BAHTİYAR, *805*)

BOZER Ali, **Sigorta Hukuku**, BTHAE Yayınları, Ankara, 1981, (BOZER, *1981*)

BOZER Ali, **Sigorta Hukuku (Genel Hükümler-Bazı Sigorta Türleri)**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskıdan Tıpkı Basım, BTHAE Yayınları, Ankara, 2009, (BOZER, *2009*)

BOZKURT Tamer, **Sigorta Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

CAN Mertol, **Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı)**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Dairesinde Hazırlanmış Yeni Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

ÇEKER Mustafa, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 23. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2021.

ÇAĞA Tahir, "Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf eder Mi?", **TBBD**, S.3, 1991.

ÇELİK PARTAL Elif Deniz, **Tekne Sigortalarında Teminatın Rizikolar Bakımından Kapsamı**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

DEUTSCH Erwin, **Versicherungsvertragsrecht**, Karlsruhe, 1984.

ÇUHACI Kemal Y., "İngiliz Enstitü Yük Klozları", **Reasürör Dergisi**, Sayı 16, İstanbul, 1994, s. 9-17.

ERBAŞ AÇIKEL Aslıhan, "İngilizce Sözleşme Koşullarının Sigorta Sözleşmesi İçeriğine Dahil Edilmesi", **Prof. Dr. Rayegân KENDER'E Saygı Günü (Sigorta Genel Şartlarının Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 49-90.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

HAVUTÇU Ayşe, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına göre Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2003.

HOFFMAN Edgar, **Privatversicherungsrecht**, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1983.

KABUKÇUOĞLU ÖZER Fatma Dilek, **Sigortacılık Kanunu Şerhi**, 1. Baskı, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

KANER İnci, **Sigorta Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

KARA Etem, "Sigorta Genel Şartlarının Hukuki Niteliği", **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S.2 19, Gaziantep, 2020, s. 153-174, (KARA, *Genel Şartlar*)

KARA Etem, **Sigortalanabilir Menfaat İlkesi**, 1.Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, (KARA, *Menfaat*)

KARA Hacı, **Sigorta Hukuku**, 1. Baskı, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020, (KARA, *Sigorta*)

KARAYALÇIN Yaşar, "Taşıma Sigortalarında 'ALL RİSKS' (Bütün riskler) Klozu", **Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, 26-27 Ocak**, Sigorta Hukuku Türk Derneği AIDA. Türk Grubu, Ankara, 1984, s. 203-241, (KARAYALÇIN, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*)

KAŞAK Fahri Erdem, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, 2. Baskı, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

KAŞAK Esra, "Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 sayılı TBK m. 21/2)", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, 2012.

KAYIHAN Şaban/GÜNERGÖK Özcan, **Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, UmuttepeYayınları, İstanbul, 2020.

KAYIHAN Şaban, **Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu**, 1.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, (KAYIHAN, *Prim*)

KENDER Rayegan, **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku**, Güncelleştirilmiş On İkinci Baskı, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2013, (KENDER, *Hususi Sigorta*)

KENDER Rayegan, "Sigorta Sözleşmesinin Tanımı ve Kurulması (TTK Tasarısı Hükümlerinin Değerlendirilmesi İle)", **Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD) Armağan Özel Sayısı**, İstanbul, 2006, s. 517-528.

KENDER Rayegan, "Sigorta Mukavelesinin Akdedilmesi ve Şartları", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 6-7 Ocak**, BTHAE Yayınları, Ankara, 1984, s. 41-73, (KENDER, *Sempozyum*)

KIRCA İsmail, "İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun Üzerine", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, Vedat Kitapçılık, 2. Cilt, İstanbul, 2007, s. 1929-1947.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme**, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

KOENIG W., **Versicherungsrecht**, Verlag Herbert Lang& Cie AG, Bern, 1971.

KUBİLAY Huriye, **Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku**, 1. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 1999.

KUHN Moritz, **Grundzüge des Schweizerischen Privatversicherungsrechts**, Schulthess Polygrapischer Verlag, Zürich, 1989.

MEMİŞ Tekin, **Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi**, 1. Baskı, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2016, (MEMİŞ, *Yargısal Denetim*)

MEMİŞ Tekin, "Sigorta Sözleşmelerinde Kullanılan Genel Şartların Yargısal Denetimi", **Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği, Sempozyum 19-20 Kasım**, İstanbul, 2004, s. 123-149, (MEMİŞ, *Tebliğ*)

OMAĞ Merih Kemal, "Özel Sigorta Hukukunda Muafiyet Klozları", **Özel Sigorta Hukukuna Hâkim İlke ve Kurumlar (1975-2016) Makaleler-Tebliğler**, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 335-354, (OMAĞ, *Muafiyet*)

OMAĞ Merih Kemal, **Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu (TTK m. 1291)**, 1. Baskı, Sigorta Hukuku Türk Derneği AIDA. Türk Grubu, İstanbul, 1985, (OMAĞ, *Riziko*)

ÖZDAMAR Mehmet**, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, (ÖZDAMAR, *Aydınlatma*)

RIXECKER Roland, LANGHEID/RIXECKER, **Versicherungsvertragsgesetz**, 6. Auflage, C.H. Beck, 2019, (RIXECKER, LANGHEID/RIXECKER, *VVG § 1*)

SARIKAYA Murat, **Sözleşmenin Yorumu**, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

SAYHAN İsmet, **Sigorta Sözleşmelerinin Konusu (Aşkın Sigorta-Eksik Sigorta-Sigorta Tazminatının Hesaplanması)**, 1. Baskı, Ankara, 2001.

SCHIMIKOWSKI Peter, **Versicherungsvertragsrecht**, 6. überarbeitete Auflage, C.H.Beck, 2017, 1. Teil, IV. AVB, VVG, (SCHIMIKOWSKI, *VVG*)

SEVİNÇ KUYUCU Aslıhan, "Sigorta Genel Şartlarının Hukuki Niteliği ve Uygulanacak Hükümlerin Belirlenmesine İlişkin Esaslar**", Prof. Dr. Rayegân KENDER'E Saygı Günü (Sigorta Genel Şartlarının Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 1-48.

TOPSOY Fevzi, "İnşaat Sigortası Teminatının Kapsamı", **TBB Dergisi**, 134 (30), Ankara, 2018, s. 519-566.

TÜZEMEN ATİK Ebru/ YOLAL Oğuz, **Sigorta Sözleşmelerinde Prim Ödeme Borcunun Muacceliyeti**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

ÜNAN Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, Sigorta Hukuku, **Cilt I, Genel Hükümler (Madde 1401-1452)**, 1. Baskı, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2016, (ÜNAN, *Cilt 1*)

ÜNAN Samim, **Sigorta Tüketici Hukuku**, 1. Baskı, onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2016, (ÜNAN, Tüketici)

YAZICIOĞLU Emine, **Tekne Sigortası Sözleşmesi**, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, (YAZICIOĞLU, *Tekne*)

YAZICIOĞLU Emine/ŞEKER ÖĞÜZ Zehra, **Sigorta Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

YEŞİLOVA ARAS Ecehan, "Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Kullanılması", **İzmir Barosu Dergisi**, 80(3), İzmir, 2015, s. 447-470.

WANDT Manfred, **Versicherungsrecht**, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2016.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 1077-1102

DIE ENTWICKLUNG DES TÜRKISCHEN ZIVILPROZESSRECHTS IN DEN LETZTEN 10 JAHREN - EIN ÜBERBLICK ÜBER DIE WICHTIGSTEN REFORMEN MIT KOMMENTIERUNG AUS DEUTSCHER SICHT(*)(**)

Arş. Gör. **Mehmet Emin ALPASLAN**(***)
Stj. Av. **Robin STEINER**(****)

Zusammenfassung: Seit ihrer Einführung im Jahr 2011 wurde die türkische Zivilprozessordnung ganze 19 Mal geändert. Die jüngsten Änderungen im Jahr 2020 gaben nun Anlass, einen Blick auf die wichtigsten Änderungen und Entwicklungen des türkischen Zivilprozessrechts in den vergangenen 10 Jahren zu werfen. Die wohl wichtigsten Neuerungen betreffen neben der Einführung einer obligatorischen Mediation, den Instanzenzug, Ausnahmen zum Öffentlichkeitsgrundsatz sowie die Streitwertfestsetzung bei unbezifferten Forderungsklagen, Ausnahmen zum Verbot der Änderung und Erweiterung des Klageantrags und der Verteidigung, den Einsatz von Sachverständigen, die Ergänzung von Entscheidungen sowie die Verhandlung mittels Ton- und Bildübertragung. Die Reformen werden - soweit möglich - mit der deutschen Rechtslage verglichen und aus deutscher Sicht kommentiert.

Stichwörter: Zivilprozessrecht, Mediation, Instanzenzug, Sachverständigenbeweis, Ergänzung Von Entscheidungen, Öffentlichkeitsgrundsatz, Konzentrationsgrundsatz, Unbezifferte Forderungsklage, Verhandlung Mittels Ton- Und Bildübertragung.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 26.01.2022 - Makale Kabul Tarihi: 03.02.2022.

(**) Der Beitrag entstand im Rahmen eines einjährigen Forschungsaufenthalts des Autors Alpaslan an der Professur für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht, Prof. Dr. Wolf-Dietrich Walker, Justus-Liebig-Universität Gießen.

(***) Wiss. Mitarbeiter an der Galatasaray-Universität, Lehrstuhl für Zivilprozessrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht
(ORCID no: 0000-0002-0821-9192; *ealpaslan@gsu.edu.tr*).

(****) ehem. Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht, Prof. Dr. Wolf-Dietrich Walker, Justus-Liebig-Universität Gießen.
(ORCID no: 0000-0002-4881-3321; *Robin_Steiner@t-online.de*).

TÜRK MEDENÎ USÛL HUKUKUNUN SON ON YILDAKİ GELİŞİMİ - ALMAN HUKUKU NAZARINDAN DEĞERLENDİRMELERLE ÖNEMLİ REFORMLARA İLİŞKİN GENEL BİR BAKIŞ

Öz: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 2011 yılında yürürlüğe girmesinden sonra 19 kez değiştirilmiştir. 2020 yılında yapılan son değişiklikler, HMK'nın yürürlüğe girmesinden bu yana geçen 10 yılda medenî usûl hukukundaki bazı temel değişikliklerin ele alınması için bir vesile oldu. Medenî usûl hukukundaki bu temel değişiklikler; zorunlu arabuluculuğun kabulü yanında, kanun yolu sistemi, aleniyet ilkesinin istisnaları, belirsiz alacak davasında talebin nihaîleştirilmesi, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı, bilirkişilik, hükmün tamamlanması ve ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkindir. Söz konusu değişiklikler mümkün olduğu ölçüde Alman hukuku ile mukayese edilmekte ve Alman hukuku nazarından yorumlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Medenî Usûl Hukuku, Arabuluculuk, Kanun Yolu Sistemi, Bilirkişi, Hükmün Tamamlanması, Alenîyet İlkesi, Teksif İlkesi, Belirsiz Alacak Davası, Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma İcrası.

THE DEVELOPMENT OF TURKISH CIVIL PROCEDURE LAW OVER THE LAST 10 YEARS - AN OVERVIEW OF THE MAIN REFORMS WITH COMMENTS FROM THE GERMAN PERSPECTIVE

Abstract: Since its introduction in 2011, the Turkish Civil Procedure Code has been amended 19 times. The authors have taken the recent amendments in 2020 as an occasion to analyze the most important reforms to the civil procedure law over the past 10 years. In addition to the introduction of obligatory mediation, the most important amendments relate to the legal remedies, exceptions to the principle of publicity and the determination of the amount in dispute in the undetermined claim lawsuit, exceptions to the prohibition of extension and modification of the claim and the defense, the use of experts, completion of judgement and the trial by audio and image transmission. As far as possible, the most significant amendments will be compared to German Law and be analysed from German perspective.

Keywords: Civil Procedure Law, Mediation, Legal Remedies, Expert, Completion of Judgement, Principle of Publicity, Concentration Principle, Undetermined Claim Lawsuit, Trial by Audio and Image Transmission.

I. EINLEITUNG

Seit ihrer Einführung im Jahr 2011[1] wurde die türkische Zivilprozessordnung (Türk. ZPO) 19 Mal geändert. Die jüngsten Änderungen vom 22.7.2020 geben Anlass zu einem Überblick über die wichtigsten Entwicklungen der Türk. ZPO in den letzten zehn Jahren.

II. DIE WESENTLICHEN ÄNDERUNGEN IM TÜRKISCHEN ZIVILPROZESSRECHT ZWISCHEN 2011 UND 2021

In den vergangenen zehn Jahren hat die türkische Zivilprozessordnung eine Vielzahl von Reformen erfahren. Die wohl wichtigsten Neuerungen betreffen neben der Einführung einer obligatorischen Mediation, den Instanzenzug, Ausnahmen zum Öffentlichkeitsgrundsatz sowie die Streitwertfestsetzung bei unbezifferten Forderungsklagen, Ausnahmen zum Verbot der Änderung und Erweiterung des Klageantrags, den Einsatz von Sachverständigen, die Ergänzung von Entscheidungen sowie die Verhandlung mittels Ton- und Bildübertragung.

1. Obligatorische und freiwillige Mediation

Zu den zentralen Aspekten der jüngsten Reformen zählen die Regelungen zur Durchführung zwingender Mediationen sowie zur gerichtlichen Hinweispflicht auf freiwillige Mediationen im Rahmen der Vorprüfungsphase des türkischen Zivilprozesses.

A. Türkische Regelung

a. Obligatorische Mediation

2012 wurde das Gesetz über die (freiwillige) Mediation in Zivilsachen eingeführt. Während die Durchführung einer Mediation zunächst noch freiwillig war, wurde in den folgenden Jahren - neben der allgemeinen Anwendung in Zivilsachen - eine „obligatorische" Mediation im Arbeitsrecht[2], im Handelsrecht[3] und bei Verbraucherkonflikten[4] eingeführt,

---

[1] Grundlegend dazu PEKCANITEZ Hakan, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, **Ritsumeikan Law Review** 30 (2013), S. 175; ERDÖNMEZ Güray, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, **Zeitschrift für Zivilprozess International** 16 (2011), S. 273; ÖZKAYA-FERENDECİ Hamide Özden, Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung, **Zeitschrift für Zivilprozess International** 16 (2011), S. 295.

[2] Für arbeitsrechtliche Geldforderungen, Schadenersatzansprüche und Wiedereinstellungsansprüche, Art. 3 Türk. ArbGG.

obwohl die Mediation doch eigentlich eine „alternative Konfliktbeilegungsmethode"[5] ist. Die Mediation ist für diese Streitigkeiten seitdem echte Prozessvoraussetzung. Demnach müssen die Parteien eine Mediation vor einer Klageerhebung durchführen[6].

Im türkischen Schrifttum wird diese Änderung kritisiert.[7] Zum einen ist die Mediation ihrem Ursprung nach freiwillig. Dem widerspricht die Einführung einer obligatorischen Mediation als echte Prozessvoraussetzung. Zum anderen erfasst die obligatorische Mediation auch handelsrechtliche, arbeitsrechtliche oder verbraucherrechtliche Streitigkeiten, welche sich hierdurch nicht zwingend effektiv lösen lassen. Vereinzelt wird deshalb gefordert, den Anwendungsbereich der obligatorischen Mediation klarer zu umschreiben und an die praktischen Bedürfnisse anzupassen.

b. Freiwillige Mediation

Neben der obligatorischen Mediation sollte auch die freiwillige Mediation mehr Bedeutung im türkischen Zivilprozess erhalten. Gem. Art. 137/1, Art. 140/2 und Art. 320/2 Türk. ZPO ist der Richter im Rahmen der Vorprüfungsphase nunmehr dazu verpflichtet, den Parteien zunächst eine Mediation vorzuschlagen. Art. 140/3 Türk. ZPO enthält ergänzende Regelungen über das Ergebnis dieser vom Gericht vorgeschlagenen Mediation. Zudem regelt Art. 36/1 Türk. ZPO mögliche Ablehnungsgründe eines Richters, der zuvor als Mediator in dem jeweiligen Fall aufgetreten ist.

---

3 Für handelsrechtliche Geldforderungen und Schadenersatzansprüche, Art. 5/A Türk. HGB.

4 Für Konflikte, die durch Verbrauchergerichte gelöst werden müssen, Art. 73/A Türk. VerbSchG.

5 PEKCANITEZ Hakan/Atalay Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 9. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2021, S. 628 ff.; ÖZEKES Muhammet, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017**,** S. 2832 ff.; EKMEKÇİ Ömer/ÖZEKES Muhammet/ATALI Murat/SEVEN Vural, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, 2. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2019, S. 28 f.; ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, **Medenî Usul Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021, S. 811 f.; ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, 4. Bası, Yetkin, Ankara, 2021, S. 774; TAŞPOLAT TUĞSAVUL Melis, **Türk Hukukunda Arabuluculuk**, Yetkin, Ankara, 2012, S. 125 ff.

6 KURU Baki/AYDIN Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020, S. 643, S. 657; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Usûl**, S. 212; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, S. 325; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, S. 326 f.

7 PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Usûl**, S. 633; TANRIVER Süha, Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** 147 (2020), S. 119.

Alle weiteren Prinzipien der Mediation werden im entsprechenden Gesetz über die Mediation in Zivilsachen geregelt.

B. Bewertung aus deutscher Sicht

Im deutschen Recht kann zwischen einer Mediation im Sinne eines ergebnisoffenen Konfliktlösungsverfahrens und dem Einsatz von Mediation im Rahmen des Zivilprozesses unterschieden werden.[8] Eine Mediation im erstgenannten Sinne ist nämlich nicht Aufgabe der Judikative, sondern fällt vielmehr in den Bereich privatwirtschaftlicher Betätigung.[9] Eine obligatorische Mediation im Rahmen des Zivilprozesses gibt es in Deutschland - anders als in der Türkei - nicht. Gleichwohl soll § 278a ZPO - ähnlich wie Art. 137/1, Art. 140/2 und Art. 320/2 Türk. ZPO - außergerichtliche Konfliktlösungsverfahren stärken, indem die Einleitung einer Mediation auch nach Einleitung eines Rechtsstreits noch gefördert wird.[10] Beispielsweise kann das Gericht eine Mediation vorschlagen, wenn dem Rechtsstreit ein Konflikt zu Grunde liegt, der im gerichtlichen Verfahren nur schwerlich beizulegen ist, oder eine zwischen den Parteien fortdauernde Beziehung persönlicher oder geschäftlicher Art durch den Ablauf des Rechtsstreits beeinträchtigt werden könnte.[11] Die Vorschrift sieht allerdings nicht vor, dass das Gericht die Parteien zu einem solchen außergerichtlichen Verfahren auch verpflichten kann,[12] oder dass die Durchführung einer Mediation echte Prozessvoraussetzung ist, wie es nach Art. 3 Türk. ArbGG, Art. 5/A Türk. HGB und Art. 73/A Türk. VerbSchG der Fall ist. Nach der Einschätzung des deutschen Gesetzgebers bestehen bei erzwungener Teilnahme an einer Mediation nämlich nur geringe Aussichten auf eine außergerichtliche Einigung.[13] Schließlich kann ein Mediationsverfahren nur dann erfolgreich abgeschlossen werden, wenn die Grundprinzipien der Mediation - wie das tragende Prinzip der Freiwilligkeit

---

8 Zu dieser Unterscheidung schon GREGER Reinhard, Justiz und Mediation - Entwicklungslinien nach Abschluss der Modellprojekte, **NJW** 2007, S. 3262.

9 GREGER, **NJW** 2007, S. 3262.

10 ULRICI Bernhard in **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band 1, 6. Aufl., C.H.Beck, München, 2020, ZPO § 278a Rn. 1; FOERSTE Ulrich in **Musielak/Voit, Zivilprozessordnung**, 18. Aufl., Vahlen, München, 2021, ZPO § 278a Rn. 2.

11 FOERSTE in **Musielak/Voit**, ZPO § 278a Rn. 2 sowie die amtl. Begründung zum MediationsG BT-Drs. 17/5335, S. 20.

12 ULRICI in **MüKoZPO**, ZPO § 278a Rn. 5.

13 ULRICI in **MüKoZPO**, § 278a Rn. 5 m.w.N.

- gewahrt werden. Eine Obliegenheit zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung besteht daher im deutschen Recht nur selten, etwa beim Einigungsstellenverfahren zur Beilegung von wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen nach § 15 X UWG.

Die zwingende Durchführung einer Mediation ist deshalb abzulehnen. Der vermehrte Hinweis der Gerichte auf das alternative Konfliktlösungsverfahren ist dagegen begrüßenswert. Das kann nicht nur zur Entlastung der Gerichte beitragen, sondern fördert auch die Akzeptanz der Ergebnisse, an deren Ausgestaltung die Parteien essenziell mitgewirkt haben.

2. Entwicklungen im Instanzenzug

Bemerkenswert sind zudem die Entwicklungen im Instanzenzug, die durch die verzögerte Arbeitsaufnahme der Berufungsgerichte erst mit erheblicher zeitlicher Verzögerung ihre vollständige Ausprägung erreichen konnten.

A. Türkische Regelung

Zwar ist das türkische Zivilprozessrecht in einem dreistufigen Gerichtssystem organisiert[14], allerdings haben die Berufungsgerichte ihre Tätigkeit erst am 20.7.2016 aufgenommen. Bis dahin bestanden daher praktisch nur zwei Instanzen.

Das hat vor allem zu Rechtsschutzdefiziten im vorläufigen Rechtsschutz geführt. Nach Art. 341/1 Türk. ZPO können die Parteien gegen Entscheidungen im Rahmen von einstweiligen Verfügungsverfahren zwar die Berufung einlegen, jedoch wurde diese Berufung nicht bearbeitet, da die entsprechenden Berufungsgerichte ihre Tätigkeit noch gar nicht aufgenommen hatten. Dieses Problem hat das türkische Kassationsgericht am 21.2.2014 gelöst, indem es schlicht keinen Instanzenzug im einstweiligen Verfügungsverfahren geben sollte.[15] Das hat im Schrifttum starke Kritik erfahren.[16] Seit der Tätigkeitsaufnahme der Berufungsgerichte

---

[14] PEKCANITEZ, **Reform**, S. 177; KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, **Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, 25. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, S. 573 f.

[15] Yargıtay İBK, 21.2.2014, 1/1; RG. 17.04.2014, Sayı: 28975.

[16] UMAR Bilge, Tek Oy Farkı ile Çıkabilen Olmayacak Bir İçtihadı Birleştirme Kararı, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 16 (2014), Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, S. 509 f.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Usûl**, S. 585; ÖZEKES, **Pekcanıtez Usûl**, S. 2490 f.

ist es möglich, gegen einstweilige Verfügungen oder einen Arrest Rechtsmittel einzulegen. Weitere erklärende Regelungen zu Rechtsmitteln gegen einstweilige Verfügungen oder einen Arrest wurden im Jahr 2020 erlassen. Nach Art. 34 des Gesetzes Nr. 7251 kann der Antragsteller gegen die Zurückweisung des einstweiligen Rechtsschutzes (einstweilige Verfügung oder Arrest) und der im Verfahren anwesende Antragsgegner, gegen den eine einstweilige Verfügung oder ein Arrest ergangen ist, Berufung einlegen. Der in der Verhandlung abwesende Antragsgegner kann hingegen Berufung einlegen, wenn sein Widerspruch gegen die Verfügung oder den Arrest erfolglos geblieben ist.[17]

Dass die Berufungsgerichte ihre Tätigkeit erst mit deutlicher Verzögerung aufgenommen haben, hat auch zu Unsicherheiten hinsichtlich der Zuständigkeit von Berufungsgerichten in Schiedsverfahren geführt. Nach Art. 410 der ursprünglichen Fassung der Türk. ZPO waren nämlich die Berufungsgerichte für Streitigkeiten über nationale Schiedsverfahren zuständig. Diese hatten ihre Tätigkeit aber noch gar nicht aufgenommen. Zwischen 2011 und 2018 wurden zur Lösung dieser Zuständigkeitsfrage verschiedene Meinungen in Literatur und Rechtsprechung vertreten.[18] Die insoweit bestandenen Unklarheiten konnten schließlich mit dem Gesetz Nr. 7101 gelöst werden, mit dem die Zuständigkeiten für nationale Schiedsverfahren neu geregelt wurden. Seither ist das Berufungsgericht das für Anfechtungsklagen gegen die Entscheidungen von Schiedsgerichten zuständige Gericht. Für alle andere Streitigkeiten, die nationale Schiedsverfahren betreffen, sind die Handelsgerichte oder Amtsgerichte - abhängig vom konkreten Streitgegenstand - zuständig. Gleiches gilt für internationale Schiedsverfahren.

Im Jahr 2016 gab es in der Türkei bereits sieben Berufungsgerichte. Inzwischen sind es 15. Daher kann für Entscheidungen, die nach dem

---

[17] PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** 150 (2020), S. 283 f.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Usûl**, S. 591 f.; KURU/AYDIN, S. 467; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, S. 610 f.; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, S. 712 f.

[18] PEKCANITEZ Hakan/YEŞİLIRMAK Ali, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017, S. 2625; TAŞPINAR AYVAZ Sema, Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 16 (2014), Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, S. 469 ff.

20.7.2016 getroffen wurden, in der Türkei auch tatsächlich der dreistufige Instanzenzug beschritten werden. Andere (frühere) Entscheidungen müssen sich nach dem alten Instanzenzugsystem[19] richten (vgl. Übergangvorschrift 2/3 Türk. ZPO). Demnach ist für solche Entscheidungen die Berufung nicht statthaft und die Parteien müssen sofort einen Revisionsantrag stellen. Wird eine Entscheidung durch das Kassationsgericht aufgehoben und zur erneuten Entscheidung an das Instanzgericht zurückverwiesen, obwohl die neue Entscheidung nach dem 20.7.2016 datiert, ist nur die Revision statthaft.

In der ursprünglichen Türk. ZPO galt für Berufung und Revision zudem eine feststehende Wertgrenze[20]. Seit dem 24.11.2016 werden die Wertgrenzen nun jährlich neu kalkuliert und nach dem sog. Wiederwertmaßstab, der vom Finanzministerium anhand der Inflationsrate festgestellt wird, ermittelt (vgl. zusätzlicher Art. 1 Türk. ZPO). Für das Jahr 2022 liegt die untere Wertgrenze für eine Berufung bei 8.000 Türkischen Lira (≈ 527,01 €) und für eine Revision bei 107.090 Türkischen Lira (≈ 7.054,68 €).

B. Bewertung aus deutscher Sicht

Nach der deutschen ZPO ist die Berufung nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 600 € übersteigt (§ 511 II Nr. 1 ZPO) oder das erstinstanzliche Gericht die Berufung im Urteil zulässt (§ 511 II Nr. 2 ZPO). Das soll der Entlastung der Gerichte von Bagatellstreitigkeiten dienen.[21] Anders als in der Türkei wird der Wert des Beschwerdegegenstands jedoch nicht regelmäßig anhand äußerer Faktoren wie der Inflationsrate oder ähnlicher Parameter bestimmt, sondern entspricht schlicht der festen Wertgrenze für das vereinfachte Verfahren bei den Amtsgerichten nach § 495a ZPO.[22]

Insgesamt kann festgehalten werden, dass sich die Türkei mit der Erhöhung der Anzahl der Berufungsgerichte auf 15 und der

---

[19] PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Usûl**, S. 523 f.; KURU Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku**, Legal, İstanbul, 2016, S. 749 f.

[20] Für immaterielle Schadensersatzansprüche (Schmerzensgeldansprüche) gibt es keine Wertgrenze für eine Berufung (Art. 341/2 Türk. ZPO).

[21] WÖSTMANN Heinz in **Saenger, Zivilprozessordnung**, 9. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2021, ZPO § 511 Rn. 14.

[22] BALL Wolfgang in **Musielak/Voit, Zivilprozessordnung**, 18. Aufl., Vahlen, München, 2021, ZPO § 511 Rn. 16; WÖSTMANN in **Saenger**, ZPO § 511 Rn. 14.

Implementierung eines dreistufigen Gerichtssystems jedenfalls allmählich europäischen Standards annähert. Die in den vergangenen Jahren zu beobachtende Entwicklung ist jedenfalls sehr zu begrüßen, weshalb insoweit zu hoffen bleibt, dass die Einrichtung weiterer Berufungsgerichte vorangetrieben wird.[23]

3. Öffentlichkeitsgrundsatz

Eine weitere Neuerung der Türk. ZPO besteht in der Einführung einer weiteren Ausnahme vom Öffentlichkeitsgrundsatz.

A. Türkische Regelung

Nach Art. 28 Türk. ZPO finden Gerichtssitzungen sowie Verkündungen grundsätzlich öffentlich statt.[24] Zwei Ausnahmen enthielt die ursprüngliche Türk. ZPO in Art. 28/2. Danach konnte der Richter zum Schutz der Allgemeinsitte oder der allgemeinen Sicherheit - *ex officio* oder auf Antrag - die Öffentlichkeit ausschließen. Mit der jüngsten Reform der Türk. ZPO hat der Gesetzgeber eine weitere Ausnahme eingeführt: Das „überragende schutzwürdige Interesse" eines Beteiligten an der Nichtöffentlichkeit.

Diese Änderung wurde für ihren unklaren Wortlaut in der Literatur kritisiert. Es sei nicht eindeutig, was unter einem „überragenden schutzwürdigen Interesse" zu subsumieren sei.[25] Zudem könne dies in der Praxis für massive Rechtsunsicherheit sorgen. Etwaige Streitigkeiten über den Begriff des „überragenden schutzwürdigen Interesses" könnten die Verfahrensdauer unnötig in die Länge ziehen. Darüber hinaus wird das Vertrauen in den Öffentlichkeitsgrundsatz getrübt, wenn Ausnahmen hiervon - aus für die Allgemeinheit nicht nachvollziehbaren Gründen und insoweit mehr oder minder willkürlich - gemacht werden können.[26]

---

[23] So schon RECHBERGER Walter H., Das neue türkische Zivilprozessrecht aus der Sicht eines österreichischen Prozessualisten, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 16 (2014), Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, S. 326.

[24] PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Usûl**, S. 199 f.; KURU/AYDIN, S. 41 f.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, S. 149 f.; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, S. 121 f.

[25] PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Değerlendirme**, S. 269; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Usûl**, S. 200; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, S. 124.

[26] PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Değerlendirme**, S. 269.

B. Bewertung aus deutscher Sicht

Auch im deutschen Zivilprozess gilt für mündliche Verhandlungen der Grundsatz der Öffentlichkeit (§§ 169 ff. GVG). Danach steht jedermann - d.h. auch denjenigen, die nicht Prozessbeteiligte sind - der Zutritt zum Verhandlungsraum frei und ihnen muss im Rahmen der verfügbaren Plätze eine Teilnahme an der Verhandlung als Zuhörer möglich sein.[27] Zweck dieses tragenden Prinzips des Verfahrensrechts[28] ist die Kontrolle staatlicher Machtausübung, die Stärkung der richterlichen Unabhängigkeit sowie das Vertrauen der Öffentlichkeit in eine unabhängige Rechtspflege durch eine transparente richterliche Tätigkeit zu stärken.[29] Ausnahmen vom Öffentlichkeitsgrundsatz bestehen bei gesetzlich festgelegten besonders schützenswerten Interessen. Im Unterschied zur türkischen ZPO, welche seit dem 22.7.2020 den unbestimmten Begriff des „überragenden schutzwürdigen Interesses" (Art. 28 Türk. ZPO) als Ausschlussgrund aufführt, sind die Voraussetzungen der einzelnen Ausschließungsgründe der §§ 170 ff. GVG klar bestimmbar. Nicht öffentlich sind beispielsweise Verhandlungen in Familiensachen (§ 170 GVG), um dem Interesse der Verfahrensbeteiligten am Schutz ihrer Intimsphäre Rechnung zu tragen.[30] Dieses Ziel verfolgt auch § 171b GVG, der gleichermaßen den Persönlichkeitsschutz der Verfahrensbeteiligten stärkt.[31] Darüber hinaus kann das Gericht für die Verhandlung oder für einen Teil davon die Öffentlichkeit ausschließen, wenn einer der in § 172 Nr. 1-4 GVG genannten Gründe vorliegt. Schutzzweck ist hier der Geheimnisschutz (Nr. 1 Alt. 1; Nr. 2, 3).[32] § 172 Nr. 1 GVG betrifft die Gefährdung der Staatssicherheit und der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit, Nr. 1a die Gefährdung einzelner Personen, Nr. 2 geschäftliche und steuerliche

---

[27] PABST Steffen in **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band 3, 6. Aufl., C.H.Beck, München, 2022, GVG § 169 Rn. 1; MUSIELAK Hans-Joachim in **Musielak/Voit, Zivilprozessordnung**, 18. Aufl., Vahlen, München, 2021, Einleitung Rn. 49; HÜßTEGE Rainer in **Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung**, 42. Aufl., C.H.Beck, München, 2021, GVG § 169 Rn. 1.

[28] PABST in **MüKoZPO**, Band 3, GVG § 169 Rn. 1.

[29] PABST in **MüKoZPO**, Band 3, GVG § 169 Rn. 1; MUSIELAK in **Musielak/Voit**, Einleitung Rn. 50.

[30] So schon OLG Köln 7.11.1984 - 16 U 102/84, NJW-RR 1986, 560 (561).

[31] ALLGAYER Angelika in **Beck'scher Online-Kommentar Gerichtsverfassungsgesetz**, 13. Edition Stand 15.02.2021, GVG § 171b Rn. 1.; PABST in **MüKoZPO**, Band 3, GVG § 171b Rn. 1.

[32] PABST in **MüKoZPO**, Band 3, GVG § 172 Rn. 1

Geheimnisse, Nr. 3 private Geheimnisse und Nr. 4 die Vernehmung Jugendlicher. Die Ausnahmen von einem Verfahrensgrundsatz wie der Öffentlichkeit müssen klar bezeichnet sein und sollten nicht von ausfüllungsbedürftigen Formulierungen wie „überragendem Interesse" abhängen. Es ist zu hoffen, dass der türkische Gesetzgeber den Anwendungsbereich dieser Ausnahme genauer skizziert oder sie wieder gänzlich aufgibt.

4. Streitwertfestsetzung bei unbezifferten Forderungsklagen

Des Weiteren hat der türkische Gesetzgeber den Zeitpunkt, an dem der Kläger seinen Klageantrag in unbezifferten Forderungsklagen bestimmen muss, neu geregelt.

A. Türkische Regelung

Grundsätzlich muss der Kläger den Betrag, den er einklagen möchte, angeben. Die Möglichkeit unbezifferter Forderungsklagen wurde erstmals mit Art. 107 Türk. ZPO vom 12.1.2011 eingeführt. Zuvor waren unbezifferte Forderungsklagen nach geltendem türkischem Zivilprozessrecht nicht vorgesehen.[33]

Nach der ursprünglichen Fassung des Art. 107 Türk. ZPO konnte der Kläger die Höhe oder den Wert der Forderung, den er einklagen will, festsetzen, wenn dieser durch das Verfahren oder die Informationen, die er durch den Beklagten erhalten hat, bezifferbar geworden ist.[34] Der Kläger konnte die Bestimmung allerdings während des Verfahrens ändern oder anpassen. Demnach war es ihm erlaubt, die Höhe dessen, was er vor Gericht einklagt, zu ändern. Eine Bindung an die ursprünglich im Klageantrag bestimmte Höhe der Forderung bestand nicht. In den letzten neun Jahren seit der Ermöglichung unbezifferter Forderungsklagen war es in der Praxis regelmäßig so, dass der Kläger diese Festsetzung auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens vor oder während des Prozesses traf.

Mit der jüngsten Reform vom 22.7.2020 hat der türkische Gesetzgeber den Gerichten nunmehr die Aufgabe übertragen, dem Kläger für die Festsetzung des einzuklagenden Betrages eine Frist zu setzen. Nach Art. 7

---

[33] PEKCANITEZ, **Reform**, S. 181.

[34] PEKCANITEZ Hakan, **Belirsiz Alacak Davası**, Yetkin, Ankara, 2011, S. 51 f.; SİMİL Cemil, **Belirsiz Alacak Davası**, On İki Levha, İstanbul, 2013, S. 273 f.

des Gesetzes Nr. 7251 muss der Richter dem Kläger wenn die Höhe oder der Wert der Forderung - etwa durch ein entsprechendes Sachverständigengutachten - bestimmbar ist eine zweiwöchige Frist setzen, um den Klageantrag final zu beziffern. Bei dieser Frist handelt es sich um eine Notfrist, die weder durch das Gericht noch durch Parteivereinbarung verlängert oder verkürzt werden kann. Bei schuldloser Versäumung der Festsetzungsfrist ist jedoch eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand möglich (Art. 95/1 Türk. ZPO). Diese Gesetzesänderung wurde von Teilen der Literatur kritisiert, da es eine entsprechende Aufgabe des Richters bei vergleichbaren Klagearten (insbesondere bei Teilklagen) nicht gibt.[35]

B. Bewertung aus deutscher Sicht

Im deutschen Zivilprozessrecht verlangt das Bestimmtheitsgebot des § 253 II ZPO grundsätzlich die Stellung eines bezifferten Antrags.[36] Das gilt auch für Zahlungsklagen.[37] Ausnahmsweise können aber auch unbezifferte Zahlungsanträge zulässig sein.[38] Bei einer Klage auf Ersatz des immateriellen Schadens (sog. Schmerzensgeld) bleibt die genaue Bemessung des Ersatzes beispielsweise dem Gericht überlassen. Für die ordnungsgemäße Klageerhebung reicht es aus, dass der Kläger dem Gericht die hinreichend konkreten Umstände des anspruchsbegründenden Sachverhalts darlegt. Das Gericht kann, wenn es der Klage stattgibt, die klägerisch vorgestellte Größenordnung beim Schmerzensgeld - ohne Verstoß gegen § 308 ZPO - nach oben überschreiten. Dies stellt daher eine Ausnahme von der grundsätzlichen Bindung des Gerichts an die Parteianträge dar. Normalerweise darf der Richter nicht mehr zusprechen als durch die Parteien beantragt wurde (§ 308 ZPO). Infolgedessen ist für die Erhebung einer solchen Klage - entgegen § 253 II Nr. 2 ZPO - nicht mehr die genaue Bezifferung des geltend gemachten immateriellen Schadens

---

35 So PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Değerlendirme**, S. 270. Siehe auch ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, S. 338 f. **A.A.** und die Änderung insgesamt befürwortend ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, S. 298; ÖZTEK Selçuk/TAŞPINAR AYVAZ Sema/KALE Serdar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifi'nin Değerlendirilmesi, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 149 (2020), S. 102 f.

36 FOERSTE in **Musielak/Voit**, ZPO § 253 Rn. 29; SEILER Christian in **Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung**, 42. Aufl., C.H.Beck, München, 2021, ZPO § 253 Rn. 11.

37 FOERSTE in **Musielak/Voit**, ZPO § 253 Rn. 29.

38 Zur Zulässigkeit unbezifferter Zahlungsanträge siehe SEILER in **Thomas/Putzo**, ZPO § 253 Rn. 11.

erforderlich.[39] Der Kläger stellt demnach mit seinem unbezifferten Antrag die Entscheidung über die *konkrete* Anspruchshöhe in das Ermessen des Gerichts. Der Streitwert ist in diesen Konstellationen nach § 48 I 1 GKG, § 3 ZPO in freier Schätzung festzusetzen. Unbezifferte Klageanträge sind auch in anderen Fallgestaltungen denkbar. Die gleichen Grundsätze dürften etwa beim Regelunterhalt im Verfahren des minderjährigen Kindes (§ 249 FamFG), bei sog. Mehrbedarfsrente[40] sowie für die Unterhaltsschadensrente bei Ersatzansprüchen Dritter bei Tötung (§ 844 II BGB) und für den Streitwert bei unbeziffertem Antrag auf Festsetzung einer Erfindervergütung[41] gelten.[42]

Die gesetzliche Verpflichtung des Gerichts in der türkischen ZPO zur Aufforderung des Klägers, den Klageantrag final festzusetzen, ist in der Tat nicht ganz unproblematisch. Schließlich drückt das Gericht damit aus, der Sachverhalt sei spätestens zu diesem Zeitpunkt nach Auffassung des Gerichts so hinreichend aufgeklärt, dass über die Höhe des Antrags final befunden werden könne.

5. Verbot der Änderung oder Erweiterung des Antrags und der Verteidigung

Eine weitere wesentliche Änderung der Türk. ZPO besteht mit Art. 15 des Gesetzes Nr. 7251 in der Aufhebung eines Ausnahmegrundes der Klageänderung bzw. -erweiterung.

A. Türkische Regelung

Der Konzentrationsgrundsatz ist eine wichtige Prozessmaxime im türkischen Zivilprozessrecht[43]. Nach der ursprünglichen Fassung der Türk. ZPO durften die Parteien ihren Antrag nur bis zum Zeitpunkt der

---

39 SEILER in **Thomas/Putzo**, ZPO, § 253 Rn. 12.

40 Vgl. etwa BGH 12.7.2005 - VI ZR 83/04, NZV 2005, S. 629 sowie die Besprechung dieser Entscheidung und die Einordnung des Rentenbegehrens als Mindestbegehren von HUBER Christian, Behindertengerechter Umbau - hat es der Schlossherr besser?, **NZV** 2005, S. 622.

41 Siehe hierzu nur BGH 12.6.2012 - X ZR 104/09, GRUR 2012, S. 959.

42 Zu weiteren Einzelfällen siehe FOERSTE in **Musielak/Voit**, ZPO § 253 Rn. 35.

43 PEKCANITEZ, **Reform**, S. 182; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Usûl**, S. 188 f.; ERDÖNMEZ Güray, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017, S. 809 f.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, S. 160 f.; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, S. 107 f.; POSTACIOĞLU İlhan E./ALTAY Sümer, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 8. Bası, Vedat, İstanbul, 2020, Rn. 336 f.

Einreichung der Replik bzw. Duplik erweitern, ändern oder neue Tatsachen einführen (Art. 141 Türk. ZPO). Eine bedeutende Ausnahme bestand in der ursprünglichen Fassung der Türk. ZPO: Sofern eine Partei an der Vorprüfungssitzung nicht teilgenommen hatte, durfte die anwesende Partei ihren Antrag erweitern, ändern oder neuen Tatsachen einbringen (vgl. die ursprüngliche Fassung von Art. 141/1 Satz 2 Türk. ZPO). Mit der jüngsten Reform der Türk. ZPO vom 22.7.2020 wurde diese Ausnahme nunmehr aufgehoben (Art. 15 des Gesetzes Nr. 7251). Nach der Einreichung der Replik bzw. Duplik dürfen die Parteien seither nur noch mit der Einwilligung der Gegenseite oder mittels einer einmaligen Abänderungsmöglichkeit nach den Art. 176-182 Türk. ZPO ihren Antrag erweitern, ändern oder neue Tatsachen einführen (Art. 141/2 Türk. ZPO).

Diese Neuerung in der Türk. ZPO hat in der Literatur ebenfalls Kritik erfahren[44], da die bis dato geltende Ausnahme von großer praktischer Bedeutung war. Die Vorprüfung ist seit 2011 eine neue Phase des Zivilprozesses. Da bislang eine Änderungsmöglichkeit der an der Vorprüfung teilnehmenden Partei bei gleichzeitiger Abwesenheit der gegnerischen Partei bestand, förderte dies im Allgemeinen die Teilnahme der Parteien an der Vorprüfung.[45] Diese Ausnahme stellte daher eine Sanktion für die Abwesenheit der einen Partei dar.[46] Mit dem Wegfall dieses Privilegs entfällt das Interesse der Parteien an der Vorprüfung teilzunehmen, weshalb die Vorprüfungsphase nun insgesamt an Bedeutung verlieren dürfte.

B. Bewertung aus deutscher Sicht

Im deutschen Recht wird der Streitgegenstand durch die Klageerhebung - also mit Zugang der Klageschrift beim Beklagten - verbindlich festgelegt.[47] Von diesem Zeitpunkt an kann ihn der Kläger grundsätzlich nicht mehr ändern.[48] Ausnahmsweise ermöglicht die ZPO jedoch die Zulässigkeit solcher Klageänderungen. Die Beschränkung der Zulässigkeit von

---

44 PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Değerlendirme**, S. 274.

45 PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Değerlendirme**, S. 274.

46 PEKCANITEZ Hakan, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017, S. 1269.

47 BECKER-EBERHARD Ekkehard in **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band 1, 6. Aufl., C.H.Beck, München, 2020, ZPO § 263 Rn. 1.

48 BECKER-EBERHARD in **MüKoZPO**, Band 1, ZPO § 263 Rn. 1.

Klageänderungen soll verhindern, dass dem Beklagten die Verteidigung erschwert wird.[49] Die verbleibenden Möglichkeiten der Klageänderung dienen dem Interesse des Klägers, dem es möglich sein muss, sein Klagebegehren etwa an veränderte Umstände anpassen zu können. Würde man den Kläger stets zum Festhalten an seinem ursprünglichen Klageantrag zwingen, würde dies der Prozessökonomie zuwiderlaufen und unnötig Justizressourcen verschwenden. Diesen gegensätzlichen Interessen wird Rechnung getragen, indem die Klageänderung die Einhaltung bestimmter Voraussetzungen erfordert. Eine zulässige Klageänderung nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit setzt daher gem. § 263 ZPO voraus, dass das neue Klagebegehren die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt[50] und der Beklagte einwilligt[51] oder das Gericht die Klageänderung für sachdienlich[52] erachtet.

§ 264 ZPO stellt eine Besonderheit im Rahmen der Klageänderung dar, da die aufgelisteten Fälle nicht den Voraussetzungen der allgemeinen Klageänderung nach § 263 ZPO genügen müssen. Die Formulierung der Vorschrift ist insoweit missverständlich, als die aufgelisteten Fälle nicht als eine Änderung der Klage anzusehen sind.[53] Demnach liegt schon keine Klageänderung vor, wenn ohne Änderung des Klagegrundes die tatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden (Nr. 1), da sowohl Rechtsausführungen als auch die Ergänzung oder Berichtigung des Tatsachenvortrags den Klagegrund nicht ändern.[54] Eine stets zulässige Klageänderung, die nicht die Einhaltung der Voraussetzungen nach § 263 ZPO erfordert, besteht, wenn der Klageantrag in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt wird (Nr. 2) oder statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eintretenden Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird (Nr. 3).

Aus deutscher Sicht kann im Ergebnis der Aufgabe der oben skizzierten Ausnahmen zur Möglichkeit der Erweiterung oder Änderung des Klageantrags in der Türk. ZPO nicht beigepflichtet werden. Wenn man den

---

49 BECKER-EBERHARD in **MüKoZPO**, Band 1, ZPO § 263 Rn. 1.

50 BECKER-EBERHARD in **MüKoZPO**, Band 1, ZPO § 263 Rn. 27.

51 Zum Begriff der Einwilligung FOERSTE in **Musielak/Voit**, ZPO § 263 Rn. 6a.

52 Zum Begriff der Sachdienlichkeit FOERSTE in **Musielak/Voit**, ZPO § 263 Rn. 7.

53 Zu dieser unpräzisen Formulierung siehe nur SEILER in **Thomas/Putzo**, ZPO § 264 Rn. 1.

54 BECKER-EBERHARD in **MüKoZPO**, Band 1, ZPO § 264 Rn. 6 ff. sowie mit praktischen Anwendungsfällen in Rn. 10.

Kläger nämlich zwingt, an seinem ursprünglichen Klageantrag festzuhalten, muss dieser im Nachgang des Verfahrens weitere Klagen erheben, um seine Ansprüche effektiv durchsetzen zu können, sofern nicht eine erneute Klageerhebung durch Verbrauch des Streitgegenstands ausscheidet.

6. Sachverständigenbeweis

Ein großes Problem im türkischen Zivilprozessrecht ist der Einsatz von Sachverständigen für die Klärung juristischer Fragen. Dieser Praxis versucht der Gesetzgeber seit Jahren Einhalt zu gebieten.

A. Türkische Regelung

Das Sachverständigengutachten ist in der türkischen Gerichtspraxis ein sehr probates Mittel. Vor der Einführung der Türk. ZPO im Jahr 2011 haben die Gerichte häufig Gutachten in Auftrag gegeben, die nicht allein fachliche Probleme betrafen, sondern zum Teil auch juristische Fragestellungen behandelten.[55] Da aber die Anwendung des Gesetzes Aufgabe der Richter ist, hat der Gesetzgeber in der ursprünglichen Fassung der Türk. ZPO mehrmals und eindeutig geregelt, dass die Einholung von Sachverständigengutachten für juristische Fragestellungen verboten ist (Art. 266/1 S. 2 und Art 279/4 Türk. ZPO). Die erhoffte Wirkung ist jedoch ausgeblieben, da die Gerichte weiterhin Gutachten für juristische Unklarheiten in Auftrag gegeben haben.

Daher hat der Gesetzgeber im Jahr 2016 ein spezielles Gesetz für Sachverständige eingeführt, das neben der Organisation und der Zulassung als Sachverständiger erneut das Verbot des Rückgriffs auf Sachverständige für juristische Fragestellungen regelt.[56]

B. Bewertung aus deutscher Sicht

In Deutschland ist der Rückgriff auf gerichtliche Sachverständige zurückhaltender. Grundsätzlich ist danach zu differenzieren, ob das Sachverständigengutachten als Beweismittel oder der Sachverständige selbst als Berater des Gerichts fungiert. Der Beweis durch gerichtlich bestellte Sachverständige ist in den §§ 402-412 ZPO geregelt. Anders als beim

---

[55] PEKCANITEZ, **Reform**, S. 185.

[56] PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Usûl**, S. 418 f.; TANRIVER Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020, S. 899 f.; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, S. 533.

Parteigutachter, der als Zeuge benannt wird oder ein Gutachten als Urkunde vorlegt, wird in diesen Fällen dadurch Beweis erhoben, dass ein Gericht einen Sachverständigen damit beauftragt, zu einer bestimmten Frage Stellung zu nehmen, über die der Richter keine eigene Fachkenntnis hat. Die Feststellungen und Stellungnahmen des Gutachters zum jeweiligen Thema bringt dieser dann in der Regel durch ein mündliches und schriftliches Gutachten in den Prozess ein.

Gleichwohl ist zu beachten, dass seit dem 1.2.2020 das Gericht von Amts wegen die Hinzuziehung eines Sachverständigen gem. § 144 I 1 ZPO anordnen kann. Bis dato war nur die „Begutachtung durch Sachverständige" vorgesehen. Damit soll jedoch keine Änderung der inhaltlichen Ausgestaltung verbunden sein. Ziel dieser Änderung war es vielmehr, deutlicher als bisher zu regeln, „dass sich die Gerichte zur fachlichen Unterstützung der besonderen Sachkunde von Sachverständigen auch unabhängig von einer Beweisaufnahme in einem früheren Verfahrensstadium verfahrensbegleitend zu Beratungszwecken bedienen kann"[57]. Der Sachverständige erbringt in dieser Funktion kein Gutachten, das als Beweismittel dient, sondern ist ein Berater des Gerichts.[58] Zwar wird der Gutachter bei einer Hinzuziehung durch das Gericht gewissermaßen dessen Gehilfe, indem er aus einer neutralen und unabhängigen Position dem Gericht über die konkrete Frage Bericht erstattet. Anders als in der Türkei berät der Gutachter das Gericht aber nicht extern in juristisch schwierigen Fragen.

Diese Aufgabe ist den Richtern vorbehalten. Insoweit bleibt zu hoffen, dass sich die türkischen Gerichte den neuen gesetzlichen Vorgaben anpassen und ihre Rechtsfindung alleine durchführen.

7. Ergänzung von Entscheidungen

Mit dem neu eingefügten Art. 305/A Türk. ZPO ist es nun möglich, die Ergänzung einer Entscheidung zu beantragen.

---

[57] BT-Drs. 19/13828, S. 18.

[58] BT-Drs. 19/13828, S. 18; STAMM Jürgen, Zur Rechtsstellung des Sachverständigen im Zivilprozess und den daraus resultierenden Möglichkeiten zur Verbesserung der Zusammenarbeit mit dem Gericht, **Zeitschrift für Zivilprozess** 124 (2011), S. 437.

A. Türkische Regelung

In der ursprünglichen Fassung der Türk. ZPO gab es die Möglichkeit, eine Erklärung der Entscheidung durch das Gericht zu beantragen (Art. 305 Türk ZPO) sowie die Entscheidung nachträglich zu berichtigen (Art. 304 Türk. ZPO). Die Berichtigung war auf Antrag der Parteien oder durch das Gericht selbst möglich. Eine gesetzliche Regelung über die Ergänzung der Entscheidung im Zivilprozess gab es jedoch nicht.[59]

Mit Art. 27 des Gesetzes Nr. 7251 hat der türkische Gesetzgeber Art. 305/A Türk. ZPO eingefügt, nach dem eine Ergänzung der Entscheidung möglich ist. Die Parteien können innerhalb eines Monats nach der Zustellung der Entscheidung eine Ergänzung beantragen, wenn das Gericht über einen wesentlichen Punkt nicht entschieden hat.[60] Über diese Punkte kann das Gericht dann eine Zusatzentscheidung treffen, gegen die die Parteien wiederum die entsprechenden Rechtsmittel nutzen können. Die Einführung dieser Möglichkeit zur nachträglichen Ergänzung von Entscheidungen hat in der Literatur im wesentlichen Anklang gefunden.[61]

B. Bewertung aus deutscher Sicht

Auch in Deutschland ist die Ergänzung eines versehentlich lückenhaften Urteils gem. § 321 ZPO möglich.[62] Sofern der Kläger allerdings die Korrektur eines fehlerhaften Urteils verfolgt, muss er dies mithilfe eines Rechtsmittels geltend machen.[63] Voraussetzung einer Ergänzung des Urteils nach § 321 ZPO ist, dass ein Anspruch in einem Haupt- oder Nebenpunkt versehentlich nicht beschieden oder eine Kostenentscheidung ganz oder teilweise übergangen wurde.[64] Der Anspruch darf weder zugesprochen noch

---

59 Früher gab es diese Möglichkeit nach Art. 437 Türk. ZPO nur im Schiedsverfahren.

60 PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Usûl**, S. 442 f.; KURU/AYDIN, S. 593 f.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, S. 517; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, S. 571 f.; BELGİN GÜNEŞ Derya, Medenî Usûl Hukukunda Hükmün Tamamlanması (HMK m. 305/A), **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 12 (1), 2021, S. 314 f.

61 PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Değerlendirme**, S. 279 f.; ÖZTEK/TAŞPINAR AYVAZ/KALE, S. 136 f.

62 BGH 25.4.2017 - VIII ZR 208/16, BeckRS 2017, S. 111983; BVerfG 27.4.2000 - 1 BvR 2077/99, NJW-RR 2000, S. 1664. Zum Ganzen: ELZER Oliver in **Beck'scher Online-Kommentar Zivilprozessordnung**, 43. Edition Stand 1.12.2021, ZPO § 321 Rn. 1 ff.; MUSIELAK Hans-Joachim in **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band 1, 6. Aufl., C.H.Beck, München, 2020, ZPO § 321 Rn. 1 ff.

63 ELZER in **BeckOK ZPO**, 43. Edition Stand 1.12.2021, ZPO § 321 Rn. 2 m.w.N.

64 ELZER in **BeckOK ZPO**, 43. Edition Stand 1.12.2021, ZPO § 321 Rn. 5; MUSIELAK in **MüKoZPO**, Band 1, ZPO § 321 Rn. 1 ff.

abgewiesen worden sein, sodass ohne eine Ergänzung des unvollständigen - im Übrigen aber fehlerfreien - Urteils nach Rechtskraft der Entscheidung erneut geklagt werden müsste.[65]

Sowohl in der Türkei als auch in Deutschland ist es nunmehr möglich, die Ergänzung über nicht beschiedene Aspekte eines Urteils zu beantragen. Dadurch wird eine erneute Klage obsolet, was im Ergebnis besonders aus prozessökonomischen Gründen begrüßenswert ist.

8. Verhandlungen mittels Ton- und Bildübertragung

Zudem besteht eine wesentliche Änderung der Türk. ZPO in der Möglichkeit, die Parteien, Zeugen und Sachverständige bereits auf Antrag einer Partei oder auch *ex officio* per Ton- und Bildübertragung nach Art. 149 Türk. ZPO anzuhören.

A. Türkische Regelung

Ursprünglich war eine Gerichtssitzung durch Ton- und Bildübertragung nur möglich, wenn beide Parteien dem zugestimmt haben (Art. 149 Türk. ZPO a.F.). Durch Art. 17 des Gesetzes Nr. 7251 kann das Gericht nunmehr gem. Art. 149/1 Türk. ZPO auf Antrag eine Partei oder ihren Prozessbevollmächtigten per Ton- und Bildübertragung hören. Damit ist die Zustimmung der anderen Partei ist obsolet geworden.

Ebenso wurde die Regelung über die Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen angepasst. Für die Anhörung von Zeugen oder Sachverständige mittels Ton- und Bildübertragung ist nicht länger eine Zustimmung beider Parteien nötig. Mit der Änderung durch Art. 17 des Gesetzes Nr. 7251 kann das Gericht nunmehr *ex officio* oder auf Antrag einer Partei Zeugen oder Sachverständiger durch Ton- und Bildübertragung hören (Art. 149/2 Türk. ZPO).

Die Änderung von Art. 149/1 und Art. 149/2 Türk. ZPO wird vielfach kritisiert, weil es nicht nur dem Grundsatz der Unmittelbarkeit, sondern auch dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit widerspricht, wenn nicht

---

[65] Dazu BGH 5.2.2003 - IV ZR 149/02, NJW 2003, 1463; BGH 7.12.1995 - III ZR 141/93, NJW-RR 1996, 379; BGH 25.6.1996 - VI ZR 300/95, NJW-RR 1996, 1238; *BAG* 23.6.1993 - 2 AZR 56/93, NJW 1994, 1429 (1429); OLG Frankfurt 14.12.1988 - 22 W 51/88, NJW-RR 1989, 640; ELZER in **BeckOK ZPO**, 43. Edition Stand 1.12.2021, ZPO § 321 Rn. 5.

beide Parteien physisch im Gerichtssaal anwesend sind.[66] Dieser Widerspruch wiegt nun umso mehr, da nur die Zustimmung einer Partei zur Teilnahme an einer Gerichtsverhandlung per Bild- und Tonübertragung notwendig ist.

B. Bewertung aus deutscher Sicht

Auch die deutsche ZPO ermöglicht durch § 128a ZPO die Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung in der mündlichen Verhandlung (Abs. 1) und in der Beweisaufnahme (Abs. 2) durchzuführen.[67] Mit dieser Möglichkeit lässt der deutsche Gesetzgeber im Interesse der Prozessökonomie eine Durchbrechung des Grundsatzes der Mündlichkeit zu.[68] Einer Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung kann das Gericht entweder auf Antrag gestatten oder von Amts wegen festlegen (§ 128a I 1 ZPO). Das Erfordernis des Einverständnisses beider Parteien ist mit der letzten Änderung der Vorschrift vom 1.1.2013 entfallen, um die Durchführung von Verhandlungen im Wege der Bild- und Tonübertragung zu fördern. Bislang konnte sich diese neue Form der Übertragung sowohl aufgrund der oftmals fehlenden technischen Ausstattung der Gerichte und Parteien als auch des fehlenden Einverständnisses beider Parteien nicht durchsetzen. Das zuletzt genannte Hindernis fiel 2013 mit der Änderung der ZPO weg.[69] Die praktischen Erfahrungen mit § 128a ZPO sind jedoch wohl insgesamt als positiv zu bewerten.[70]

Eine Gestattung der Zuschaltung von Parteien oder Prozessbeteiligten sah auch das Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) in einem zwischen dem 29.5.2020 und 31.12.2020 pandemiebedingt geltendem § 114 III ArbGG vor. Hiernach konnte das Gericht den Parteien von Amts wegen gestatten,

---

66 PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi**, Lexpera Blog, https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/, § B, 17 (zuletzt abgerufen am 24.01.2022); BOLAYIR Nur, Fransız Hukuku'ndaki Düzenlemeler Işığında Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşmaların İcrası, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 2 (2020), S. 1176 f.

67 VON SELLE Dirk in **Beck'scher Online-Kommentar Zivilprozessordnung**, 43. Edition Stand 1.12.2021, ZPO § 128a Rn. 1; BT-Drs. 14/6036, S. 119 f.

68 BT-Drs. 14/6036, S. 119.

69 Siehe hierzu nur der Gesetzentwurf vom 24.3.2010 BT-Drs. 17/1224, S. 10.

70 Vgl. nur PRÜTTING Hanns, Auf dem Weg von der mündlichen Verhandlung zur Videokonferenz, **Anwaltsblatt** 2013, S. 331.

sich während einer mündlichen Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten und dort im Wege der zeitgleichen Bild- und Tonübertragung Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Dass von dieser Möglichkeit in hohem Maße Gebrauch gemacht wurde, darf bezweifelt werden.

Die Möglichkeit, Parteien, Zeugen oder Sachverständige mittels Ton- und Bildübertragung auch auf den Antrag einer Partei hin anzuhören, ist gerade angesichts der stetig fortschreitenden Digitalisierung - der sich auch die Justiz nicht entziehen kann - dem Grunde nach sehr zu begrüßen. Gleichzeitig muss allerdings garantiert werden können, dass der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit gewahrt ist.

III. ERGEBNIS

Die Türk. ZPO hat in den vergangenen zehn Jahren massive Änderungen erfahren, die teilweise positiv, zum Teil aber auch kritisch zu bewerten sind.

1. Die Einführung einer obligatorischen Mediation ist abzulehnen. Sie widerspricht schon im Ansatz den Grundsätzen eines Mediationsverfahrens und ist nicht ohne Weiteres geeignet, in jedem Fall den beabsichtigten Zweck einer außergerichtlichen Konfliktbeilegung zu erreichen. Dagegen ist die zunehmende Förderung freiwilliger Mediationen sehr erfreulich, da hierdurch die Gerichte entlastet und gleichzeitig die Akzeptanz der auf diese Weise gefundenen Ergebnisse gefördert werden kann.

2. Die Auflösung der Unklarheiten im Instanzenzug ist ebenso wie die steigende Zahl der Berufungsgerichte sehr zu begrüßen. Es bleibt zu hoffen, dass die Türkei diesen Weg beibehalten wird.

3. Demgegenüber könnten zwar Ausnahmen vom Öffentlichkeitsgrundsatz durchaus notwendig sein. Sie bedürfen jedoch eines eindeutig bestimmbaren Inhalts und dürfen vor allem nicht von ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen abhängen. Derartige Formulierungen bedürfen in jedem Fall einer genaueren gesetzgeberischen Ausgestaltung.

4. Ebenfalls aus deutscher Sicht nicht ganz nachvollziehbar ist die Verpflichtung des Gerichts, dem Kläger eine Frist zur Festsetzung seines Klageantrags zu setzen. Die aus der Türkei zu vernehmende Kritik, hiermit drücke das Gericht aus, der Sachverhalt sei spätestens zu diesem

Zeitpunkt nach Auffassung des Gerichts so hinreichend aufgeklärt, dass über die Höhe des Antrags final befunden werden könne, ist jedenfalls vom Grundsatz her nachvollziehbar, weshalb Art. 107 Türk. ZPO überdacht werden sollte.

5. Ebenfalls erscheinen die Ausnahmen zur Möglichkeit, die Erweiterung oder Änderung des Klageantrags einzuschränken, aus deutscher Sicht wenig sinnvoll. Damit ist der Kläger an seinen ursprünglichen Klageantrag gebunden, was unter Umständen einer effektiven Durchsetzung seiner Ansprüche im Wege stehen kann. Sinnvoll wäre es, wenn die Ausnahme für die Vorprüfung nicht aufgegeben wird, um der Bedeutung dieser Phase Rechnung zu tragen.

6. Zudem ist eine Beratung der Gerichte durch Gutachter in juristischen Fragen aus deutscher Perspektive nicht vorstellbar. Die Rechtsfindung sollte allein den Gerichten überlassen werden.

7. Die Ausweitung der Möglichkeit fehlerhafte oder unvollständige Entscheidungen zu ergänzen, ist im Ergebnis zu begrüßen.

8. Die Möglichkeit Parteien, Zeugen oder Sachverständige mittels Ton- und Bildübertragung bereits auf den Antrag einer Partei hin anzuhören, ist angesichts der stetig fortschreitenden Digitalisierung - auch in der Justiz - dem Grunde nach zu begrüßen. Gleichzeitig muss allerdings die Wahrung der Prozessgrundsätze garantiert sein.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A. A.	**:** anderer Ansicht
a.F.	**:** alte Fassung
amtl.	**:** amtlich
Art.	**:** Artikel
Aufl.	**:** Auflage
BGH	**:** Bundesgerichtshof
BVerfG	**:** Bundesverfassungsgericht
BT-Drs.	**:** Bundestags-Drucksache
bzw.	**:** beziehungsweise
f.	**:** folgende Seite
ff.	**:** folgende Seiten
Gem.	**:** Gemäß
GRUR	**:** Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
İBK	**:** İçtihadı Birleştirme Kararı (Entscheidung der gemeinsamen Kammern des türkischen Kassationsgerichts)
m.w.N.	**:** mit weiteren Nachweisen
NJW	**:** Neue Juristische Wochenschrift
NZV	**:** Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
RG.	**:** Resmî Gazete (Amtsblatt für die Republik Türkei)
Rn.	**:** Randnummer
S.	**:** Seite
Türk. ArbGG	**:** Türkisches Arbeitsgerichtsgesetz
Türk. HGB	**:** Türkisches Handelsgesetzbuch
Türk. VerbSchG	**:** Türkisches Verbraucherschutzgesetz
Türk. ZPO	**:** Türkische Zivilprozessordnung
UWG	**:** Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
ZPO	**:** Zivilprozessordnung

LITERATURVERZEICHNIS

ALLGAYER Angelika in **Beck'scher Online-Kommentar Gerichtsverfassungsgesetz**, 9. Edition Stand 15.11.2020.

ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, **Medenî Usul Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021.

ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, 4. Bası, Yetkin, Ankara, 2021.

BALL Wolfgang in **Musielak/Voit, Zivilprozessordnung**, 18. Aufl., Vahlen, München, 2021 ("BALL in **Musielak/Voit**").

BECKER-EBERHARD Ekkehard in **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band 1, 6. Aufl., C.H.Beck, München, 2020 ("BECKER-EBERHARD in **MüKoZPO**").

BELGİN GÜNEŞ Derya, Medenî Usûl Hukukunda Hükmün Tamamlanması (HMK m. 305/A), **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 12 (1), 2021, 313-328.

BOLAYIR Nur, Fransız Hukuku'ndaki Düzenlemeler Işığında Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşmaların İcrası, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 2 (2020), 1175-1203.

EKMEKÇİ Ömer/ÖZEKES Muhammet/ATALI Murat/SEVEN Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2019.

ELZER Oliver in **Beck'scher Online-Kommentar Zivilprozessordnung**, 43. Edition Stand 1.12.2021.

ERDÖNMEZ Güray, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, **Zeitschrift für Zivilprozess International** 16 (2011), 273 ("ERDÖNMEZ, **Reform**").

ERDÖNMEZ Güray, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017 ("ERDÖNMEZ, **Pekcanıtez Usûl**").

FOERSTE Ulrich in **Musielak/Voit, Zivilprozessordnung**, 18. Aufl., Vahlen, München, 2021 ("FOERSTE in **Musielak/Voit**").

GREGER Reinhard, Justiz und Mediation - Entwicklungslinien nach Abschluss der Modellprojekte, **NJW** 2007, 3258-3262.

HUBER Christian, Behindertengerechter Umbau - hat es der Schlossherr besser?, **NZV** 2005, 620-623.

HÜßTEGE Rainer in **Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung**, 42. Aufl., C.H.Beck, München, 2021 ("HÜßTEGE in **Thomas/Putzo**")

KURU Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku**, Legal, İstanbul, 2016.

KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, **Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, 25. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.

KURU Baki/AYDIN Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020.

MUSIELAK Hans Joachim in **Musielak/Voit, Zivilprozessordnung**, 18. Aufl., Vahlen, München, 2021 ("MUSIELAK in **Musielak/Voit**").

MUSIELAK Hans-Joachim in **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band 1, 6. Aufl., C.H.Beck, München, 2020 ("MUSIELAK in **MüKoZPO**").

ÖZEKES Muhammet, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017.

ÖZKAYA-FERENDECİ Hamide Özden, Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung, **Zeitschrift für Zivilprozess International** 16 (2011), 295-341.

ÖZTEK Selçuk/TAŞPINAR AYVAZ Sema/KALE Serdar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifi'nin Değerlendirilmesi, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 149 (2020), 77-152.

PABST Steffen in **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band 3, 6. Aufl., C.H.Beck, München, 2020 ("PABST in **MüKoZPO**").

PEKCANITEZ Hakan, **Belirsiz Alacak Davası**, Yetkin, Ankara, 2011 ("PEKCANITEZ, **Belirsiz Alacak**").

PEKCANITEZ Hakan, Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei, **Ritsumeikan Law Review** 30 (2013), 175-189 ("PEKCANITEZ, **Reform**").

PEKCANITEZ Hakan, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017 ("PEKCANITEZ, **Pekcanıtez Usûl**").

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** 150 (2020), 247-299 ("PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Değerlendirme**").

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi**, Lexpera Blog, https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/, zuletzt abgerufen am 24.01.2022, ("PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Kanun Teklifi**").

PEKCANITEZ Hakan/Atalay Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 9. Bası, On İki Levha, İstanbul 2021 ("PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Usûl**").

PEKCANITEZ Hakan/YEŞİLIRMAK Ali, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017.

POSTACIOĞLU İlhan E./ALTAY Sümer, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri,** 8. Bası, Vedat, İstanbul, 2020.

PRÜTTING Hanns, Auf dem Weg von der mündlichen Verhandlung zur Videokonferenz, **Anwaltsblatt** 2013, 330-332.

RECHBERGER Walter H., Das neue türkische Zivilprozessrecht aus der Sicht eines österreichischen Prozessualisten, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16 (2014), Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, 311-327.

SEILER Christian in **Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung**, 42. Aufl., C.H.Beck, München, 2021 ("SEILER in **Thomas/Putzo**").

VON SELLE Dirk in **Beck'scher Online-Kommentar Zivilprozessordnung**, 43. Edition Stand 1.12.2021.

SİMİL Cemil, **Belirsiz Alacak Davası**, On İki Levha, İstanbul, 2013.

STAMM Jürgen, Zur Rechtsstellung des Sachverständigen im Zivilprozess und den daraus resultierenden Möglichkeiten zur Verbesserung der Zusammenarbeit mit dem Gericht, **Zeitschrift für Zivilprozess** 124 (2011), 433-460.

TANRIVER Süha, Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** 147 (2020), 111-142 ("TANRIVER, **Arabuluculuk**").

TANRIVER Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin, Ankara 2020 ("TANRIVER, **Usûl**").

TAŞPINAR AYVAZ Sema, Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 16 (2014), Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, 469-482.

TAŞPOLAT TUĞSAVUL Melis, **Türk Hukukunda Arabuluculuk**, Yetkin, Ankara, 2012.

ULRICI Bernhard in **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band 1, 6. Aufl., C.H.Beck, München, 2020 ("ULRICI in **MüKoZPO**").

UMAR Bilge, Tek Oy Farkı ile Çıkabilen Olmayacak Bir İçtihadı Birleştirme Kararı, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 16 (2014), Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, 509-514.

WÖSTMANN Heinz in **Saenger, Zivilprozessordnung**, 9. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2021 ("WÖSTMANN in **Saenger**").

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 1103-1139

İCRA - İFLÂS HUKUKUNDA KÖTÜNİYETLİ ŞİKÂYET(*)(**)

Av. **Mehmet Ünsal CANDEMİR**(***)

Öz: Şikâyet kurumu, icra - iflâs organlarının işlemlerine karşı ilgililerin haklarının korunması için tesis edilmiş bir hukuki imkân niteliğindedir. Her hakta olduğu gibi, şikâyet yoluna başvuru hakkının da dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanılması gerekmektedir. Bununla birlikte şikâyet yoluna, cebri icra organlarının işlemini düzeltmek amacı dışında, takibin diğer tarafına zarar vermek, özellikle de takibi süründemede bırakmak amacıyla başvurulması söz konusu olabilmektedir. Bu tür kötüniyetli şikâyetlere hukuki koruma sağlanması beklenmemelidir.

Kötüniyetli şikâyette esas sorun, kötüniyetin varlığının tespitidir. Bunun için öncelikle şikâyette hukuki yararın mevcut olup olmadığı incelenebilir. Keza, şikâyet kurumunun amacı ile bağdaşmayacak türden başvuruların dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmesi gündeme gelecektir.

Şikâyet hakkının kötüye kullanımının, şikâyetin reddi ve hatta tazminat yaptırımlarını gündeme getirmesi söz konusu olabilecektir. Bunların dışında ise kötüniyetli dava için öngörülen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun m. 329 hükmünün şikâyet için de uygulanıp uygulanmayacağının tartışılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Şikâyet, Kötüniyet, Dürüstlük Kuralı, Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı, Hukuki Yarar.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 14.02.2022 - Makale Kabul Tarihi: 07.03.2022.

(**) Bu makale, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanan "Medeni Usûl Hukukunda Kanun Yollarına Kötüniyetle Başvuru" başlıklı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

(***) Avukat, İstanbul Barosu;
İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, İstanbul, Türkiye (ORCID no: 0000-0001-5798-2867; *unsalcandemir@gmail.com*).

COMPLAINT WITH BAD FAITH IN ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY LAW

Abstract: The institution of complaint is defined as a legal remedy admitted to protect the interested parties against the acts of the execution and bankruptcy bodies. The right to complain must be enjoyed within the rule of good faith as well as other rights. Nonetheless, it would be in question that one could file a complaint in order to damage the counterparty s or especially in order to impede the execution process, instead of ensuring the correction of the execution bodies' acts. This kind of complaint shall not be entitled to get legal protection.

The main issue regarding the complaint with bad faith is the determination of the bad faith. With this respect, one can examine the existence of legal interest at first stage. Moreover, the complaints which are not convenient with the objective of the institution are also to be deemed as contrary to the rule of good faith.

The complaint with bad faith can be sanctioned by the dismissal and the compensation as well. Beyond these sanctions, the practice of Article 329 of Code of Civil Procedure must be discussed.

Keywords: Complaint, Bad Faith, Rule of Good Faith, The Interdiction for Abuse of Rights, Legal Interest.

GİRİŞ

İcra - iflâs hukukuna özgü bir hukuki imkân niteliğindeki şikâyet, ilgili kanuni düzenlemede (İİK m. 16/I ve m. 17) ifade edildiği üzere kanuna ya da hadiseye aykırılık teşkil eden icra ve iflâs dairesi işlemlerinin bozulması ya da düzeltilmesini amaçlayan bir kurum niteliğindedir. Her ne kadar Anayasa'nın 36/I. maddesinin *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* şeklindeki lafzı şikâyet yolunu kapsamıyor gözükse de şikâyetin bir hukuki imkân olması nedeniyle hak arama özgürlüğü ile doğrudan ilişkisi mevcuttur[1]. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 06.11.2008 tarihli, norm denetimine ilişkin bir kararında icra ve iflâs hukukunda şikâyet ve itiraza ilişkin sınırlandırma getirilmesinin hak arama özgürlüğünü ihlal ettiği ifade edilmiştir[2]. Bununla birlikte hak arama özgürlüğünün hiçbir sınır kabul edilmeksizin tatbiki de söz konusu değildir. Bu

---

[1] ÖZEKES Muhammet, **İcra Hukukunda Temel Hak ve İlkeler**, Adalet, Ankara, 2009, s. 127; MUŞUL Timuçin, **İcra ve İflâs Hukuku Cilt I**, 6. Baskı, Adalet, Ankara, 2013, s. 88.

[2] AYM 06.11.2008 T. 2004/95 E. 2008/156 K. (RG T. 29.01.2009, S. 27125).

sınırlamalardan bir tanesi dürüstlük kuralı, diğeri ise madalyonun öteki yüzü olan hakkın kötüye kullanılması yasağıdır.

Şikâyet, icra iflâs daireleri ile kanunun öngördüğü ölçüde diğer cebri icra organlarının faaliyetlerine karşı cebri icra prosedürü içerisinde ilgililer için tanınan bir hukuki yol, bir hak niteliğindedir. Dürüstlük kuralı, diğer haklarda olduğu gibi şikâyet hakkının kullanımı için de sınır teşkil etmektedir. Bu sınırlama uygulama açısından da önem arz etmektedir; gerçekten, salt cebri icra prosedürünü akamete uğratma, karşı tarafa zarar verme veyahut haksız menfaat elde etmek amacıyla şikâyet yoluna başvurulduğu görülmektedir.

Öncelikle, başlıkta ve çalışmanın içeriğinde olarak tercih ettiğimiz "kötüniyet" terimi hakkında açıklamada bulunma ihtiyacı hissetmekteyiz. Şikâyet yoluna dürüstlük kuralına aykırı şekilde başvurulması olgusu kanunda tanımlanmadığı gibi bu hususta herhangi bir pozitif düzenlemeye yer verilmiş değildir. Bunun yanında, her ne kadar "kötü niyet" şeklinde ayrı yazımın İİK kapsamında daha çok benimsendiği görülse de "kötüniyet" tıpkı TMK m. 3'ün başlığında yer alan ve kendisinin zıddı olan "iyiniyet" gibi hukuk terminolojisinde kendine özgü bir anlam ifade etmektedir[3]. Ayrıca, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da dava hakkının ve kanun yollarına başvuru hakkının kötüye kullanılması hususunda "kötüniyet" terimine başvurulduğu dikkate alındığında, bir hak arama yolu olan şikâyet için de "kötüniyetli şikâyet" kavramını tercih etmekteyiz. Yine de kötüniyetli şikâyet yerine şikâyet hakkının kötüye kullanılması ifadesine başvurulmasında da bir sakınca olmadığı kanaatindeyiz.

Dürüstlük kuralının şikâyet yolu açısından uygulanması hususu, muhtelif açılardan incelenmesi gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Konuyu kavramsal açıdan ele almak adına; öncelikle, şikâyetin şekli hukuk disiplini olan ve sıkı bir şekilciliğin hâkim olduğu icra - iflâs hukukuna ait bir kurum olduğu düşünüldüğünde dürüstlük kuralının icra - iflâs hukukundaki tesiri üzerine tartışarak konuya giriş yapmanın doğru olacağı kanaatindeyiz. Ardından şikâyet kurumu ile dürüstlük kuralı arasındaki ilişkinin niteliğini ve muhtelif cihetlerini incelemek gerekecektir. Nihayetinde ise kötüniyetli şikâyetin yani şikâyet hakkının kötüye kullanımının icra - iflâs hukuku açısından ifade ettiği anlamı ve kötüniyetli şikâyet teşkil eden bazı halleri değerlendireceğiz.

---

[3] YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 9. Baskı, Yetkin, Ankara, 2005, s. 1011.

I. GENEL OLARAK ŞİKÂYET KURUMUNUN DÜRÜSTLÜK KURALI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Dürüstlük Kuralının İcra- İflâs Hukukundaki Yeri

Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen ve esas itibarıyla bir maddî hukuk normu olarak kabul edilen dürüstlük kuralının başlıca uygulama alanı, mezkûr maddede de ifade edildiği üzere hakların kullanımı ile borçların ifasıdır. Bununla birlikte genel hukuk ilkesi niteliğindeki bu kuralın hukukun diğer alanlarında da tatbik edileceğini söylemek gerekir.

Şekli hukuk dalı olan medeni usûl hukukunda dürüstlük kuralının uygulama alanı bulacağı hususu XX. yüzyılın başı itibarıyla ekseriyetle kabul edilmiştir[4]. Bu kabul, mevzuat nazarında ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesiyle tahkim edilmiştir. Keza HMK m. 39'un kaynağını teşkil eden, 2008 yılında kabul edilen İsviçre Medeni Yargılama Kanunu'nun (CPC) 52. maddesi yargılamanın taraflarının dürüstlük kuralına (bonne foi) uygun davranması gerektiğini belirtmektedir. Yine de medeni usûl hukukuna hâkim olan şekilcilik ilkesi dürüstlük kuralının son derece tali ölçüde uygulanmasına yol açmaktadır[5]. Dürüstlük kuralının tamamlayıcı ve ikincil niteliği, yani ancak kanun koyucunun sessiz kaldığı durumlarda uygulama alanı bulacağı göz önüne alındığında[6], taraflar arasındaki ilişkinin çok daha ayrıntılı ve emredici hükümlerle tanzim edildiği medeni usûl hukukunda bu kuralın doğrudan uygulama alanı daralmaktadır[7].

Dürüstlük kuralının diğer bir şekli hukuk dalı olan icra-iflâs hukuku ile ilişkisini iki yönden ele almanın doğru olacağını düşünmekteyiz. Birincisi, dürüstlük kuralının icra-iflâs hukukuna genel anlamda etki edip etmediği hususunun saptanmasıdır. İkincisi ise dürüstlük kuralının icra-iflâs huku-

---

4 GULDENER Max, "Hukuk Muhakemeleri Usûlünde Afaki Hüsnüniyet Esası", (Çev: Tahir Çağa), **AÜHFD**, 1946/2, ss. 647-667; Dürüstlük kuralının medeni usûl hukukunda uygulanacağı hususunun kabulüne ilişkin sürecin tarihsel gelişimi için bkz. ARSLAN Ramazan, **Medeni Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara, S Yayınları, 1989, s. 3 - 20.

5 CANDEMİR Mehmet Ünsal, **Medeni Usûl Hukukunda Kanun Yollarına Kötüniyetle Başvuru**, Sümer, İstanbul, 2022, s. 38-39.

6 SCHWARZ Andreas B., **Medeni Hukuk Dersleri, (Çev: Dr. Hıfzı Veldet)**, Marifet Matbaası, İstanbul, 1935, s. 236 - 238; EDİS Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, s. 284 - 285; İMRE Zahit, **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul 1971, s. 301; OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, 22. Bası, Vedat, İstanbul, 2016, s. 290

7 Usûl hukuku açısından karş. ARSLAN **Dürüstlük**, s. 47 - 62.

kunda yedek hukuk kuralı olarak uygulama alanı bulup bulamayacağının incelenmesidir.

Birinci meselenin cevabı, ikincisine göre nispeten basit ve kabule şayan niteliktedir. Dürüstlük kuralının diğer hukuk alanlarında olduğu gibi icra - iflâs hukukuna etki ettiği düşüncesi Türk doktrininde kabul edilmektedir[8]. Bu etkiye örnek olarak ise İİK'da yer alan ve dürüstlük kuralının yansıması olarak değerlendirilen yaptırım hükümlerini söyleyebiliriz[9]. İsviçre Hukuku'nda ise bu düşünce anayasal dayanak ile taçlandırılmaktadır. Dürüstlük kuralının tüm hukuk alanlarında uygulanacağı hususu 18 Nisan 1999 tarihli İsviçre Federal Anayasası'nın 5/III maddesinde açıkça düzenlenmektedir. Bu hükme göre devlet organlarının ve maddî hukuk kişilerinin dürüstlük kuralına uygun davranması gerekmektedir.

Dürüstlük kuralının icra-iflâs hukukunda yedek hukuk kuralı olarak uygulanıp uygulanmayacağı konusunda ise bu denli kolay bir şekilde cevap verilmesi doğru değildir. Esas itibarıyla İİK'da yer alan ve dürüstlük kuralının yansıması olarak kabul edilen düzenlemeler, neticede pozitif hukuk hükümleridir. Dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırı kabul edilebilecek durumlarda bunlara ilişkin İİK'nun özel nitelikteki hükümlerinin uygulanması, aynı zamanda yedek hukuk kuralı olarak dürüstlük kuralının da tatbik edilmiş olduğu anlamına gelmemektedir.

Bunun dışında, TMK m. 5'te yer alan *"Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır."* hükmünün, dürüstlük kuralının icra-iflâs hukukunda doğrudan uygulanmasına imkan sağlayıp sağlamadığı hususu üzerine düşünülmelidir[10]. Kanaatimizce, TMK m. 5'te yer verilen "özel hukuk ilişkisi" ifadesi taraflar arasında doğrudan kurulan bir ilişkiye işaret etmektedir. Oysaki icra-iflâs hukukunda taraflar (alacaklı ve borçlu) arasındaki ilişki, resmi nitelikteki bir cebri icra organı vasıtasıyla (icra dairesi gibi) kurulmaktadır. Ayrıca

---

8 BELGESAY Mustafa Reşit, **İcra ve İflâs Hukuku**, Marifet Basımevi, İstanbul, 1945, s. 26 - 27; BERKİN Necmeddin, **İcra Hukuku Dersleri**, 2. Bası, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969, s. 14; UMAR Bilge, **İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi**, İstiklal Matbaası, İzmir, 1973, s. 219 (İcra ve İflâs); EDİS, s. 295 - 296; PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral / ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 7. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 28; ARSLAN, s. 134; ÖZEKES, **İlkeler**, s. 87; AŞIK İbrahim, **İcra Sözleşmeleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 32.

9 Örneğin İİK m. 67/II, m. 68a/VII, m. 72/V, m. 97/II, m. 170/IV, m. 308/f.

10 KARSLI Abdurrahim**, İcra ve İflâs Hukuku**, Alternatif Yayıncılık, 4. Bası, İstanbul, 2014, s. 47.

cebri icra faaliyetinin de esas itibarıyla resmi organlar eliyle yürütülen, kamusal nitelik gösteren bir faaliyet olduğu da dikkate alınmalıdır[11]. Bununla birlikte her ne kadar kamu hukuku ilişkisi söz konusu olduğunda dürüstlük kuralının, TMK m. 5'in atfı nedeniyle uygulanması mümkün görülmese de bu defa, hukukun genel ilkesi olarak uygulama alanı bulabileceği ifade edilebilir[12].

Bu noktada öncelikle icra - iflâs hukukunun niteliğini göz önünde bulundurmamız gerekmektedir. İcra - iflâs hukuku ise medeni usûl hukukuna nazaran şekilciliğin çok daha sıkı bir şekilde tesir ettiği bir disiplin hüviyetindedir. Gerçekten icra - iflâs hukuku açısından kanun koyucunun kanun, yönetmelik ve nizamname yoluyla tüm cebri icra safhalarını ve yapılacak işlemlerin şekil ve usûllerini en ince ayrıntıları ile düzenlediği görülmektedir[13]. Ayrıca HMK m. 29'daki düzenlemenin aksine İİK'da, dürüstlük kuralının icra-iflâs hukukunda uygulanacağına ilişkin pozitif hukuk hükmü de bulunmamaktadır. Haliyle hukukumuzda dürüstlük kuralının tamamlayıcı bir genel hukuk normu olarak icra - iflâs hukukunda uygulanmasına dayanak teşkil edecek bir pozitif hukuk hükmü olduğunu söyleyemeyiz. Öyle ki Yargıtay'ın bazı kararlarında icra hukukunda kural olarak dürüstlük kuralının doğrudan uygulama alanı bulmayacağı düşüncesinin özellikle belirtildiği görülmektedir[14].

Dürüstlük kuralının icra-iflâs hukukunda tamamlayıcı hukuk kuralı olarak uygulanmasındaki zorluğun sebebi, kuralın ve icra-iflâs hukukunun doğasının uyuşmamasından değil, icra-iflâs hukukundaki ayrıntılı yasal düzenlemeler sebebiyle maddî hukuk alanında olduğu kadar tamamlayıcı hukuk kuralına ihtiyaç duyulmamasıdır. Ayrıca, TMK m. 2/II'de yer verilen hakkın kötüye kullanımı yasağının sadece maddî hukuka taalluk eden haklar için

---

[11] ÜSTÜNDAĞ Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, 8. Bası, İstanbul, 2004, s. 9; cebri icra hukukunun hem kamu hem de özel hukuk özelliği gösteren ayrı bir hukuk dalı olduğu hakkında bkz. BELGESAY, **İcra**, s. 7 - 8; BERKİN, s. 12.

[12] DURAL Mustafa/ SARI Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri**, Filiz, İstanbul, 2018, s. 116.

[13] ERMENEK İbrahim**,** "Medeni Usûl Hukukunda Şekilcilik", **GÜHFD**, Sayı: 2000/1-2, s. 154 (ss. 142 - 180).

[14] *"Genel olarak icra hukukuna dair itiraz ve şikâyetlerde Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin uygulanma kabiliyeti yoktur. Ancak yukarda belirtilen diğer yasa maddeleri göz önüne alındığında bu tip olaylarla sınırlı kalmak üzere objektif iyi niyet kurallarının gözardı edilmemesi gerekir."* Y. HGK, E. 2014/611 K. 2016/492, 6.4.2016; Y. 8. HD E. 2017/14177 K. 2017/14764, 8.11.2017; Y. 12. HD E. 2012/18690 K. 2012/25539, 10.9.2012 (Lexpera).

değil, tüm hakların kullanımında bir sınırlama getirdiğinin kabulü gerekir. Kaldı ki TMK m. 2 hükmünün yedek hukuk kuralı olarak uygulanmasının engelleyecek bir düzenleme de mevcut değildir. Bu hususlar dikkate alındığında dürüstlük kuralının tamamlayıcı hukuk normu olarak da icra-iflâs hukukunda uygulama alanı bulacağını söyleyebiliriz[15]. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.5.2017 tarihli, ilama dayalı ilamsız takip yapılmayacağına ilişkin, içtihadı birleştirme kararında tarafların icra hukukundan kaynaklı haklarını kötüye kullanımının engellenmesi konusunda son derece güncel bir örnek sergilemektedir[16]. Bu içtihadı birleştirme kararı, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının icra-iflâs hukukunda tamamlayıcı hukuk kuralı olarak kullanımının önündeki engelleri ortadan kaldırmış gözükmektedir.

Dürüstlük kuralının icra hukukundaki uygulama alanının belirlenmesinde odak noktası olarak takip işlemlerinin, özellikle de taraf takip işlemlerinin esas alındığı görülmektedir. Bu durum gayet doğaldır; şöyle ki taraf takip işlemleri kanunun icra takibinin tarafları olan alacaklı ve borçlulara tanıdığı hak ve yetkilere dayalı olarak kullanılmaktadır. Örneğin en temel taraf takip işlemi olan takip talebinin, dürüstlük kuralına aykırı biçimde dermeyan edilmemesi gerekmektedir. İİK m. 67/II'de düzenlenen, itirazın iptalinde kötüniyet tazminatı, İİK m. 72/VI hükmünde menfi tespit davasının açılmasına sebep olan takibin haksız ve kötüniyetli olması durumunda alacaklının borçlunun zararından mesul kılınması yönündeki hükümler alacaklının takip hakkını kötüye kullanmasını engellemeye yöneliktir[17]. Aynı şekilde borçlunun da kanunun kendisine tanıdığı itiraz hakkını (borca, imzaya itiraz) dürüstlük kuralına uygun biçimde ileri sürmesi beklenmektedir[18]. Bunun yanında, dürüstlük kuralının uygulama alanı yalnız icra ve iflâs takipleri ile iflâs prosedürü ile sınırlı değildir. Konkordato, dürüstlük kuralının ciddi bir

---

15 UMAR**, İcra- İflâs**, s. 221.

16 *"İkinci sorun sırf alacağın dayandığı kararın şekli anlamda kesinleşmesi sürecinde haciz baskısından korunmak ve olası ödemenin geri alınmasındaki güçlükten kurtulmak isteyen borçlunun itirazı nedeniyle (itirazın iptali veya kaldırılması yargılaması sonunda) yüzde yirmi oranında icra inkar tazminatı ile sorumlu tutulmasının (İİK.m. 67-68) yarattığı haksızlık duygusudur. Alacaklının bu yöntemi seçmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK.m.2) kapsamında kaldığı tartışmasızdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29'uncu maddesi hukuk yargılaması usulünde de dürüstlük kuralının uygulanacağını hüküm altına almıştır; bu ilkenin icra ve hukukunda da cari olduğu her türlü tereddütten uzaktır."* Y İBHGK, E. 2017/2 K. 2017/3, 26.5.2017 (RG T. 21.7.2017 S. 30130).

17 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 28.

18 ÖZEKES, **İlkeler**, s. 88.

biçimde uygulama alanı bulduğu bir disiplindir. Hem konkordato talebinde hem de borçlunun mühlet içindeki faaliyetlerinde dürüstlük kuralı doğrudan tatbik edilmektedir[19].

Takibin taraflarına icra takibi sırasında sağlanan hukuki imkânlar taraf takip işlemlerine muhalefetle sınırlı değildir. Takibin tarafları ile takip işlemlerinden menfaatleri etkilenen üçüncü kişilere kanunun başka hukuki imkanlar tanıdığı öngörülmektedir. Bu doğrultuda kanun bazı durumlar için takibin taraflarına ve üçüncü kişilere icra hukukuna özgü dava açma imkanları tanımıştır. İtirazın iptali davası (m. 67), menfi tespit davası (m. 72), istihkak davası (m. 97), hacze iştirak davası (m. 101), sıra cetveline itiraz davası (m. 142/II), iflâsta sıra cetveline itiraz davası (m. 235) gibi birçok icra ve iflâs hukukuna özgü davayı bu kapsamda gösterilebilir. Bu davaların bazıları için kanun koyucu, kötüniyetle davanın ikamesine özel nitelikte yaptırımlar öngörse de genel olarak bu davaların dürüstlük kuralı ile ilişkisi dava hakkının kötüye kullanılması konusunu ilgilendirmektedir.

Tüm bunların yanında, icra - iflâs hukukuna özgü, temel nitelikte bir hukuki imkân mevcuttur: Şikâyet. İcra ve iflâs daireleri ile diğer icra ve iflâs organlarının, hukuka veya hadiseye uygun olmaması nedeniyle başvurulan bir hukuki yol niteliğindeki şikâyet yolu da en nihayetinde hak arama özgürlüğü çerçevesinde takibin taraflarına ve hatta hukuki yararı bulunan üçüncü kişilere tanınmış bir haktır. Dolayısıyla bu şikâyet hakkının kullanımının da dürüstlük kuralına tâbi olduğunun kabulü gerekmektedir.

2. Dürüstlük Kuralı ile Şikâyet Arasındaki İlişki

Dürüstlük kuralı ile şikâyet arasında çift yönlü bir ilişkinin varlığından bahsetmek mümkündür. Bir tarafta şikâyet, dürüstlük kuralına aykırı nitelikteki icra takip işlemleri ile dolaylı yoldan taraf işlemlerinin denetlenmesi için esas hukuki yolu teşkil etmektedir. Neticede taraf işlemleri de büyük oranda bir icra takip işleminin gerçekleştirilmesi için yapılmaktadır[20]. Dolayısıyla, dürüstlük kuralına taraf takip işlemi doğrultusunda gerçekleştirilen bir icra takip işleminin şikâyet yoluyla denetimi aynı zamanda ilgili taraf

---

[19] ARSLAN, **Dürüstlük**, s. 141; ATALI Murat/ ERMENEK İbrahim / ERDOĞAN Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku**, 4. Bası, Yetkin, Ankara, 2021, 633 - 634.

[20] UMAR, **İcra ve İflâs**, s. 220; Bununla birlikte takibin taraflarının birbirlerine zarar verme amacıyla yaptığı işlemler dürüstlük kuralına aykırı olsa dahi doğrudan şikâyetin konusunu teşkil etmeyecektir (POSTACIOĞLU İlhan E., **İcra Hukuku Esasları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 58).

takip işleminin de denetlenmesine vesile olmaktadır. Keza ihaleye fesat karıştırılması gibi taraf takip işlemi niteliğinde olmayan, ancak icra takip işlemine tesir eden dürüstlük kuralına aykırı eylemler de şikâyet yolu ile denetlenmektedir[21].

Dürüstlük kuralının, İİK m. 16'da ifade edilen şikâyet sebebi olarak kabul edilen kanuna aykırılık nedeniyle şikâyet incelemesinde uygulama alanı bulduğunu söylenebilecektir. Maddenin lafzında geçen "kanuna muhalif olma" sadece İcra ve İflâs Kanunu'nu ya da icra-iflâs hukukuna ilişkin diğer yasal düzenlemeleri değil, maddî hukuka ilişkin kanunlarda yer alan icra - iflâs hukukuna ilişkin hükümleri de ihtiva etmektedir[22]. Bununla birlikte hadiseye uygun olmama durumu da aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. Aynı şekilde icra memuruna takdir hakkının tanındığı hususlarda takdir hakkının kötüye kullanımı da şikâyet sebebi olarak kabul görmektedir[23].

Özetle, şikâyet yolu gerek takibin tarafları, gerekse icra-iflâs daireleri ile diğer icra ve iflâs organlarının işlemlerinin dürüstlük kuralına uygunluğunun denetiminde başvurulan başlıca hukuki yol niteliğindedir.

Dürüstlük kuralı ile şikâyet arasındaki ilişkinin diğer yönünü ise şikâyet başvurusunun dürüstlük kuralına uygunluğu teşkil etmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere şikâyet başvurusunun dürüstlük kuralına uygun şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Aksi durumda şikâyete konu icra takip işlemi kanuna ve hadiseye uygun olmasa dahi şikâyet başvurusunda hakkın kötüye kullanımı gündeme gelebilecektir. Bu bakımdan, bir taraftan şikâyet dürüstlük kuralına uygunluğa ilişkin denetim yoluyken diğer taraftan dürüstlük kuralı da şikâyet yoluna ilişkin bir denetim vasıtası niteliği taşımaktadır.

---

[21] İhaleye fesat karıştırma olarak nitelendirilen birçok eylem aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir. Yargıtay'ın ihaleye fesat karıştırmanın tanımına yer verdiği kararlarında bu husus açıkça vurgulanmaktadır. *"İİK'nun 134/2. maddesi göndermesi ile uygulanması gereken Türk Borçlar Kanunu'nun 281. maddesi uyarınca kanuna veya ahlâka (adaba) aykırı şekilde ihaleye fesat karıştırılmış olması ihalenin feshi sebebidir. İhalenin amacına ulaşmasını ve malın gerçek değerine satılmasını, ihalenin sağlıklı ve normal şartlarda yapılmasını engelleyici, dürüstlük kuralları ile bağdaşmayan davranışlarda bulunulması ve ihaleye katılıma engel olunması ihaleye fesat niteliğindedir."* Y. 12. HD, E. 2021/230 K. 2021/3019, 17.3.2021 (Lexpera)

[22] ÜSTÜNDAĞ s. 47; KARSLI, **İcra- İflâs**, s. 79; ERARD Pauline, C**ommentaire Romand Poursuite et Faillite**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2005, Art. 17, N. 17.

[23] UMAR, **İcra ve İflâs**, s. 220; YILDIRIM M. Kamil/ YILDIRIM Nevhis Deren, **İcra ve İflâs Hukuku**, Beta Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul, 2016, s. 33.

II. ŞİKÂYET HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI (KÖTÜNİYETLİ ŞİKÂYET)

1. Genel Olarak

Şikâyet, icra takip işlemlerine karşı alacaklı, borçlu ve işlemden etkilenen üçüncü kişilere tanınmış bir hukuki imkân olmakla birlikte bu çareye her icra takip işlemine karşı, herkes tarafından başvurulabileceğinin kabulü mümkün değildir. Şikâyetin hukuka uygun bir takip işlemine karşı yapılması yahut şikâyette bulunan tarafın hukuki yararının bulunmaması halinde haksız bir şikâyet söz konusu olur ve böyle bir şikâyetin icra mahkemesince reddi gerekir.

Öte yandan haksız şikâyet başvurusu ile kötüniyetli şikâyeti birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. Kötüniyetli şikâyette şikâyet eden taraf, şikâyete hakkı olmadığını bilmekte ya da bilebilecek durumda olmaktadır, veyahut şikâyet yoluna icra takibini akamete uğratmak başta olmak üzere icra takip işleminin düzeltilmesi ya da iptali dışında sair bir amaç nedeniyle tevessül etmektedir. Bununla birlikte TMK m. 2/II'nin lafzında da belirtildiği üzere hakkın kötüye kullanımının (kötüniyetin) "açıkça" mevcut olması aranmalıdır. Kötüniyetin tespiti, şikâyetçi taraf yönünden "niyet okuması" faaliyeti olarak görülmemelidir.

Kötüniyetli şikâyet, bir olgu olarak mevcut olsa da İİK'da müstakil bir kavram olarak düzenlenmediği gibi herhangi bir yaptırıma da bağlanmamıştır. Mehaz Kanun olan İsviçre Para Alacaklarının Takibi ve İflâs Kanunu'nda (İsvİİK) ise kötüniyetli şikâyete ilişkin açık hüküm bulunmaktadır. İsvİİK m. 20*a*/V uyarınca kötüniyetli veya takibi süründemede bırakma amacı taşıyan şikâyet başvurusunu gerçekleştiren tarafın 1.500 İsviçre frangı para cezası yaptırımı ile harç ve masrafları ödemeye mahkûm edileceği düzenlenmiştir. İsvİİK uyarınca şikâyet başvurusu ücretsizdir. Ancak kötüniyetli şikâyet başvuruları bunun istisnasını teşkil etmektedir[24].

Haksız şikâyet başvurusu kavramının genel olarak kötüniyetli şikâyeti de ihtiva ettiğini söyleyebiliriz. Kötüniyetli şikâyetin hasıl olduğu birçok

---

[24] DIETH Marcus / WOHL Georg J., **Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz SchKG,** (Herausgeber: Daniel HUNKELER), 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Zurich, 2014 Art. 20a, N. 15; COMETTA Flavio / MÖCKLİ Urs, **Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs**, 3. Auflage, Basel, 2021, Art. 20a, N. 10; ERARD, **CR LP**, Art. 20a, N. 42-45.

durumda şikâyete konu icra takip işlemi gerçekte hukuka uygun nitelikte olmaktadır. Bununla birlikte şikâyetin kabule şayan olması için salt şikâyete konu işlemin hukuka ya da hadiseye aykırı olması yeterli değildir. Aynı zamanda şikâyette bulunan tarafın hukuki yararının da bulunması gerekmektedir[25]. Şikâyette bulunan kişinin salt hukuka aykırılığı tespit ettirmeyi amaçlaması halinde hukuki yarardan bahsedilemez[26].

Benzer şekilde, şikâyete konu edilemeyecek bir karara karşı da şikâyet yoluna başvurulmasında hukuki yarar bulunmamakta olup bu şekilde bir başvuru dürüstlük kuralı ile bağdaşmıyorsa kötüniyetli addedilecektir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin adi konkordato sürecindeki borçlular hakkında bir kararına konu olayda, komiser heyeti, komiser ücretinin ödenmemesi nedeniyle mühletin uzatılmaması yönünde rapor vermişlerdir. Borçlu vekili, kanunen şikâyet yoluna başvuru hakkı tanınmamasına rağmen komiser ücretine karşı şikâyet yoluna başvurmuştur. Federal mahkeme, borçlu vekilinin hukuk doktoru olduğunu vurgulayarak açık olmayan şikâyet yoluna başvurunun dürüstlük kuralına aykırı olduğunu tespit etmiştir[27].

Kötüniyetli şikâyetin asıl teşhis edilmesi gereken durumlar, şeklen kabule şayan bir şikâyetin var olduğu, ancak şikâyete konu işlemdeki hukuka aykırılığın şikâyeti gerçekleştiren tarafa herhangi bir somut zararının bulunmadığı hallerdir[28]. Genellikle bu tür başvurularda şikâyet eden taraf, icra hukukuna hâkim olan şekilcilik ilkesini kötüye kullanmaktadır. Tipik bir örnek olarak, şikâyet edenin kendisi dışındaki diğer ilgililere satış ilanının yapılmamasını ihaleyi fesih sebebi yapmasını gösterilebir[29]. Diğer bir örnek

---

[25] BELGESAY, **İcra**, s. 93; BERKİN, s. 160; POSTACIOĞLU, s. 58; ÜSTÜNDAĞ, s. 49; KURU Baki, **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, 2. Bası, Adalet, Ankara, 2013, s. 106; YILMAZ Ejder, **İcra ve İflâs Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 102; PEKCANITEZ Hakan / SİMİL Cemil, **İcra - İflâs Hukukunda Şikâyet**, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2017, s. 231 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 62.

[26] PEKCANITEZ/SİMİL, s. 234.

[27] ATF 120 III 107.

[28] Böyle bir durumda, zararı bulunmayan şikâyet eden tarafın hukuki yararından da bahsedilemez (ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ Sema/ HANAĞASI EMEL, **İcra ve İflâs Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 2019 s. 79).

[29] *" Satış ilanı tebligatının usulsüzlüğü nedeniyle ihalenin feshini isteme hakkı, sadece kendisine usulüne uygun tebligat yapılmayan ilgilisine aittir. İhalenin feshini isteyen şikâyetçi borçlu... ... Ltd. Şti.'nin, kendisi dışındaki diğer ilgililere satış ilanının tebliğ edilmediği hususunu, ihalenin feshi sebebi olarak ileri sürmesi mümkün olmadığı gibi, kendisine ya da vekiline yapılan tebligatın usulsüz olduğunu da, ayrıca ve açıkça ileri sürmediği sürece, bu husus kamu düzeninden olmadığından mahkemece resen fesih nedeni olarak incelenemez."* Y. 12. HD E. 2019/10594 K. 2019/14552, 10.10.2019 (Lexpera)

olarak, İİK m. 58'e göre takip talebinde bulunması gereken alacaklı veya vekilinin banka hesap bilgilerinin mevcut olmamasının şikâyet sebebi olarak ileri sürüldüğü durumda, görünürde kanuna aykırılık söz konusudur, ancak bu aykırılık borçlunun hiçbir hakkına zarar vermemektedir. Dolayısıyla görünürde haklı olan bu şikâyet dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğinden reddedilebilecektir[30].

Kötüniyetli şikâyetin kanun nezdinde düzenlendiği İsviçre'de, başta şikâyetin salt takibi süründemede bırakmak amacıyla gerçekleştirilmesi olmak üzere, bir şikâyetin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi, somut bir hukuki yararın mevcut olmaması ve kanun ya da durum itibarıyla şikâyetin haksızlığının açıkça ortada olduğu hallerde kötüniyetin mevcut olduğu kabul edilmektedir[31].

Bu noktada, kamu düzenine aykırılık sebebiyle süresiz şikâyete tâbi hallerin ayrıca değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Kamu düzenine aykırılık nedeniyle süresiz şikâyet yolu kanunda düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde ve yargı kararlarında ittifakla kabul edilmektedir[32]. Kamu düzenine aykırı işlemler için şikâyetin süreye tâbi olmayacağı ilkesinin benimsenmesinin nedeni, bu işlemlerin varlığı halinde takibe devam edilmesinden yarar bu-

---

30 *"İİK.nun 58/1. maddesi uyarınca takip talebinde ödemenin yapılacağı banka adı ile hesap bilgilerinin mevcut olması gerekir. Ancak bunun yer almaması halinde bu eksikliklerin her zaman tamamlanması mümkün olup, takibin ve ödeme emrinin iptali gerekmez.*

Bu durumda borçlunun şikâyetin reddine karar verilmesi gerekmekte olup, aksi yöndeki ilk derece mahkemesi kararına karşı davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüne karar verilmesi gerektiği kanaatine varılarak, HMK'nun 353- (1) b) 2) maddesi gereğince ilk derece mahkemesi kararının düzeltilerek yeniden esas hakkında davanın- şikâyetin reddine karar verilmesi gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur." İstanbul BAM 20. HD, E. 2017/169 K. 2017/255, 1.3.2017 (Lexpera)

31 MAIER Philip / VAGNATO Ivan, **Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG**, (Herausgeber: Jolanta Kren KOSTKİEWİCZ/ Dominik VOCK), 4. Auflage basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, Schulthess, Zürich, 2017, Art. 20a, N. 18; COMETTA/ MÖCKLİ, **BSK SchKG**, Art. 20a, N. 26; DIETH/ WOHL, **KUKO Sc**hKG, Art. 20*a*, N. 15.; ATF 5A_438/2020 (Swisslex).

32 BELGESAY, **İcra**, s. 98; POSTACIOĞLU, s. 69 vd., ÜSTÜNDAĞ, s. 51, BERKİN, s. 159; KURU, **El Kitabı**, s. 109; MUŞUL, s. 89; PEKCANITEZ/SİMİL, s. 146; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 81; *"İcra ve İflas Kanunu'nun 16.maddesinin birinci fıkrasına göre kural olarak şikâyet yedi günlük süreye tabi olmakla birlikte, aynı maddenin ikinci fıkrasında, bir hakkın yerine getirilmemesinden veya süründemede bırakılmasından dolayı her zaman şikâyet yoluna gidilebileceği hükmü öngörülmüş; ikinci fıkrada yazılı olmayan, icra dairesinin kamu düzenine aykırı işlemlerine karşı şikâyetin de süreye tabi bulunmadığı ilkesi, uygulama ve doktrinde yerleşmiştir."* Y HGK., E. 2010/725, K. 2011/314, 18.5.2011; ayrıca Y. HGK, E. 2013/2200, K. 2013/1223, 14.4.2015; Y. 12. HD, E. 2016/31439 K. 2018/3987, 2.5.2018 T. (Lexpera)

lunmayacağı düşüncesidir[33]. Borçlunun, üçüncü kişilerin ve kamunun menfaatini korumak amacıyla konulduğu düşünülen emredici hükümlere aykırı şekilde yapılan takip işlemlerinin kamu düzenine aykırı olduğu düşüncesi benimsenmektedir[34]. Kamu düzenine aykırılık teşkil eden hususlar söz konusu olduğunda şikâyet eden açısından hukuki yararın bulunduğuna dair bir ön kabulden bahsedebiliriz. Yine de kamu düzenine aykırılık hallerinde dahi şikâyet yoluna başvurulması hakkın kötüye kullanımı teşkil edebilir. Resmi kurumlar tarafından gerçekleştirilen haczedilemezdik şikâyetlerinin, ihlal edilen hükmün kamu düzeninden kabul edilmesine[35] rağmen hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilip reddedilmesini bu hal için örnek olarak gösterebiliriz[36].

2. Kötüniyetli Şikâyetin Tespiti ve İncelenmesi

Tıpkı dava hakkının kötüye kullanımında olduğu gibi, şikâyet başvurusunda kötüniyetin tespiti son derece ciddi bir sorun arz etmektedir. Her haksız şikâyeti aynı zamanda kötüniyetli olarak nitelemek mümkün olmadığından kötüniyet arz eden şikâyet başvurularını ayrıca değerlendirmek gerekmektedir.

Öncelikle, icra organlarının işlemlerine karşı, şikâyet konusu işlemin hukuka uygun olup olmadığından bağımsız olarak, ilgili kişinin şikâyet yoluna başvuru hakkının kural olarak mevcut olduğunun kabulü ile başlamak gerekmektedir. Dava hakkında olduğu gibi[37], şikâyet yoluna başvuru hakkının hakkın kötüye kullanımı ya da başka bir nedenle sınırlandırılması istis-

---

33 PEKCANITEZ/SİMİL, s. 146.

34 POSTACIOĞLU, s. 69; KURU, **El Kitabı**, s. 109; PEKCANITEZ/SİMİL, s. 146.

35 KURU, **El Kitabı**, s. 110; PEKCANITEZ/SİMİL, s. 175; "*Bu açıklamalar ışığında ancak devlet malının haczine yönelik 1. bende dayalı haczedilmezlik şikâyeti kamu düzeninden olup süresizdir. Bunun yanında özel kanunlar ile haczedilemeyeceği hüküm altına alınan hak ve alacakların haczinde ise haczedilmezliğe ilişkin hüküm emredici nitelikte ve kamu düzeniyle ilgili ise şikâyetin süresiz olacağı düşünülmelidir."* Y. 11. HD, E. 2011/24810 K. 2011/26803, 06.12.2011 (Lexpera)

36 *"Böyle bir davranış AİHM'nin AİHS'nin 6 § 1. ve Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. maddelerinin ihlali sonucunu doğuracağı gibi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde de bulunmakla, hukukça korunamayacağı muhakkaktır. Bu durumda, borçlu Belediye'ce haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraların aynı hesapta toplanması ve birbirine karıştırılması, haczedilmezlik hakkından feragat olarak kabul edilmelidir."* Y. 8. HD, E. 2015/15405, K. 2015/16059, 10.9.2015 T. (Lexpera).

37 BOHNET François **Commentaire Romand Code de Procedure Civile**, 2é édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, Art. 52, N. 25; CHABLOZ Isabelle, **Petit Commentaire Code de Procedure Civile**, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, Art. 52, N. 21.

nai niteliktedir. Bu noktada önem arz eden konu ise haksızlık olgusunun yanında kötüniyetin varlığının da müstakil bir şekilde tespitine ihtiyaç duyulmasıdır.

Şikâyet yoluna başvuruda kötüniyetin varlığının tespiti için hukuki yarar kurumunun işlevsel olduğunu belirtmek gerekmektedir. Hukuki yarar ile dürüstlük arasında son derece sıkı bir ilişki bulunmaktadır[38]. Gerçekten de güncel bir hukuki yararın yokluğunun aşikâr olduğu hallerde şikâyet yoluna başvurunun kötüniyetle yapılmış olduğu söylenebilir. Yine de hukuki yarar yokluğunun tek başına kötüniyetin varlığını tespit için varsayım, hatta karine niteliğinde olduğunu söyleyemek doğru olmayacaktır; böyle bir durumda hukuki yarar yokluğu kötüniyetin varlığına ilişkin bir emare olarak görülebilir[39]. Hukuki yararın mevcut olmadığı hallerde aynı zamanda kötüniyetin varlığının zikredilebilmesi için hukuki yarar yokluğunun şikâyet yoluna başvuran tarafından bilinmesi ya da bilinebilecek durumda olması aranmalıdır.

Dava hakkından farklı olarak, şikâyet yolunun konusunu maddî hukuka ilişkin bir hakkın mevcut olup olmadığı, hakkın ihlal edilmediği, ihlalin kapsamı teşkil etmemektedir[40]. Bu bakımdan, dava hakkının kötüye kullanımının tespitinde yaşanan bir zorluk olarak, sübjektif hakkın kötüye kullanımı ile dava hakkının kötüye kullanımın ayırt edilmesinde yaşanan zorluğun[41] şikâyet yolu için çok fazla gündeme gelmeyeceği zikredilebilecektir. Dolayısıyla şikâyet başvurusunun hakkın kötüye kullanımı teşkil edip etmediği hususu, dosya üzerinden yapılacak bir incelemeyle, şikâyet yoluna başvurunun gerçekte bir hukuka aykırılığı gidermek adına yapılıp yapılmadığı tespit

---

38 HANAĞASI Emel, **Davada Menfaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 34; ARSLAN, **Dürüstlük**, s. 113; *"Bu ilkeden hareketle, davada menfaatin varlığı, mahkemece, taraflarca dava dosyasına sunulmuş deliller, olay veya olgular çerçevesinde, kural olarak davanın açıldığı tarihe göre, kendiliğinden ve yargılamanın her aşamasında gözetilmesi gerekir. Bu sayede, iç hukukumuzun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme)'nin 6.maddesi ve 1982 Anayasası'nın 36.maddesinde düzenlenen "hak arama özgürlüğü"nün dürüstlük kuralına uygun kullanılması sağlanmaktadır. Dolayısıyla haksız davalar açmak suretiyle, dava hakkının kötüye kullanılmasına karşı bir güvence olduğu da, söylenebilir."* Y. HGK E. 2010/3-119, K. 2010/159, 17.3.2010 T. (Kazancı)

39 HANAĞASI, s. 35.

40 PEKCANITEZ/SİMİL, s. 28; MUŞUL, **İcra ve İflâs**, s. 109; UYAR Talih/ UYAR Alper / UYAR Cüneyt, **İcra Hukukunda Şikâyet**, Ankara, 2018, s. 298; ERARD, **CR LP**, Art. 17, N. 3;

41 KARSLI Abdurrahim, **Medeni Usûl Hukukunda Usûlî İşlemler**, İstanbul, 2001, s. 205.

edilebilmelidir. Bunun için ise kesin bir ölçüt belirlemek mümkün olmamakla birlikte; şikâyetin, söz konusu işlemin iptali ya da düzeltilmesi yerine salt takip sürecini kesintiye uğratmak adına veyahut salt karşı tarafa rahatsızlık vermek gibi hiçbir şekilde şikâyet yolunun amacıyla bağdaşmayacak bir sebepten ötürü şikâyetin gerçekleştirildiğinin tespiti durumunda kötüniyetin varlığından söz edilebilecektir.

Ciddiyetten veya somutluktan uzak şikâyet dilekçelerinin de belirli bir noktada dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği söylenebilecektir. Özellikle şikâyetçi tarafın, şikâyet konusu takip işlemini belirtmediği şikâyet başvurularının icra mahkemesinde incelemeye elverişli olmadığından bahisle, bu tür başvuruların icra prosedürünü akamete uğratma amacıyla gerçekleştirildiği tespit edilirse hakkın kötüye kullanımının varlığı söz konusu olacaktır. İsviçre Fribourg Kanton Mahkemesinin bir kararına konu olayda, şikâyetçi tarafın somut bir icra takip işlemini değil, genel geçer ifadelerle ve birbirinin hemen hemen aynısı dilekçelerle icra dairesinin faaliyetlerinin genelini şikâyet konusu yapması kötüniyetli şikâyet olarak değerlendirilmiştir[42].

Şikâyet hakkının kötüye kullanımının tespitinde özellikle, şikâyetin icra işlemlerinin durmasına vesile olduğu hallere odaklanılması doğru olacaktır. Kural olarak şikâyet cebri icra faaliyetini durdurmamaktadır (İİK m. 22). Bu hükmün ihdas edilme sebebi, şikâyet hakkının kötüye kullanımının engellenmesidir[43]. Ancak talep üzerine veya re'sen, icra mahkemesi tarafından icranın durdurulmasına karar verilebilmektedir[44]. Bunun dışında da İİK'da yer verilen bazı özel düzenlemeler neticesinde şikâyet yoluna başvurulması kendiliğinden icra takibinin akamete uğramasına sebep olabilmektedir. Bu haller, şikâyet yoluyla ihalenin feshi talebinde bulunulması (İİK m. 134) ve sıra cetveline karşı şikâyette bulunulmasıdır (İİK m. 142/III). İhalenin feshi talebi sebebiyle ihalenin kesinleşmesi engelleneceğinden ihale bedeli alacaklılara ödenmeyecektir (İİK m. 134/IX). Keza sıra cetveline şikâyetin sonuçlanmasına kadar alacaklılar, kesin ve süresiz banka teminat mektubunu dosyaya ibraz etmemeleri durumunda (İİK m. 142/a) payına düşen tutarı tahsil

---

42 Tribunal Cantonal Fribourgeois, 21.07.2016 T. 105/2016/55. (bger.ch)

43 BELGESAY, **İcra**, s. 101; BERKİN, s. 161; PEKCANITEZ/SİMİL, s.324; KONURALP Cengiz Serhat, **İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, O İki Levha, İstanbul, 2013, s. 58.

44 BELGESAY, **İcra**, s. 101; POSTACIOĞLU, s. 76; ÜSTÜNDAĞ, s. 53; KURU, s. 113; PEKCANITEZ/SİMİL, s. 325, dn. 1001; KONURALP, s. 59; ERARD, **CR LP**, Art. 17, N. 62.

edemeyecektir[45]. Bu tür durumlarda yapılan şikâyetlerin, salt ilgili icra işleminden yarar sağlayacak kişilere zarar verme amacıyla ya da icra faaliyetini akamete uğratma amacıyla yapılmış olması ihtimal dahilindedir. Böyle bir durumda kötüniyetin tespiti için ise yapılan şikâyette ileri sürülen sebeplerinin ciddiyeti ve şikâyeti gerçekleştiren kişinin hukuki yararı incelenmelidir.

Şikâyetin kötüye kullanımın tespiti, dürüstlük kuralının emredici niteliği sebebiyle re'sen inceleme ilkesine tâbidir[46]. İcra mahkemesi, şikâyet hakkının açıkça kötüye kullanımını dosya üzerinden kendiliğinden tespit edebilecektir. Bununla birlikte kötüniyetin varlığının incelenmesi konusunda re'sen araştırma ilkesinin cari olduğundan bahsedemeyiz. Hâkim, şikâyete başvuran tarafın kötüniyetli olduğu hususunu tespit için kendiliğinde vakıa ya da delil toplayamaz, kötüniyetin varlığına ilişkin tespit dosyadaki bilgi ve belgeler üzerinden yapılmalıdır[47]. Diğer taraftan şikâyet koşullarının incelenmesi re'sen araştırma ilkesine tâbi olduğundan[48] şikâyet koşullarının araştırılması sırasında kötüniyetin varlığı tespit edilirse bu halde de hâkim kötüniyeti dikkate almak durumundadır.

3. Başlıca Kötüniyetli Şikâyet Halleri

Yukarıda da belirtildiği üzere icra ve iflâs hukukunda hakkın kötüye kullanımı teşkil eden halleri belirli başlı halleri öngörmek ve bunları tasnif etmek maddî hukuk disiplinleri ve hatta medeni usûl hukukundaki durum dikkate alındığında daha kolaydır. Nitekim, kanun koyucu, muhtelif düzenlemeler ile takibin taraflarına tanınan hukuki imkânın kötüye kullanımı olabilecek durumlar hakkında özel yaptırımlar öngörmüştür[49]. İcra takibinin haksız ve kötüniyetli olduğu durumda, itirazın iptali davasında ve menfi tespit davasında alacaklı aleyhine tazminata hükmedilmesi (İİK m. 67/II, m. 72/V), mahcuz istihkak davasının salt satışı geri bırakmak sebebiyle açıldığının açılması durumunda takibin taliki talebinin reddedilecek olması (İİK

---

45 ÜSTÜNDAĞ, s. 300; KURU, **El Kitabı**, s. 735; MUŞUL, s. 930; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 238; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 333.

46 Dürüstlük kuralının emredici niteliği ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiği hakkında bkz OĞUZMAN/ BARLAS s. 288; AKYOL Şener, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı** 2. Bası, Vedat, İstanbul, 2006, s. 10 - 11; ARSLAN, s. 27 - 28.

47 ARSLAN, **Dürüstlük**, s. 47; CANDEMİR, s. 50; re'sen araştırma ilkesi ile re'sen inceleme ilkesi arasındaki ayrım için bkz. TAHİROĞLU Fatih, **Medeni Usûl Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi**, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 11 vd.

48 PEKCANITEZ/SİMİL, s. 380; YILDIRIM/DEREN - YILDIRIM, s. 39.

49 ARSLAN, **Dürüstlük**, s. 135 vd.

m. 97/II), kambiyo senedine müstenit takipte imzaya itiraz üzerine imzanın borçluya ait olmadığının anlaşıldığı durumda senedi takibe koyan ağır kusurlu veya kötüniyetli alacaklı aleyhine tazminata hükmedilmesi (İİK m. 170/IV) kötüniyetin varlığına kanunun doğrudan sonuç bağladığı hallere örnek gösterilebilir. Bunun dışında Kanun'da, haksız itiraza ya da haksız hukuki yollara başvuru hallerinde yaptırımın öngörüldüğü düzenlemeler söz konusudur.

İİK'da, HMK m. 329'ya benzer şekilde, kötüniyetli genel nitelikte bir şikâyet ile ilgili düzenleme bulunmadığı gibi haksız şikâyetin yaptırıma tâbi tutulduğu yegâne hüküm de ihalenin feshine ilişkin 134. maddede mevcuttur. 7343 sayılı Kanun[50] ile eklenen, İİK m. 134/V hükmünde üç bent halinde sayılan hallerde ihalenin feshini talep eden kişinin feshi istenen ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûm edileceğini öngörmüştür[51]. Ancak anılan yaptırım hükmünün uygulanması için şikâyetin kötüniyetli şekilde gerçekleştirilmesi aranmamaktadır.

Bununla birlikte, şikâyet yolunun kötüye kullanımını teşkil eden durumların ortak özellikleri gözetilerek örnek teşkil eden başlıca ihtimalleri ortaya koymanın mümkün olduğunu ve bu örnekleri incelemenin bilhassa kötüniyetli şikâyet durumlarının tespitinde yardımcı olabileceğini ifade etmek mümkündür.

A. Şekle Aykırılığın Şikâyet Sebebi Olarak Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanımı Teşkil Etmesi

Şekle sıkı bağlılık, cebri icra hukukunun kendine özgü en önemli ilkelerinden birisidir. Şekle sıkı bağlılık, kanunilik ve belirlilik ilkesinin cebri icra huku-

---

[50] 7343 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, madde 27 (RG T. 30.11.2021 S. 31675).

[51] "***Madde 134/V -*** *İhalenin feshi talebi üzerine icra mahkemesi talep tarihinden itibaren yirmi gün içinde duruşma yapar ve taraflar gelmeseler bile icap eden kararı verir. Ancak ihalenin feshi talebinin usulden reddi gereken hâllerde duruşma yapılmadan da karar verilebilir. İcra mahkemesi;*

1. Satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri ile pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler dışında kalan kişilerce talep edilmesi nedeniyle,

2. Satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri dışında kalan kişiler bakımından feragat nedeniyle,

3. İşin esasına girerek, talebin reddine karar verirse ihalenin feshini talep edeni feshi istenen ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûm eder."

kundaki tezahürü niteliğinde olup temel işlemi işlem güvenliğini sağlamak ve keyfiyeti engellemektir[52]. Şekle sıkı bağlılık ilkesi, taraf ve icra takip işlemlerinin kanunda belirtilen şekil şartlarına uygun biçimde yapılması zorunluluğu olarak somutlaşmaktadır. Benzer şekilde İİK m. 8 hükmünde icra ve iflâs dairelerinin işlemlerinin tutanağa bağlanacağının ve bu tutanakların aksi ispatlanıncaya kadar muteber kabul edileceğinin kabul edilmesi de şekle sıkı bağlılık ilkesinin uzantısıdır[53]. Benzer şekilde İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliğinde icra takibinin ve iflâsın açılmasından sonraki prosedürünün her aşamasında kullanılacak formların içeriğinin belirlenmesi ve hatta bu formlara dair örneklere yer verilmesi de yine şekle sıkı bağlılıktan kaynaklanmaktadır[54]. Diğer taraftan icra-iflâs hukukunda tarafların doğrudan ilişki içinde kurulmaması, ilişkiye resmi faaliyette bulunan cebri icra organlarının tavassut etmesi de icra-iflâs hukukundaki işlemlerin şekle bağlı kılınmasını zorunlu kılmaktadır[55].

Bunun yanında her bir şekil kuralının ilgili icra işlemlerinin güvenliğinin sağlanması açısından özel amacı olduğunu da ifade etmek gerekmektedir. Örneğin ödeme emrinde bulunan kayıtlar, borçlunun haklarını gereği gibi savunabilmesini, borçlunun takibin kendisi hakkında yapılmış olduğu hususundan şüphe duymamasını, takibin hangi alacak için söz konusu olduğunun, takibe konu alacak kalemlerin borçlu tarafından değerlendirilebilmesini, aynı zamanda borçlunun alacak hususunda ihtar edilmesini ve borçlunun borca ve yetkiye yönelik itirazını gerçekleştirme usûlü hakkında bilgilendirilmesini sağlamaya yönelmektedir[56].

İcra takip işlemlerindeki şekle aykırılıklara karşı başvurulacak yol şikâyet yoludur (İİK m. 16). Burada kural olarak, kanun aykırılık şikâyet sebebini teşkil edecektir[57]; kanunun belirttiği şekil şartına uygun bir işlemin

---

52 ÖZEKES, İlkeler, s. 101; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 33; ARSLAN Aziz Serkan, **İcra Takip İşlemleri**, Yetkin, Ankara, 2018, s. 189.

53 ÖZEKES, **İlkeler**, s. 101; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 33

54 ÖZEKES, **İlkeler**, s. 102; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 33-34

55 ERMENEK, s. 154.

56 ÜLKÜ Nazlı Gören, **İcra Hukukunda Ödeme Emri**, Arıkan, İstanbul, 2008, s. 115 vd.

57 Kanuna aykırılık yalnızca İİK hükümlerinde değil, diğer kanunlarda yer alan takip hukukuna ilişkin hükümlere, İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği ile Nizamnamesi ile diğer yönetmelik ve tüzükler, hatta uluslararası anlaşmalara aykırılık halinde de söz konusu olur (ANSAY Sabri Şakir, **Hukuk İcra ve İflâs Usulleri**, 5. Bası, İstiklal Matbaası, Ankara, 1960, s. 31; PEKCANITEZ/SİMİL, s. 82 -86; ÜSTÜNDAĞ, s. 47; KURU, **El Kitabı**, s. 103; KARSLI, **İcra ve İflâs**, s. 79).

yapılmaması şikâyet sebebidir. Kural olarak kanunda belirtilen şekil şartına aykırılık tek başına şikâyet sebebi olarak yeterli kabul edilmektedir. Söz konusu şekle aykırılığın herhangi bir zarara sebep olması aranmamaktadır[58].

Bununla birlikte, icra - iflâs hukukuna hâkim olan şekle sıkı bağlılık ilkesinin suiistimal edilebilmesi mümkündür. İcra takip işlemindeki şekle aykırılıktan dolayı herhangi bir menfaati haleldar olmayan bir kimsenin salt işlemi iptal ettirmek adına şikâyet yoluna başvurması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda şekle aykırılık iddiasına dayalı şikâyet başvurusunun hakkın kötüye kullanımı teşkil edebileceğinden bahsedilecektir.

Şekil şartlarına aykırılık ile dürüstlük kuralı arasındaki ilişki, maddî hukuk sahasında ciddi bir tartışma alanı bulmuştur. Bu noktada bir hukuki işlem olan taşınmaz satış vaadi sözleşmesindeki şekle aykırılığın ileri sürülmesinin belirli şartlar altında hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceğine dair Yargıtay'ın 30.9.1988 tarihli 1987/2 E. 1988/2 tarihli içtihadı birleştirme kararı[59] başta olmak üzere maddî hukuktaki şekle aykırılığın dürüstlük kuralı vasıtasıyla düzeltilmesine sınırlı da olsa izin verildiğini hatırda tutmak gerekmektedir.

Öte yandan söz konusu Yargıtay kararının icra hukukunda doğrudan uygulanması hususu müphemdir. Anılan kararın içeriğinde dahi şekle aykırılığın dürüstlük kuralı ile bertaraf edilmesi için somut olayın özelliğinin önem arz ettiği, dolayısıyla bu içtihadı birleştirme kararının sonuçları bakımından kendiliğinden diğer şekle aykırılık hallerine teşmil edilemeyeceği belirtilmiştir[60]. Maddî hukukta şekil kurallarının biri özel diğeri genel olarak nitelenen iki önemli koruma amacı olduğu kabul edilmektedir. Özel koruma

---

58 PEKCANITEZ/SİMİL, s. 90.

59 Y. İBBGK, E. 1987/2, K.1988/2, 30.9.1988, (RG T. 21.12.1988, S. 25).

60 *"... nitelikleri itibariyle emredici bulunan ve hakim tarafından re`sen gözetilmesi gereken şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı bir uyuşmazlıkta çatıştığında; hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralıyla şekil şartı kuralının aşılabilmesi için olayın özelliği büyük önem taşımaktadır. Bu hal, Medeni Kanunun 2'nci madddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kuralın taliliğinin (ikincilliğinin) tabii bir sonucudur ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı ancak fevkalade zaruri hallerde uygulama yeri bulabilir. Aynı ilkeye 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da değinilmiş olup, Ord. Prof. Dr. A. B. SCHWARZ`ın bu konudaki görüşü de (Medeni Hukuka Giriş, Hıfzı Veldet çevirisi, Sh. 201 vd. İst. 1946) özetle şöyledir: "-Bu genel hükmün uygulanmasında çok ihtiyatlı davranmak icap eder. Çünkü bugünkü kanunlarda ifadesini bulan bütün rasyonel özel hukukun manası, hukuki meseleleri sarih olmayan hakkaniyet hisleriyle değil, kat`i ve açık prensiplerle halletmektir. Sadece hüsnüniyet ve hakkın suistimaline dayanan bir hukuk tatbikatı bu hedefi tehlikeye koyar. Bu nedenlerle her meseleye ona taaluk eden özel hükmü tatbik etmek ve MK. un 2. maddesini fevkalade zaruri olan hallerde sırf itmam ve tashih edici bir şekilde tatbik eylemek lazımdır"*

amacı hukuki işlemin şekle uygun yapılmasında işlemin taraflarının korunmasını, genel itibarıyla tarafların düşünmeye sevk edilmesini ve acele kararların engellenmesini ifade etmektedir[61]. Şeklin genel amacı ise işlem güvenliği ve kesinliğini sağlayarak kamu düzenini korumaktır[62]. Bu bağlamda maddî hukuktaki şekil kurallarının genel amacı ile icra hukukunda benimsenen şekil kurallarının amacının benzerlik arz ettiğini söyleyebiliriz. Yine de maddî hukuktaki şekil kurallarının esas olarak özel amacı yani hukuki işlemin taraflarını korumayı esas aldığını belirtmek gerekir[63]. Kaldı ki icra-iflâs hukukunda, maddî hukukun aksine şekil, istisna değil esastır. Hatta icra-iflâs hukukunda şekilcilik, maddî hukuktaki anlayışın çok daha ötesine geçerek, işlemlerin matbu nitelikteki evrak muhtevasında yapılmasını gerekli kılmaktadır.

Maddî hukukta şekle aykırılığın dürüstlük kuralı ile bertaraf edilebileceği hususunda kabul edilen görüşün icra-iflâs hukukunda doğrudan uygulanamayacağını söylemek, icra-iflâs hukukundaki şekil kurallarının dürüstlük kuralına aykırı şekilde olsa da mutlak suretle uygulanacağı anlamına gelmeyecektir. Bu noktada, tıpkı maddî hukukta olduğu gibi, icra-iflâs hukukunda da şekil kurallarından genel ve özel amacıyla örtüşmeyecek şekilde istifade edilmeye çalışılması hakkın kötüye kullanımı teşkil edebilecektir. Benzer bir görüşle, icra işlemlerinde şekle aykırılığın sonuçlarının işlemin esasına ve şekil kuralının özel amacına aykırı olup olmadığına bakılarak tayin edilmektedir diyebiliriz[64]. Eğer şekle aykırılık işlemin esasını ve şekle aykırılığı ileri süren tarafın menfaatlerini etkilemeyecek nitelikteyse, aykırılığı şikâyet yoluyla ileri sürme hakkın kötüye kullanımı kabul edilebilecek ve şikâyet reddedilecektir.

Benzer şekilde şekle aykırılık, şikâyet eden tarafın menfaatlerine zarar verecek nitelikte değilse, bu durumda şikâyet için hukuki yarar mevcut olmayacağından talep reddedilecektir. Örneğin, mal beyanında bulunulmaması durumunda borçlunun hapisle tazyik edileceğine dair ihtarın yer almaması

---

61 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, 6. Bası, Filiz, İstanbul, 2014, s. 271; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020, s. 298; GİRİTLİOĞLU Necla, **Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması**, İstanbul, 1989, s. 107; ALTAŞ Hüseyin, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Yetkin, Ankara, 1998, s. 64 vd.

62 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 271; GİRİTLİOĞLU, s. 107; ALTAŞ, s. 66.

63 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 271; EREN, s. 298.

64 ARSLAN A.S., s. 190.

borçlunun lehinedir. Hal böyleyken borçlunun borç kaydın mevcut olmamasını şikâyet sebebi yapması hakkın kötüye kullanımına sebep olacaktır[65].

Şekle sıkı bağlılık ilkesinin kötüye kullanımının korunmayacağı, yargı kararları ile de kabul edilmiştir. Bu bakımdan ödeme/icra emrinde vergi kimlik numarasının veya ödemenin yapılacağı (icra dairesinin) banka hesap numarasının bulunmamasının şikâyet sebebi olmayacağına dair Yargıtay ve bölge adliye kararları örnek teşkil etmektedir[66].

Şekle aykırılığın şikâyet sebebi olarak kabul edilmemesi hususunda diğer bir örnek, ödeme emrindeki mühür eksikliğinin ileri sürülmesidir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi bir kararında, mühür eksikliğinin takip işleminin esasına tesir etmeyeceğini kabul ederek bu eksiğin tek başına şikâyet sebebi olmayacağını kabul etmiştir[67].

B. Çelişkili Davranış Yasağına Aykırılık

Dürüstlük kuralının temelinde sosyal ve ekonomik hayata dair bir güven ilkesi olması yatmaktadır. Bu itibarla bir tarafın önceki davranışlarıyla karşı tarafta uyandırdığı güvene aykırı biçimde hareket etmemesi icap etmektedir. Dürüstlük kuralının özel bir görünümü olan bu kurala çelişkili davranış yasağı denilmektedir[68].

Çelişkili davranış yasağının belirli açılardan icra-iflâs hukukuna etki ettiğini ifade etmek mümkündür. Şikâyet yolu özelinde çelişki yasağının yansıması olarak kabul edebileceğimiz muhtelif örnekler söz konusudur. Özellikle bir takip işleminin kanuna aykırı olduğunu ileri sürerek şikâyette bulu-

---

65 MUŞUL Timuçin, **İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet**, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2018, s. 209.

66 "*Somut olayda, Mahkemece her ne kadar alacaklının vergi kimlik numarası, ödemenin yapılacağı banka hesap bilgileri ile faizin başlangıç ve bitiş tarihlerinin yazılı olmadığı gerekçesi ile şikâyetçi yönünden icra emrinin iptaline karar verilmiş ise de, takip talebi ile icra emrinde faiz başlangıç tarihleri belirtilmiş olup, Yasa'da faizin bitiş tarihlerinin belirtilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Vergi kimlik numarası ile ödemenin yapılacağı banka hesap bilgilerinin ise her zaman tamamlanması mümkün olup, ödeme emrinin iptali nedeni olarak kabul edilemez.*" Yargıtay 8. HD 14.04.2015 T. 2014/9719 E. 2015/8360 K., aynı yönde Y. HGK, E. 2004/12-356, K. 2004/379, 23.06.2004; aksi yönde Y. 12. HD, E. 2016/25436, K. 2017/15655, 14.12.2017 T. (Lexpera).

67 *"Kabule göre de; Ödeme emrindeki imza, mühür ve tarih eksiliği sonradan tamamlanabileceğinden ödeme emirinin iptalini gerektirmez."* Y. 12. HD., E. 2011/3730, K. 2011/19020, 17.10.2011 (Lexpera).

68 EGGER A., **İsviçre Medeni Kanunu Şerh Giriş ve Kişinin Hukuku**, (Çev: Volf Çernis), Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1947, Madde 2, N. 36; İMRE, s. 312; AKYOL **Dürüstlük**, s. 57.

nan tarafın öncesinde kendisine koruma sağlayan kanuni düzenleme ile zıt şekilde bir işlemde bulunduğu hallerde şikâyet hakkının bulunmayacağı söylenebilmektedir. Böyle bir durumda, hakkın kötüye kullanımına ilişkin özel bir durum olarak kabul edilen hak düşümünden bahsedilebilir[69].

Örnekler üzerinden ilerleyecek olursak, haczedilmezlikten feragat olarak nitelendirilen işlemlerin bu duruma örnek gösterebiliriz. Yukarıda değindiğimiz[70], resmi makamların, özellikle de belediyelerin, devlet malı niteliği sebebiyle haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paralarını tek bir hesapta tutması hali burada zikredilecektir. Yargıtay, böyle bir uygulamanın dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığını söyleyerek haczedilmezlik şikâyetinin kabul edilmeyeceğini belirtmektedir[71].

Yargıtay'ın bir başka kararına konu olayda, kambiyo senedine müstenit takipte borcu tanıyan ve icra dairesine gelip taksitle ödeme talebinde bulunan borçlunun daha sonra senet aslının icra dairesi kasasında olmadığından bahisle şikâyet etmesi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir[72].

3. Kötüniyetli İhalenin Feshi Talebi

İhalenin feshi talebinin özel bir durumu olduğunu düşündüğümüzden bu şikâyet türünden müstakil olarak bahsetmenin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Bunun temel sebebi, ihalenin feshine yönelik şikâyetin, kuralın aksine satış işlemini müteakip icra işlemleri durdurucu etkiyi (*l'effet suspensif*) haiz

---

69 GİRİTLİOĞLU, s. 94.

70 Bkz. dn. 26.

71 *"Öte yandan, haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraları karıştırmak suretiyle havuz hesabı oluşturan borçlu belediyenin, iddiasını ispat imkanını kendisinin kaldırdığının kabulü zorunludur. Borçlu belediyenin haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paralarını ayrı hesaplarda tutması yerine, havuz hesabı oluşturmasının iyiniyetle de bağdaşmayacağı tartışmasızdır. Böyle bir davranış AİHS'nin 6 § 1. ve Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. maddelerinin ihlali sonucunu doğuracağı gibi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde de bulunmakla, hukukça korunamayacağı muhakkaktır."* Y. 12. HD, E. 2018/6312, K. 2019/2067, 29.4.2019; aynı yönde Y. 8. HD, E. 2013/13246, K. 2014/70, 13.1.2013 (Kazancı).

72 *"Takip dosyası incelendiğinde, borçlunun, ödeme emrinin tebliğinden sonra 7.4.2011 tarihinde icra müdürlüğüne bizzat gelerek, borcu kabul ettiğini, borca bir itirazının olmadığını ve belirtilen taksitlere göre ödeme yapmak istediğini beyan ettiği görülmektedir. Kanun, bir hakkın kötüye kullanılmasını himaye etmez. Borçlunun, borcu kabul ve ödeme taahhüdünde bulunduktan sonra yaptığı senet aslının kasada olmadığına ilişkin şikâyetinin mahkemece reddi gerekirken kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir."* Y. 12.HD E. 2012/2032, K. 2012/20840, 18.06.2012 (Legalbank).

olmasıdır. İhalenin feshi şikâyeti ile satışa konu malın zilyetliği ihale alıcısına geçmemekte, alıcı mal üzerinde tasarruf yetkisini ancak ihale kesinleşince yani ihalenin feshine dair şikâyet prosedürü tamamlanınca kazanabilmektedir (TMK m. 705/II). Keza ihale bedeli de ancak şikâyet prosedürü kesinleştikten sonra alacaklılara ödenmektedir (İİK m. 134/IX). Bu nedenden ötürü, ihalenin feshi şikâyetinin salt taşınmazın satışının kesinleşmesini tehir etmek amacıyla yapılması söz konusu olabilmektedir.

İhale sürecinde diğer cebri icra işlemlerine nazaran çok daha fazla şekil şartı arandığını kabul etmek gerekmektedir. Bu nedenden ötürü kötüniyet taşıyan ilgililerin şekle aykırılık yönünden zorluk yaşamadan ihalenin feshi sebebi bulabilmeleri vakidir. Aynı şekilde, bir fesih nedeni olan ihaleye fesat karıştırıldığı iddiası da ciddi anlamda kötüniyetli şikâyetlere elverişlidir.

Bununla birlikte kanun koyucu, ihalenin feshi yargılaması özelinde kötüniyetli şikâyetlerin önüne geçmek adına bir takım özel önlemler almıştır. İİK m. 134/II uyarınca ihalenin feshini talep edebilecek ilgililerin sınırlı sayıda gösterilmesi[73], belirli ilgililer (Satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı ayni hak sahipleri) dışında kalan kişilerin başvurularında nispi harç istenmesi ve teminat yatırılması şartının aranması (İİK m. 134/III ve IV)[74], İİK m. 134/XI gereği şikâyet eden ilgilinin ileri sürdüğü yolsuzluğun kendi menfaatini ne şekilde ihlal ettiğini yani hukuki yararını ispata mecbur olduğunun açıkça düzenlenmesi bu minvaldedir[75]. Benzer şekilde, İİK m. 134/V'te belirli şartlar altında işin esasına girilerek şikâyetin reddedildiği durumda şikâyetçinin ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkûm edileceği düzenlemesi de kötüniyetli şikâyetleri önleme amacı taşımaktadır[76]. Yine de İİK m. 134/XI'teki para cezası yap-

---

[73] PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 233.

[74] 7343 Sayılı Kanun 27. Madde Hükümet Gerekçesi *"Maddeye eklenen yeni üçüncü fıkrayla, "ihalenin feshi talebine ilişkin şartlar" yeniden belirlenmektedir.* ***Uygulamada ihalenin kesinleşmesine engel olmak amacıyla haksız ve kötü niyetli olarak ihalenin feshinin talep edildiği müşahede edilmektedir****. Hak arama hürriyetine engel olmaksınız, bu tür haksız ve kötü niyetli taleplerin önlenmesi amacıyla düzenleme yapılmaktadır. Buna göre "satış isteyen alacaklı, borçlu veya resmi sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı ayni hak sahiplerinin dışında kalan kişilerce ihalenin feshi talebinin yapılması halinde", ihale bedeli üzerinden nispi harç alınacak ve talebin reddi halinde bu harç iade edilmeyecektir."*

[75] ARSLAN Ramazan, **İcra- İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984, s. 193.

[76] *"Takip hukukuna özgü bir yaptırımın düzenlendiği itiraz konusu kuralla, gereksiz ve dayanaksız başvurular önlenerek ihalenin kesinleşmesinin sürüncemede bırakılmasının engellenmesi, ihale sürecinin en kısa süre içerisinde gerçekleştirilmesi ve bu sayede kamusal bir işlem*

tırımının uygulanması için kötüniyetin özel bir şart olarak aranmadığını ifade etmek gerekmektedir[77].

III. ŞİKÂYET YOLUNUN KÖTÜYE KULLANILMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

Yukarıda işaret ettiğimiz üzere şikâyet yolunun kötüye kullanımının sonuçları İİK nezdinde düzenlenmemiştir. Ancak kanun koyucunun bu hususta sessiz kalması, şikâyet yolunun kötüye kullanımının yaptırımsız kalacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu noktada öncelikle kötüniyetli şikâyetin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği dikkate alınmalıdır. Diğer taraftan, şikâyet yolunun kötüye kullanımının HMK m. 329 çerçevesinde ele alınıp alınmayacağı hususunu da ayrıca değerlendirmek isabetli olacaktır.

1. Şikâyetin Dürüstlük Kuralına Aykırılık Nedeniyle Reddi.

TMK m. 2/II'de yer alan *"Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz."* kuralı gereği, bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanımının temel yaptırımı, hakkın kullanımının hukuk düzenince kabul görmemesidir. Bu doğrultuda, şikâyet başvurusu hakkın açıkça kötüye kullanımı teşkil ediyorsa, şikâyete konu işlem şekli açıdan kanuna aykırı olsa dahi başvuru reddedilmelidir. Bazılarını yukarıda zikrettiğimiz birçok Yargıtay içtihadında hakkın kötüye kullanımı gerekçesiyle şikâyetin reddedildiği görülmektedir[78].

2. Kötüniyetli Şikâyet Sebebiyle Tazminat Talebi

Şikâyet yoluna başvuru hak arama özgürlüğünün uzantısı niteliğindedir. Kural olarak hak arama özgürlüğünden istifade edilmesi haksız fiil teşkil etmeyecektir. Bununla birlikte hakkın kötüye kullanımı durumunda söz konusu hak hukuken himaye görmeyeceğinden, zarar şartı da mevcut olursa haksız fiil vuku bulacaktır (TBK m. 49) ve yaptırım olarak maddî ve hatta manevi tazminat gündeme gelecektir[79].

---

olan ihaleye olan güvenin korunması ve artmasının sağlanması amaçlanmıştır. İtiraz konusu kural ile ihalenin feshi davasının reddi durumunda para cezası koşulu bulunmakla birlikte kamusal bir işlem niteliğinde olan ihale süreci yargı denetimi kapsamındadır." AYM E. 2012/68, K. 2012/182, 18.06.2012 (RG T. 28.03.2013, S. 28601; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 235; ÇON Ömer, **İhalenin Feshi (İcra ve İflâs Kanunu Madde 134)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 135.

77 YILMAZ, s. 732.

78 Y. 12.HD E. 2012/2032, K. 2012/20840 K., 18.06.2012; Y. 12. HD E. 2018/6312, K. 2019/2067, 29.4.2019; Y. 12. HD E. 2018/4958, K. 2019/360 K., 16.1.2019 (Lexpera).

79 AKYOL, **Dürüstlük**, s. 126; SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 8. Bası, Vedat, İstanbul, 2018, s. 280.

Dava hakkının kötüye kullanımı durumunda davacının (veya davalının) HMK m. 329'da öngörülen yaptırımlar dışında haksız fiil sorumluluğu da taşıdığı umumiyetle kabul edilmektedir[80]. Ayrıca HMK m. 329'un dolaylı yoldan kaynağı olarak görebileceğimiz Fransız Medeni Usûl Kanunu'nun Art. 32/I hükmünde dava hakkının kötüye kullanılması halinde açıkça tazminat hakkı saklı kalmak kaydıyla disiplin para cezasına hükmedileceği öngörülmüştür[81].

Kanaatimizce kötüniyetli şikâyet durumunda da haksız fiil sorumluluğunun mevcut olabileceğinin kabulü gerekmektedir. Şikâyetçinin, yalnızca icra takibini akamete uğratmak adına şikâyette bulunup bunda geçici de olsa başarılı olması durumunda, alacaklının alacağını zamanında elde edememekten ötürü uğradığı zararın haksız fiil hükümleri çerçevesinde borçludan istenebilmesi mümkündür.

Bu hususta pozitif dayanağı yine ihalenin feshine ilişkin düzenlemelerde bulmaktayız. 7343 sayılı Kanun'un 27. maddesiyle değişik İİK m. 134/IV hükmü[82], esas itibarıyla satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı ayni hak sahipleri dışında kalan kişilerce gerçekleştirilecek olan ihalenin feshi talebi için kanun değişikliği ile getirilen teminat şartını düzenlemektedir. Bununla birlikte ilgili fıkranın birinci ve ikinci cümlesinden anlaşıldığı üzere bu teminat şartı, ilgili kişilerin reddedilen ihalenin feshi talebinden doğan muhtemel zararlarının tazmini için getirilmiştir. Bu hüküm aynı zamanda, haksız ve kötüniyetli ihalenin feshi talepleri nedeniyle tazminat davası açılabileceğini açıkça öngörmüş olmaktadır. Nitekim değişiklik hükmünün gerekçesinde de getirilen teminat şartının bu işlevi açıkça zikredilmektedir[83].

---

[80] BELGESAY Mustafa Reşit, **Dava Teorisi**, İstanbul, 1934, s.132, s.142-143; KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü C.I**, 6. Baskı, Demir, İstanbul, 2001, s.879; ARSLAN, **Dürüstlük Kuralı**, s.75, dn. 217.

[81] CANDEMİR, s. 45.

[82] *"**Madde 134/IV -** Satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı ayni hak sahipleri dışında kalan kişilerce yapılan ihalenin feshi talebinde, talepte bulunulurken, ilgili **kişilerin muhtemel zararına karşılık olmak üzere** ihale bedelinin yüzde beşi oranında teminat gösterilmesi şarttır. Talebin reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren bir ay içinde genel hükümlere göre **tazminat davasının açılmaması** hâlinde hükmedilen para cezasının 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tahsili için durum mahkemece tahsil dairesine bildirilir. Tahsil dairesi alınan teminattan, bildirimin yapıldığı tarihten itibaren üç ay içinde para cezasını tahsil etmezse talep hâlinde teminat ilgilisine iade edilir."*

[83] Madde 134 Hükümet Gerekçesi - *"Maddeye eklenen yeni üçüncü fıkrayla, "ihalenin feshi talebine ilişkin şartlar" yeniden belirlenmektedir.* ***Uygulamada ihalenin kesinleşmesine en-***

Yukarıda belirttiğimiz üzere ihalenin feshi şikâyeti, taşınmazın alıcıya teslimini engellemektedir. İhalenin feshi süreci kesinleşene kadar ihale konusu malın değeri düşebilir ya da alıcı malın yeniden satışına ilişkin bir fırsatı kaçırabilir. Böyle bir durumda eğer ihalenin feshi talebinin kötüniyetli olduğu tespit edilirse ihale alıcısının zararının tazminini talep etmesi mümkündür. Nitekim 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde de Yargıtay'ın bu yönde vermiş olduğu kararlar mevcuttur[84]. Bununla birlikte anılan hüküm, yalnız ihalenin feshi için değil, ilgililerin zararına sebep olan tüm kötüniyetli şikayet başvurularının tazminat davasına tâbi olduğu sonucuna varılmasını kolaylaştırmaktadır.

Şikayet yoluna başvurudan kaynaklı tazminat talebinin kabulü için kanaatimizce şikayetin haksız nitelikte olması tek başına kusur şartının mevcudiyeti için yeterli değildir. Bunun için şikâyetin kötüniyetli olması da gerekmektedir. Nitekim 134/IV hükmünde yapılan değişikliğe ilişkin hükümet gerekçesinde de "*haksız ve kötü niyetli ihalenin feshi talepleri"* denilmekte olup, kötüniyetin yani şikayetin haksızlığını bilerek ya da bilebilecek durumda olarak şikayete başvurunun varlığının bu yönde bir tazminat talebi için gerekli olduğu sonucuna ulaşılabilir.

3. HMK m. 329 Hükmünün Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi

Kötüniyetli şikâyetin sonuçları ile ilgili esas olarak incelenmesi gereken, HMK m. 329'da dava hakkının (aynı zamanda savunma hakkının) kötüye kullanılması konusunda öngörülen yaptırımların kötüniyetli şikâyet için

---

gel olmak amacıyla haksız ve kötü niyetli olarak ihalenin feshinin talep edildiği müşahede edilmektedir*. Hak arama hürriyetine engel olmaksınız, bu tür haksız ve kötü niyetli taleplerin önlenmesi amacıyla düzenleme yapılmaktadır. Buna göre "satış isteyen alacaklı, borçlu veya resmi sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı ayni hak sahiplerinin dışında kalan kişilerce ihalenin feshi talebinin yapılması halinde", ihale bedeli üzerinden nispi harç alınacak ve talebin reddi halinde bu harç iade edilmeyecektir.*

*Maddeye eklenen yeni dördüncü fıkrayla, "**haksız ve kötü niyetli olarak yapılan ihalenin feshi talebi nedeniyle, ilgililerin oluşması muhtemel zararlarının karşılanabilmesi amacıyla"** teminat yatırma zorunluluğu getirilmektedir."*

84 *"Davaya konu olayda; davacının ihale yoluyla aldığı taşınmazı geç teslim almasının ve bu sebeple oluşan zararının nedeni davalının açmış olduğu ve yasal dava açma hakkının sınırlarının aşıldığı ihalenin feshi davasıdır. İhalenin feshi davası nedeniyle davacı taşınmazı geç teslim almıştır. Oluşan zararla davalının eylemi arasında uygun illiyet bağı da mevcut olup davacının taşınmazını geç teslim almasından kaynaklanan zararının kapsamı belilenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış ve bu durum kararın bozulmasını gerektirmiştir."* Y. 4. HD, E. 2017/3553, K. 2018/1561, 6.3.2018 T. (Lexpera)

uygulama alanı bulmayacağıdır. Meselenin esasına geçmeden önce ilgili kanun maddesini paylaşmak doğru olacaktır:

"Kötüniyetle veya haksız dava açılmasının sonuçları

MADDE 329- (1) *Kötüniyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Vekâlet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya mahkemece miktarının fahiş bulunması hâlinde, bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur.*

(2) *Kötüniyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, bundan başka beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası ile mahkûm edilebilir. Bu hâllere vekil sebebiyet vermiş ise disiplin para cezası vekil hakkında uygulanır."*

HMK'nın 329. maddesi Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen hak arama özgürlüğüne ilişkin olarak dürüstlük kuralı tarafından çizilen sınırın yansımasıdır.[85] Her ne kadar madde başlığı sadece kötüniyetle veya haksız dava açılması dese de hüküm hem davacıya hem de davalıya hitap etmektedir. Her ne kadar maddenin başlığından ve içeriğinden belirtilen yaptırımların davacıya uygulanması için davacının haksız çıkmasının ve hiçbir hakkının bulunmamasının yeterli olduğu gibi bir anlam çıksa da davacının aynı zamanda haksızlığını bilebilecek durumda olması ve dava hakkını kötüye kullanma iradesini taşıması yani kötüniyetli olması aranmaktadır[86].

Anılan madde dava hakkının kötüye kullanımında iki ayrı yaptırım öngörmektedir. Birinci fıkrada diğer tarafın kendi vekiliyle kararlaştırdığı vekâlet ücretinin tamamı ya da bir kısmının ödenmesidir. Bu yaptırıma göre kötüniyetli taraf, haksız çıkması sebebiyle ödemesi gereken yargılama gideri olan vekalet ücretinin (HMK m. 323/I-ğ) yanında akdi vekalet ücretine de mahkûm edilmektedir. Bu hükme AAÜT m.23'te de yer verilmiştir. Bizce

---

85 ARSLAN, **Dürüstlük Kuralı**, s. 71; CANDEMİR, s. 44.

86 BELGESAY, Dava Teorisi, s. 126; ARSLAN, **Dürüstlük Kuralı**, s. 76; UMAR Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi,** 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 958; ÖZEKES Muhammet, "Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekalet Ücreti (HUMK m. 412; AvK m.169)", **MİHDER**, S: 2005-1, s. 34-35 (ss. 29-49); CANDEMİR, s. 46.

bu yaptırım, kanuni götürü tazminatı niteliği taşımaktadır[87]. İkinci fıkrada öngörülen yaptırım ise disiplin para cezasıdır. Her ne kadar HMK m. 329 hükmü bu iki yaptırımın, kötüniyetli davacı/davalı için kümülatif olarak uygulanmasını öngörmüşse de birinci fıkradaki yaptırım neredeyse hiç uygulanmamaktadır[88].

Söz konusu hüküm, amacı ile birlikte düşünüldüğünde esasında kötüniyetli şikâyetlerin önüne geçilmesi için işlevseldir. Bununla birlikte hükmün şikâyet yoluna uygulanmasında bazı engeller mevcuttur. Temel sorun, HMK m. 329 hükmünün "dava" hakkının kötüye kullanılmasını yaptırıma tâbi kılmasıdır. Şikâyet ise ekseriyetle kabul edilen görüşe göre bir dava değil, icra-iflâs hukukuna özgü bir hukuki yol niteliğindedir[89]. Şikâyet dava olmadığından, davaya özgü fer'i müdahale gibi kurumların şikâyet prosedüründe yeri olmadığı kabul edilmektedir[90]. Aynı şekilde, şikâyet dava olarak kabul edilmediğinden kötüniyetli dava açılmasına özgü yaptırımların da kötüniyet-

---

87 CANDEMİR, s. 98-99; doktrinde ve yargı kararlarında bu yaptırımın tazminat niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Bkz. BİLGE Necip / ÖNEN Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 338; Y. 9. HD E. 2012/16140, K. 2014/18551, 9.6.2014 T. (Kazancı): *"Yargılama giderlerinden sayılan ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 323'üncü, Avukatlık Kanunu'nun 169'uncu ve Avukatlık Ücret Tarifesinin 1'inci maddelerinde düzenlenen, ancak müstakil bir varlığı olmayan ve ait olduğu davanın konusunu teşkil eden hak ve alacağa sıkı sıkıya bağlı bulunan avukatlık ücretinin, davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi gerekir. Zira, haksız davranışta bulunan bir kimsenin, bu haksız davranışının bütün sonuçlarından sorumlu tutulması, hukukun genel kurallarındandır. Konuya ilişkin 6100 sayılı Yasanın 329'uncu maddesinin birinci fıkrası bu ilkeye dayanmaktadır."*

88 ATALAY Oğuz, **Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 2395; ÖZEKES, **Vekalet Ücreti**, s. 47; istisnai bir örnek olarak bkz. Y. 19. HD E. 2014/6570, K. 2014/10452, T. 3.6.2014, (Kazancı)*:"Mahkemece, toplanan delillere göre, bononun protokolle teminat olarak davacılara verildiği, taraflar arasındaki protokolün düzenlenme sebebi olan davanın davacı aleyhine red ile sonuçlanması nedeniyle bononun bedelsiz kaldığı, davacının dava açmakta* ***kötüniyet****li olduğu, gerekçesiyle davanın reddine, davacının HMK 329/1 maddesi gereğince davalı tarafın 5.420 TL vekalet ücreti ile HMK'nın 329/2 maddesi gereğince 500 TL disiplin para cezasına mahkum edilmesine karar verilmiş, hüküm davacı şirket temsilcisi tarafından temyiz edilmiştir."*

89 ÜSTÜNDAĞ, s. 7; KURU, **El Kitabı**, s. 103 - 104; MUŞUL, **Şikâyet**, s. 57; PEKCANITEZ/SİMİL, s. 27 vd.; YILMAZ, s. 102; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİNÖZKAN/ ÖZEKES, s. 60; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 76; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 52; FAVRE Antoine, **Droit Des Poursuites**, 3e édition, Edition Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg 1974, s. 59, 78-79; DIETH/ WOHL, **KUKO SchKG**, Art. 17, N.7; ERARD, **CR LP**, Art. 17, N. 3.

90 PEKCANITEZ Hakan / MERİÇ Nedim, **Medeni Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale**, Vedat, İstanbul, 2020, s. 109 - 110; *"İcra mahkemelerinde şikâyette müdahale yolu ile katılma mümkün olmadığından, ...'nin temyiz talebinin reddine"* Y. 12. HD E. 2018/10353, K. 2019/13499, 25.09.2019 (Lexpera).

li şikâyette uygulama alanı bulamayacağı söylenebilecektir. Keza şikâyette davalı da mevcut olmadığından ve cebri icra organı tarafından gerçekleştirilen işlemler şikâyetin konusunu teşkil ettiğinden HMK m. 329'un şikâyetin karşı tarafı yönünden de uygulama bulması mümkün değildir.

İtiraz noktası teşkil edebilecek bir diğer husus, kötüniyetli şikâyete dair İİK'da herhangi bir özel düzenlemenin ya da HMK m. 329 hükmüne atfın mevcut olmamasıdır[91]. Halbuki icra mahkemesi kararına karşı kötüniyetle istinaf başvusunda bulunulması hali için İİK m. 363/II ve III'te özel bir düzenleme getirilmiş ve HMK m. 329'a (HUMK m. 422) gönderme yapılmıştır[92]. Keza, mehaz kanun İsvİİK m. 20*a*'da konuya ilişkin bir düzenlemenin mevcut olduğundan bahsetmiştik.

Doktrinde aksi yöndeki görüşü savunan UMAR'a göre ise şikâyet bir dava niteliğindedir[93]. Bu görüşün benimsendiği durumda şikâyet bir dava olarak kabul edileceğinden HMK m. 329 hükmünün şikâyet için de uygulanması önünde bir engel bulunmayacaktır. Nitekim, UMAR'ın makalesinde belirttiği gibi Anayasa'nın, Anayasa'ya aykırılık itirazına ilişkin 152. maddesinde *"**bir davaya bakmakta olan mahkeme**, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır."* denilmesine rağmen icra mahkemelerinin (icra tetkik mercii) AY m. 152/I'deki bu yetkiyi kullanabileceğine dair AYM kararları mevcuttur[94].

Yargıtay'ın da şikâyet yargılamasında HMK m. 329'un uygulanması gerektiğini belirttiği kararları mevcuttur. Yüksek Mahkeme, ihalenin feshine dair bazı kararlarında, HMK m. 329'un uygulanması gerektiğini ifade etmektedir[95]. Yargıtay'ın bir başka kararında, üçüncü kişilere gönderilen haciz

---

91 *ANSAY*, bizde kötüniyetli şikâyete ilişkin bir düzenleme olmadığını, İsviçre'de ise 1919 tarihli Nizamname'de para cezası yaptırımının düzenlendiğini belirtmekle yetinmiş, HUMK m. 421'in uygulanacağına dair herhangi bir açıklama yapmamıştır (ANSAY, s. 32).

92 İİK m. 364/II'nin m. 363'e yaptığı göndermeye göre kötüniyetli temyiz halinde de HMK m. 329 uygulama alanı bulacaktır.

93 UMAR Bilge, "KURU/ARSLAN/YILMAZ'ın İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler" (Gözlemler), **75.Yaş Günü İçin Prof.Dr.Baki KURU Armağanı**, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 695 vd. (ss.685 - 704); UMAR, **Şerh**, s. 106

94 AYM E. 2013/35, K. 2013/75, 6.6.2013 (RG T. 22.11.2013 S. 28829).

95 *"Somut olayda fesih talebinde bulunan şikâyetçi, takip dosyasında alacaklı-borçlu ve tapu sicilinde ilgili olmadığı gibi, pey sürmek suretiyle ihaleye de iştirak etmemiştir. Bu nedenlerle ihalenin feshi davası açmasına yasal imkan yoktur. Mahkemece, istemin aktif husumet yoklu-*

ihbarnamelerine karşı şikâyette bulunan borçlunun şikâyetinin de HMK m. 329 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği zikredilmiştir[96]. Bir başka örnekte, icra müdürlüğünün, alacaklı vekilinin talebi doğrultusunda işlem yapmasına rağmen aynı alacaklı vekilinin şikâyette bulunması hiçbir hakkı bulunmadığı halde dava açma olarak nitelendirilmiş ve HMK m. 329'un uygulanması hususunun değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır[97].

Yargıtay'ın bu uygulaması, en azından kötüniyetli şikâyetlerin tıpkı kötüniyetli dava ve kanun yolu başvurularında olduğu gibi cezalandırılmasına

---

ğu nedeniyle reddedilerek şikâyetçi aleyhine para cezasına hükmedilmemesi gerekirken, işin esasının incelenerek şikâyetçinin %10 para cezası ile mahkumiyetine karar verilmesi isabetsizdir.

Öte yandan dava tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 1086 Sayılı HUMK'nun 421. maddesi gereğince "Kötü niyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkum edilebilir. Vekâlet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya mahkemece miktarın fahiş bulunması halinde, bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur." Aynı kanunun 422.maddesine göre ise "Kötü niyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan tarafa ayrıca mahkemece beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Bu hâllere vekil sebebiyet vermiş ise, idarî para cezası vekil hakkında uygulanır." Aynı düzenlemeye 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK'nun 329. maddesinde de yer verilmiştir.

Şikâyetçi vekili, temyiz dilekçesinde davanın aktif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasının incelenerek müvekkili aleyhine %10 para cezasına hükmedilmesini temyize konu etmiş ve kararın sadece bu yönden bozulmasını istemiş olup, temyiz dilekçesi içeriği nazara alındığında, mahkemece, davacının hiçbir hakkı olmadığı halde kötü niyetle dava açıp açmadığının, davanın açıldığı tarih olan 20.06.2011 tarihi itibariylle uygulanması gereken HUMK'nun 422. maddesi gereğince değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu hususun gözardı edilmesi de doğru bulunmamıştır." (Y. 12. HD, E. 2012/5389, K. 2012/19170, 05.06.2012 (Legalbank).

96 *"Mahkemece, şikâyete konu İstanbul 8.İcra Müdürlüğü'nün 2010/16852 esas sayılı takip dosyasında borçluya haciz ihbarnamesi gönderilmesine ilişkin talep ve tebligat bulunmamasına rağmen, şikâyetçinin ısrarla hiçbir hakkı olmadığı halde kötü niyetle dava açıp açmadığının, davanın açıldığı tarih olan 19.04.2012 tarihi itibariyle uygulanması gereken HMK'nun 329. maddesi gereğince değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu hususun gözardı edilmesi doğru bulunmamıştır."* Y. 12. HD, E. 2013/23628, K. 2013/32698, 21.10.2013 (Lexpera).

97 *"Şikâyetçi alacaklı vekili, ilk olarak 04.06.2012 tarihli talebi ile borçlunun anne, baba ve kardeşlerini gösterir şekilde vukuatlı nüfus kaydının çıkartılması için talepte bulunmuş, icra müdürlüğünce bu talep yerine getirilerek 08.06.2012 tarihli borçlunun anne, baba ve kardeşlerini gösterir şekilde vukuatlı nüfus kaydının dosyaya alındığı tespit edilmiştir. Alacaklı vekilinin 25.06.2012 tarihli aynı talebi icra müdürlüğünce vukuatlı nüfus kaydının dosyada olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Vukuatlı nüfus kayıtlarının icra dosyasında bulunmasına rağmen mahkemece, davacının ısrarla hiçbir hakkı olmadığı halde kötü niyetle dava açıp açmadığının, davanın açıldığı tarih olan 03.07.2012 tarihi itibariyle uygulanması gereken HMK'nun 329. maddesi gereğince değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu hususun gözardı edilmesi doğru bulunmamıştır."* Y. 12. HD, E. 2012/23803, K. 2013/405, 15.1.2013 T. (Lexpera).

yönelik ihtiyacı ortaya koyar niteliktedir. Yine de bizim düşüncemize göre İİK'da en azından HMK m. 329'a atıf yapan bir kanuni düzenlemeye yer verilmesi belirlilik ilkesi açısından da en doğru çözüm olacaktır[98]. Bu kabul ile birlikte İcra İflâs Hukuku'nun amacına ulaşılabilmesi açısından önemli bir sorun çözülmüş olacaktır. Nitekim İİK'nun aksine İsvİİK Art. 20a hükmünün varlığı da böyle bir hükme ihtiyaç olduğunu doğrulamaktadır.

SONUÇ

İcra-iflâs hukukuna özgü bir hukuki yol olan şikâyet, bu hukuk disiplininde hak arama özgürlüğünün uzantısı olarak yer almaktadır. Bununla birlikte diğer hukuki yollara başvuru haklarında olduğu gibi şikâyet yoluna başvuru hakkı da sınırsız değildir. Dürüstlük kuralı başlıca sınırlardan birini teşkil etmektedir. Her ne kadar, icra-iflâs hukukunda dürüstlük kuralının ikincilliği çok daha somut bir şekilde gündeme gelecek olsa da bu durum, dürüstlük kuralının hiçbir şekilde uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir.

İİK'da dürüstlük kuralının yansıması olarak kabul edilebilecek muhtelif hükümler mevcut olsa da şikâyet hakkının kötüye kullanımına ilişkin genel nitelikte bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum kötüniyetli şikâyet başvurularına uygulanacak yaptırımın tespitinde güçlüğe sebep olmaktadır. Oysaki mehaz kanun olan İsvİİK'da kötüniyetli ve takibi akamete uğratmayı amaçlayan şikâyet başvurularının yaptırıma tâbi kılınması söz konusudur.

Hukuki yarar yokluğu başta olmak üzere, şikâyetin gerekçesiz olması veya şikâyetin açık bir şekilde icra prosedürünü süründemede bırakmaya yöneldiği haller kötüniyetin varlığına işaret edebilecektir. Bununla birlikte, şekle aykırılığın dürüstlük kuralına aykırı şekilde ileri sürülmesi ve çelişki yasağı kuralı, şikâyet hakkının kötüye kullanımı hususunda dikkate alınabilecek ölçütleri sunmaktadır. Kötüniyetli şikâyetlerin en çok gündeme gelebileceği durum olarak ise ihalenin feshi süreci karşımıza çıkmaktadır.

Mevcut kanuni düzenlemeler çerçevesinde kötüniyetli şikâyetin iki somut yaptırımı olduğunu söyleyebiliriz. Birincisi, şikâyetin, dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle reddedilmesidir. İkincisi ise kötüniyetli şikâyet nede-

---

98 PEKCANITEZ/SİMİL de İsvİİK Art. 20a'yı örnek göstererek hukukumuzda kötüniyetle şikâyet yoluna başvuru karşısında para cezasının yasal zemine kavuşturulması gerektiğini belirtmektedir (PEKCANITEZ/SİMİL, s. 411).

niyle uğranılan zararın genel hükümlere göre tazminidir. Bunların dışında ise HMK m. 329'da kötüniyetli dava için öngörülen yaptırımların şikâyet için uygulanıp uygulanmayacağı konusunu çözmek gerekmektedir. Şikâyetin genel olarak doktrin ve Yargıtay uygulamasında dava olarak kabul edilmemesi, icra-iflâs hukukuna özgü bir hukuki yol olarak kabul edilmesi, mezkur hükmün doğrudan uygulanmasına engel teşkil etmektedir. Bununla birlikte Yargıtay'ın, kötüniyetli şikâyetler için HMK m. 329 hükmünün uygulanmasını öngördüğü içtihatları da mevcuttur. Bizim görüşümüze göre konunun, en azından HMK m. 329'a atıf yapan bir kanun maddesinin ihdasıyla çözümlenmesi en doğrusudur.

KISALTMA CETVELİ

AAÜT : Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi
AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Art. : Article
AYM : Anayasa Mahkemesi
AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz. : Bakınız
C : Cilt
CPC : İsviçre Medeni Yargılama Kanunu (Code de Procédure Civile Suisse)
dn. : dipnot
E. : Esas
GÜHFD : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD : (Yargıtay) Hukuk Dairesi
HGK : (Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu
HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK : 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İBBGK : İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu
İBHGK : İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu
İİK : 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu
İsvİİK : 11 Nisan 1889 tarihli İsviçre Para Alacaklarının Takibi ve İflâs Kanunu (Loi Fédérale Du 11 Avril 1889 Sur La Poursuite Pour Dettes Et La Faillite)
K. : Karar
karş. : karşılaştırınız
m. : madde
N. : Paragraf
RG : Resmî Gazete
S : Sayı
s. : sayfa
T. : Tarih
TBB : Türkiye Barolar Birliği
TBK : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd. : ve devam
Y : Yargıtay

KAYNAKÇA

AKYOL Şener, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı** 2. Bası, Vedat, İstanbul, 2006.

ALTAŞ Hüseyin, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Yetkin, Ankara, 1998.

ANSAY Sabri Şakir, **Hukuk İcra ve İflâs Usûlleri**, 5. Bası, İstiklal Matbaası, Ankara, 1960.

ARSLAN Aziz Serkan, **İcra Takip İşlemleri**, Yetkin, Ankara, 2018.

ARSLAN Ramazan, **İcra- İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984.

ARSLAN Ramazan, **Medeni Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, S Yayınları, Ankara, 1989 (Kısaltma: ARSLAN, Dürüstlük).

ARSLAN Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, EMEL, **İcra ve İflâs Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 2019.

AŞIK İbrahim, **İcra Sözleşmeleri**, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

ATALAY Oğuz, **Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul 2017.

BELGESAY Mustafa Reşit, **Dava Teorisi**, İstanbul, 1934 (Kısaltma: BELGESAY, Dava Teorisi).

BELGESAY Mustafa Reşit, **İcra ve İflâs Hukuku**, Marifet Basımevi, İstanbul, 1945 (Kısaltma: BELGESAY, İcra).

BERKİN Necmeddin, **İcra Hukuku Dersleri**, 2. Bası, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969.

BİLGE Necip / ÖNEN Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.

BOHNET François **Commetnaire Romand Code de Procedure Civile**, 2é édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, Art. 52.

CANDEMİR Mehmet Ünsal, **Medeni Usûl Hukukunda Kanun Yollarına Kötüniyetle Başvuru**, Sümer, İstanbul, 2022.

CHABLOZ Isabelle, **Petit Commentaire Code de Procedure Civile**, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, Art. 52.

COMETTA Flavio / MÖCKLİ Urs, **Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs**, 3. Auflage, Basel, 2021, Art. 20a (Kısaltma: BSK SchKg).

ÇON Ömer, **İhalenin Feshi (İcra ve İflâs Kanunu Madde 134)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

DIETH Marcus / WOHL Georg J., **Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz SchKG,** (Herausgeber: Daniel HUNKELER), 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Zurich, 2014 Art. 20a (Kısaltma: KUKO SchKg).

DURAL Mustafa/ SARI Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri**, Filiz, İstanbul, 2018, s. 116.

EDİS Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.

EGGER A., **İsviçre Medeni Kanunu Şerh Giriş ve Kişinin Hukuku**, (Çev: Volf Çernis), Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1947.

ERARD Pauline, C**ommentaire Romand Poursuite et Faillite**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2005, Art. 17, Art. 20 (Kısaltma: ERARD, CR LP).

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020.

ERMENEK İbrahim, "Medeni Usûl Hukukunda Şekilcilik", **GÜHFD**, Sayı: 2000/1-2, ss. 142 - 180.

FAVRE Antoine, **Droit Des Poursuites**, 3e édition, Edition Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1974.

GİRİTLİOĞLU Necla, **Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması**, İstanbul, 1989.

GULDENER Max, "Hukuk Muhakemeleri Usûlünde Afaki Hüsnüniyet Esası", (Çev: Tahir Çağa), **AÜHFD**, 1946/2, s. 647-667.

HANAĞASI Emel, **Davada Menfaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

İMRE Zahit, **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul, 1971.

KARSLI Abdurrahim, **İcra ve İflâs Hukuku**, Alternatif Yayıncılık, 4. Bası, İstanbul, 2014 (Kısaltma: KARSLI, İcra-İflâs).

KARSLI Abdurrahim, **Medeni Usûl Hukukunda Usûli İşlemler**, İstanbul, 2001.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, 6. Bası, Filiz, İstanbul, 2014.

KONURALP Cengiz Serhat, **İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, On İki Levha, İstanbul 2013.

KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü C.I**, 6. Baskı, Demir, İstanbul, 2001.

KURU Baki, **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, 2. Bası, Adalet, Ankara, 2013 (Kısaltma: El Kitabı).

MAIER Philip / VAGNATO Ivan, **Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG**, (Herausgeber: Jolanta Kren KOSTKİEWİCZ/ Dominik VOCK), 4. Auflage basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, Schulthess, Zürich 2017, Art. 20a (Kısaltma: SK SchKG).

MUŞUL Timuçin, **İcra ve İflâs Hukuku Cilt I**, 6. Baskı, Adalet, Ankara, 2013 (Kısaltma: MUŞUL, İcra ve İflâs).

MUŞUL Timuçin, **İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet**, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2018 (Kısaltma: MUŞUL, Şikâyet).

OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, 22. Bası, Vedat, İstanbul, 2016.

ÖZEKES Muhammet, **İcra Hukukunda Temel Hak ve İlkeler**, Adalet, Ankara, 2009 (Kısaltma: ÖZEKES, İlkeler).

ÖZEKES Muhammet, "Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekalet Ücreti (HUMK m. 412; AvK m.169)", **MİHDER**, S: 2005-1, ss. 29-49. (Kısaltma: ÖZEKES, Vekalet Ücreti).

PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral / ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 7. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2020.

PEKCANITEZ Hakan / MERİÇ Nedim, **Medeni Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale**, Vedat, İstanbul, 2020.

PEKCANITEZ Hakan / SİMİL Cemil, **İcra - İflâs Hukukunda Şikâyet**, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2017.

POSTACIOĞLU İlhan E., **İcra Hukuku Esasları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

TAHİROĞLU Fatih, **Medeni Usûl Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi**, On İki Levha, İstanbul, 2021.

UMAR Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi,** 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014 (Kısaltma: UMAR, Şerh).

UMAR Bilge, **İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi**, İstiklal Matbaası, İzmir, 1973.

UMAR Bilge, "KURU/ARSLAN/YILMAZ'ın İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler" (Gözlemler), **75.Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki KURU Armağanı**, TBB Yayınları, Ankara, 2004, ss.685 - 704.

UYAR Talih/ UYAR, Alper / UYAR, Cüneyt, **İcra Hukukunda Şikâyet**, Ankara, 2018.

ÜLKÜ Nazlı Gören, **İcra Hukukunda Ödeme Emri**, Arıkan, İstanbul, 2008.

ÜSTÜNDAĞ Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, 8. Bası, İstanbul, 2004.

YILDIRIM M. Kâmil/ YILDIRIM Nevhis Deren, **İcra ve İflâs Hukuku**, Beta Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul, 2016.

YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 9. Baskı, Yetkin, Ankara, 2005, s. 1011.

YILMAZ Ejder, **İcra ve İflâs Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

YAPAY ZEKÂ POLİTİKASI: BİR EL KİTABI VE YOL HARİTASI(*)

Ryan CALO(**)
Çeviren: **Selin ÇETİN**(***)

İÇİNDEKİLER

Yıl 2017 ve her yerde yapay zekâ konuşuluyor. İnsanlar, makinelerin bir dili tercüme etme ve bir oyunda ustalaşma yeteneğini hayretle karşılıyor[1]. Diğer bir kesim suçluların yargılanmasında gizli algoritmalardan yararlanmayı kınıyor[2]; öte yandan makinelerin mavi, pembe ve beyaz yakalı işleri

---

(*) Makale Gönderim Tarihi: 31.03.2022 - Makale Kabul Tarihi: 10.06.2022.

(**) Lane Powell ve D. Wayne Gittinger Doçent, Washington Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Yazar, Miles Brundage, Anupam Chander, Rebecca Crootof, Oren Etzioni, Ryan Hagemann, Woodrow Hartzog, Alex Kozak, Amanda Levendowski, Mark MacCarthy, Patrick Moore, Julia Powles, Helen Toner ve Eduard Fosch Villaronga dahil düşüncelerini paylaşan endüstri, hükümet ve akademideki çeşitli kişilere teşekkür eder. Mükemmel araştırma yardımı için Madeline Lamo'ya ve mükemmel önerileri için UC Davis Law Review editörlerine de teşekkürler. Yazar, Microsoft Corporation, William ve Flora Hewlett Vakfı ve John D. ve Catherine T. MacArthur Vakfı dahil olmak üzere gelişmekte olan teknolojileri incelemek için fon alan disiplinler arası bir laboratuvarın eş direktörüdür.

(***) Avukat
(ORCID no: 0000-0003-1483-7170; *selin.cetin.hukuk@gmail.com*).

1 Bkz. e.g., Cade Metz, In a Huge Breakthrough, Google's AI Beats a Top Player at the Game of Go, WIRED (27 Ocak 2016), https://www.wired.com/2016/01/in-a-hugebreakthrough-googles-ai-beats-a-top-player-at-the-game-of-go (Onlarca yıllık çalışmanın ardından, Google'ın yapay zekâsının nihayet satrançtan daha karmaşık bir strateji ve sezgi oyunu olan 2.500 yıllık Go oyununda en iyi insan oyuncuyu nasıl yendiğinin bildirilmesi).

2 Bkz. e.g., CATHY O'NEIL, WEAPONS OF MATH DESTRUCTION: HOW BIG DATA INCREASES INEQUALITY AND THREATENS DEMOCRACY 27 (2016) (toksik nitelikte yeniden suç işleme eğilimi döngülerine katkıda bulunduğu ve bunlara sürdürülebilirlik kazandırdığı için bu tür algoritmaların kitle imha silahlarıyla kıyaslanması); Julia Angwin et al., Machine Bias, PROPUBLICA (23 Mayıs 2016), https://www. propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-se

ele geçirme ihtimalinden korkuyor[3]. Bazıları ise yapay zekânın ("YZ") insanlığın "son icadı" olacağı konusundaki endişelerini yüksek sesle dile getiriyor[4].

Bugün yapay zekâya duyulan ilgi pek yeni sayılmaz; zira yirmi, kırk ve hatta yüz yıl öncesine bakıldığında da yapay zekâ sistemleri ve içinde gömülü oldukları robotlar ile ilgili benzer umutlar ve endişelerle karşılaşılıyor. 1996'da Batya Friedman ve Helen Nissenbaum, haksız bir şekilde ayrımcılık yapan makineleri değerlendirmek ve bunlara tepki göstermek üzere bir çerçeve niteliğinde olan *Bias in Computer Systems* (Bilgisayar Sistemlerindeki Önyargı)'yı yazmıştı[5]. "*Bir Robot İşinizin Peşinde*" şeklindeki 1980 New York Times manşeti, Eylül 2017'de kolaylıkla vücut bulabildi[6].

Yapay zekâ alanı, 1950'lere, John McCarthy ve diğerlerinin bir yaz *Dartmouth College*'da bu kavramı ortaya atmasına kadar geriye gidiyor; hatta YZ altında yatan fikir, nesiller öncesine, Charles Babbage, Ada Lovelace ve Alan Turing'in görüşlerine kadar uzanıyor[7]. Önemli gelişmeler ve düzeltmeler olmasına rağmen, bugün kullandığımız neredeyse her teknik -şu anda gündemde olan, elverişli yapay zekâ atılımlarının özündeki biyolojik olarak ilham alınan sinir ağları dahil-, on yıllar önce Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve başka ülkelerdeki araştırmacılar tarafından geliştirilmişti[8].

---

3 Bkz. e.g., MARTIN FORD, RISE OF THE ROBOTS: TECHNOLOGY AND THE THREAT OF A JOBLESS FUTURE xvi (2015) (makinelerin rolünün işçinin aletinden işçinin kendisine dönüşeceğini tahmin edilmesi).

4 Genel olarak bkz. JAMES BARRAT, OUR FINAL INVENTION: ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE END OF THE HUMAN ERA 5 (2013) ("Türümüz bu sorunla ciddi bir şekilde mücadele edecek.").

5 Batya Friedman & Helen Nissenbaum, Bias in Computer Systems, 14 ACM TRANSACTIONS ON INFO. SYS. 330 (1996).

6 Harley Shaiken, A Robot is After Your Job: New Technology Isn't a Panacea, N.Y. TIMES, 3 Eylül 1980, at A19. İşgücünün yerini alan robotların kapsamının mükemmel bir zaman çizelgesi için, bkz. Louis Anslow, Robots Have Been About to Take All the Jobs for More than 200 Years, TIMELINE (16 Mayıs 2016), https://timeline.com/robots-have-been-about-to-takeall-the-jobs-for-more-than-200-years-5c9c08a2f41d.

7 Bkz. Selmer Bringsjord et al., Creativity, the Turing Test, and the (Better) Lovelace Test, 11 MINDS & MACHINES 3, 5 (2001); PETER STONE ET AL., STANFORD UNIV., ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LIFE IN 2030: REPORT OF THE 2015 STUDY PANEL 50 (2016), https://ai100.stanford.edu/sites/default/files/ai_100_report_0831fnl.pdf.

8 Bkz. STONE ET AL., dipnot 7, s. 50-51; Will Knight, Facebook Heads to Canada for the Next Big AI Breakthrough, MIT TECH. REV. (15 Eylül 2017), https://www.technologyreview.com/s/608858/facebook-heads-to-canada-for-the-nextbig-ai-breakthrough (Kanada bağlantıları ile önde gelen isimlerin ve atılımların tartışılması).

Yapay zekâ ile ilgili terminoloji, temel teknikler, hatta umutlar ve korkular yeni değilse, bu tam olarak nedir? Mevcut şartları en az iki farklılık niteliyor. İlki, yaygın olarak belirtildiği üzere, hesaplama gücündeki ve eğitim verilerine erişimdeki büyük artış, yapay zekânın tek başına önemli bir dalını oluşturan makine öğrenimindeki elverişli atılımların önünü açtı[9]. Bu atılımlar, kanser teşhisinden araç sürmeye kadar çeşitli uygulamalı alanlarda yapay zekânın hem iyi hem de kötü potansiyelini ortaya koyan yakın zamandaki başarıların temelini oluşturuyor.

İkincisi, politika yapıcılar nihayet bu konuyla yakından ilgilenmeye başladı. 1960 yılında, John F. Kennedy seçildiğinde, robotlar ve işgücü konusunda bir konferans düzenlemesi için çağrılar yapılmış;[10] fakat kendisi bunu reddetmişti[11]. Daha sonra bir Federal Otomasyon Komisyonu kurma çağrısı yapılmış;[12] ancak hiçbiri oluşturulmamıştı. Bir araştırma, 2016'da birbirini takip eden aylarda, Meclis Enerji ve Ticaret Komitesi'nin İleri Robotik Teknolojiler (yapay zekâlı robotlar) üzerine olan oturumu ve Senato Ortak Ekonomik Komitesi'nin "sadece yapay zekâya odaklanan ilk oturumuna kadar", Meclis'te veya Senato'da yapay zekâ ile ilgili hiçbir oturum açılmadığını ortaya koymuştu[13]. Aynı yıl, Obama dönemi Beyaz Saray, YZ üzerine birkaç atölye çalışması düzenlemiş ve bulgularını detaylandıran üç resmî rapor yayınlamıştı[14]. Yurtdışında yapay zekâ ile ilgili resmî politika oluşturma bilakis daha ileri düzeyde: Örneğin, Japon hükümeti ve Avrupa Birliği, son yıllarda robotlar ve yapay zekâ konusunda resmî komisyonlar önermiş veya oluşturmuştu[15].

---

9 Bkz. e.g., STONE ET AL., dipnot 7, s. 14; bkz. NAT'L SCI. & TECH. COUNCIL, EXEC. OFFICE OF THE PRESIDENT, PREPARING FOR THE FUTURE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE 6 (2016).

10 Bkz. Anslow, dipnot 6.

11 Bununla birlikte, "otomasyon sorunlarının" çözülmesine yardımcı olmak için "etkili ve güçlü hükümet liderliğinin" gerekliliği hakkında bir konuşma yaptı. Senatör John F. Kennedy, Remarks at the AFL-CIO Convention (Haziran 7, 1960).

12 Bkz. Anslow, dipnot 6.

13 Basın bülteni, Sen. Ted Cruz, Sen. Cruz Chairs First Congressional Hearing on Artificial Intelligence (30 Kasım 2016), https://www.cruz.senate.gov/?p=press_ release&id=2902; The Transformative Impact of Robots and Automation: Hearing Before the J. Econ. Comm., 114th Cong. (2016).

14 E.g., NAT'L SCI. & TECH. COUNCIL, dipnot 9, s. 12.

15 Bkz. Iina Lietzen, Robots: Legal Affairs Committee Calls for EU-Wide Rules, EUROPEAN PARLIAMENT NEWS (12 Ocak 2017, 12:27 PM), http://www.europarl. europa.eu/news/en/news-room/20170110IPR57613/robots-legal-affairs-committee-callsfor-eu-wide-rules; Press Release, Japan Ministry of Econ., Trade & Indus., Robotics Policy Office is to be Established in METI (1 Temmuz 2015), http://www.meti.go.jp/english/press/2015/0701_01.html

UC Davis Law Review'un Ellinci Yıldönümü "*Future-Proofing Law: From rDNA to Robots*" sempozyumuyla bağlantılı olarak hazırlanan bu makale, yapay zekâ politika tartışmasını dinleyicilere sunma, aynı zamanda alana aşina kişiler için kavramsal bir yapı önerme denememdir. Makale politika yapıcıların, yatırımcıların, akademisyenlerin ve öğrencilerin yapay zekâ ile ilgili çağdaş politika ortamını ve bunun sunduğu temel zorlukları anlamalarına yardımcı olmak üzere planlandı. Bunlar;

- adalet ve eşitlik;
- zor kullanma;
- güvenlik ve sertifikasyon;
- mahremiyet ve güç;
- vergilendirme ve işgücünün yerinden edilmesini içeriyor.

Bu konulara ek olarak, makale daha geniş sistemik sorulardan oluşan bir seçkiye de kısaca değiniyor:

- kurumsal yapılandırma ve uzmanlık;
- yatırım ve tedarik;
- hesap verebilirliğin önündeki engelleri kaldırma ve
- YZ'nin hatalı zihinsel modellerini düzeltme.

Her hâlükârda, makale politika çıktılarına karşı peşin hükümlü olmadan, yaşanan zorluğu tanımlamak amacıyla yeterli ayrıntıyı vermeye çalışıyor. Bu makale, yolun kendisi değil, bir yol haritası niteliğinde. Birincil amacı, yeni başlayanları daha geniş bir tartışmaya yönlendirmek ve onları daha fazla inceleme ve araştırmaya hazırlamak.

Yapay zekâ konusunda resmî eğitimi olmayan bir hukuk profesörüyüm. Ancak, yapay zekâ ile uzun süredir devam eden ilişkim, yapay zekânın toplum üzerindeki etkisini değerlendirme ve buna yön verme ile ilgili son dönemdeki çalışmaların çoğunda bana ön sırada yer sağladı[16]. Bu konuyla ilgili gelişen literatüre ve görüşlere aşinayım ve neyin önemli olduğunu anlamak

[16] Örneğin, yapay zekâ politikası üzerine ilk Beyaz Saray çalıştayına ev sahipliği yaptım, Stanford AI 100 çalışmasının açılış panelinde uzman olarak katıldım, Ulusal Bilim Vakfı, İç Güvenlik Bakanlığı ve Ulusal Bilimler Akademisi için AI çalıştayları düzenledim. Sciences, AI Now ve FAT* danışmanlığı yaptım ve We Robot konferansının kurucularından biri oldum.

için alandaki bireylerle temas halindeyim. Burada belirlediğim politika sorunları kataloğunun bir şekilde bir fikir birliğine dayandığının düşünülmesini kesinlikle istemem. Bütünüyle bir YZ politikası topluluğu adına konuşmuyorum. Daha doğrusu, belirteceğim görüşler nevi şahsına münhasır ve sonuçta bir bilim insanının karmaşık bir duruma ilişkin görüşünü yansıtıyor[17].

Makalenin geri kalanı şöyle ilerliyor. Bölüm I, yapay zekânın kısa bir geçmişini sunuyor ve politikanın terminolojisini etik ve yönetişim gibi karşılaştırılabilir terimler üzerine oturtuyor. Bölüm II, bu yazı itibariyle YZ'nin temel politika sorunlarını açık bir şekilde anlatıyor. Bölüm III, yapay zekânın insanlık için varoluşsal bir tehdit oluşturduğuna dair garip bir şekilde inatçı ve yaygın korkuyu, eğer doğruysa diğer tüm politika sorunlarını gölgede bırakacak bir endişeyi ele alıyor. Son bölüm ise bir sonuç ortaya koyuyor.

I. ARKA PLAN

A. Yapay Zekâ Nedir?

Yapay zekânın fikir birliğine varılmış basit bir tanımı yoktur. Yapay zekâ en iyi, makineler kullanılarak insan veya hayvan bilişinin bazı yönlerine benzemeyi amaçlayan bir dizi teknik olarak anlaşılıyor. İlk teorisyenler, "düşünebilen" bilgisayarlara giden en verimli yol olarak sembolik sistemleri -mantıksal kurallar kullanan soyut sembollerin birleşimini- tasarlamıştı[18]. Ancak, başlangıçta Turing ve diğerleri tarafından tasavvur edildiği gibi tüm diğer bilişsel görevlerin üzerine kurulacağı bir akıl yürütme makinesi inşa etme yaklaşımı ilk beklentileri karşılamamıştı. Teoride mümkün görünen şey, pratikte henüz fazla elverişli bir uygulama ortaya koymadı[19].

Bazıları, 1980'lerin sonlarında "Yapay Zekâ Kışı" olarak bilinen araştırma fonlarının azalmasında, diğer mevcut tekniklere göre sembolik sistemlere (ör. pekiştirmeli öğrenme) aşırı bağlılığı sorumlu tutuyor[20]. Her şeye

---

[17] Eski yapay zekâ öncüsü Herbert Simon, yeni bir teknoloji üzerinde çalışan insanların bu teknolojinin toplum üzerindeki olası etkilerine ilişkin yorumlarını sunmasının onların görevi olduğunu savunuyor. HERBERT SIMON, THE SHAPE OF AUTOMATION FOR MEN AND MANAGEMENT vii (1965). Ancak: "Bu tür yorumlar, elbette, kamusal tartışmanın sonu değil, başlangıcı olmalıdır." A.g.e. Şiddetle katılıyorum. Başka bir yorum için, YZ politikasındaki mesleklere odaklanma konusunda bkz. Miles Brundage, Guide to Working in AI Policy and Strategy, 80,000 HOURS (2017), https://80000hours.org/articles/ai-policy-guide.

[18] Bkz. STONE ET AL., dipnot 7, s. 51.

[19] A.g.e.

[20] A.g.e.; ayrıca bkz. NAT'L SCI. & TECH. COUNCIL, dipnot 9, s. 25.

rağmen, "eski moda yapay zekânın" elverişli uygulamalar sunma becerisindeki sınırlar ortaya çıktıkça araştırmacılar, gerçek dünya verilerinin analizi ve manipülasyonuna dayanan bilişe benzemek için farklı yaklaşımlar izledi[21]. Değişimin önemli bir sonucu, araştırmacıların tek bir sistem içinde her bilişsel görevi yerine getirebilecek bütünsel bir zekâ peşinde koşmak yerine, konuşmayı metne dönüştürmek veya satranç oynamak gibi belirli sorunları çözmeye veya sınırlı "alanlara" hâkim olmaya başlamasıydı[22].

Her türden yapay zekâ tekniği bugün araştırılıyor ve kullanılıyor. Bununla birlikte, yapay zekâ ile ilgili günümüzdeki heyecanın çoğu, topluca makine öğrenimi olarak bilinen belirli bir teknikler dizisinin sunduğu muazzam vaatlerden kaynaklanıyor[23]. Makine öğrenimi ("MÖ"), bir sistemin bir görevdeki performansını zaman içinde iyileştirme yeteneğini ifade ediyor[24]. Makine öğrenimi çıktıları, dilleri tercüme etmekten ve kanser öncesi lekeleri teşhis etmekten nesneleri kavramaya veya bir araba sürmeye yardımcı olmaya kadar her şeyi içerebilmekle beraber, genellikle bu görev, veri kümelerindeki kalıpları tanımayı kapsıyor. Yukarıda belirtildiği gibi, makine öğreniminin temelini oluşturan her teknik, onlarca yıldır kullanılıyor. Son dönemdeki etkililiğin artışı, çok daha hızlı bilgisayarlar ve çok daha fazla verinin birleşiminden kaynaklanıyor[25].

Başka bir deyişle, yapay zekâ birçok farklı teknikten oluşan kapsayıcı bir kavramdır. Günümüzün modern uygulayıcıları, örüntü tanıma gerektiren pratik görevlerin sunulmasında muazzam veri kümelerinden özellikler çıkarmak için çok katmanlı yapıdan yararlanan veya benzer etkiye sahip diğer teknikleri kullanan makine öğrenimi içerisindeki derin öğrenme gibi yaklaşımlar üzerinde durma eğilimindedir[26]. Göreceğimiz üzere, örneğin elverişli uygulamalara geçiş ve verilere güven gibi, çağdaş yapay zekânın bu genel özellikleri aynı zamanda politika sorunlarımızı da etkiliyor.

---

21 STONE ET AL., dipnot 7, s. 51.

22 A.g.e. s. 6-9. Başlangıçta topluluk, satranç gibi tek bir sorunu çözmek için tasarlanmış "zayıf" veya "dar" YZ ile oyunlarda insan benzeri yeteneklere sahip "güçlü" YZ arasında bir ayrım yaptı. Günümüzde güçlü yapay zekâ terimi yerini, tüm bilişsel görevlerde ustalaşmadan birden fazla alanda görevleri gerçekleştirebilen sistemleri ifade eden yapay genel zekâ ("YGZ") gibi terimlere bırakmıştır.

23 Bkz. NAT'L SCI. & TECH. COUNCIL, dipnot 9, s. 8.

24 Harry Surden, Machine Learning and Law, 89 WASH. L. REV. 87, 88 (2014).

25 Bkz. STONE ET AL., dipnot 7, s. 51.

26 A.g.e. s. 14-15; ayrıca bkz. NAT'L SCI. AND TECH. COUNCIL, dipnot 9, s. 9-10.

B. Yapay Zekâ Nerede Geliştirilir ve Uygulanır?

Yapay zekânın gelişimi en çok endüstri, akademi ve askeriyede oldu[27]. Özellikle teknoloji şirketleri üniversitelerden en iyi bilim insanlarını işe alıyor ve muazzam hesaplama gücünden ve hacimli, güncel verilere benzersiz erişim olanağından yararlanıyor. Bu bakımdan endüstri yapay zekâ konusunda başı çekiyor[28]. Ancak bu durum her zaman öyle olmadı. Zira birçok teknolojideki gibi, yapay zekânın başlangıcı, önemli askeri fonlarla ortaya çıkan akademik araştırmalara dayanıyor[29]. Ancak endüstri uzun süredir önemli bir role sahip. Yapay Zekâ Kışı, bir zamanlar Xerox Park ve Bell Labs'ta çalışan araştırmacıların devam eden çabaları sayesinde yerini kısmen mevcuttaki Yapay Zekâ Baharına bıraktı. Bugün bile, firmalarda yapılan yapay zekâ araştırmalarının çoğu, yapısal olarak, şirketin kâr amaçlı arzını bir dereceye kadar izole edilebilmiş olan araştırma departmanlarında gerçekleşiyor. Yine de bu yazı itibariyle yedi kadar kâr amaçlı kuruluşun (Google, Facebook, IBM, Amazon, Microsoft, Apple ve Çin'deki Baidu) diğer tüm kuruluşları büyük ölçüde geride bırakan yapay zekâ yeteneklerine sahip olduğunu belirtmekte fayda var[30].

Yapay zekâ, çok çeşitli cihazlarda ve ortamlarda kullanılıyor. Ne kadar kapsamlı olduğu, kime sorduğunuza bağlı. Bazıları, sosyal medyada MÖ kullanan veya basit sohbet botlarından yararlanan *spam* filtrelerini - örneğin,

---

[27] Allen Yapay Zekâ Enstitüsü ve Stanford Araştırma Enstitüsü ("SAE") de dahil olmak üzere, yapay zekâ konusunda kayda değer bir yeteneğe sahip başka özel kuruluşlar ve kamu laboratuvarları bulunuyor.

[28] Bkz. Jordan Pearson, Uber's AI Hub in Pittsburgh Gutted a University Lab - Now It's in Toronto, VICE MOTHERBOARD (9 Mayıs 2017, 8:42 AM), https://motherboard.vice.com/en_us/article/3dxkej/ubers-ai-hub-in-pittsburgh-gutted-a-university-lab-now-itsin-toronto (Uber'in "kamu kurumlarından beyin gücünü tüketen (ve vergi mükellefleri tarafından finanse edilen araştırma) bir parazit haline gelip gelmeyeceğine dair endişelerin bildirilmesi").

[29] Bkz. JOSEPH WEIZENBAUM, COMPUTER POWER AND HUMAN REASON: FROM JUDGMENT TO CALCULATION 271-72 (1976) (YZ araştırması için finansman kaynaklarının tartışılması).

[30] Cf. Vinod Iyengar, Why AI Consolidation Will Create the Worst Monopoly in U.S. History, TECHCRUNCH (24 Ağustos 2016), https://techcrunch.com/2016/08/24/why-aiconsolidation-will-create-the-worst-monopoly-in-us-history (bu büyük teknoloji şirketlerinin gelecek vaat eden her YZ girişimini satın alma pratiğini nasıl yaptığının açıklanması); Quora, What Companies are Winning the Race for Artificial Intelligence?, FORBES (24 Şubat 2017), https://www.forbes.com/sites/quora/2017/02/24/whatcompanies-are-winning-the-race-for-artificial-intelligence/#2af852e6f5cd. Yüksek oranda finanse edilen ancak kâr amacı gütmeyen OpenAI dahil olmak üzere YZ'yi demokratikleştirme çabaları olmuştur. Bkz. OPENAI, https://openai.com/about (Son erişim 18 Ekim 2017).

iklim değişikliği hakkındaki yazıları bilimsel temelini inkâr ederek cevap vermek üzere programlanmış olanları- yapay zekâ olarak nitelendiriyor[31]. Diğerleri ise bu kavramı Savunma İleri Araştırma Projesi Ajansı'nın ("DARPA") Öğrenen ve Organize Eden Bilişsel Asistanı ("CALO")[32] veya tamamen sürücüsüz bir arabayı yönlendiren yazılım gibi oldukça karmaşık örneklerle sınırlıyor. Ayrıca, bilgiyi veri olarak elde eden, işleyen ve çıktı olarak sunan fiziksel bir bedeni olmayan yapay zekâ ile dünya üzerinde fiziksel olarak hareket etmek için yapay zekâdan yararlanan robotik veya diğer siber-fiziksel sistemler arasında bir ayrım yapabiliriz. Gerçekten de hukukun bu iki kategoriyi farklı şekilde ele alacağını bekleyebiliriz[33].

Ne olursa olsun, bugün eriştiğimiz cihazların ve hizmetlerin çoğu - iPhone otomatik düzeltmeden Google Görseller'e kadar-, yapay zekânın zengin tanımının kapsayabileceği eğitimli örüntü tanıma sistemlerinden veya karmaşık algoritmalardan yararlanıyor[34]. Aşağıdaki tartışma, yapay zekâ karmaşıklığının asgari düzeyini ele almaktan çok, çağdaş yapay zekânın bilgisayarlar ve İnternet gibi önceki veya kurucu teknolojilerden farklı olan taraflarına odaklanıyor.

C. Neden Yapay Zekâ "Politikası"?

YZ'nin istikrarlı, fikir birliğine varılmış bir tanımın bulunmaması, uygun bir politika altyapısı geliştirme çabalarını karmaşıklaştırıyor. YZ'yi kamu yararına kanalize etmeye yönelik toplumsal çabaları tanımlamada "politika" kelimesinin sağladığı fayda üzerinde düşünebiliriz. Dolaşımda olan başka tanımlar da mevcut. Örneğin, MIT Media Lab ve Harvard Üniversitesi Berkman Klein İnternet ve Toplum Merkezi tarafından desteklenen yeni bir girişim, kendisinden "Yapay Zekâ Etiği ve Yönetişimi Fonu" olarak bahsediyor[35]. Belki de bunlar daha iyi ifadelerdir. YZ'nin sosyal etkilerini

---

[31] Bkz. Clay Dillow, Tired of Repetitive Arguing About Climate Change, Scientist Makes a Bot to Argue for Him, POPULAR SCI. (3 Kasım 2010), http://www.popsci.com/science/ article/2010-11/twitter-chatbot-trolls-web-tweeting-science-climate-change-deniers.

[32] Bkz. Cognitive Assistant that Learns and Organizes, SRI INT'L, http://www.ai.sri.com/project/CALO (son erişim 18 Ekim 2017). Bağlantı yok.

[33] Bkz. Ryan Calo, Robotics and the Lessons of Cyberlaw, 103 CALIF. L. REV. 513, 532 (2015) [bundan böyle Calo, Robotics].

[34] Bkz. Matthew Hutson, Our Bots, Ourselves, ATLANTIC, Mart 2017, s. 28, 28-29.

[35] Bkz. Ethics and Governance of Artificial Intelligence, MASS. INST. OF TECH. SCH. OF ARCHITECTURE & PLANNING, https://www.media.mit.edu/groups/ethics-and-governance/overview (son erişim 15 Ekim 2017).

keşfettiğimiz, ona yön verdiğimiz ve çalışmamızı incelikli ve titiz şekilde yaptığımız sürece belki de hangi etiketleri kullandığımız hiçbir fark yaratmayacak.

Bu makale, politika kavramını çeşitli nedenlerle bilinçli olarak kullanıyor. Birincisi, alternatiflerle ilgili sorunlar mevcut. Etik konusunun çalışılması ve uygulanması elbette hayati öneme sahip ve YZ benzersiz ve önemli etik sorunlar ortaya koyuyor. YZ etiğinin problemlerini çözmek için endüstri, akademi ve diğer kuruluşlarda çeşitli girişimler devam ediyor[36]. Ancak bu girişimler kuvvetle muhtemel politika oluşturmanın yerini alamayacak. Herkesin bildiği şekilde, bir kavram olarak etik, biçimlendirilebilir ve tartışmaya açık: hem Kant hem de Bentham buna ilişkin olarak "olmalı" diyor[37]. Politika -en azından resmî politika anlamında- ilan edildiğinde bir dereceye kadar kesinliğe sahiptir[38]. Dahası, ahlaki fikir birliği varsayılsa bile, etik sıkı bir uygulama mekanizmasından yoksundur. Yükselen yapay zekâ endüstrisine bir avuç şirket hakimdir[39]. Bu şirketler zorunluluk ortaya çıktığında etiği değiştirmeye veya göz ardı etmeye hiçbir somut cezanın yüklenmemesi nedeniyle, bağlayıcı kuralların yerine etik standartları tercih edeceklerdir.

Gerçekten de bir açıdan memnuniyetle karşılanması ve hatta gerekli olması durumunda, profesyonel bir YZ etiğinin gözler önünde olan gelişimi, sürekli bir ilgiyi hak ediyor[40]. Tarih, etik davranış kuralları oluşturan yeni endüstrilerin örnekleriyle dolu; ancak sonrasında bunlar federal hükümet (Adalet Bakanlığı veya Federal Ticaret Komisyonu) tarafından ticarete kısıtlama olarak geçersiz kılındı. Ulusal Profesyonel Mühendisler Derneği (NSPE) tek başına yıllarca dava konusu olmuştu. 1970'lerde Adalet Bakan-

---

[36] Bkz. e.g., IEEE, ETHICALLY ALIGNED DESIGN: A VISION FOR PRIORITIZING HUMAN WELLBEING WITH ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND AUTONOMOUS SYSTEMS 2 (13 Aralık 2016), http://standards.ieee.org/develop/indconn/ec/ead_v1.pdf. Bu girişime Hukuk Komisyonu üyesi olarak katıldım. A.g.e. s. 125

[37] Bkz. José de Sousa e Brito, Right, Duty, and Utility: From Bentham to Kant and from Mill to Aristotle, XVII/2 REVISTA IBEROAMERICANA DE ESTUDIOS UTILITARISTAS 91, 91-92 (2010).

[38] Law has, in H.L.A. Hart's terminology, a "rule of recognition." H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 100 (Joseph Raz et al. eds., Oxford 3d ed. 2012).

[39] Bkz. Hutson, dipnot 34.

[40] Bkz. Romain Dillet, Apple Joins Amazon, Facebook, Google, IBM and Microsoft in AI Initiative, TECHCRUNCH (27 Ocak 2017), https://techcrunch.com/2017/01/27/applejoinsamazon-facebook-google-ibm-and-microsoft-in-ai-initiative. Farklı bir endüstri ve sivil toplum kuruluna sahip olan *Partnership on AI* ile olan kendi etkileşimlerim, gerçekten katılımcıların YZ'yi sosyal faydaya yönlendirmekle ilgilendiklerini gösteriyor.

lığı (AB), belirli ihale uygulamalarını yasaklayan bir "etik ilke" oluşturduğu için NSPE'ye dava açmış; yine 1990'larda FTC, NSPE'ye reklam uygulamalarını kısıtladığı için dava açmıştı[41]. Diğer birçok endüstrinin kuralları gibi, yapı mühendislerinin etik kuralları da şikâyet konusu olmuştu[42]. YZ mühendisleri için özel bir durum olacak mı? Bu durum, şirketlerin veya grupların etik ilkelerden kaçınması gerektiği anlamına gelmiyor, yalnızca bu ilkelerin yazarlarının bileşimine, motivasyonuna ve bunların piyasalar ve toplum üzerindeki olası etkilerine dikkat etmemiz gerektiği anlamına geliyor.

"Yönetişim" teriminin çekici yönleri vardır. Politika gibi, yönetişim de birçok yöntemi ve yapıyı barındırabilen esnek bir terimdir. Belki de fazla esnektir: Neyin, kim tarafından yönetildiği tam olarak belli değildir. Ne olursa olsun, yönetişim kendi entelektüel yüklerini-"etik" gibi, endüstrinin YZ geliştirme ve uygulamasındaki hakimiyeti dolayısıyla karmaşık olan yükleri- taşıyor. "Kurumsal yönetişim"[43] ile olan belirli ilişkiler bir kenara bırakılırsa, çağdaş yönetişim literatürünün çoğu, otoritenin devlet dışındaki aktörlere devredileceği veya devredilmesi gerektiği iddiasını barındırıyor[44]. Yönetişim terimini kullanmanın teknolojileri hükümetin açık müdahalelerinden korumaya yardımcı olabileceği doğru olsa da *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* ("ICANN") ve *Internet Engineering Task Force* ("IETF")[45] gibi sivil toplum kuruluşları aracılığıyla İnternet yönetişimine benzer şekilde, yönetişim modeli aynı zamanda sorumluluğu devletten endüstriye zımnen devrederek resmî politikaya karşı koyuyor[46].

---

41 Bkz. Nat'l Soc'y of Prof'l Eng'rs v. United States, 435 U.S. 679 (1978); In re Nat'l Soc'y of Prof'l Eng'rs, 116 F.T.C. 787 (1993), 1993 WL 13009653.

42 Bkz. In re Structural Eng'rs Ass'n of N. Cal., 112 F.T.C. 530 (1989), 1989 WL 1126789, at *1 (etik kuralların geçersiz kılınması); bkz. e.g., In re Conn. Chiropractic Ass'n, 114 F.T.C. 708, 712 (1991) (kiropraktörlerin etik kurallarının geçersiz kılınması); In re Am. Med. Ass'n, 94 F.T.C. 701 (1979), 1979 WL 199033, at *6 (doktorların etik kurallarının geçersiz kılınması), In re Am. Med tarafından değiştirilmiştir. Ass'n, 114 F.T.C. 575 (1991).

43 Brian R. Cheffins, The History of Corporate Governance, in THE OXFORD HANDBOOK OF CORPORATE GOVERNANCE 46 (Douglas Michael Wright et al. eds., 2013).

44 Bkz. R.A.W. Rhodes, The New Governance: Governing Without Government, 44 POL. STUD. 652, 657 (1996); ayrıca bkz. WENDY BROWN, UNDOING THE DEMOS: NEOLIBERALISM'S STEALTH REVOLUTION 122-23 (2015) ("Neredeyse tüm bilim insanları ve tanımlamalar, yönetişimin "ağ bağlantılı, entegre, iş birliğine dayalı, ortak, yaygın ve en azından kısmen kendi kendini organize eden" bir kontrolü içerdiği fikrinde birleşiyor.).

45 Amerika Birleşik Devletleri hükümeti hem ICANN hem de IETF ile ilk bakışta ilgilenmese de bugün devlet kontrolüne bağlı olarak kâr amacı gütmeyen kuruluşlar şeklinde çalışıyorlar.

46 Bkz. dipnot 44 ve beraberindeki metin.

Bunun yanında, politikanın çeşitli yönleri bunu tavsiye ediyor. Politika, yeni yasaların olasılığını kabul ediyor; ancak bunlara ihtiyaç duymuyor. Erken aşamada yapay zekâ ile ilgili genel yasaları kabul etmek akıllıca ve hatta uygulanabilir olmayabilecek. Oysa uzmanlığın geliştirilmesi, YZ'nin mevcut ve olası sosyal etkilerinin araştırılması ve belki de YZ'nin olumlu ve olumsuz durumlarına karşılık olarak uygun doktrin ve yasalarda daha küçük değişiklikler yapılması dahil olmak üzere, yapay zekânın toplum üzerindeki etkilerini planlamak büyük olasılıkla akıllıca ve zaman açısından yerindedir[47]. Endüstri, kamu politikasını etkilemeye çalışabilir, ancak en nihayetinde bu onun görevi değil. Politika, düzenleyici müdahaleyi kesin bir şekilde onaylamaksızın veya reddetmeksizin, araştırma ve planlamanın gerekliliğini, hukukun kesinliğini ve kamu yararının önceliğini aksettiriyor. Bu sebeplere dayalı olarak, bilinçli bir şekilde bunu çerçevem olarak benimsedim.

II. YAPAY ZEKÂ POLİTİKASI İÇİN KİLİT SORULAR

Bu Bölüm, Makalenin ana hedefine yöneliyor: YZ'nin politika yapıcılar için ortaya koyduğu çeşitli zorluklara yönelik bir yol haritası. Dikkat gerektiren belirli etki alanları bakımından farklı zorluklar ile başlıyor ve sonrasında etki alanları kesişme eğiliminde olan bazı genel soruları tartışıyor. Makale, çoğunlukla, yeniden inceleme gerektiren belirli yasalar veya doktrinler hakkında ayrıntıya girmek yerine genel strateji ve planlama ile ilgili soruları vurguluyor.

Bu Bölümün temel amacı, YZ politika dünyasına yeni girenlere - hükümetten, endüstriden, medyadan, akademiden veya başka bir yerden- bu alandaki topluluğun ne tür sorular sorduğuna ve bunların nedenine dair genel bir fikir vermektir. İkincil bir amacı ise bu çok yönlü ve büyüyen alana uyum getirmeye yardımcı olmaktır. Makalenin ortaya koyduğu içerik, bireylerin ve kurumların tartışmaya açık bir şekilde dikkatlerini gerektiren çeşitli politika sorularına ilişkin bir yol haritası sağlamayı umuyor. Makale sorulara ilişkin kapsamlı bir hazırlık yapmakla beraber onlara cevap verme iddiasında değildir.

---

[47] Bkz. e.g., Rebecca Wexler, Life, Liberty, and Trade Secrets: Intellectual Property in the Criminal Justice System, 70 STAN. L. REV. (Yaklaşan 2018) (diğerlerinin yanı sıra, şirketlerin yapay zekâ veya algoritmik sistemlerin ceza davasındaki sanıklar dolayısıyla incelenmesini önlemek için ticari sır kanununa başvuramayacaklarına dair bir açıklamanın tartışılması)

Herhangi bir sınıflandırıcı yaklaşımın sınırı esas itibariyle kapsama kriterlerini açıkça belirtme ihtiyacıdır. Örneğin neden bu listede bazı sorular varken diğerleri bulunmuyor?[48]. Uzmanlar temel politika sorunlarının yol haritasına dahil edecekleri noktalar konusunda çeşitlilik gösterebilir ve ben bu eleştiriyi memnuniyetle karşılıyorum. Literatürde başka bir yerde temsil edilmeyen, başkalarının aynı fikirde olmayabileceği ayrımları veya paralellikleri ele aldığım birkaç yer bulunuyor. Nihayetinde, bu yaklaşım aydın bir bilim insanının karmaşık ve dinamik bir çalışma alanına ilişkin görüşünü temsil ediyor.

A. Adalet ve Eşitlik

YZ politikasının bugüne kadar belki de en görünür ve gelişmiş alanını algoritmaların veya eğitimli sistemlerin adalet, hesap verebilirlik ve şeffaflık ("AHŞ") gibi insani değerleri yansıtma becerisi kapsıyor[49]. Bu konu teknolojik hukuki sürece ilişkin yerleşik olmakla birlikte hızlanan bir literatürü ve AHŞ sistemlerinin tasarımı üzerine en az bir yıllık konferansı içeren önemli bir çalışma alanıdır[50]. Konu aynı zamanda potansiyel olarak oldukça geniş ve hem yapay zekâ destekli özelliklerde veya ürünlerde önyargı olasılığını hem de finans, sağlık ve hatta özgürlüğe ilişkin sonuçlarla ilgili maddi kararlar verirken yapay zekâ kullanımını kapsıyor. Makale, belirli politika sorunlarını ortaya çıkarma işinde, "uygulamalı eşitsizliği", "dolaylı karar vermeden" ayırıyor; aynı zamanda bunlar arasındaki hatırı sayılır ölçüde bir örtüşme olduğunu da kabul ediyor.

---

[48] Cf. Ryan Calo, The Boundaries of Privacy Harm, 86 IND. L.J. 1132, 1139-42 (2011) (Daniel Solove'un mahremiyet sınıflandırmasının eleştirilmesi). Kapsam için açıklanabilir bir kriterim bulunduğunda, bunlar akademisyenler ve politika yapıcılar tarafından sürekli ilgi görüyor. Bu Bölümdeki soruların bazı versiyonları sosyal bilimler literatüründe, YZ ile ilgili Beyaz Saray raporlarında, Stanford YZ 100 raporunda, en son ABD Robotik Yol Haritasında, YZ ile ilgili Senato oturumunda, araştırma istek listesinde ve Partnership on AI, AI Now, FAT/ML ve We Robot gibi çeşitli önemli kamu ve özel atölyelerde de yer alıyor.

[49] Bkz. e.g., KATE CRAWFORD ET AL., THE AI NOW REPORT: THE SOCIAL AND ECONOMIC IMPLICATIONS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE TECHNOLOGIES IN THE NEAR TERM 6-8 (7 Temmuz 2016), https://artificialintelligencenow.com/media/documents/AINowSummaryReport _3_RpmwKHu.pdf; Thematic Pillars, PARTNERSHIP ON AI, https://www.partnershiponai. org/thematic-pillars (son erişim 14 Ekim 2017).

[50] Fairness, Accountability, and Transparency in Machine Learning, FAT/ML, http://www.fatml.org (son erişim 14 Ekim 2017). Ayrıca bkz. dipnot 63 ("teknolojik adil yargılanma süreci teriminin tartışılması").

1. Uygulamadaki Eşitsizlik

Uygulamadaki eşitsizlik ifadesi ile herkes için iyi çalışan yapay zekânın tasarımını ve uygulamasını içeren belirli bir dizi sorundan bahsediyorum. Buradaki örnekler, gözlerini kırptığını düşünmesi dolayısıyla Tayvanlı-Amerikalı bir blog yazarının fotoğrafını çekmeye karşı uyaran bir kamera-dan[51], Afro-Amerikalı bir çifti goril olarak nitelendiren bir görüntü tanıma sistemine[52], mühendisin görevini erkek olmakla, hemşirenin görevini kadın olmakla ilişkilendiren bir çeviri motoruna[53] kadar her şeyi içeriyor. Afro-Amerikalılar, platformun ayrımcı durumları nedeniyle Facebook'taki fırsatları göremediğinde (artık durduruldu)[54] veya Asyalı Amerikalılar, fiyat ayrımcılığına dayalı bir algoritma nedeniyle sınav hazırlığı için daha fazla ödeme yaptıklarında[55], bu senaryolar kendi başlarına politikayla ilgili olabiliyor. Bunlar ayrıca, Tayvan kökenli bir kişinin pasaportunu yenilemede sorun yaşaması[56] veya Türkiye'de yüksek öğrenimde uluslararası fırsatları araştıran genç bir kadının yalnızca hemşireliğe ilişkin kaynakları bulması[57] gibi, alt politika sonuçlarını da içerebiliyor.

---

51 Bkz. Adam Rose, Are Face-Detection Cameras Racist?, TIME (22 Ocak 2010), http://content.time.com/time/business/article/0,8599,1954643,00.html.

52 Bkz. Jessica Guynn, Google Photos Labeled Black People "Gorillas," USA TODAY (1 Temmuz 2015, 2:10 PM), https://www.usatoday.com/story/tech/2015/07/01/googleapologizes-after-photos-identify-black-people-as-gorillas/29567465.

53 Aylin Caliskan et al., Semantics Derived Automatically from Language Corpora Contain Human-Like Biases, 356 SCIENCE 183, 183-84 (2017).

54 Bkz. Julia Angwin & Terry Parris, Jr., Facebook Lets Advertisers Exclude Users by Race, PROPUBLICA (28 Ekim 2016, 1:00 PM), https://www.propublica.org/article/facebook-lets-advertisers-exclude-users-by-race.

55 Julia Angwin & Jeff Larson, The Tiger Mom Tax: Asians are Nearly Twice as Likely to Get a Higher Price from Princeton Review, PROPUBLICA (1 Eylül 2015, 10:00 AM), https://www.propublica.org/article/asians-nearly-twice-as-likely-to-get-higherprice-from-princeton-review.

56 Bkz. Selina Cheng, An Algorithm Rejected an Asian Man's Passport Photo for Having "Closed Eyes," QUARTZ (7 Aralık 2016), https://qz.com/857122/an-algorithmrejected-an-asian-mans-passport-photo-for-having-closed-eyes.

57 Bkz. Adam Hadhazy, Biased Bots: Artificial-Intelligence Systems Echo Human Prejudices, PRINCETON UNIV. (18 Nisan 2017), https://www.princeton.edu/news/2017/ 04/18/biased-bots-artificial-intelligence-systems-echo-human-prejudices ("Türkçede cinsiyet ayrımı gözetmeyen üçüncü şahıs zamiri 'o' kullanılıyor. Çevrimiçi çeviri hizmeti olan Google Translate, Türkçe 'o bir doktor' ve 'o bir hemşire' cümlelerini, 'he is a doctor' ve 'she is a nurse' olarak İngilizceye çeviriyor."). Genel olarak bkz. Caliskan et al., dipnot 53 (belirli bilgisayar sistemleri mesleklerdeki cinsiyet yanlılığının tartışılması).

Yapay zekâ sistemlerinin belirli kitleler için iyi çalışmamasının çeşitli nedenleri vardır. Örneğin tasarımlar, belirli bir demografinin yeterince temsil edilmediği ve dolayısıyla iyi yansıtılmadığı veriler üzerinde eğitilmiş modeller kullanabiliyor. Bir görüntü tanıma YZ eğitim setinde daha fazla beyaz yüz olması, sistemin en iyi performansı Kafkas kökenliler için gösterdiği anlamına geliyor[58]. Özellikle marjinalleşmiş kitlelere seçilerek uygulanan sistemler de vardır. Örnek vermek gerekirse, polis gelecekteki suç mahallerini tahmin etme gayesindeki "ısı haritalarını" nerede devriye gezileceğini belirlemek amacıyla kullanıyor; ancak bu Afro-Amerikalıların orantısız tacizine yol açıyor[59]. Yine de polis, hangi memurların aşırı güç kullanacağını rutin olarak tahmin etmek için bu tür teknikleri kendine çevirmiyor[60]. Yatırım firmaları da varlıklı, gelişmiş yatırımcılara açıklayamadıkları makine öğrenimi temelinde işlemler sunmuyor[61].

Buradaki politika sorularının en az iki yönü bulunuyor. İlk olarak, ayrımcı önyargıyı en aza indirmede en iyi uygulamayı ne oluşturur ve hangi mekanizma (ayrımcılıkla mücadele yasaları, tüketicinin korunması, endüstri standartları) ile en iyi uygulamanın geliştirilmesi ve toplumun bunu benimsenmesi özendirilir[62]? İkincisi, yapay zekânın risklerinin ve faydalarının topluma eşit olarak dağıtılmasını nasıl sağlarız? Her bir soru seti ürünlerine yapay zekâyı yerleştiren endüstriler dahil olmak üzere, halihazırda önemli miktarda kaynağı ve ilgiyi meşgul ediyor ve çok az kişi bu soruları çözmeden önce uzun bir yolumuz olduğuna itiraz edebilir.

2. Önemli Sonuçları Olan Karar Verme

Yakından ilgili olmakla beraber benim görüşüme göre ise ayrı olan husus, insanlar hakkında önemli sonuçları olan kararlar veren veya kararlar almaya yardımcı olan sistemlerin nasıl tasarlanacağı sorusudur. Özellikle

---

58 Bkz. Rose, dipnot 51 (kamera yazılımı bağlamında performans ve hızın tartışılması).

59 Bkz. Jessica Saunders et al., Predictions Put into Practice: A Quasi Experimental Evaluation of Chicago's Predictive Policing Pilot, 12 J. EXPERIMENTAL CRIMINOLOGY 347, 350-51 (2016).

60 Bkz. Kate Crawford & Ryan Calo, There is a Blind Spot in AI Research, 538 NATURE 311, 311-12 (2016).

61 A.g.e.; ayrıca bkz. Will Knight, The Financial World Wants to Open AI's Black Boxes, MIT TECH. REV. (13 Nisan 2017), https://www.technologyreview.com/s/604122/thefinancial-world-wants-to-open-ais-black-boxes.

62 Bkz. e.g., Solon Barocas & Andrew D. Selbst, Big Data's Disparate Impact, 104 CALIF. L. REV. 671, 730-32 (2016) (veri madenciliği bağlamında ayrımcılık karşıtı yasaları uygulamanın güçlü ve zayıf yönlerinin tartışılması).

hükümet tarafından önemli sonuçları olan kararın verilmesi genellikle prosedürel kurallar veya diğer usuli işlemler zemininde gerçekleşmesi dolayısıyla sorun eşit olmayan uygulamadan farklı bir durumdur[63]. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde Anayasa, hükümet tarafından yargı sürecini ve eşit korumayı teminat altına alıyor[64]; öte yandan Avrupa Birliği vatandaşları ise, özel firmalar tarafından alınan önemli sonuçları olan kararlarda (mevcut) bir insanın bulunmasını ve bir makine tarafından alınan olumsuz kararlar (derdest kararlar) için açıklama talep etme hakkına sahip[65]. Bu göstergeler olduğu halde, ceza adaleti sisteminin paydaşları, polisin kimi denetleyeceğine, kimi şartlı tahliye edeceğine ve bir sanığın cezaevinde ne kadar kalması gerektiğine karar vermek için halihazırda algoritmaları kullanıyor[66].

Önemli sonuçları olan karar vermede yapay zekânın rolünün kapsamlı bir şekilde araştırılmasının üç farklı yönü bulunuyor. İlki, prosedür ve sürecin belirli bir bağlamda ilerletmeye çalıştığı amaç ve değerlerin düzene sokulmasını içeriyor. Kanunların, normların ve diğer güvencelerin neyi başarmaya çalıştığını tam olarak anlamadan, bunları sağlayan yeni sistemleri tasarlamak şöyle dursun, mevcut sistemlerin yeterli olup olmadığını dahi değerlendiremeyiz[67]. Federal Usul Hukuku Kurallarının aynı anda "adil, hızlı ve ucuz" bir kovuşturma gerektirmesi[68] veya Anasaya'da hızlı bir şekilde gerçekleşmesi gereken adil bir ceza yargılaması için emek yoğun koşulların

---

63 Genel olarak bkz. Danielle Keats Citron, Technological Due Process, 85 WASH. U. L. REV. 1249 (2008) (YZ karar vermenin anayasal usuli adil yargılanma güvencelerini tehlikeye attığının tartışılması ve bunun yerine yeni bir "teknolojik adil yargılanma sürecinin" savunulması).

64 Bkz. Kate Crawford & Jason Schultz, Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms, 55 B.C. L. REV. 93, 110 (2014); ayrıca bkz. Barocas & Selbst, dipnot 62.

65 Bkz. Bryce Goodman & Seth Flaxman, European Union Regulations on Algorithmic Decision-Making and a "Right to Explanation," ARXIV (31 Ağustos 2016), https://arxiv.org/pdf/1606.08813.pdf.

66 Bkz. Saunders et al., dipnot 59 (tahmine dayalı polislikte ısı bölgelerinin tartışılması); Angwin et al., dipnot 2 (cezai hüküm vermede algoritmik olarak oluşturulmuş risk puanlarının kullanımının tartışılması); Joseph Walker, State Parole Boards Use Software to Decide which Inmates to Release, WALL ST. J. (11 Ekim 2013), https://www.wsj.com/articles/ state-parole-boards-use-software-to-decide-which-inmates-to-release-1381542427.

67 Genel olarak bkz. Citron, dipnot 63 (teknolojik adil yargılanma süreci hedeflerinin tartışılması); Crawford & Schultz, dipnot 64 (adil yargılanmanın ve Büyük Verinin tartışılması); Joshua A. Kroll et al., Accountable Algorithms, 165 U. PA. L. REV. 633 (2017) (Mevcut karar alma süreçlerinin teknolojiye ayak uyduramadığının tartışılması).

68 FED. R. CIV. P. 1. Bu noktayı meslektaşım Elizabeth Porter'a borçluyum.

ortaya konulmasında olduğu gibi, bu tür güvencelerin doğasında var olan vazgeçme ve gerilimler dolayısıyla bu iş daha da karmaşık hale geliyor[69].

İkinci yönü ise bu amaç ve değerlerden hangisinin makinelerin içeriğine aktarılabileceğinin ve hangisinin içeriğine alınması gerektiğinin belirlenmesini kapsıyor. Derin öğrenme, bir teknik olarak, korelasyon kurmada etkili olabilir, ancak nedensel bir mekanizma ortaya koyamıyor veya bunu açık bir şekilde ifade edemiyor[70]. YZ burada ne olacağını söyleyebilir ama nedenini söyleyemez. Bu durumda, çok katmanlı sinir ağlarının çıktıları, arama emri için uygunsuz izin, mahkemede kötü tanıklar ya da olguların adli tespiti için zayıf temellere sebep olabilir[71]. Savcılık takdiri, hoşgörü kuralı[72], idari af gibi kavramlar makineleşmeyi hiç kabul etmeyebilir. Bir bireyi yaşam destek ünitesinden çıkarma kararı gibi belirli kararlar, insan onuruna ilişkin temel endişeleri dile getiriyor ve nitekim bu tür kararlar belki de nesnel olarak iyi tasarlanmış makineler tarafından bile alınamaz[73].

Üçüncü yönü ise, pratikte önemli sonuçları olan karar verme sistemlerinin tasarımını ve incelenmesini içeriyor. Bu tür sistemlerin adil, hesap verebilir ve şeffaf olması gerektiği konusunda yaygın bir fikir birliği bulunuyor[74]. Bununla birlikte, verimlilik gibi diğer değerler daha az ilgi görüyor. YZ destekli bir adalet sisteminin genel verimliliği, münferit bir durumda onun adilliği veya doğruluğundan farklı olarak, önemli bir eksiklik teşkil ediyor. Ne demişler "gecikmiş adalet, adalet değildir": Bir toplum olarak

---

69 U.S. CONST. amend. VI (hızlı ve aleni bir yargılamanın parçası olarak sanığa suçlamaların niteliği ve nedeni ile sunulmasına, aleyhindeki tanıklarla yüzleşmesine, lehte tanıkları zorlamaya ve avukat yardımı almasına izin verilmesinin gerekli olması).

70 Bkz. Jason Millar & Ian Kerr, Delegation, Relinquishment, and Responsibility: The Prospect of Expert Robots, in ROBOT LAW 102, 126 (Ryan Calo et al. eds., 2015).

71 A.g.e.; Michael L. Rich, Machine Learning, Automated Suspicion Algorithms, and the Fourth Amendment, 164 U. PA. L. REV. 871, 877-79 (2016) (gelişmekte olan teknolojilerin mevcut Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının Dördüncü Değişikliği içtihatlarıyla etkileşimlerinin tartışılması). Genel olarak bkz. Andrea Roth, Machine Testimony, 126 YALE L.J. 1972 (2017) (tanık olarak makinelerin tartışılması).

72 Gerekçenin daha geniş bir okumaya doğru yöneldiği durumlarda bile hoşgörü kuralı, mahkemelerin ceza kanunlarını dar yorumlamasını gerektiriyor. E.g., McBoyle v. United States, 283 U.S. 25, 26-27 (1931) (çalıntı araç statüsünün çalıntı uçakları kapsayacak şekilde genişletilmesinin reddedilmesi). Kanunları makine koduna çevirmenin sınırlarının bir tartışma örneği için bkz. Harry Surden & Mary-Anne Williams, Technological Opacity, Predictability, and Self-Driving Cars, 38 CARDOZO L. REV. 121, 162-63 (2016).

73 Bkz. James H. Moor, Are There Decisions Computers Should Never Make?, in 1 NATURE & SYSTEM 217, 226 (1979). Bu endişe, zor kullanımına ilişkin Bölüm II.B'de de yansıtılıyor.

74 Bkz. dipnot 49-50 ve beraberindeki metin.

yılda sadece bir avuç insan için tamamen adil, hesap verebilir ve şeffaf bir süreç yürütmeyi hedeflememeliyiz.

İlginç bir şekilde, usul teminatının doğasında var olan değersel gerilimleri, performans değiş tokuşları etrafında makine öğrenimi literatüründe yetersiz olsalar da benzerlikler bulunuyor gibi görünüyor[75]. Birkaç araştırmacı, bir sistemi daha şeffaf veya daha az önyargılı yapmanın genel olarak sistemin doğruluğunu nasıl azaltabileceğini dikkatle incelemişti[76]. Verimlilikten daha açık bir şekilde, doğruluk, adaletin önemli bir boyutudur: Katılımcılar için şeffaf ve demografi açısından tarafsız olsa bile, mahkumiyetin uzunluğunu adil olarak belirlemek için bir zar atmayı düşünmeyiz. Politika zorluğu, ya tüm değerleri bir şekilde maksimize eden tekno-sosyal sistemler tasarlayarak ya da toplumun geçerli olarak kabul etmeye hazır olduğu bir şekilde belirli bir vazgeçişi benimseyerek bu vazgeçişlerin nasıl yönetileceğini kapsıyor. Adaleti ve eşitliği yansıtan sistemleri tasarlamanın son aşaması ise, dikkate değer bir disiplinler arası çabayı içerecek ve muhtemelen zamanımızın belirleyici bir politika meselesini ortaya koyacak.

B. Zor Kullanma

Yapay zekâ destekli karar vermeyi özel kılan durumlardan biri, zor kullanma kararına ilişkindir. Yukarıda belirtildiği gibi, politika yapıcıların asla yalnızca makinelere bırakamayacağı -özellikle kasıtlı olarak can almaya ilişkin- kararlar vardır. Otonom silahların geliştirilmesi ve uygulanmasına ilişkin birçok tartışmanın özü budur[77]. Uluslararası çoğunluğun görüşü, insanların bir öldürme kararı üzerindeki "anlamlı insan kontrolünden" asla vazgeçmemesi gerektiğini savunuyor[78]. Yine de anlamlı insan kontrolünün amacı ve kapsamı konusunda tartışma sürüyor. Gözetim yeterli mi? Peki hedef seçimi? Ayrıca talimat, savunma sistemlerini de kapsıyor mu, yoksa

---

[75] Bkz. Jon Kleinberg et al., Inherent Trade-Offs in the Fair Determination of Risk Scores, 2017 PROC. INNOVATIONS THEORETICAL COMPUTER SCI. 2, https://arxiv.org/abs/1609.05807.

[76] A.g.e. s. 1.

[77] Zor kullanmanın askeri çatışmalardan daha başka bağlamlarda kullanıldığını unutmayın. Ayrıca sınır devriyeleri, polis ve hatta özel güvenlik görevlileri tarafından ülke içindeki zor kullanmanın yerindeliğini de sorabiliriz. Bu konulardaki tartışma için bkz. Elizabeth E. Joh, Policing Police Robots, 64 UCLA L. REV. DISCOURSE 516, 530-42 (2016).

[78] Bkz. HEATHER M. ROFF & RICHARD MOYES, MEANINGFUL HUMAN CONTROL, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND AUTONOMOUS WEAPONS (Nisan 2016), http://www.article36.org/wp-content/uploads/2016/04/MHC-AI-and-AWS-FINAL.pdf.

sadece saldırı taktikleri ve silahları mı kapsıyor? Bu önemli soruların hiçbiri çözülmüş görünmüyor[79].

Makinelerin seçimlerinden kimin sorumlu olduğu sorusu da mevcut. Silah otomasyonu bazı durumlarda arzu ediliyor, hatta kaçınılmaz görünebiliyor[80]. Örneğin, Birleşik Devletler ordusunun askeri rakiplerinin kontrol mekanizmaları ne olursa olsun, kendisinden daha hızlı veya daha esnek karşılık verme yeteneklerine sahip olmasına izin vermesi pek olası görünmüyor[81]. Her şeye rağmen, anlamlı insan kontrolü ile ilgili bir fikir birliğinin oluşması, hata veya savaş suçu durumunda sorumlulukla ilgili tüm sorgulamaları ortadan kaldırmıyor. Yapay zekânın bazı kullanımları insan kararını önceden varsayıyor; ancak yine de -istihbarat teşkilatının, uzaktan çalıştırılan *drone* saldırıları için hedefleri seçmek üzere algoritmalardan yararlanması gibi- politika ve etiğe ilişkin derin sorunları içeriyor[82]. Ayrıca antropolog Madeline Clare Elish'in öne sürdüğü gibi, askerlerin yalnızca suçun sorumluluğunu üstlenmek amacıyla devreye sokulacağına dair endişeler de mevcut[83]. Bu nedenle, politika yapıcılar, yapay zekâ ve güç çerçevesinde tüm paydaşlar için adil ve tatmin edici olan bir sorumluluk yapısı üzerinde çalışmalıdır.

---

79 Bkz. e.g., Rebecca Crootof, A Meaningful Floor for "Meaningful Human Control," 30 TEMP. INT'L & COMP. L.J. 53, 54 (2016) ("Anlamlı insan kontrolünün" gerçekte ne gerektirdiği konusunda bir fikir birliği yoktur.").

80 Özellikle Kenneth Anderson ve Matthew Waxman, YZ silahlarının reel politikasına önemli katkılarda bulunmuştur. Bkz. e.g., Kenneth Anderson & Matthew Waxman, Law and Ethics for Autonomous Weapon Systems: Why a Ban Won't Work and How the Laws of War Can, HOOVER INST. (9 Nisan 2013), http://www.hoover.org/research/law-and-ethics-autonomous-weapon-systems-whyban-wont-work-and-how-laws-war-can (otomatik silahların hem istenilir hem de kaçınılmaz olduğunun savunulması).

81 A.g.e.

82 Genel olarak bkz. John Naughton, Death by Drone Strike, Dished Out by Algorithm, GUARDIAN (21 Şubat 2016, 3:59 AM), https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/feb/21/death-from-above-nia-csa-skynet-algorithm-drones-pakistan ("Hem CIA hem de NSA'nın eski direktörü General Michael Hayden şunları söylemişti: "İnsanları meta verilere dayanarak öldürüyoruz.").

83 M.C. Elish, Moral Crumple Zones: Cautionary Tales in Human-Robot Interaction 1 (20 Mart 2016) (COLUMBIA UNIV. & DATA & SOC'Y INST., We Robot 2016 Working Paper), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2757236; ayrıca bkz. Madeleine Clare Elish & Tim Hwang, When Your Self-Driving Car Crashes, You Could Still be the One Who Gets Sued, QUARTZ (25 Temmuz 2015), https://qz.com/461905/whenyour-self-driving-car-crashes-you-could-still-be-the-one-who-gets-sued (aynı mantığın otomatik araba sürücülerine uygulanması).

C. Güvenlik ve Sertifikasyon

Önceki bölümün gösterdiği gibi, YZ sistemleri bilgiyi işlemekten daha fazlasını yapıyor ve yetkililere sonuçlarla ilgili kararlar alma konusunda yardımcı oluyor. Otopilottaki bir uçağı kontrol eden yazılım veya tamamen sürücüsüz bir araba gibi birçok sistem, beşerî ortamdaki nesneler üzerinde doğrudan ve fiziksel kontrol uyguluyor. Diğerleri, insanlar tarafından gerçekleştirildiğinde eğitim ve sertifika gerektiren hassas hizmetler sağlıyor. Bu uygulamalar, YZ sistemlerine uygulanan standartlar ve bu standartların karşılanmasını sağlamak için mevcut olan prosedürler ve teknikler ile ilgili ek sorular doğuruyor[84].

1. Güvenlik Eşiklerini Ayarlama ve Doğrulama

Robotlar ve diğer siber-fiziksel sistemlerin güvenli olması gerekiyor. Soru, bu sistemler ne kadar güvenli ve bizlerin bunu nasıl bileceğidir. Ticari havacılıktan gıda güvenliğine kadar çok çeşitli bağlamlarda, düzenleyici kurumlar belirli güvenlik standartları belirliyor ve bu standartların nasıl karşılanması gerektiğine ilişkin gereksinimleri düzenliyor. Bu tür gereklilikler çoğu robot için mevcut değildir.

Kongre üyeleri ve diğerleri, örneğin sürücüsüz arabalar bağlamında robotların insanlardan daha güvenli sürücüler olduklarını veyahut daha güvenli hale geldikleri ölçüde onları benimsemeyi savunmuştu[85]. Ancak "insanlardan daha güvenli" ifadesi, herhangi bir otonom sistemi incelemede yetersiz bir standart gibi görünüyor. Sistem, en son güvenlik özelliklerden yardım görmeyen yahut bunlarla desteklenen insanlardan daha mı güvenli olmalı? Sistem genel olarak insanlardan mı daha güvenli olmalı yoksa tüm sürüş koşullarında mı? Ve biz onlara göz yummadan veya onları teşvik etmeden önce sürücüsüz arabaların insanlardan ne kadar daha güvenli olması gerekir? Bunlar en nihayetinde teknolojinin değil, politikanın zor sorularıdır[86].

---

[84] Bkz. HENRIK I. CHRISTENSEN ET AL., FROM INTERNET TO ROBOTICS: A ROADMAP FOR US ROBOTICS 105-09 (Nov. 7, 2016), http://jacobsschool.ucsd.edu/contextualrobotics/docs/rm3-final-rs.pdf; STONE ET AL., dipnot 7, s. 42.

[85] Bkz. e.g., Self-Driving Vehicle Legislation: Hearing Before the Subcomm.on Digital Commerce & Consumer Prot. of the H. Comm. on Energy & Commerce, 115th Cong. (2017) (Dijital Ticaret ve Tüketicinin Korunması Alt Komisyonu Başkanı Temsilci Greg Walden'ın açılış konuşmasının sunulması).

[86] Genel olarak bkz. GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS (1970) (kaza hukuku yargılamasında farklı politikalarının tartışılması).

Politika yapıcıların sürücüsüz arabalar, *drone* teslimatı ve diğer yapay zekâ örnekleri için tatmin edici güvenlik düzeyleri belirlediğini varsaysak bile, bu standartların karşılandığını doğrulamak için uygun ve kabul edilebilir bir yol belirlememiz gerekiyor. Bu sürecin, testi kimin yaptığında olduğu gibi, bir kurumsal veya "kim" bileşeni vardır (örneğin, devlet testi, üçüncü taraf bağımsız sertifikalandırma ve sektörce kendi kendini sertifikalandırma). Ayrıca, test yöntemlerinin neler olduğundaki gibi bir teknik veya "nasıl" bileşeni bulunuyor (örneğin, birim testi, hata enjeksiyonu, sanallaştırma ve denetim)[87]. Yerel ve uluslararası standartlar bir başlangıç noktası olabilmekle beraber, özellikle yeni potansiyel uygulamalar ve ayarlamalar ortaya çıktıkça, yapılacak pek çok iş vardır. Örneğin, yol kenarı teslimatı ve *fast food* hazırlama için soruyu yeniden gözden geçirerek, *drone* teslimatı veya depo alımı için güvenlik eşiklerini tasarlayabiliriz.

Hala başka zorluklar bulunuyor. Borsayı istikrarsızlaştırabilecek yüksek hızlı alım satım algoritmaları veya acil durum iletişimine müdahale edebilecek bilişsel radyo sistemleri gibi bazı sistemler, tek başına veya birlikte ciddi dolaylı zarara neden olma potansiyeline sahip olabiliyor[88]. Diğer sistemler ise aynı anda ifade hürriyetine ilişkin sorunları barındıran dezenformasyon gibi zararlı eylemlerde bulunabiliyor[89]. Politika yapıcılar, ne tür fiziksel olmayan veya dolaylı zararların düzenleyici standartların gerekli olduğu düzeye ulaştığını belirlemelidir. Sorumluluğun dayatılması yoluyla mahkemelerin Amerika Birleşik Devletleri'nde güvenlik politikasının belirlenmesinde rolü vardır. YZ'nin -özellikle gelişen özellikler sergileyen YZ'nin- hukuki sorumluluk için zorluklar oluşturabileceği ortaya çıkıyor[90]. Mahkemeler veya düzenleyiciler bu uyumsuzluğu ele almalıdır. Ayrıca örneğin, sigortanın mevcudiyeti ve koşulları dolayısıyla piyasaların da bir rolü bulunuyor[91].

---

87 Cf. Bryant Walker Smith, How Governments can Promote Automated Driving, 47 N.M. L. REV. 99, 101 (2017) (Hükümetin otonom sürüşü teşvik edebileceği ve sürücüsüz araçların yola uygun hale geldiklerinde sorunsuz entegrasyonunu kolaylaştırmak için topluluk koşullarını hazırlayabileceği farklı yolların tartışılması).

88 Bkz. RYAN CALO, BROOKINGS CTR. FOR TECH. INNOVATION, THE CASE FOR A FEDERAL ROBOTICS COMMISSION 9-10 (2014), https://www.brookings.edu/research/the-case-fora-federal-robotics-commission/ [budan böyle CALO, COMMISSION].

89 E.g., BENCE KOLLANYI ET AL., BOTS AND AUTOMATION OVER TWITTER DURING THE SECOND U.S. PRESIDENTIAL DEBATE (2016), http://comprop.oii.ox.ac.uk/wpcontent/uploads/sites/89/2016/10/Data-Memo-Second-Presidential-Debate.pdf.

90 Bkz. Calo, Robotics, dipnot 33, s.538-45.

91 Genel bir bakış için bkz. Andrea Bertolini et al., On Robots and Insurance, 8 INT'L J. SOC. ROBOTICS 381, 381 (2016) (robotik teknolojilere karşılık sigortacılık endüstrisinde uyarlamalara duyulan ihtiyacın tartışılması).

2. Sertifikasyon

YZ'nin bir insan tarafından yapıldığında uzmanlık becerisi veya eğitim ispatı gerektiren bir görevi yerine getirdiği durumlarda, dikkate değer bir politika sorusu ortaya çıkıyor[92]. Bazı durumlarda, teknolojinin denetimli kullanımla etkili bir hale geldiği gösterilebildiği zaman, toplum şu ana kadarki resmî belgelendirme gerekliliğinden vazgeçerek huzurlu görünüyor. Bu, uçuş okuluna devam etmek zorunda olmayan uçakların otopilot modları için geçerlidir. Araçlarla ilgili olarak soru henüz açıktır[93]. Ancak değeri, hiç kimsenin sahip olmadığı becerileri meydana getirmeye dayanan otonom cerrahi robotlar gibi, bugün geliştirilmekte olan teknolojiye ne olacak? Bunun yanında, karmaşık güvene dayalı ve insan yargısına sabitlenmiş diğer görevlere bağlı olmayı gerektiren hukuki, sağlıkla ilgili veya finansal tavsiyeler sağladığını iddia eden sistemler ile ilgili ne düşünüyoruz? Cerrahlar ve avukatlar tıp veya hukuk fakültesini bitirmeli ve kurullardan veya barolardan geçmelidir. Gıda ve İlaç İdaresi'nin indirilebilir mobil uygulamaları tıbbi cihazlar[94] ve park cezalarına itiraz edecek diğer uygulamalar[95] olarak sınıflandırmaya çalışmasında halihazırda ortaya çıkan bir dinamik gibi, bu yaklaşım yapay zekâ açısından zengin bir ortama hizmet edebilir veya etmeyebilir.

3. Siber Güvenlik

Son olarak, YZ'nin zaten zorlu olan siber güvenlik ortamını karmaşıklaştırdığı giderek daha açık hale geliyor[96]. Birincisi, yukarıda belirtildiği gibi, yapay zekâ giderek doğrudan ve hatta fiziksel olarak yeryüzünde rol oynuyor[97]. Kötü niyetli bir taraf bir siber-fiziksel sisteme erişim sağladığın-

---

92 CHRISTENSEN ET AL., dipnot 84, s. 105.

93 Bkz. Mark Harris, Will You Need a New License to Operate a Self-Driving Car?, IEEE SPECTRUM (Mart 2, 2015, 3:00 PM), https://spectrum.ieee.org/cars-that-think/ transportation/human-factors/will-you-need-a-new-license-to-operate-a-selfdriving-car (sürücüsüz arabaların "yolcuları" için ruhsatlandırma planlarının mevcuttaki belirsiz durumunun tartışılması).

94 Bkz. Megan Molteni, Wellness Apps Evade the FDA, Only to Land in Court, WIRED (3 Nisan 2017, 7:00 AM), https://www.wired.com/2017/04/wellness-apps-evade-fdaland-court.

95 Bkz. Arezou Rezvani, 'Robot Lawyer' Makes the Case Against Parking Tickets, NPR (16 Ocak 2017, 3:24 PM), http://www.npr.org/2017/01/16/510096767/robot-lawyermakes-the-case-against-parking-tickets.

96 Genel olarak bkz. GREG ALLEN & TANIEL CHAN, BELFER CTR. FOR SCI. & INT'L AFFAIRS, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND NATIONAL SECURITY (2017) (YZ ve ulusal güvenlik konusunda politika geliştirmenin yollarının tartışılması).

97 Bkz. yukarıda Bölüm II.2.

da birdenbire bitler yerine kanlı canlı varlıklar devreye giriyor[98]. İkinci olarak, YZ unsurlarının bir ağa otonom olarak saldırdığı ve onu savunduğu DARPA tarafından düzenlenen yakın tarihli bir yarışmada gösterildiği üzere, makine öğrenimi ve diğer YZ teknikleri, siber güvenlik tarafında hem saldırı hem de savunma yeteneklerini değiştirme potansiyeline sahiptir[99]. Yapay zekânın kendisi, makine öğrenimi ve diğer tekniklerin sistemi kandırmak için kasıtlı olarak kullanılabilmesi bakımından yeni bir saldırı -çekişmeli makine öğrenimi olarak bilinen bir alan- ortaya çıkardı. Bilgi ve fiziksel altyapıların güvenliğini sağlamanın yeni zorluklarını ele alma amacıyla yeni tehdit modelleri, standartlar ve teknikler geliştirilmelidir.

D. Mahremiyet ve Güç

Geçtiğimiz on yılda, mahremiyet ile ilgili söylem gözle görülür bir şekilde değişti[100]. Kişisel bilgiler üzerindeki bireysel kontrol ile ilgili bir hareket olarak başlayan şey, daha genel olarak bilginin gücü etrafındaki bir harekete dönüştü (başka bir deyişle kurumların tüketiciler ve vatandaşlar hakkında çok fazla bilgiyi ellerinde bulundurmaları dolayısıyla sahip olduğu kontrol.)[101]. Verinin mevcudiyetine derinlemesine bağlı olan yapay zekânın ivme kazanması, bu gelişen harekette en az iki şekilde önemli bir rol oynayacak: (1) örüntü tanıma sorunu ve (2) veri denkliği sorunu. Kusurlu YZ'nin nihai uygulamasını öngören yukarıda tartışılan bazı politika sorularının aksine, aşağıdaki mahremiyet soruları, YZ'nin kendisine verilen görevleri çok iyi şekilde yerine getirdiğini varsayıyor.

1. Örüntü Tanıma Sorunu

Yapay zekânın insanların kendilerinin tespit edemeyecekleri kalıpları tanıma yeteneği, kamusal ile özel alan arasındaki zaten istikrarsız olan sınırı

---

98 Bkz. M. Ryan Calo, Open Robotics, 70 MD. L. REV. 571, 593-601 (2011) (robotların nasıl fiziksel hasara ve yaralanmaya neden olabileceğinin tartışılması).

99 Bkz. Cyber Grand Challenge, DEF CON 24, https://www.defcon.org/html/defcon24/dc-24-cgc.html (son erişim 18 Eylül 2017); ayrıca bkz. "Mayhem" Declared Preliminary Winner of Historic Cyber Grand Challenge, DEF. ADVANCED RES. PROJECTS AGENCY (4 Ağustos 2016), https://www.darpa.mil/news-events/2016-08-04.

100 En iyi mahremiyet hukuku çalıştayı olan Mahremiyet Hukuku Akademisyenleri Konferansı, kısa süre önce onuncu yıl dönümünü kutladı, ancak elbette mahremiyet söylemi çok daha eskiye dayanıyor.

101 Bkz. e.g., Neil M. Richards, The Dangers of Surveillance, 126 HARV. L. REV. 1934, 1952-58 (2013) (kurumların şantaj yapmak, inandırmak ve insanları kategorilere ayırmak için gözetimi nasıl kullandıklarına dair örneklerin sunulması).

zayıflatma tehdidini oluşturuyor[102]. Yapay zekâ giderek artan bir şekilde, halihazırda bulunan bir şeyden mahrem olanı türetebiliyor. Bu durum, örneğin öğle yemeğini nerede yediğiniz veya bakkaldan ne satın aldığınızda olduğu gibi masum görünen bilgilerin serbestçe paylaşılması son derece hassas kavrayışların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Yapay zekâya erişimi olan şirketler, hükümetler ve diğer kurumlar, siz ve genel olarak nüfus hakkında yeterli veri ile bir gün neyi, kimi sevdiğiniz, ne yaptığınız gibi, hakkınızda hayal bile edemeyeceğiniz tahminlerde bulunacaktır[103].

Bunu birkaç ciddi politika sorunu izliyor. İlk zorluk, bilgi çıkarmaya ilişkin mevcut bir eğilimin hızlandırılmasını içeriyor. Tüketiciler, bilgi paylaşımının sonuçlarını değerlendirme konusunda neredeyse hiçbir yeterliliğe sahip olmayacaktır. Bu durum, mahremiyet alanında iyi anlaşılan bir sorundur[104]. Bilim camiası, veri tabanlarından büyük veriye kadar çeşitli unsurlar altında mahremiyet yönetiminin bu zorluklarını ele alıyor[105]. YZ'nin *tüm amacı*, insanların yapamadığı şeylere ilişkin kalıpları tespit etmektir; ki konu hızla bir dönüm noktasına ulaşıyor. Belki de YZ teknolojisinin ana akım haline getirilmesi, politika yapıcılar üzerindeki devreye girme ve tüketicileri koruma baskısını artıracaktır. Belki de değil. Her halükârda araştırmacılar, halihazırda mevcut duruma karşı çeşitli alternatifleri araştırıyor: örneğin YZ'yi tüketicilerin eline bırakarak yangını ateşle söndürmek veya kural ve standartlar lehine bildirimi ve seçimi tamamen terk etmek[106]. Hangi yolu seçersek seçelim, güçlü firmaların tüketici müdahaleleri ve tüketicilerin tek-

---

[102] Cf. Margot E. Kaminski et al., Security and Privacy in the Digital Age: Averting Robot Eyes, 76 MD. L. REV. 983 (2017) (sınırlı yapay zekâya sahip robotların duyusal yeteneklerinin açıklanması).

[103] Bkz. e.g., Kashmir Hill, How Target Figured Out a Teen Girl Was Pregnant Before Her Father Did, FORBES (16 Şubat 2012), https://www.forbes.com/sites/kashmirhill/ 2012/02/ 16/how-target-figured-out-a-teen-girl-was-pregnant-before-her-father-did/#546582fa6668.
Tal Z. Zarsky, bu olgunun özellikle yakın bir öğrencisi olmuştur. Genel olarak bkz. Tal Zarsky, Transparent Predictions, 2013 U. ILL. L. REV. 1503 (hükümetlerin toplanan verilerle tahmin etmeye çalıştığı eğilim ve davranış türlerinin tanımlanması).

[104] Bkz. Daniel J. Solove, Privacy Self-Management and the Consent Dilemma, 126 HARV. L. REV. 1880, 1889-93 (2013).

[105] Bkz. Daniel J. Solove, Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy, 53 STAN. L. REV. 1393, 1424-28 (2000); Tal Z. Zarsky, Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data, 47 SETON HALL L. REV. 995, 1003-09 (2017).

[106] Örneğin Decide.com, tüketicilerin ürün ve hizmetleri ne zaman satın alacaklarına karar vermelerine yardımcı olan yapay olarak akıllı bir araçtı. Decide.com sonunda eBay tarafından satın alındı. John Cook, eBay Acquires Decide.com, Shopping Research Site Will Shut Down Sept. 30, GEEKWIRE (6 Eylül 2013, 9:09 AM), https://www.geekwire.com/2013/ebayacquires - decidecom-shopping-research-site-shut-sept-30.

nolojik bir silahlanma yarışına ayak uyduramama olasılığını altüst edebileceği ve sona erdirebileceği birçok yolu aklımızda tutmalıyız.

Tüketici mahremiyeti kuşatma altındadır. Tüm bunlar olup biterken, vatandaşların gözetime direnme veya gözetimi yeniden biçimlendirme yeterliliği neredeyse hiç olmayacaktır[107]. Özellikle iki doktrin, ki her ikisi de Amerikan Anayasa Hukukunda yerleşik olan mahremiyet standardının makul beklentisiyle ilgili, yapay zekânın yeni olanaklarıyla zayıf bir şekilde etkileşime giriyor. Öncelikle, Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının Dördüncü Değişikliğinin mahkemeler tarafından, vatandaşların kamusal alanda veya kamu açısından makul bir mahremiyet beklentisine sahip olmadığı şeklinde yorumlanmasının bu dünya için taksiratının dolduğunu gösteriyor[108]. Kamusal alanda herkes yüz tanıma ile teşhis edilebiliyorsa, ayrıca bireylerin veya grupların "kamusal" alışkanlıkları yapay zekânın özel olgular sağlamasına izin veriliyorsa, o zaman vatandaşların kamu gözetimine dayalı bir hükümete bilgi iletmekten başka seçeneği kalmayacaktır. Buna ilişkin olarak ikincisi, bireylerin, telefon şirketi gibi üçüncü bir tarafa ilettikleri (içerik dışı) bilgilerde makul bir mahremiyet beklentisi olmadığının mahkemelerce yorumlanması baskı yaratmaya devam edecektir[109].

Bu husus, hukuk doktrini ile karşı karşıya gelmenin kaçınılmaz göründüğü bir alandır. Mahkemeler bir tür politika yapıcıdır, bunun yanında yargı halihazırda bu yeni gerçeklere, halk hareketlerini veya üçüncü taraf bilgilerini içeren durumlarda yetki veya geçerli nedene bağlı olmayı şart koşarak karşılık veriyor. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri v. Jones davasında Yüksek Mahkeme, sürekli izleme amacıyla sanığın aracına bir GPS takması için memurlara bir yetki tanımıştı. Jones davasındaki beş yargıç, zaman içinde kolluk kuvvetlerinin toplu taşımadan mahrem bilgiler elde etme gücüne ilişkin endişelerini dile getirmişti[110]. Bu makalenin yazımı esnasında

---

[107] Genel olarak bkz. Ryan Calo, Can Americans Resist Surveillance?, 83 U. CHI. L. REV. 23 (2016) (Amerikan vatandaşlarının hükümet gözetimine ilişkin reform yapmak için kullanabilecekleri farklı yöntemlerin ve bununla bağlantılı zorlukların analiz edilmesi).

[108] Bkz. Joel Reidenberg, Privacy in Public, 69 U. MIAMI L. REV. 141, 143-47 (2014).

[109] Mahkemeler ve parlamento kararları, e-posta gibi bir mesaj içeriğinin mesaja eşlik eden fakat içerik olmayan, yani nereye gittiği, şifreli olup olmadığı, ek içerip içermediği vb. hususlardan daha fazla korumayı hak ettiğini kabul etme eğilimindedir. Cf. Riley v. California, 134 S. Ct. 2473 (2014) (tutuklama için bir cep telefonunun izinsiz aranması ve ele geçirilmesi olayının geçersiz kılınması).

[110] Bkz. United States v. Jones, 565 U.S. 400, 415-17, 428-31 (2012).

mahkeme önünde polisin cep telefonu sağlayıcılarından vatandaşlarla ilgili geçmiş konum verilerini talep etme gücüne ilişkin bir dava görülüyor[111].

Öte yandan, Florida v. Jardines davasında mahkeme, bireylerin yasa dışı uyuşturucu gibi kaçak mallarda makul bir mahremiyet beklentisinin olmadığı ilkesini de yeniden vurgulamıştı[112]. Buradan hareketle teoride mahkemeler, kamuda ve üçüncü bir tarafa iletilen bilgilerde makul bir mahremiyet beklentisi tanımaya karar verse bile, yine mahkemeler sırf yasa dışı faaliyetlerde arama yapmak üzere yapay zekâdan yararlanması için hükümete izin verebiliyor. Nitekim bazı kesimler, yapay zekânın, yasa dışı bir şey tespit etmedikçe veya bulana kadar hiçbir insanın verilere erişmesine gerek olmadığı göz önüne alındığında, bunun hiçbir şekilde bir arama olmadığını öne sürüyor[113]. Mutlak doğruların yanlış olduğunu varsaysak bile hukuk ve politika bakımından makul soru, mükemmel yaptırım gücüne sahip bir toplumda yaşamak isteyip istemediğimizdir[114].

İkinci politika zorluğu, devletlerin ve şirketlerin hangi bilgileri topladıklarından ziyade, oldukça ayrıntılı bu bilgilerin sahada nasıl uygulandığını içeriyor. Yine mahremiyet hareketi, bireyin verilerini koruma yeterliliği üzerine değil de bir birey veya grup hakkında çok şey bilmekten kaynaklanan, onlar üzerindeki güce odaklanacak şekilde gelişti. Örneğin, şirketler tüketicilerin bireysel ve kolektif bilişsel sınırlarına ilişkin ince ayarlı bir anlayışla diğer piyasa katılımcılarını manipüle edebiliyor[115]. Botlar, kişisel bilgileri ayıklamakla güvenimizi kazanabiliyor[116]. Politikacılar ve siyasi ajanlar, tüm kamuoyunun dikkatini çekmek amacıyla yanıltıcı olanlar da dahil olmak üzere mikro hedefli mesajları kullanabiliyor[117]. Tüm bu yetkin-

---

[111] Carpenter v. United States, 819 F.3d 880, 886 (6th Cir. 2016), cert. granted, 137 S. Ct. 2211 (2017) (No. 16-402).

[112] Bkz. Florida v. Jardines, 569 U.S. 1, 8-9 (2013).

[113] Bkz., e.g., Orin S. Kerr, Searches and Seizures in a Digital World, 119 HARV. L. REV. 531, 551 (2005) (bilginin bilgisayar tarafından işlenmesinin veya bir sabit sürücüye aktarılmasının aksine, bir insanın görmesi için bir ekranda bilgi sunulana kadar bir arama yapmıyor oluşunun tartışılması.

[114] Bkz. Christina M. Mulligan, Perfect Enforcement of Law: When to Limit and When to Use Technology, 14 RICH. J.L. & TECH., no. 13, 2008, s. 78-102.

[115] Bkz. Ryan Calo, Digital Market Manipulation, 82 GEO. WASH. L. REV. 995, 1001- 02 (2014) [bundan böyle Calo, Digital Market Manipulation].

[116] Bkz. Ian R. Kerr, Bots, Babes, and the Californication of Commerce, 1 U. OTTAWA L. & TECH. J. 285, 312-17 (2004) (çevrimiçi ticarette sohbet botlarının rolünün öngörülü bir şekilde açıklanması).

[117] Ira S. Rubenstein, Voter Privacy in the Age of Big Data, 2014 WIS. L. REV. 861, 866-67 (2014).

likler, YZ'nin karmaşık bir dünyadaki kalıpları tespit etme yeteneğiyle önemli ölçüde geliştirilmiştir. Bu suretle, böylesine mükemmel ve yüksek-hedefli kontrolün olduğu bir dünya için ayrı bir çalışma alanının oluşturulması en iyi hukuk ve politika altyapısı olacaktır.

2. Veri Denkliği Sorunu

Yapay zekânın şu anda en güçlü uygulamalarını sağlayan teknik olan makine öğreniminin veri yoğun yapısının örüntü tanıma probleminden farklı çetrefilli ayrıntıları bulunuyor. Basitçe söylemek gerekirse, bir şirketin verilere erişimi ne kadar yüksek olursa, makine öğrenimi ile ilgili zor sorunları çözmek için de o kadar iyi konumlanmış olur. Amanda Levendowski'nin araştırmasında olduğu gibi, makine öğrenimi uygulayıcılarının yeterli veriyi güvence altına almada temelde üç seçeneği bulunuyor[118]. Veri tabanlarını kendileri oluşturabilir, verileri satın alabilir veya kamusal alandaki içerik gibi "az ihtilaflı" alternatifleri kullanabilirler[119]. Son seçenek, yukarıda tartışılan önyargı sorununa ilişkin tehlikeleri barındırıyor. İlk ikisi, ordu veya Facebook gibi büyük şirketler veya kurumlar bakımından büyük ölçüde mevcut olan yollardır.

Bir avuç büyük varlığın (kelimenin tam anlamıyla, bir elin parmağından daha azının) herkesten çok daha fazla veriye sahip olması gerçeği, veri denkliğine ilişkin bir politika sorusuna yol açıyor. Bu durum karşısında ise, daha küçük şirketler pazara girmede ve rekabet etmede zorlanacaktır[120]. Endüstri araştırma laboratuvarları, kamu laboratuvarlarını veya üniversiteleri hiç olmadığı ölçüde geride bırakacaktır. Buna göre, son teknoloji YZ uygulayıcıları özel sektör alanına girmek amacıyla daha büyük teşviklere yönelecek ve MÖ uygulamaları, sistematik olarak toplumun değil, kâr odaklı şirketlerin hedeflerine doğru şekillenecektir. Şirketler yalnızca daha fazla ve daha iyi bilgiye sahip olmakla kalmayacak, aynı zamanda ciddi analizlere ilişkin de tekele sahip olacaklardır.

Neden verilere asimetrik erişim sorununu "mahremiyet" sorunu olarak sınıflandıralım? Ben öyle yapıyorum, çünkü mahremiyet, nihai olarak veri

---

[118] Bkz. Amanda Levendowski, How Copyright Law can Fix Artificial Intelligence's Implicit Bias Problem, 93 WASH. L. REV. (Yaklaşan 2018) (taslak s. 23, 27-32), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3024938.

[119] A.g.e.

[120] A.g.e. s. 26 (bunun kısmen daha büyük firmaların daha fazla veriye erişimi olduğu gerçeğine bağlanması).

denkliği sorununa karşılık ortaya çıkan sorumlu politika sonuçlarını yönetiyor. Firmalar, verilerine erişim izni vermemek için tüketici mahremiyetini gerekçe olarak gösterecektir; ki zaten yapıyorlar. Bu kısmen, YZ politika camiasının endüstri tarafından geliştirilen "etik davranış kurallarına" karşı, kararında şüphecilik gütmesinin nedenidir[121]. Dikkatli bir şekilde oluşturulmadıkça, bu tür kodların şirketi eğitim verilerini diğer paydaşlarla paylaşma yükümlülüğünden korumaya yardımcı olmak için işleyen bir mahremiyet ilkesi içermesi muhtemeldir.

Bağlantılı bir soru da hükümet tarafından tutulan vatandaş verilerine erişimi içeriyor. Hükümetler muazzam miktarda bilgiye sahip; vatandaşların devlete sağlamakla yükümlü olduğu veriler, çağdaş veri simsarlığı endüstrisinin belkemiğini oluşturuyor[122]. Üniversite ve diğer araştırmacıların yanı sıra büyük ve küçük ölçekli firmalar, neredeyse benzer koşullarla hükümet verilerine erişebiliyor. Ancak burada da politika zorlukları bulunuyor. Hükümetler, veri paylaşımına sınırlamalar ve koşullar koyabiliyor ki bazen bunu yapmalıdır da[123]. En azından Amerika Birleşik Devletleri'nde bu durum, ifade hürriyetinin ihlali halinde anayasal incelemeden kaçınmak için, dikkatli bir şekilde politikalar oluşturmak anlamına geliyor. Hükümet, özel aktörlerin devlet tarafından yayınlanan verileri konumlandırdığı kullanım türlerini cezadan muaf bir şekilde ayıklayıp seçemiyor[124]. Aynı zamanda, hükümetler vatandaşları özel verileri paylaşmaya zorlamadan önce makul kısıtlamalar koyabiliyor.

Açık olmak gerekirse: Toplumun veri denkliği arayışında mahremiyet konusunda sorumsuzca hareket etmesi gerektiğini düşünmüyorum. Esasında, bu konuyu tam olarak kilit bir politika sorunu olarak sunuyorum, çünkü kişisel veya müşterek mahremiyetten ödün vermeksizin, daha büyük bir veri denkliği ölçütüne ulaşmada mekanizmalara ihtiyacımız olduğuna inanıyorum. Akademi ve endüstrideki bazı kesimler, veri yoğun sistemlere daha geniş erişim sağlamanın mahremiyet üzerindeki etkisini en aza indirmeye

---

[121] Bkz. yukarıda Bölüm I.

[122] Bkz. Jan Whittington et al., Push, Pull, and Spill: A Transdisciplinary Case Study in Municipal Open Government, 30 BERKELEY TECH. L.J. 1899, 1904 (2015).

[123] Cf. Julia Powles & Hal Hodson, Google DeepMind and Healthcare in An Age of Algorithms, HEALTH TECH. (Mar. 16, 2017), https://link.springer.com/article/ 10.1007%2Fs12553-017-0179-1 (Google Deepmind'in hassas hasta bilgilerine eriştiği olayın ve İngiliz hükümetinin bu erişimi en aza indirmek için neler yapabileceğinin özetlenmesi).

[124] Bkz. Sorrell v. IMS Health Inc., 564 U.S. 552, 579-80 (2011).

çabalayan yöntemler üzerinde -diferansiyel mahremiyet ve federatif eğitim dahil- halihazırda çalışıyor[125]. Zor bir politika sorunu da yapay zekâ demokratikleşirken bile mahremiyeti koruyan teknik, hukuki, sosyal ve diğer müdahalelerin nasıl özendirileceğidir.

E. İşgücünün Vergilendirilmesi ve Yerinden Edilmesi

Özellikle kamu tarafındaki ortak bir endişe, YZ'nin şu anda insanlar tarafından gerçekleştirilen görevlerde ustalaşarak, mesleklerin yerini alacağı yönündedir[126]. Klasik örnek kamyon şoförlüğüdür: Çoğu kesim kendi kendine giden araçların bu çok yaygın rolü ortadan kaldırabileceğini veya en azından kökten değiştirebileceğini gözlemliyor. Makineler, (toplum için kendi zorluklarını oluşturan) Sanayi Devriminden bu yana insanların yerini alıyor. Birçoğunun varsaydığı fark iki yönlüdür: İlk olarak, otomasyon süreci çok daha hızlı olacak ve ikincisi ise çok az sektör yapay zekânın çağdaş ve beklenen imkânlarından etkilenmeyecektir[127]. Bu durum, YZ'nin etkisini hissedebilecek toplulukları genişletecek ve geçici işsizlik yardımlarının veya yeniden eğitimin etkinliğini sınırlayacaktır.

Yapay zekânın Amerika üzerindeki etkisini araştırmada, Obama dönemi Beyaz Saray özellikle yapay zekânın işgücü üzerindeki etkisini sorguladı ve yaklaşan karmaşayı yönetmek için daha sağlam bir sosyal güvenlik ağı öneren bir rapor yayınladı[128]. Bazı kesimler ise, eski meslekler ortadan kalkarken bile yeni mesleklerin ortaya çıkacağını ya da genellikle, çalışanların YZ'nin zorlandığı muhakeme ve yaratıcılık içeren daha faydalı görevlere odaklanmalarını sağlayarak onların günlük işlerini düzenleyeceğini öngörüyor[129]. Diğer bazı kesimler ise, büyük ihtimalle otomasyona karşı üretkenlik kazanımları garanti altına alınan evrensel bir temel gelir için nihai ihtiyacı araştırıyor; ki böylece

---

[125] Bkz. James Vincent, Google is Testing a New Way of Training its AI Algorithms Directly on Your Phone, VERGE (10 Nisan 2017), https://www.theverge.com/2017/4/10/15241492/google-ai-user-data-federated-learning; ayrıca bkz. Cynthia Dwork, Differential Privacy, in AUTOMATA, LANGUAGES AND PROGRAMMING 1, 2-3 (Michele Bugliesi et al. eds., 2007), https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F11787006.pdf [https://doi.org/ 10.1007/11787006_1].

[126] Bkz. e.g., FORD, dipnot 3 ("Makinelerin kendileri işçilere dönüşüyor...").

[127] Bkz. ERIK BRYNJOLFSSON & ANDREW MCAFEE, THE SECOND MACHINE AGE: WORK, PROGRESS, AND PROSPERITY IN A TIME OF BRILLIANT TECHNOLOGIES 126-28 (2014).

[128] Bkz. EXEC. OFFICE OF THE PRESIDENT, ARTIFICIAL INTELLIGENCE, AUTOMATION, AND THE ECONOMY 35-42 (2016), https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/whitehouse. gov/files/documents/Artificial-Intelligence-Automation-Economy.PDF.

[129] Bkz. BRYNJOLFSSON & MCAFEE, dipnot 127, s. 134-38.

YZ tarafından tamamen işinden edilenler bile kaynaklara erişebilecektir[130]. Bununla birlikte bazı kesimler ise, yapay zekânın etkilerini daha iyi tahmin edebilmek ve kapsamını belirleyebilmek için her ihtimale karşılık otomasyona özgü daha fazla ve daha iyi bilgiyi gerekli görüyor[131].

Etkisini değerlendirme ve işinden olmayı ele almanın yanında, politika yapıcılar yapay zekânın kamu maliyesi üzerindeki etkilerini de düşünmek zorunda kalacak. Vergilendirme, toplumun neredeyse tüm yönlerine değinen oldukça karmaşık bir politika alanıdır ve YZ bir istisna değildir. Bir keresinde IRS'nin bir yazıda belirttiği gibi, robotlar vergi ödemiyor[132]. Bill Gates Jr. ise ödemeleri gerektiğini düşünüyor[133]. Diğer kesimler ise otomasyon vergisinin yenilik ve ilerleme üzerinde bir vergilendirme anlamına geleceği konusunda uyarıyor[134]. En nihayetinde, federal ve eyalet politika yapıcıları, örneğin günümüzün gelir vergilerinin büyük bir kısmının yokluğunda ışıkları nasıl açık tutacaklarını bulmak zorunda kalacaktır.

F. Kesişen Sorular (Seçilen)

Önceki soru listesi, yapay zekânın hukuk ve politika üzerindeki sonuçları konusunda pek ayrıntı içermiyor. Özellikle eksik olan husus, YZ'nin mevcut hukuk doktrinine karşı koyma yollarının sistemik bir incelemesidir. Örneğin, yapay zekânın spontane konuşma veya içerik üretebilmesi, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Birinci Değişikliğini ve fikri mülkiyet hukukunun sınırlarına ilişkin doktrinel soruları gündeme getiriyor[135]. Bu makale,

---

[130] Queena Kim, As Our Jobs are Automated, Some Say We'll Need a Guaranteed Basic Income, NPR WEEKEND EDITION (24 Eylül 2016, 5:53 AM), http://www.npr.org/2016/09/24/495186758/as-our-jobs-are-automated-some-say-wellneed-a-guaranteed-basic-income.

[131] Özellikle Robert Seamans'ın NYU Stern'de devam eden çalışmalarını düşünüyorum. E.g., Robert Seamans, We Won't Even Know If a Robot Takes Your Job, FORBES (11 Ocak 2017, 8:10 AM), https://www.forbes.com/sites/washingtonbytes/2017/01/11/ we-wont-even-know-if-a-robot-takes-your-job/#36c2a0894bc5.

[132] Treasury Responds to Suggestion that Robots Pay Income Tax, 25 TAX NOTES 20 (1984) ("Cansız nesnelerin gelir vergisi beyannamesi vermesi gerekli değildir.").

[133] Bkz. Kevin J. Delaney, The Robot that Takes Your Job Should Pay Taxes, Says Bill Gates, QUARTZ (17 Şubat 17 2017), https://qz.com/911968/bill-gates-the-robot-that-takesyour-job-'should-pay-taxes.

[134] Steve Cousins, Is a "Robot Tax" Really an "Innovation Penalty"?, TECHCRUNCH (22 Nisan 22 2017), https://techcrunch.com/2017/04/22/save-the-robots-from-taxes.

[135] RONALD COLLINS & DAVID SKOVER, ROBOTICA: SPEECH RIGHTS AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE (yaklaşan 2018); bkz. Annemarie Bridy, Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author, 2012 STAN. TECH. L. REV. 5, 21-27; James Grimmelmann, Copyright for Literate Robots, 101 IOWA L. REV. 657, 670 (2016).

aşağıdaki başlıklarda tabiri caizse YZ'nin canlanıp bizleri ortadan kaldırması ihtimalini tartışıyor; ki bu gerçekleşirse, diğer tüm politika içeriklerini anlamsız hale getirecek gibi görünüyor[136]. Nitekim önceki içerik, yapay zekâ etrafındaki ciddi araştırmalara hâkim olmaya dönük, ortak büyük resmin politika sorularının çoğunu kapsıyor.

Mahremiyet, çalışma veya güç kullanımı gibi bu özel politika içeriklerine ek olarak, ihtisas konularının sınırlarını aşan, yinelenen sorunlar ortaya çıkıyor. Burada daha fazla ilgiyi hak eden birkaç hususu seçtim: YZ'yi yönetmek için en iyi kurumsal yapılandırmayı belirlemek, bireylere ve topluma fayda sağlayan YZ için müşterek kaynaklara yatırım yapmak, YZ hesap verebilirliğinin önündeki engeller üzerine eğilmek ve YZ gibi teknolojilere insani nitelikler atfetme eğilimimizi ele almak. Bu sistemsel soruların her birini sırasıyla kısaca tartışacağım.

1. Kurumsal Yapılandırma ve Uzmanlık

Sorumlu bir şekilde kullanılırsa aynı anda insanlara ve topluma muazzam potansiyel faydalar vaat etmekle beraber, yapay zekânın bireysel veya sistemsel risk oluşturma olasılığı politika yapıcılara yapay zekâyı yönlendirme için en iyi kurumsal yapılanma içerisinde güçlü zorluklar ortaya çıkarıyor. Bugün yapay zekâ politikası, parça parça bir yaklaşımla yapılıyor; zira federal kurumlar, eyaletler, şehirler ve diğer hükümet birimleri, kendileriyle en çok ilgili olan sorunları tek başına ele alıyor. Bu yaklaşımın federalizme özgü olan deneyimleme avantajlarına benzer avantajları bulunuyor ki bu yaklaşım, içerikler arasındaki farklılıklara duyarlı ve deneyimleme için uygun alan sağlıyor[137]. Ancak bazı kesimler, bu tür bir kısmi yaklaşımı sorunlu olarak görüyor ve algoritmaların ciddi bir zarar verme potansiyeli olduğu her sistemi incelemek için, örneğin bir tür *FDA*'nın gerekli olduğunu ifade ediyor[138].

YZ, hukuk ve teknoloji arasındaki ilişkiye dönük ortak bir gözleme işaret ediyor; fakat kanaatimce bu, yanlış yönlendirilmiş bir gözlem. Toplum, hukuku teknolojik yenilikleri yakalama konusunda çok yavaş kabul ediyor. Bazen, teknoloji bir kanunun çıkarıldığı zamanki yerinin ötesine geçtiğinde, belirli kanunların veya düzenlemelerin çok eskidiği doğrudur. Örneğin,

---

[136] Bkz. aşağıda Bölüm III.

[137] New State Ice Co. v. Liebmann, 285 U.S. 262, 311 (1932) (Brandeis, J., dissenting) (devletlerin demokrasi laboratuvarları olarak hizmet ettiği klasik kavramın dile getirilmesi).

[138] E.g., Andrew Tutt, An FDA for Algorithms, 69 ADMIN. L. REV. 83, 91, 104-06 (2017).

1986'da kabul edilen Elektronik İletişim Mahremiyeti Yasası ("*ECPA*"), elektronik iletişimin nasıl işleyeceğine ilişkin hükümleri nedeniyle kısmen internet sonrası ortamla zayıf bir etkileşim kurmuştu[139]. Ancak bu olağan bir şey değildir ve genellikle politiktir. Federal Ticaret Komisyonu, bir dereceye kadar teknoloji konusunda büyük ölçüde tarafsız olan standardı uygulaması (ne var ki haksız ve aldatıcı bir uygulama) dolayısıyla pazarı ve tüketicileri koruma misyonunu hız kesmeden sürdürüyor[140]. Diğer açıdan, kuruluşlar, yeni tekniklerin ve uygulamaların üzerine eğilmek için yeni kurallar çıkarıyor veya mevcut kuralları farklı yorumluyor.

Böylesine derin bir teknik altyapılı dünyada hükümetin toplumu yönetmek için gerekli uzmanlığı olmaması, daha da iyi temeller üzerinde kurulmuş bir gözlemdir[141]. Devlet kurumları istihdamda yavaş ve endüstriden gelen sert rekabetle yarışıyor. Devlet kendi uzmanlarına sahip olmadığında, ya özel firmaların (ya da onların temsilcilerinin) kendi çıkarlarına uygun vaatlerine güvenmek zorunda kalacakya da yeniliğe karşı olan hizmetlere ilişkin karar verecek ve faaliyet tutulması yaşayacaktır[142]. Bu nedenle, daha fazla güvenle birlikte daha iyi kararlar alabilmeleri için yapay zekâ ve robotik konusundaki uzmanlığın her seviyedeki tüm devlet kurumlarına en iyi nasıl öğretileceği kapsayıcı bir politika sorunudur.

Çözüm, mevcut bir departmanla birlikte yapay zekâ üzerine resmî bir Federal Danışma Komitesi veya bağımsız bir Federal Robotik Komisyonu gibi yeni danışma organlarını içerebilecektir[143]. Veyahut Teknoloji Değerlendirme Ofisi'ni canlandırmayı, Kongre Araştırma Servisi'ni kurmayı ya da Bilim ve Teknoloji Politikası Ofisini büyütmeyi kapsayabilecektir. Bir diğer yaklaşım ise her şubenin her seviyede kendi teknik personelini istihdam etmesidir. Bir laboratuvarda iddiaları test etme kapasitesinden yasa koyucular ve yargı bünyesinde işleyen bir YZ anlayışına kadar, hükümetin teknik bilgisi ve olanakları nihayetinde onun makul YZ politikası oluşturma gücünü etkileyecektir.

---

[139] Bkz. Orin S. Kerr, The Next Generation Communications Privacy Act, 162 U. PA. L. REV. 373, 375, 390 (2014).

[140] Bkz. Woodrow Hartzog, Unfair and Deceptive Robots, 74 MD. L. REV. 785, 812-14 (2015).

[141] Bkz. CALO, COMMISSION, dipnot 88, s.4.

[142] A.g.e. s. 2, 6-10 (Bir eyalet veya federal hükümetin uzmanlıktan yoksun olduğu durumda, yeni teknolojilerle ilgili zorluk yaşadığı senaryo örneklerinin listelenmesi).

[143] A.g.e. s. 3; Tom Krazit, Updated: Washington's Sen. Cantwell Prepping Bill Calling for AI Committee, GEEKWIRE (Temmuz 10, 2017, 9:51 AM), https://www.geekwire.com/2017/washingtons-sen-cantwell-reportedly-prepping-bill-calling-ai-committee.

2. Yatırım ve Tedarik

Hükümet, yapay zekâyı kamu yararına yöneltmek için çok çeşitli araçları elinde bulunduruyor. Konuyla ilgili ayrı bir rapor yayınlayan Obama dönemi Beyaz Saray'ın da kabul ettiği üzere, yapay zekâyı şekillendirmenin bir yolu ona yatırım yapmaktır[144]. Yatırım fırsatları, yalnızca bilgisayar biliminin durumunu ilerleten ve Amerika Birleşik Devletleri'nin küresel olarak rekabetçi kalmasını sağlamaya yardımcı olan temel yapay zekâ araştırmalarını değil, aynı zamanda yapay zekânın toplum üzerindeki etkilerine ilişkin toplum bilimine dayalı araştırmanın desteklenmesini de içeriyor. Politika yapıcılar, fonların nereye aktarıldığı ve örneğin, disiplinler arası araştırma gündemi ve kamu yararı vizyonu olan projeler üzerinde durma konusunda stratejik olabiliyor.

Ek olarak ve bazen daha az bilinen şekliyle, hükümet satın almaya karar verdiği şey yoluyla politikayı etkileyebiliyor[145]. Devletler, önemli piyasa baskıları uygulayabiliyor. Bu nedenle, her düzeydeki politika yapıcıların hükümetin satın alacağı yapay zekâ destekli ürünlerin nitelikleri, özellikleri ve bunları oluşturan şirketler hakkında kafa yormalıdır. Politika yapıcılar ayrıca mahremiyet, güvenlik ve diğer değerler konusunda en iyi uygulamayı sağlamaya yardımcı olmak için şartnameden faydalanabilir. Bu da tüm pazarı daha sorumlu uygulamaya doğru hareket ettirebilir ve genel olarak topluma fayda sağlayabilir.

3. Hesap Verebilirlik Önündeki Engelleri Kaldırmak

Günümüzde kullanımda veya geliştirilmekte olan birçok yapay zekâ sistemi kişiye özel ve yapay zekâ sistemlerinin sahipleri onları açıp dikkatlice inceleme konusunda yetersizdir. Pek çok bağlamda, hesap verebilirlik için dış kaynaklı analiz gereklidir. Örneğin, adalet ve eşitlik bağlamında, sanıklar, aleyhe risk puanlarına itiraz etmeye çalışabiliyor[146]. Veyahut, güvenlik

---

[144] NETWORKING & INFO. TECH. RES. & DEV. SUBCOMM., NAT'L SCI. & TECH. COUNCIL, THE NATIONAL ARTIFICIAL INTELLIGENCE RESEARCH AND DEVELOPMENT STRATEGIC PLAN 15-22 (Ekim 2016), https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/ microsites/ostp/NSTC/national_ai_rd_strategic_plan.pdf.

[145] Bkz. e.g., Smith, dipnot 87, s. 118-19 (sürücüsüz arabalarla bağlantılı olarak satın almanın tartışılması); Whittington et al., dipnot 122, s. 1908-09 (açık belediye verileriyle bağlantılı olarak satın almanın tartışılması).

[146] Bkz. e.g., Loomis v. State, 881 N.W.2d 749, 759 (Wis. 2016) (davalı, algoritmaların kendisine itiraz etmese de elde edilen puanların gözden geçirebilmesinin ve itiraz edebilmesinin açıklanması).

ve sertifikasyon bağlamında, üçüncü şahıslar güvenlik iddialarını doğrulamaya veya bir uyum eksikliğini kanıtlamaya çalışıyor. Çeşitli raporlar, belgeler ve araştırma makaleleri, politika yapıcılara hesap verebilirliğin önündeki mevcut veya algılanan engelleri kaldırma çağrısında bulunuyor: (1) ticaret sırrı kanunu[147]; (2) Bilgisayar Dolandırıcılığı ve Kötüye Kullanım Yasası[148]; ve (3) Dijital Milenyum Telif Hakkı Düzenlemesinin hile karşıtı hükmü[149]. Bu çağrı, YZ'nin daha fazla hesap verebilir olmasını sağlamak üzere, bazı uzmanların bu tür engelleri kaldırmaya yönelik resmî politika adımını önermesine neden oldu.

4. Zihinsel Yapay Zekâ Modelleri

Bir sonraki ve son Bölüm, YZ'nin insanlığı sona erdirme olasılığının olup olmadığı tartışmasına ayrıldı; ki bu kısmen YZ gibi antropomorfik teknolojinin beraberinde getirme eğilimindeki özel korkuların bir yansımasıdır[150]. Politika yapıcılar, açık ve doğru bir zihinsel YZ modeline sahip olmayı seçmenlerine borçlu ve bu durum vatandaşları teknoloji ve potansiyel etkileri hakkında eğitmede rol oynayabilir. Onlarca yıldır kitaplar, filmler, televizyon programları ve hatta yapay zekâyı insanlar için tehdit edici bir ikame olarak gösteren oyunlar dolayısıyla burada, hiç değilse Amerika Birleşik Devletleri'nde zorlu bir savaşla karşı karşıyalar[151]. Ne var ki görevin zor olması politika yapıcıları sorumluluklarından kurtarmıyor.

Daha ayrıntılı olarak, YZ örneklerinin sosyal aracılar şeklini alması, sosyal teknolojiye sanki insanmış gibi verdiğimiz donanımsal tepkiler tarafından yönlendirilen politika için özel zorluklar ortaya koyuyor, Alexa (Ec-

---

147 E.g., Rebecca Wexler, When a Computer Program Keeps You in Jail, N.Y. TIMES (13 Haziran 2017), https://www.nytimes.com/2017/06/13/opinion/how-computers-areharming-criminal-justice.html.

148 E.g., CRAWFORD ET AL., dipnot 49; STONE ET AL., dipnot 7.

149 E.g., CRAWFORD ET AL., dipnot 49; STONE ET AL., dipnot 7.

150 Bkz. aşağıda Bölüm III.

151 Robot kelimesinin kökenine kadar uzanan örnekler vardır. Bkz. Danny Lewis, 78 Years Ago Today, BBC Aired the First Science Fiction Television Program, SMITHSONIAN (11 Şubat 2016), https://www.smithsonianmag.com/smart-news/78-yearsago-today-bbc-aired-first-science-fiction-television-program-180958126. Alman sessiz sinemasının en parlak döneminden, METROPOLIS (Universum Film 1927) ve çağdaş Amerikan sinemasından EX MACHINA (Universal Pictures International 2014) örnekleri de vardır. Ancak kötü adam olarak robot anlatısı her yerde yoktur. Örneğin Japonya'daki yetişkinler, robotun kahraman olduğu bir Manga veya çizgi roman olan Astro Boy'u okuyarak büyümüştür. Astro Boy [Mighty Atom] (Manga), TEZUKA IN ENGLISH, http://tezukainenglish.com/wp/?page_id=138 (son erişim 18 Ekim 2017).

ho), Siri ve Cortana gibi, çeşitli sosyal medya platformlarında sayısız sohbet botundan bahsetmiyorum bile[152]. Bu zorluklar ticari ortamlarda çocukları ve diğer savunmasız grupları etkileme potansiyelini, sivil veya politik söylemi çarpıtma olasılığını[153] ya da sürekli bir başkasının huzurunda olma duygusu yoluyla yalnızlık ihtimalinin daha da azalmasını içeriyor[154]. Bazı kesimler ise, insanlar ve makineler arasında samimiyet de dahil olmak üzere, cinsel yakınlaşma olasılığından endişe ediyor[155]. Ayrıntılar ne olursa olsun, en basit yapay zekânın bile insanlarda sosyal ve duygusal tepkileri tetikleyebilmesi çok daha fazla çalışmayı ve kafa yormayı gerektiriyor.

III. YAPAY ZEKÂ KIYAMETİ ÜZERİNE

Bazı okuyucular kilit bir soruyu atladığımı düşünebilir: Yapay zekâ insanlık için varoluşsal bir tehdit oluşturuyor mu? Eğer öyleyse, belki de diğer tüm tartışmalar tabiri caiz ise Titanik'teki şezlongların yeniden düzenlenmesinin politika eşdeğerini oluşturacaktır. Yapay zekâ sonumuzu getirecekse neden dünyamızı buna göre düzenleyelim ki?

Kendi görüşüm, yapay zekânın insanlık için varoluşsal bir tehdit oluşturmadığı, en azından öngörülebilir gelecek bakımından. Ayrıca, yapay zekâ kıyametine orantısız dikkat ve kaynak ayırmanın politika yapıcıları YZ'nin daha acil zararlarını ve zorluklarını ele almaktan uzaklaştırma potansiyeli bulunuyor; bunlar öte yandan YZ'nin mevcut sosyal etkilerine ilişkin araştırmalara yapılan yatırımı caydırabilir[156]. Uzak ama korkutucu bir tehdidin ne kadar dikkate alınması gerektiği, başlı başına zor bir politika sorunudur. İnsanlık için herhangi bir risk bulunuyorsa, o zaman bazen düşünce ve tartışmalar zaman harcamaya değerdir. Ancak bu konuya fazla eğilmenin ve önem atfetmenin ise gerçek dünyada sonuçları vardır.

---

[152] Genel olarak bkz. Kate Darling, "Who's Johnny?": Anthropomorphic Framing in Human-Robot Interaction, Integration, and Policy, in ROBOT ETHICS 2.0 (Patrick Lin et al. eds., yaklaşan 2017) (insan biçimini alan robotların etkilerinin tartışılması).

[153] Bkz. Calo, Digital Market Manipulation, dipnot 115; Kerr, dipnot 116; Mulligan, dipnot 114, P101.

[154] Bkz. Ryan Calo, People can be So Fake: A New Dimension to Privacy and Technology Scholarship, 114 PA. ST. L. REV. 809, 843-46 (2009).

[155] E.g., NOEL SHARKEY ET AL., OUR SEXUAL FUTURE WITH ROBOTS: A FOUNDATION FOR RESPONSIBLE ROBOTICS CONSULTATION REPORT 1 (2017), http://responsiblerobotics.org/ wp-content/uploads/2017/07/FRR-Consultation-Report-Our-Sexual-Future-with-robots_ Final.pdf.

[156] Genel olarak bkz. Crawford & Calo, supra note 60 ("Yapay zekânın gelecekteki etkileriyle ilgili korkular, araştırmacıları kullanılan sistemlerin gerçek risklerinden uzaklaştırıyor...").

Girişimci Elon Musk, fizikçi Stephen Hawking ve diğer popüler isimler, görünüşe göre YZ'nin medeniyetin bugüne kadarki en büyük tehdidini temsil ettiğine inanıyor[157]. Bu önerme için en bilinen kaynak, Nick Bostrom adlı bir İngiliz spekülatif filozofun eseridir. Süper Zekâ'da (*Superintelligence*) Bostrom, hem insan zekâsından son derece üstün olan hem de yaratıcılarına sırt çevirme konusunda önemli bir tehlike arz eden bir yapay zekâ geliştirme yolunda olduğumuzu gösterme iddiasındadır[158]. Bostrom'un kötücül bir süper zekâya kaçınılmaz olarak bakmadığını söylemek gerekiyor. Ancak tehlikeyi önemli bir değerlendirmeyi hak edecek kadar ciddi bir sorun şeklinde ortaya koyuyor.

Yapay zekâ alanında öne çıkan bazı görüşler, Süper Zekâ'nın tezine birkaç yönden ikna edici bir şekilde itiraz ediyor[159]. İlk olarak, tüm bağlamlarda veya alanlarda kendi zekâmızla rekabet edebilecek, makine zekâsına giden bir yol olmadığını savunuyorlar. Elbette bunu yapmak için özel olarak tasarlanmış bir makine, herhangi bir insanı satrançta yenebiliyor. Ancak makine öğrenimi, arama, pekiştirmeli öğrenme veya YZ'nin diğer herhangi bir yönü ile ilgili mevcut literatürdeki hiçbir şey, bırakın insan zekâsını, daha düşük bir memelinin zekâsını bile tam olarak modellemenin yolunu göstermiyor[160]. Bazı görüşler, yakın gelecekteki YZ kıyameti iddialarının Musk, Hawking ve Bostrom gibi bu alanda iş tecrübesi olmayan kişilerden

---

[157] Cf. Sonali Kohli, Bill Gates Joins Elon Musk and Stephen Hawking in Saying Artificial Intelligence is Scary, QUARTZ (29 Ocak 2015), https://qz.com/335768/billgates-joins-elon-musk-and-stephen-hawking-in-saying-artificial-intelligence-is-scary (kaç endüstri liderinin yapay zekânın insanlık için bir tehdit oluşturduğuna inandığının tartışılması).

[158] Genel olarak bkz. NICK BOSTROM, SUPERINTELLIGENCE: PATHS, DANGERS, STRATEGIES (2014) ("insanlığın karşılaştığı en ürkütücü zorluğun" araştırılması ve en iyi nasıl karşılık verebileceğimizin değerlendirilmesi).

[159] Bkz. Raffi Khatchadourian, The Doomsday Invention, NEW YORKER (23 Kasım 23 2015), https://www.newyorker.com/magazine/2015/11/23/doomsday-invention-artificialintelligence-nick-bostrom. Başka bir çalışmada Bostrom, hepimizin uzak torunlarımız tarafından yaratılmış bir bilgisayar simülasyonunda yaşadığımızı öne sürüyor. Nick Bostrom, Are You Living in a Simulation?, 53 PHIL. Q. 211, 211 (2003). Bu önceki iddia, ilginç bir paradoksu gündeme getiriyor. Eğer YZ gelecekte herkesi öldürürse, torunlarımız tarafından yaratılan bir bilgisayar simülasyonunda yaşıyor olamayız. Ve eğer torunlarımız tarafından yaratılan bir bilgisayar simülasyonunda yaşıyorsak, o zaman YZ herkesi öldürmedi. Profesör Bostrom'un bir konuda yanıldığının makul bir çıkarım olduğunu düşünüyorum.

[160] Bkz. Erik Sofge, Why Artificial Intelligence Will not Obliterate Humanity, POPULAR SCI. (Mart 19, 2015), http://www.popsci.com/why-artificial-intelligence-will-notobliterate-humanity. Avustralyalı bilgisayar bilimcisi Mary Anne Williams bir keresinde bana şöyle demişti: "Bu terim 1950'lerde ortaya çıktığından beri yapay zekâ yapıyoruz ve bugün robotlar yaklaşık olarak böcekler kadar zeki."

gelmesi suretiyle, kendiliğinden açıklığa kavuştuğunu ifade ediyor[161]. İkincisi, YZ kıyametinin eleştirmenleri sonunda bir süper zekâ yaratabilsek bile, herhangi bir nedenle sisteme programlanmadıkça, onun dünya egemenliğine yöneleceğine inanmak için bir sebep bulunmadığını savunuyor. Derin öğrenme öncüsü ve Facebook'ta yapay zekânın başı Yann LeCun'un ilginç bir şekilde belirttiği gibi: bilgisayarlarda testosteron yoktur[162].

İnsanlığa yönelik tehdidin çeşitli şekillerde olabileceğini unutmayınız. Birincisi, YZ bir gün uyanıp kasıtlı olarak herkesi düşman görerek veya kendisine daha fazla yer açmak için öldürmeye karar verecektir. Bu, Daniel Wilson'ın Hollywood filmlerinde ve kitaplarında yer alan şey ve bilgisayar bilimi literatüründe neredeyse hiç destek bulmuyor (bu yüzden ona bilim kurgu diyoruz)[163]. İkincisi, yapay zekânın keyfi bir hedefin körü körüne peşinde koşarken yanlışlıkla herkesi öldürmesidir -örneğin, ataç yapmakla görevlendirilen karşı konulmaz derecede güçlü bir YZ'nin malzeme madenciliği sürecinde dünyayı yok etmesi[164]. Sınırsız hayal gücü, Disney'in Fantasia'sındaki Sihirbazın Çırağı'ndan lanetlenmiş talihsiz Kral Midas'a kadar bu senaryonun örnekleriyle de doludur[165]. Üçüncüsü ise çok kötü bir bireyin veya grubun insan hayatını sona erdirme girişiminin bir parçası olarak yapay zekâyı kullanmasıdır.

Ana akım YZ camiasına, zarar verme niyetini formüle edebilen makinelerin nasıl oluşturulacağını anlamaktan yüzlerce yıl uzakta olduğumuza ve

---

[161] Bkz. Connie Loizos, This Famous Roboticist doesn't Think Elon Musk Understands AI, TECHCRUNCH (19 Temmuz 2017), https://techcrunch.com/2017/07/19/this-famousroboticist-doesnt-think-elon-musk-understands-ai (Rodney Brooks'tan alıntı yaparak "YZ konusunda panik yaratanlar "ortak bir konuyu paylaşıyor", bu da "kendilerinin YZ çalışmamasıdır.").

[162] Dave Blanchard, Musk's Warning Sparks Call for Regulating Artificial Intelligence, NPR (19 Temmuz 2017), http://www.npr.org/sections/alltechconsidered/2017/07/19/ 537961841/ musks-warning-sparks-call-for-regulating-artificial-intelligence (Yan LeCun'un hükmetme arzusunun mutlaka zekâ ile ilişkili olmadığına dair bir gözleminden alıntı).

[163] Bkz. DANIEL WILSON, ROBOPOCALYPSE: A NOVEL (2011). Wilson'ın kitabı kısmen heyecan verici çünkü Wilson robotik konusunda eğitim almış ve gerçeğe benzerliği sağlamak için seçici olarak doğru ayrıntılar ekliyor.

[164] E.g., BOSTROM, dipnot 158, s. 123.

[165] ARISTOTLE, POLITICS 17 (B. Jowett trans., Oxford, Clarendon Press 1885) (Midas'ın dokunduğu her şeyi altına çevirmek konusundaki kontrol edilemez gücünün anlatılması); FANTASIA (Walt Disney Productions 1940) (sihirli bir şekilde büyülenmiş süpürgelerden oluşan bir ordunun durmadan bir kazanı suyla doldurduğu ve Mickey Mouse'u neredeyse boğduğu yer). Kral Midas benzetmesini, YZ'nin insanlığı tehdit etme kapasitesi konusunda Musk'a ve diğerlerine yüksek sesle endişelerini belirten bir avuç YZ uzmanından biri olan UC Berkeley'nin önde gelen bir bilgisayar bilimcisi Stuart Russell'a borçluyum.

bunu zaten yapmayacağımıza inanabilirsiniz. Bununla birlikte ikinci ve üçüncü senaryolarla ilgili endişeli olabilirsiniz. İkinci argümanın çekici yönleri vardır: İnsanlar istenmeyen sonuçlara yol açan YZ için hedefler belirleyebiliyor. Bilgisayarlar, onlara yapmalarını söylediğiniz şeyi yapar, yapmalarını istediğiniz şeyi değil. Ancak, YZ kıyamet habercilerinin öngördüğü sistemin özelliklerini dikkate almak da önemlidir. Bu sistem, bir yönüyle bir kişi tarafından keyfi olarak atanan ataç yapmak gibi tekil bir amacı algılayacak kadar ilkelken yine de bu hedefinin peşinde koşarken, insanlığın toplamını alt edebilecek ve etkisiz hale getirebilecek kadar da gelişmiştir. Bu niteliklerin birleşimini pek olası bulmuyorum. Belki de bu, amaca yönelik dünya hakimiyetine meyilli, kötü niyetli bir yapay zekâ olasılığı ile eşittir.

Daha endişe verici olan, bir kişinin veya grubun tüm toplumu tehdit etmek için YZ'yi bir şekilde kullanma potansiyelidir. Bu husus, örneğin Daniel Suarez'in Daemon[166] adlı kitabının vizyonu ve Oxford Üniversitesi'ndeki *Bad Actors in AI* gibi atölye çalışmaları tarafından araştırıldı[167]. Bir örnek olarak, nükleer güvenliği tehlikeye atmak için yapay zekâdan yararlanan, piyasayı istikrarsızlaştırmak için ticaret algoritmaları kullanan veya şiddeti teşvik etmek için yapay zekâ destekli mikro hedefleme yoluyla yanlış bilgi yayan kötü niyetli birini hayal edebiliriz. Ancak kötü niyetli faaliyetten varoluşsal tehdide giden yol zorlu ve bu şimdilik romanların işidir[168].

Kimin haksız kimin haklı olduğunu bize ancak kesin olarak zaman söyleyebilir. Yapay zekâ araştırmacıları ve uygulayıcıları arasında yaygın görüş olmasa da kabul görmüş bilgisayar bilimcileri ve diğer düşünürlerin kıyamet senaryosunun bir versiyonunu yansıttığı çeşitli etkinliklere katıldım[169]. YZ'nin uyanıp bizi öldürmesi uzak bir ihtimal olsa bile (yani, YZ kıyameti düşük olasılıklı, yüksek hasarlı bir sorun olsa da), belki de konuya biraz daha dikkat etmeliyiz.

---

166 DANIEL SUAREZ, DAEMON (2009).

167 Bkz. Bad Actors and Artificial Intelligence Workshop, THE FUTURE OF HUMANITY INST. (24 Şubat 2017), https://www.fhi.ox.ac.uk/bad-actors-and-artificial-intelligenceworkshop.

168 Bkz. e.g., ALAN MOORE, DAVE GIBBONS & JOHN HIGGINS, WATCHMEN 382-90 (1995) (kötü bir adamın, New York'u yok etmek için insan beyninden klonlanmış dev bir canavar tasarlamasının ardından ortaya çıkan kaosun grafiksel olarak tasvir edilmesi).

169 Bkz., e.g., Past Events, THE FUTURE OF LIFE INST., https://futureoflife.org/ past events (son erişim 18 Ekim 2017) (kendini "yaşamı korumaya ve geleceğe dair iyimser vizyonlar geliştirmeye, insanlığın yeni teknolojileri ve zorlukları göz önünde bulundurarak kendi rotasını yönlendirmesi için olumlu yollar da dahil olmak üzere geliştirmeye" adamış bir kuruluş olan Yaşamın Geleceği Enstitüsü'nün düzenlediği geçmiş etkinliklerin kataloğu").

2017'de Skynet veya HAL'a çok fazla odaklanmaya karşı olan en güçlü argüman, fırsat maliyetidir. YZ çok kısa vadede bireylere ve topluma çok sayıda aciliyet gerektiren zorluk yaratacaktır. Sorun, yapay zekânın "fazla zekileşip dünyayı ele geçirmesi" değildir. Bilgisayar bilimcisi Pedro Domingo'un dediği gibi: "*Asıl sorun, onun çok aptal olması ve zaten var olmasıdır.*"[170] Donkişotvari bir varoluşsal tehdide bu kadar çok enerji harcayarak, bilgi bilimci Solon Barocas'ın deyişiyle bir Yapay Zekâ Politikası Kışı riskini alıyoruz.

SONUÇ

Bu makalenin iki amacı vardı. İlk olarak, YZ'yi önceki ve kurucu teknolojilerle ilişkili olarak tanımlayarak ve YZ etrafındaki çağdaş yaklaşımların benzersiz olabileceği yolları işaret ederek YZ üzerine kısa bir temel sağlamaya çalıştı. Geçmiş ile olan en belirgin kopuşlardan biri, Amerika Birleşik Devletleri'nde ve dünya çapında YZ'ye yönelik politika oluşturmanın kapsamı ve karmaşıklığıdır. Bu nedenle Makale, ikinci olarak, bugüne kadar ortaya çıkan ciddi politika sorunlarının bir envanterini veya yol haritasını sağlamayı amaçladı. Bu envanterin amacı, sorunları tespit ederek ve soruları okuyucuların kendi araştırmalarını başlatabilecekleri noktaya getirerek, genel itibariyle anlaşıldığı şekliyle YZ politikası oluşturma konusunda bilgi vermektir. Yol haritası, yazara özgü olsa da YZ politikası konusunda yazarın epeydir devam eden çalışması itibariyle bilgilendirme yapıyor.

YZ, bugün toplumun yönünü yeniden şekillendiriyor ve önümüzdeki yıllarda çok daha büyük değişikliklere yol açması muhtemeldir. Bu makalenin vurguladığı gibi, toplumsal dönüşüm süreci, birçok farklı ve zorlu politika sorusunu beraberinde getiriyor. Öyle olsa bile, umutlanmak için sebep vardır. Atalarımıza göre belirli avantajlarımız bulunuyor. Önceki sanayi devrimlerinden alınan dersler var ve bugün çok daha fazla politika yapıcı organ ve araca erişebiliyoruz. Ayrıca disiplinler arası iş birliğini çok daha standart bir uygulama haline getirdik. Ama belki de en büyük avantajımız zamanlamadır: YZ, politika yapıcıların hayal güçlerini yaşam döngüsünün yeterince erken aşamalarında yakalamayı başardı, ki bunu kamu yararına yönlendirebileceğimize dair bir umut var. Umarım bu makale bu sürece küçük bir şekilde de olsa katkıda bulunur.

---

[170] PEDRO DOMINGOS, THE MASTER ALGORITHM: HOW THE QUEST FOR THE ULTIMATE LEARNING MACHINE WILL REMAKE OUR WORLD 286 (2015).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 1179-1220

ABUSE OF DOMINANCE THROUGH EXCLUSIVE DEALING CONTRACTS AND REBATES(*)

Ayça Büşra BALCIOĞLU(**)

Abstract: Several transactions and practices that are commonly used in commercial activities and that represent a significant part of commercial life may result in abuse of dominance when applied by a dominant undertaking. By virtue of their exclusionary nature, exclusive dealing contracts and rebates exemplify this type of conducts and practices. The supplier in dominant position on the relevant market may conclude exclusive dealing contracts with the customers or offer a number of rebates and bonuses to them by setting certain conditions. In this case, exclusion of other competitors will most likely arise as a problem. The dominant supplier may through its exclusive dealing agreements and discounts with exclusivity effect distort effective competition by restricting actual or potential rivals on the relevant market. Hereby, this topic has emerged as an issue that needs to be examined under EU and Turkish competition laws.

Keywords: Abuse of Dominance, Abuse of Dominant Position, Exclusive Dealing Contracts, Rebates, Rebate Systems.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 02.12.2021 - Makale Kabul Tarihi: 26.05.2022.

(**) Başkent Üniversitesi, Özel Hukuk, Doktora Öğrencisi
(ORCID no: 0000-0001-7346-3872; *ayca_busra@outlook.com*).

TEK SATICILIK SÖZLEŞMELERİ VE İNDİRİMLER YOLUYLA HAKİMİYETİN KÖTÜYE KULLANILMASI

Öz: Ticari faaliyetlerde sıklıkla kullanılan ve ticari hayatın önemli bir parçasını oluşturan birtakım işlem ve uygulamalar, hakim teşebbüs tarafından kullanıldığında hakimiyetin kötüye kullanılmasıyla sonuçlanabilmektedir. Dışlayıcı doğalarından dolayı tek satıcılık sözleşmeleri ve indirimler, bu tür davranış ve uygulamalara örnek oluşturur. İlgili pazarda hakim durumdaki tedarikçi, müşterilerle tek satıcılık sözleşmeleri akdedebilir veya belirli şartlar öngörerek onlara birtakım indirim ve primler sunabilir. Bu takdirde, diğer rakiplerin dışlanması, büyük olasılıkla, bir sorun olarak ortaya çıkacaktır. Hakim tedarikçi, tek satıcılık sözleşmeleri ve münhasırlık etkili indirimleri ile ilgili pazardaki mevcut veya muhtemel rakipleri kısıtlayarak etkin rekabeti bozabilmektedir. Böylelikle bu konu, Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukuklarında incelenmesi gereken bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hakimiyetin Kötüye Kullanılması, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Tek Satıcılık Sözleşmeleri, İndirimler, İndirim Sistemleri.

I. INTRODUCTION

An undertaking with a superior power to define competitive elements such as prices, quality of products, sales strategies to a considerable extent independently of consumers, customers and other competitors has a great opportunity to distort effective competition on the relevant market where it operates. Leaving dominant undertakings unrestrained in their activities would impede effective competition, herewith harm consumers. In this context, dominant undertakings' abusive behaviours are able to restrict effective competition and harm consumers.

Dominant firms can abuse their dominant position by acting various ways. One of the means of abuse of dominance may be exclusive dealing contracts and rebates with exclusivity effect. A dominant undertaking may utilize these vehicles to exclude potential or actual rivals from the relevant market. Exclusive dealing contracts and conditional rebates require the customers to purchase their all requirements or the significant part thereof only from the dominant supplier. Their common point is binding customers exclusively to the dominant undertaking and, in this way, excluding competitors from the market by blocking their opportunity to access the customers. Thus, these practices foreclose the market to new entrants and

thwart the existing competitors' chance of growth. Consequently, these conduct and practices carried out by the dominant supplier, unless there are justifications for them, constitute abuse of its dominant position.

In the focus of exclusive dealing contracts and rebates under the matter of abuse of dominance, an identified problem that constitutes the basis of this paper "How are exclusive dealing contracts and rebates evaluated within the scope of abuse of dominance under EU and Turkish competition laws?" is to be attempted to be answered. To this purpose, the questions of what the steps are to identify and investigate abuse of dominance through exclusive dealing contracts and rebates, when exclusive dealing contracts and rebates constitute abuse of dominance, whether there are any justifications to apply in relation to exclusive dealing contracts and rebates in order to rebut abuse of dominance arguments, will be tried to be solved.

Within the scope of this article the abuse of dominance through exclusive dealing contracts and rebate systems will be examined in EU Competition law and Turkish competition law. In this respect, the relevant provisions of Treaty on the Functioning of the European Union ('TFEU'), Guidance of 24 February 2009 on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, decisions and judgements of the Commission and the EU Courts as well as Turkish sources on the topic, i.e., Code No: 4054 on the Protection of Competition, Guidance of 07 April 2014 on the Assessment of Abusive Exclusionary Behaviours of Dominant Undertakings and decisions of the Competition Board will be analyzed.

One of the good examples which illustrates the approach of the EU competition authorities to exclusive dealing contracts and exclusive rebates of a dominant undertaking with regard to abuse of dominance is the *Tomra* case. This case will also be useful to understand the approach of the Turkish competition authority, which operates in a similar method with the EU competition authorities.

First of all, to be able to comprehend the basics of the article, the fundamental concepts, such as dominance, abuse of dominace, exclusive dealing contract and rebates will be explained under Chapter II. Afterwards, in Chapter III, which is the main part of the article, the subject matter will be discussed in detail. In the first subheading thereof the investigation methods of the Commission, the EU Courts, and the Competition Board will be

examined. Determination of dominant position, conducts which can be abusive and possible defences against abuse claims fall under this subheading. Thereafter, in the second subheading the result of these investigation steps, namely the result whether the behaviour in question is abusive or not will be discussed. Finally, in Chapter IV by means of the findings reached throughout this process the article will be concluded.

II. BASIC CONCEPTS

1. Dominance

Dominance, in a quite number of occassions dominant position, has been defined in several sources in a similar way. First of all, in the document where the Commission presents its official attitute towards the enforcement of the provision prohibiting abuse of dominance on the common market dominance has been defined as follows: "A position of economic strength enjoyed by an undertaking, which enables it to prevent effective competition being maintained on a relevant market, by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of consumers.[1]

In essence, the term of dominance is defined by the Code No: 4054 on the Protection of Competition[2] in a similar vein to the definition of dominance by the Commission in the Commission Guidance on Art. 102 TFEU. In this context, Article 3 of the Code defines the dominant position as "the power of one or more undertakings in a certain market to determine economic parameters such as price, supply, production and distribution amount by acting independently of their competitors and customers".

From these definitions some fundamental elements of the concept of dominance which an undertaking holds on a relevant market can be extracted. The first component can be expressed as "economic power". To be considered in dominant position, an undertaking need to possess a certain economic power. The answer of the question what extent of this power should be is unclear. Yet, the power in question should suffice for the

---

1 Communication from the Commission 2009/C 45/02 of 24 February 2009 Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] OJ C 45/7, para 10. This source will hereinafter be referred to as "Commission Guidance on Art. 102 TFEU".

2 OJ 22140-13.12.1994. It will in the rest of the paper be referred to as "The Code".

undertaking to act arbitrarily out of both existent and potential market conditions. There is a general view expressing that the required power should originate from monopoly.[3] However, it is not to be narrowly defined as an absolute monopoly power, since it is possible for only few number of sectors to attain such a power.[4] The second component of the definiton of dominance can be stated under the phrase of "power of independence". The power of independence of an undertaking means the authority to behave to an appreciable extent independently from its competitors, customers and also its consumers. In contrast to the aforementioned provision of the Commission Guidance on Art. 102 TFEU, Art. 3 of the Code does not count consumers among the persons who can be acted independently. It refers solely to competitors and customers of the related undertaking or undertakings. Nevertheless, the concept of customer does not necessarily embody the notion of consumer. Indeed, a consumer is an end user who can not resell the product or service he or she purchased. On the other hand, a customer may be a wholesaler, distributor etc, who resells the purchased product or service.[5] Therefore, it would be more appropriate to specify distinctly the relevant persons as in the case of the Commission Guidance on Art 102 TFEU. Furthermore, as Aslan pointed out that in Art. 3 of the Code independency from suppliers should also be emphasised.[6] The third component can be identified as 'the ability and opportunity to prevent effective competition'. In this point, continuity of the economic strength has a determining impact on whether to be able to prevent competition on the relevant market. In other words, temporary monopoly status hinders undertakings to be able to hold a dominant position. If in a duration, actions to prevent the competition can be taken, it can be said that this time period is long enough to be regarded as sufficient for dominance.[7] Art. 3 of the Code specifies a number of, but not a limited number of, economic factors to be

---

[3] ASLAN İ. Yılmaz, **Rekabet Hukuku Dersleri**, 7th edn, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2020, p. 178.

[4] CANELLOS Peter C./ SILBER Horst S., "Concentration in the Common Market", **Common Market Law Review**, (1970) Volume 7, Issue 2, pp. 138-166, pp. 160-61, <https://kluwerlawonline-com.uaccess.univie.ac.at/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\COLA\COLA1970012.pdf> (Access Date: 25.07.2021).

[5] BYJU's, Difference Between Customer and Consumer, <https://byjus.com/commerce/difference-between-customer-and-consumer/ > (Access Date: 08.11.2021).

[6] ASLAN, p. 178.

[7] ASLAN, p. 180.

able to prevent efficient competition on the relevant market, such as "price, supply, production and distribution amount".

It can be stated that these components create a loop. Economic power enables an undertaking to be able to behave to a considerable extent independently of their competitors, customers and consumers on a relevant market. That independence provides the undertaking in question with an opportunity and ability to determine the economic parameters by itself such as pricing strategies, supply, production, and distribution amounts, quality of the products or services regardless of its competitors, customers and consumers. This freedom creates a suitable environment for the prevention of effective competition on the relevant market. And again this situation enhances the economic strength of the undertaking. As a result, the undertaking concerned enjoys its dominant position on the relevant market.

The determination of dominance constitutes the major element for ascertaining whether a dominant position has been abused or not. In this respect, the European Commission ("the Commission"), the General Court of the European Union ("the General Court") and the Court of Justice of the European Union ("the Court of Justice") initially clarify the status of the undertaking under investigation with regard to its dominant position on the market. They define the concept of dominance as above.[8] On the other hand, in the scope of the investigation of infringement relating to *Google* the Competition Board moved on in accordance with the definition of dominant position in Art 3 of the Code.[9]

In a relevant market it is possible that not only one undertaking may hold a dominant position but two or more undertakings may also possess dominance. When one undertaking holds dominance, it calls "single dominance", if two or more undertakings holds it, then "collective dominance" will be the case.[10] Art 102 TFEU[11] (formerly Art. 82 TEC) prohibits abuse of dominance by one or more undertakings. In the light of

---

[8] See for example, Case AT.40099 *Google Android* [2018] C (2018) 4761, paras 210, 431; Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. v Commission* [1979] ECR 461, para 38, 44; Case 322/81 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I) v Commission* [1983] ECR 3461, paras 30, 37.

[9] Decision No. 19-38/575-243 Decision Date: 07.11.2019.

[10] The Commission Guidance on Art. 102 TFEU, para 4.

[11] Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union [2012] OJ C 326/47. It is abbreviated as TFEU all along this work.

the provision, it appears that several undertakings may jointly hold a dominant position. These dominant undertakings may jointly violate Art 102 through a connection between each other.[12] This connection may be in the form of an agreement or of a joint behaviour. Beside abusing dominance collectively, it is possible for each of these dominant undertakings to abuse its dominance seperately.[13] Art. 3 of the Code expresses the probability of a collective dominance on a certain market in the definition of dominant position. It states that one or more undertakings may hold dominance on a specific market.

2. Abuse of Dominance

An important point to be considered is that holding a dominant position is not prohibited; rather, it is prohibited to abuse that dominant position.[14] By utilizing its own capacity and facilities, a firm may obtain dominance and may likewise advance and strengthen this dominant position on a relevant market.[15] Such a legitimate achievement may be possible through unique high-level production and distribution techniques, innovative breakthroughs or significant entrepreneurial activities.[16] A firm in a dominant position, moreover, can not be deprived of "its entitlement to protect its own commercial interests when they are attacked". Hence, such a

---

[12] LORENZ Moritz, **An Introduction to EU Competition Law**, Cambridge University Press, New York, 2013, p. 208.

[13] İNAN Nurkut/PİKER Mehmet B., **Rekabet Hukuku El Kitabı (Competition Law Manual),** Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü T. İş Bankası A.Ş. Vakfı, Ankara, 2007, p. 57.

[14] The Commission Guidance on Art. 102 TFEU, para 1; Competition Board, Guidance on the Assessment of Abusive Exclusionary Behaviours of Dominant Undertakings, 07 April 2014, paras 1-2. It will be referred to as "Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours" in this paper; VAN BAEL&BELLIS (eds), **Competition Law of the European Union,** 6th edn, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2021, p. 800; KOENIG Christian/ DENNIS Sandra/SCHREIBER Kristina, **European Competition Law in a Nutshell: A Concise Guide**, Lexxion Verlagsgesellschaft, Berlin, 2011, p. 87; LORENZ, p. 189; Case T-65/98 *Van den Bergh Foods Ltd v Commission of the European Communities* [2003] ECR 2003 II-04653, para 90.

[15] GÜNAY Cevdet İlhan, **Rekabet Hukuku Dersleri**, Yetkin, Ankara, 2014, p. 89; The Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours, para 2.

[16] ANDERSON Robert / DANIEL Timothy / HEIMLER Alberto / JAKOB Thinam, "Abuse of Dominance" in KHEMANI R. Shyam (ed), **A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy**, The World Bank Washington, D.C. and Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Paris, 1999, p. 69, <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/27123114.pdf > (Access Date: 25.04.2021).

firm must be enabled to protect its interests by taking reasonable measures which it considers necessary and proper for safeguarding these interests in question.[17] In other words, "such a dominant undertaking is entitled to compete on the merits".[18]

On the other side of the coin, a "special responsibiliy" is imposed on dominant undertakings. A dominant undertaking is responsible not to impair competition through its conducts.[19] This special responsibility implies that the same behaviour regarded as legitimate for others may be considered as illegal and prohibited for the dominant undertaking due to its special status.[20] As the EU jurisdiction, Commission practices, the Commision Guidance on Art. 102 TFEU, the Turkish jurisdiction, Competition Board practices and the Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours have expressed that a firm holding a dominant position on the relevant market has a special responsibility not to behave in a manner that distorts effective competition on the internal market. In other words, it is responsible not to lead by its activities to an impairing impact on the competition.[21]

Art.102 TFEU regulates abuse of dominance by undertakings. Whereas Art. 101 TFEU (ex Art. 81 TEC) covers all undertakings doing business in the EU, Art 102 deals only with undertakings possessing a dominant position in a part or the whole of the internal market.[22] In addition, it should be noted that Art. 101 TFEU addresses restrictions of competition which appear in form of bi- or multilateral conducts or transactions; Art. 102 TFEU contrarily engages in restrictions on competition realized through unilateral conducts.[23] Art. 102 (1) TFEU is as follows: "Any abuse by one or more

---

17 Case T-228/97 *Irish Sugar plc v Commission of the European Communities* [1999] ECR 1999 II-02969, para 112.

18 The Commision Guidance on Art. 102 TFEU, para 1.

19 KOENIG Christian/SCHREIBER Kristina, **Europäisches Wettbewerbsrecht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, p. 123.

20 ATEŞ Mustafa, **Rekabet Hukukuna Giriş**, 2nd edn, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, p. 131.

21 The Commission Guidance on Art. 102 TFEU, para 1; The Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours, para 2; Case T-228/97 *Irish Sugar plc v Commission of the European Communities* [1999] ECR 1999 II-02969, para 112; *Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission* (Michelin I), para 57; T-65/89 *BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd v Commission* [1993] 1993 II-00389, para 67; Decision No. 21-15/190-80 Decision Date: 18.03.2021 (*Unilever*) para 160.

22 KOENIG/DENNIS/SCHREIBER, p. 88.

23 LORENZ, p. 188.

undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States."

The major two elements of this provision are the existence of a dominant position and of an abuse. In the case that both conditions have materialized, the Commission may impose a sanction on the related dominant firm. Some main requirements can be extracted from the wording of Art. 102 (1) TFEU. First of all, there must be one or more undertakings holding a dominant position; secondly, the dominance must be present in the internal market or in a substantial part of it; thirdly, this dominant position must be abused; lastly, the abuse of dominance must have an actual or potential influence on trade between Member States. As a matter of course, before all these conditions, the entities subject to this provision have to be undertakings. A dominant position within the internal market is required to be held individually by one undertaking or collectively by multiple undertakings. There must be an abuse of dominant position by those undertakings. Finally, the abuse of dominance has to have an impact on trade between Member States.[24] If these conditions are met, any abuse of dominance, because of its incompatibility with the internal market, will be prohibited.

On the other hand, the issue of abuse of dominant position is regulated in Art. 6 of the Code. The first paragraf thereof is as follows: "The abuse by one or more undertakings of their dominant position in the whole or a part of the country alone or through agreements with others or through concerted practices is illegal and prohibited." As comprehended from its wording, the provision contains a number of elements quite similar to the requirements mentioned above within Art. 102 TFEU. The major elements in the related provision of the Code can be described as

- one or more undertakings in a dominant position,
- holding dominance within the whole or a part of Turkey,
- an abuse of dominant position,
- abuse through agreements, concerted practices with others or through unilateral conducts.

[24] LORENZ, pp. 189-90.

When these conditions are fulfilled, the abuse of dominance becomes illegal and it is prohibited by the Code.

Two factors are different from Art. 102 (1) TFEU. Firstly, while Art 102 (1) does not specify the acts leading to abuse particularly, Art. 6 (1) of the Code points out the ways to abuse dominance. It can be said that this paragraph incorporates the activities indicated in Art. 101 TFEU into the provision relating to abuse of a dominant position. Second difference, which can be regarded as an important matter, is absence of the element of actual or potential effect on trade. In contrast to Art. 102 TFEU, Art. 6 of the Code does not require for an abuse to have an effect on trade. In order to clarify the second issue, the Guidance on Abusive Exclusionary Behavious should be taken into consideration. It defines abuse as behaviours of dominant undertakings which have potential to cause direct or indirect decrease in the consumer welfare. In this context, the decrease in question may arise not only on reseller-level but also on end user-level. Abusive conducts affect effective competition and lead to a decline in the consumer welfare.[25] Indeed, it can be stated that there is a relationship between the requirement of having an effect on trade between Member States of Art. 102 TFEU and the effect on competition and consumer welfare.[26] As inferred from the teleological interpretation of Art. 102 TFEU by Nazzini, dominance is the capability of one or several undertakings to damage "long-term social welfare". These undertakings or only one undertaking through unilateral acts constrain(s) competiton, abuse(s) customers or impair(s) the efficient performance of the downstream and also upstream market.[27] By means of these conducts a dominant undertaking can abuse its position.

The concept of abuse of dominance can be vague in some cases and requires to be clarified, in particular, for the purpose of legal certainty. Legal certainty serves especially undertakings to determine whether their conducts are permitted. As a primary source EU legislation (the TFEU) describes the concept as a basis; the Commission with its guidance and practices as well as European jurisprudence have over time contributed to the improvement and clarity of the concept. The behaviours classified as abusive are neither in

---

[25] The Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours, paras 22-23.

[26] The Commission Guidance on Art. 102 TFEU, paras 19, 30, 86.

[27] NAZZINI Renato, **The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102**, Oxford University Press, New York, 2011, p. 395.

a limited number nor unchangeable. In line with economic, social, political and judicial developments, new sorts of abusive conduct can evolve and join the current notion of abuse of dominance.[28]

A list of sample conducts which may constitute abuse of a dominant position follows the general part (i.e., first paragraph) of Art. 102 TFEU. Art. 6 of the Code comprises, likewise, a general part, as examined above, and a follow-up list representing exemplary abusive behaviours. The abusive conducts displayed in the lists are non-exhaustive, only examples.[29]

The non-exhaustive list of examples of abusive conducts, which are prohibited, is regulated under Art. 102 TFEU as follows: "Such abuse may, in particular, consist in:

a. directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;

b. limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;

c. applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

d. making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts."

The other non-exhaustive list of abusive behaviours is present in Art. 6 (2) of the Code: "Abuse cases are, in particular, those:

a. Foreclosing directly or indirectly another undertaking entering into the commercial business area or actions aiming to complicate the activities of competitiors in the market,

b. Discriminating directly or indirectly by asserting dissimilar conditions for same and equivalent rights, obligations and deeds to equal buyers,

c. Impose restrictions in relation to purchase and sale conditions in the event of resale such as purchasing goods or services with other goods or

---

[28] KOENIG/DENNIS/SCHREIBER, p. 94.

[29] MONTI Giorgio, **EC Competition Law**, Cambridge University Press, New York, 2007, p. 160.

services or stipulating display conditions for other goods or services by the buyer to the goods or services demanded by intermediary undertakings, or restrictions on purchase and sale conditions in the case of resale, such as not to sell purchased goods under a certain price,

d. Actions aiming to distort competition conditions in another product or service market by utilizing financial, technological and commercial advantages, which have been created in a sprecific market,

e. Limiting production, marketing, or technical improvement to the detriment of the consumer."

Instead of describing each exemplary abusive conduct one by one, it would be more convenient to classify all of these into two primary broad headings: exploitative abuse and exclusionary abuse. Exploitative abuse refers to the "unfair treatment" by a dominant firm to other firms operating in a downstream or upstream industry. A principle example of such abuse is the unfair pricing for purchase or sales.[30] Exclusionary abuse, on the other hand, takes place by means of practices aiming competitiors to force out of markets and/or to foreclose new entries.[31] Exclusive dealing arrangements such as exclusive purhasing and conditional rebates, and also tying and bundling, predation, refusal to supply and margin squeeze are some of the examples of that type of abuse.[32]

In the Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours abuse of dominance is, in general, classified in three categories: exclusionary, exploitative and discriminatory abuse. In the Code any classification as such has not been made. Furthermore, it should be expressed that in practice it is difficult to divide these abuse types with clear lines. A behaviour may fall into several categories in the list of Art 6 of the Code, that is it may at the same time demonstrate characteristics of multiple sample conducts.[33] Discriminatory behaviours, which arise in the form of direct or indirect discrimination, mean applying dissimilar conditions to equivalent transactions, rights, obligations and deeds of equal buyers,[34] may fall under the other two.[35]

---

30 KOENIG/DENNIS/SCHREIBER, p. 95.

31 MONTI, p. 173.

32 The Commission Guidance on Art. 102 TFEU, para 32 et seq.

33 The Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours, para 5.

34 ATEŞ, p. 330.

35 ASLAN, p. 198.

Every case has distictive features to be considered during the investigation of abuse of a dominant position. For this reason, the use of "*per se* rule" (namely, the principle requires to accept that certain behaviours such as refusal to deal, exclusive dealing or discriminatory pricing in any event cause abuse) has lately become a subject to criticism. As a result, the Commission has turned from "a more formal approach" towards "a more economic approch". By adopting a more economic approach, the Commission has begun analysing the effects of conducts of a dominant undertaking on a relevant market.[36] A significant example on the matter is *Intel Corp. v European Commission.* In this case, while the Commission and the Court of Justice gave importance to analysing economic and factual grounds in the examination of abusive conducts (in the case it is loyalty rebates), the General Court did not consider these factors, prefering a more formal approach. The Court of Justice, therefore, referred the case back to the General Court.[37] The Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours also expresses that the Competition Board investigates cases by employing an economic approach. The Board examines by employing an economic perspective whether an undertaking has abused its dominance, without trying to fit the concrete case into the examples within the list.[38]

3. Exclusive Dealing Contracts and Rebates

A. Exclusive Dealing Contracts

The notion of "exclusive dealing" covers exclusive purchasing obligations, some rebates and exclusive supply obligations.[39] In connection with that, as defined vertical agreements in Art 1 (1) a of the Commission Regulation on Vertical Agreements and Concerted Practices, exclusive dealing contracts can be qualified as vertical agreements since these are agreements "entered into between two or more undertakings each of which operates (...) at a different level of the production or distribution chain". Exclusive dealing contracts are "relating to the conditions under which the

---

36 KOENIG/DENNIS/SCHREIBER, p. 95.

37 Case C-413/14 P, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 September 2017, *Intel Corp.v European Commission*.

38 The Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours, para 5.

39 The Commission Guidance on Art. 102 TFEU, f. n. 4, para 32; for the approach in the same direction, see the Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours, f. n. 16, para 64, p. 14.

parties may purchase, sell or resell certain goods or services".[40] Exclusive dealing contracts can be classified also under Art 2 of the Communication on the Block Exemption as a vertical agreement.[41] It defines vertical agreements along the same lines with the Commission Regulation on Vertical Agreements and Concerted Practices. As for rebates or discounts which have an exclusive character, saving the fact that exclusive dealing contracts bring about more serious anti-competitive issues than these rebates do, exclusivity rebates may be regarded as equivalent to exclusive dealing contracts.[42]

Exclusive dealing contracts are agreements concluded between a supplier (manufacturer/ producer) and a customer or buyer for the purposes of purchasing or supplying certain products (goods and services) exclusively.[43] The customer/buyer is the firm to sell products that it purchased from the supplier, within a certain region.[44] This firm can be a retailer or a distributor.[45] Exceptionally, instead of the producer, the main distributor of the product may conclude this agreement.[46] Exclusive dealing contracts, also known as "single branding" agreements, "have as their main element that the buyer is obliged or induced to concentrate his orders for a particular type of product with one supplier".[47] The agreements in question

---

[40] Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices [2010] OJ L 102/1. It will be called hereinafter as "Commission Regulation on Vertical Agreements and Concerted Practices".

[41] OJ 24815-14.07.2002, Competition Board Communication amended by the Competition Board Communications No 2003/3 and 2007/2, Communication on the Block Exemption relating to Vertical Agreements, Communication No 2002/2. It will be cited as "Communication on the Block Exemption" in this paper.

[42] FUMAGALLI Chiara/MOTTA Massimo/CALCAGNO Claudio, **Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance**, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 313.

[43] YANIK Mehmet, "Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri", **Competition Authority No: 0101**, 2003, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/19-pdf > (Access Date: 13.05.2021).

[44] İNAN T. Nurkut, "Exclusive Distribution Agreements and Third Parties", **Banking and Commercial Law Journal** (1993) XVII (2), pp. 55-77, p. 57, <https:// heinonline-org.uaccess.ac.at/ (Access Date: 12.05.2021).

[45] BERNHEIM B. Douglas/WHINSTON Michael D., "Exclusive Dealing", **Journal of Political Economy**, (1998) 106 (1), pp. 64-103, p. 65 < https://www.jstor.org/stable/10.1086/250003?seq=1 > (Access Date: 14.05.2021).

[46] İNAN, p. 57.

[47] Commission Notice 2010/C 130/01 of 19 May 2010 Guidelines on Vertical Restraints [2010] OJ C 130, para 129.

describe the cases when a supplier lays down a condition to a buyer or a customer to do business exclusively or in a great extent with itself. It can be made by inserting a clause into the contract as "legal exclusivity" or by exclusive practices, e. g., through discounts, bonuses, in the form of "*de facto* (actual) exclusivity".[48]

There are a number of fundamental elements composing an exclusive dealing contract.[49] The first component is recognizing a sales monopoly in a specific area. This area may be a country, a town, a group of countries or even a continent. The second is the existence of a continuous general agreement. Both parties, i.e., the supplier and the buyer, mutually commit to perform their obligations on a constant basis.[50] Acting on its own behalf and own account is the next element. It means that the buyer or customer is both economically and legally independent from the supplier. The customer purchases products from the supplier and sells them to third parties on its own name and for its own account. Finally, for the customer has, in a determined area, a monopoly right on the sales of the products purchased from the producer, it must engage in sales increasing activities, such as marketing, advertising, advancing customer relationships and after sales service. This element serves balancing the restrictions on the producer.[51]

Exclusive dealing contracts are synallagmatic agreements. The parties undertake mutual obligations. The primary obligation of the buyer is the purchase of the product and the payment of the price.[52] The factor that attributes the exclusive nature to the agreement is the commitment "not to make any purchase from a competing seller" and to purchase all or most of its requirements determined in the agreement from the contracting supplier.[53] In return, the supplier commits to sell its products only to the contracting buyer, thus the buyer sells them in the defined region. Likewise,

---

48 ÖZTUNALI Aydın, **Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, p. 128.

49 For the comprehensive basic information on the fundamental elements of exclusive dealing contracts, see İŞGÜZAR Hasan, **Tek Satıcılık Sözleşmesi (Alleinvertriebsvertrag)**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti, Ankara, 1989, pp. 14-19.

50 TANDOĞAN Haluk, "Exclusive Sales Contracts", **Banking and Commercial Law Journal** (1982) XI (4), pp. 1-36, pp. 2-3, 5, <https://heinonline-org.uaccess.univie.ac.at > (Access Date: 12.05.2021).

51 İNAN, pp. 58-59.

52 TANDOĞAN, p. 15.

53 FUMAGALLI/ MOTTA/CALCAGNO, p. 239.

the buyer is not allowed to sell these products with an exclusivity commitment somewhere other than agreed.[54] The supplier is obliged to provide the products on a regular basis with the buyer. In terms of exclusivity, it is essential to note that the supplier is under the obligation not to sell the products in the agreement area directly or through others. The substance of this obligation is assigned pursuant to the scope of the exclusive dealing contract. In this context, the supplier commits not to sell the products directly itself in the area defined by the agreement or to ensure that other exclusive buyers do not sell them in that region, or to take actions to prevent third parties, i.e., the customers of other exclusive buyers, from selling relevant products in the region concerned.[55] Here, the objective of the exclusivity is two sided. The first is the exclusive purchase of the products by the buyer from the supplier, the second is the exclusive sale of the products in the defined region only by the buyer.

Besides these principal obligations, the buyer has a loyalty and non-competition obligation to the supplier. The buyer has to show loyalty to the supplier by avoiding selling the competing products in the contract area. The buyer, furthermore, is obliged not to sell products of the supplier's competitors which are identical or similar to the supplier's products. It is possible to add a non-compete clause also for the term after the end of the exclusive dealing contract provided that it is limited with regard to duration, location and subject matter.[56]

Exclusive dealing contracts have not only positive but also negative effects on competition. These agreements may represent an anti-competitive feature when concluded by a dominant supplier but also some benefits, such as organizing distibution methods, offering after sale services, and providing facilities for consumers to reach related products more readily.[57] In addition, as the buyer focuses on a single brand and/or product, it obtains an opportunity to promote the product more efficiently. Consequently, it

---

[54] FRENZ Walter, **Handbuch Europarecht Band 2: Europäisches Kartellrecht**, 2nd edn, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2015, p. 553.

[55] TANDOĞAN, pp. 22, 24.

[56] TANDOĞAN, pp. 18, 21-22.

[57] YEŞİLTEPE Salih Önder, "Claiming of the Monopoly Right in the Executive Distribution Agreements Against Third Parties", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (2017) 4(2), pp. 133-151, p. 134, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1102246> (Access Date: 13.05.2021).

establishes a more robust inter-brand competition atmosphere. This pro-competitive environment can contribute to the interest of consumers by bringing about an increase in product quality.[58] On the other hand, exclusive dealing contracts concluded by a dominant undertaking have "the effect of preventing the entry or expansion of competing undertakings". Due to this foreclosure impact it is obvious that exclusive dealing arrangements will affect consumers in a negative manner and the consumers will not benefit from these anti-competitive practices.[59]

B. Rebates

Undertakings apply rebates (discounts) on their sales almost as a commercial custom.[60] These rebates may be either direct, in other words unconditional or tied on certain conditions, i.e., conditional. The price reductions offered when buyers act in a certain way are referred to as "rebate systems" or "conditional rebates".[61] Suppliers grant conditional rebates to customers/buyers as a reward for a specific purchasing activity. The Commission Guidance on Art. 102 TFEU cites two types of rebates: "retroactive rebates" which are valid for all purchases and "incremental rebates" being granted on purchases exceeding the threshold, the achievement of which is necessary to be able to acquire a rebate.[62] According to the Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours, the basic classification of rebates is "single-product rebates" and "packet rebates". If to be able to gain a rebate buying only a single product is necessary, this kind of rebates are accepted as single-product rebates. In addition to this, if a purchasing condition contains multiple products or markets, then it is considered as a packet rebate. Another categorization in this Guidance is "retroactive rebates" and "top-slice rebates". For retroactive rebates the explainations above in relation to the Commission Guidance on Art. 102 TFEU is valid. When a buyer can acquire rebates for only the part exceeding the discount target, these rebates are called as top-slice rebates.[63]

---

[58] The Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours, para 65.

[59] The Commission Guidance on Art. 102 TFEU, para 34.

[60] İNAN/PİKER, p. 69.

[61] ÖZTUNALI, pp. 112-13.

[62] The Commission Guidance on Art. 102 TFEU, para 37.

[63] The Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours, para 70.

In competition issues "loyalty rebates", "loyalty-inducing rebates" and "permissible rebates" are of notable importance. First of all, loyalty rebates (fidelity rebates) can be defined as conditional rebates granted providing that a buyer within a specific time period will purchase all of its requirements or a considerable part of it exclusively from the supplier granting rebates. On the other hand, even though it is not expressly stipulated by the supplier, there are a few rebates inducing loyalty. These can be counted as "target rebates" and "quantity rebates" with loyalty impacts. The royalty-creating effect of each can vary depending on the rebate type.[64] Loyalty-enhancing rebates show a de facto exclusive character. Because these rebates encourage and urge buyers to be loyal to the supplier giving the rebates in question.[65] As one of the loyalty-inducing rebates, target rebates can be defined as discounts or bonuses granting from the supplier to the buyer which have attained a specific sales target.[66] As in *British Airways* expressed by the General Court and approved by the Court of Justice that target rebates and bonuses may generate an exclusionary effect due to its "fidelity-building effect".[67] Quantity rebates, when they enhance loyalty to a certain supplier may be qualified as loyalty-inducing rebates. Quantity rebates, as a rule, are given per se for each purchase on an objective basis.[68] Although that is the rule, a supplier may offer quantity rebates to a buyer by causing discrimination against other competing buyers.[69] Last but not least, some rebates may be justified by objective reasons in relation to Art. 102 TFEU such as by cost savings. These discounts and bonuses can be described as permissible rebates.[70]

---

64 ÖZTUNALI, p. 113.

65 LORENZ, p. 227.

66 ESİN Arif, **Rekabet Hukuku**, ESC Consulting Ltd., İstanbul, 1998, p. 194.

67 Case C-95/04 P *British Airways plc v Commission of the European Communities* [2007] ECR 2007 I-02331, para 90.

68 YANIK

69 ASLAN, p. 212.

70 LORENZ, pp. 229-30.

III. ABUSE OF DOMINANCE THROUGH EXCLUSIVE DEALING CONTRACTS AND REBATES

1. Investigation Steps

In order to decide whether an exclusive dealing contract or a rebate scheme constitutes abuse of dominance, an investigation process consisting of a number of steps must be carried out. In this context, analyses begin with the identification of the market where dominance is to be questioned. For that, it is vital to define both product market and geographic market.[71] The Commission[72] and the Competition Board identifies, at first, the relevant market when analysing abuse of dominance cases. After defining relevant market, the position of the undertaking under investigation on the relevant market is subject to examination. If it is established that it holds a dominant position on the relevant market, then the next step is to explore whether the conducts subject to investigation can be considered as abuse of this dominant position. This procedure pursued by the Competition Board also suits to the essence of Art. 6 of the Code.[73] As required by Art. 102 (1) TFEU, the last step is to assess the effect of the abusive conducts under examination on competition and trade between Member States. Such an investigation method is, also, enforced by EU authorities.[74] These investigation steps will be discussed in detail and applied to the analysis of the problem of abuse of dominance through exclusive dealing contracts and rebates.

A. Determination of Dominance

Is the undertaking in a dominant position on the relevant market? To be able to answer this question, firstly relevant market then, the market power of the undertaking on this relevant market must be specified.

---

[71] ASLAN, p. 196.

[72] Commission Notice 97/C 372/03 of 09 December 1997 on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C 372/5 (Commission Notice on Relevant Market) para 11.

[73] ASLAN, pp. 196-97. See in that context for example, Decision No: 18-19/329-163 Decision Date: 12.06.2018 (Fritolay); Unilever; Decision No: 10-57/1152-437 Decision Date: 2.9.2010 [*Linde Gaz A.Ş. (previously Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş*)].

[74] See for example, *Hoffmann-La Roche v Commission*; *Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission* (Michelin I); C-549/10 P *Tomra Systems and Others v Commission* [2012] ECLI:EU:C:2012:221; AT.40220 - *Qualcomm (Exclusivity payments)* [2018] C (2018) 240 final.

a. Relevant Market

In order to comprehend where the undertaking under investigation holds a dominant position, it is a must to ascertain where the undertaking operates. The concept of relevant market has two principal dimensions: relevant product market and relevant geographic market.[75] The Commission Notice on Relevant Market defines relevant product and relevant geographic market by quoting. According to this definition, "A relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by reason of the products' characteristics, their prices and their intended use."[76] Similarly, the Guidance on the Definition of Relevant Market describes relevant product market with a quotation to the statement in Communication No: 1997/1 as folllows: "In definition of the relevant market, the market consisting of goods and services subject to the merger and acquisition, the goods and services regarded as same in the eyes of consumers in terms of their price, purpose of usage and qualifications is taken into consideration; the other factors which may affect the identified market are also evaluated."[77]

On the other hand, the concept of relevant geographic market is defined in the Commission Notice on Relevant Market by way of quotation as follows: "The relevant geographic market comprises the area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of products or services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas because the conditions of competition are appreciably different in those area."[78]

The Guidance on the Definition of Relevant Market by way of quotation describes geographic market likewise the Commission Notice on Relevant Market as follows: "The geographic market is the regions where the enterprises operate in the supply and demand of their goods and services, the competition

---

[75] The Commission Notice on Relevant Market, para 4.

[76] The Commission Notice on Relevant Market, para 7. A temporal demarcation may also be added into these dimensions. A temporal market can be described as a market of products for which timing is decisive to become available to be supplied or be demanded, such as the products which are accessible in a certain season. (KOENIG/DENNIS/SCHREIBER, p. 33).

[77] Competition Authority, Guidance on the Definition of Relevant Market, 10.01.2008, 08-04/56-M, para 3.

[78] The Commission Notice on Relevant Market, para 8.

conditions are sufficiently homogeneous and especially the competition conditions are appreciably different from the neighbouring regions, which can be easily distinguished from those areas."[79] Indeed, these two definitions of relevant geographic market are to a substantial extent similar.

In identifiying the relevant product market, interchangeability and substitutability play a decisive role. In demand substitutability, the criteria of price, characteristics and intented purpose of the product (goods or services) are employed to determine the relevant product market. The influence of the price strategies of undertakings on demand substitutability can be figured out by using the SSNIP (small but significant non-transitory increase in price) test. In this method a small (in the range 5% to 10%) but significant permanent price increase is imposed on the relevant product. If consumers or customers as a result of this price increase prefer the products of other suppliers, then it can be concluded that there is a demand substitution between the product of the undertaking under investigation and the one of competitors to which consumer preferences have been switched because of that price increase.[80] Besides demand substitutability, supply substitutability may also be taken into consideration in defining relevant product market. If suppliers or producers are able to switch in the short term their production from one product to another without paying notable additional costs or encountering production risks[81], it can be concluded that these two products are substitutes for each other, therefore, they are in the same relevant market and consequently, potential rivals.[82] To be able to ascertain the relevant product market, the high substitution elasticity of the products in terms of both demand and supply is to be considered. The products demonstrating high level-substitutability with each other may be on the same relevant product market.[83]

When the relevant product market is identified, the next stage is to identify the relevant geographic market. The relevant geographic market is substantially characterized, as in the definitions above, by the existence of competition conditions those are adequately homogeneous and can be distinguished from neighbouring areas because of the noticeable difference between their competition conditions. In this context, transportation methods

---

79 The Guidance on the Definition of Relevant Market, para. 3.

80 GÜNAY, pp. 76-77.

81 The Commission Notice on Relevant Market, para. 20.

82 İNAN/PİKER, p. 15.

83 ESİN, pp. 184-85.

and costs, distribution techniques between the neighbouring regions[84] and perishable nature of products restricting their mobility in long distances with ease[85] are to be taken into account. Furthermore, the characteristics of the relevant product, price differences and consumer or customer preferences in the concerned market and in its neighbours are also decisive in determining the relevant geographic market. As regards to customer preferences, likewise SSNIP test in defining the relevant product market, if a price increase leads customers to switch to the product in a region other than the relevant market, then the relevant geographic market covers also this new region. Beside consumer preferences, the features of the relevant product, price differences, entry barriers between the neighbouring areas are also taken into account in defining the relevant geographic market.[86]

As in Art 102 (1) TFEU it is clearly notified, the relevant geographic market for undertakings operating in the EU will be the whole of the internal market or a substantial part of it. In the similar manner, according to Art 6 (1) of the Code the relevant geographic market will cover the whole of Turkey or only a part of it. Nonetheless, the relevant geographic market can also, under certain circumstances, be outside Turkey as it was in the *Arçelik case*, which was related to a cross-border acquisiton. While the Competition Board was defining the relevant geographic market, it emphasized the importance of analyzing the existence of an interregional trade flow. In the case the Competition Board identified the relevant geographic market as "EU borders" by considering that one of the parties of the acquisition transaction was in Turkey; the other parties were in Germany and the trade flow between Turkey and the EU was in significant amount. It also added that for each product market relevant geographic markets should be examined seperately by taking into account the cross-border trade flow.[87]

In the *Vitamins* case (in the phase of the General Court[88] it was referred to as *Hoffmann-La Roche v Commission*)[89] the Commission specified the

---

84 GÜNAY, pp. 82-83

85 ANDERSON/DANIEL/HEIMLER/JAKOB, p. 70.

86 GÜNAY, pp. 82-83.

87 Decision No: 02-32/367-153 Decision Date: 28.5.2002, p. 4.

88 At the date of the decision it used to be referred to as the Court of First Instance. With the entry into force of the Lisbon Treaty on 1 December 2009, it was renamed as the General Court. (EUR-Lex, "Glossary of Summaries: General Court" https://eurlex.europa.eu/summary/ glossary/general_court.html#:~:text=The%20purpose%20of%20these%20courts,the%20Court %20of%20First%20Instance. (Access Date: 25.05.2021).

relevant product markets for each group of vitamins individually. Accordingly, per group of vitamins constitutes separate relevant product markets, i.e., "A, B2, B6, C, E, Biotin (H), and pantothenic acid (B3)" markets. The reason behind this specification is the non-interchangeability of these vitamin groups with the other vitamin groups or products due to the fact that each group has "specific metabolic functions" and therefore is suitable for satisfying distinct constant requirements. On the other hand, the relevant geographic market in the case was ascertained as the whole of the common market.[90]

b. Market Power

After identifying the relevant product and relevant geographic market of the undertaking under investigation where it operates, the next step to take is determining the market power of this undertaking on the relevant market. To be able to comprehend its market power, several components must be taken into consideration.

The first element is market shares both of the undertaking concerned and of its competitors on the relevant market.[91] "Market shares provide a useful first indication for the Commission of the market structure and of the relative importance of the various undertakings active on the market."[92] The relationship between the market share of the potentially dominant undertaking in question and those of its rivals on the relevant market is decisive to assess the market power of the undertaking under investigation.[93] The market share of the undertaking concerned should be compared to the market shares of its competitors to be able to make an assessment of the alleged dominance.[94]

It is almost impossible to set a precise threshold to be able to decide if the undertaking holds dominance or not.[95] There is a general acceptance that

---

89 Hoffmann-La Roche v Commission.

90 Commission Decision of 9 June 1976 relating to a proceeding under Article 86 of the Treaty establishing the European Economic Community (IV/29.020 - *Vitamins*) OJ No L 223/27, para 20.

91 KOENIG/SCHREIBER, p. 126; ASLAN, p. 184.

92 The Commission Guidance on Art. 102 TFEU, para 13; for the Competition Board, The Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours, para 11.

93 KOENIG/SCHREIBER, p. 126.

94 MONTI, p. 144.

95 ANDERSON/DANIEL/HEIMLER/JAKOB, p. 71.

low market shares are an indicator to the low market power. The Commission's experience shows that the possibility of the undertaking to hold a dominant position is quite low if its market share is below 40 % in the relevant market. However, it is not a rule. "There may be specific cases below that threshold where competitors are not in a position to constrain effectively the conduct of a dominant undertaking, for example where they face serious capacity limitations." The Commission should pay particular attention to such cases to be able to accurately evaluate the market power.[96]

The duration and stability of high market shares on the relevant market are also determinative. When the undertaking consistently preserves its high market share for a long time on the relevant market, it may be regarded as a dominant undertaking on this relevant market.[97] Generally, the higher the market shares of the undertaking, the more probably it enjoys market power.[98] Despite a great market share maintained steadily over a long time period, the existence of the domestic and/or import based substitutability and the effective competition do not allow even the undertaking retaining the great market share to behave independently from its competitors. In that case, the undertaking concerned is not in a dominant position.[99] Even though market shares are a good indicator for market power, they are not an absolute criterion.[100]

Since the analysis of market shares alone is not sufficient to come to a final conclusion about market power, the other factors should be investigated as well. The most prominent of those are as follows: Entry or expansion barriers and counterbalancing buyer power.[101] Firstly, entry barriers into and expansion barriers within the relevant market provide the undertaking alleged to be in a dominant position with a market power to be able to behave to an appreciable extent independently from the actual or potential competitors. As a result, these obstacles serve the dominance of that undertaking on the relevant market.[102] It can be expressed that

---

96 The Commission Guidance on Art. 102 TFEU, para 14. In the same direction, see the Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours, para 12.

97 GÜNAY, p. 86.

98 ANDERSON/DANIEL/HEIMLER/JAKOB, p. 71.

99 ASLAN, p. 185; GÜNAY, p. 86.

100 MONTI, p. 143.

101 The Commission Guidance on Art. 102 TFEU, paras 15-18; The Guidance on Abusive Exclusionary Behaviors, paras 15-21.

102 KOENIG/SCHREIBER, p. 127.

permanent high market shares may be a sign of the presence of entry or expansion hindrances. These barriers may emerge in various forms. For instance, in the form of legal barriers such as quotas and tariffs or of advantages belonging especially to the undertaking under investigation such as high technologies, the privilege of access to substantial facilities or natural resources, developed distribution methods and broad sales systems. In addition to these, the undertaking potentially holding a dominant position may also create entry or expansion barriers by its own activies such as by concluding long term agreements with a noticeable foreclosing impact or by making such a considerable investment with which it is stringent for entrants or competitors to compete.[103] Exclusive dealing contracts and rebate systems fall under such entry or expansion preventing actions due to its foreclosing character.[104] Last but not least, the power of buyers to sufficiently bargain, to switch promptly to competing suppliers, hence, to support new entries or vertical integrations, or to intimidate the dominant undertaking doing so is a significant factor for this undertaking to take into account by attempting to act to an appreciable extent independently of such customers with sufficient counterveiling buying power.[105]

c. Dominant or not?

Following the phases described above, a Commission decision is to be briefly discussed in order to illustrate the issue whether an undertaking under investigation holds a dominant position or not.[106]

In the *Tomra* case[107], Tomra was found dominant by the Commission. The Commission, at first, identified the relevant product and geographic market where Tomra operated. It, subsequently, examined the market share

---

[103] The Commission Guidance on Art. 102 TFEU, para 17; In the same course see, Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours, paras 17-19.

[104] ANDERSON/DANIEL/HEIMLER/JAKOB, p. 72.

[105] The Commission Guidance on Art. 102 TFEU, para 18; The Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours, para 21.

[106] The method followed by the Competition Board regarding whether an undertaking is in a dominant position is the same as that followed by the Commission in this regard. See abuse of dominant position cases, for example Decision No: 21-15/190-80 Decision Date: 18.03.2021 (Unilever); Decision No: 20-49/675-295 Decision Date: 12.11.2020 (Google).

[107] Commission of the European Communities Brussels, 29.03.2006 C (2006)734 Decison relating to proceedings under Article 82 of the Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/E-1/38.113 - Prokent-Tomra) <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38113/38113_250_8.pdf> (Access Date: 31.07.2021).

of Tomra as well as the other considerations relating to Tomra's market position, such as market share of its competitors, the barriers to entry and expansion and lastly the buyer power. From the analysis of the Commission, the following conclusions have been drawn as to whether Tomra was in a dominant position in the relevant market or not.

Relevant Product Market: The Commission defined the relevant product market broadly, as such a definition provided more advantageous figures for Tomra. In this context, the relevant product market was specified as the market for high-end reverse vending machines (RVMs) or systems, inclusive, especially, "all RVMs that can be installed through a wall and can be connected to backroom equipment" and also "an overall market including high-end and low-end machines".[108] They were utilized for collecting and recycling of used beverage containers.[109]

Relevant Geographic Market: With regard to the relevant geographic market, the Commission found that the conditions of competition were not uniform across the EEA, where Tomra which is a Norway based-company gained very high market shares, in the period under investigation and that the relevant geographic markets were national in scope.[110]

Market Shares: The Commission found that Tomra was a market leader with very high market shares. While in Europe in the years before 1997 Tomra's market shares continuously exceeded 70%, at world-wide level its market shares were even higher in those years. At that time period Tomra's most significant competitor in Europe was Halton with a market share of 30 % before it was acquired by Tomra. After 1997 Tomra's market share in Europe exceeded 95% and likewise on all the relevant markets. In the years of 2001 and 2002, it held about 80-90% of market shares. Tomra's market shares were several times greater than those of their competitors, such as new entrants Prokent and Bevesys.[111]

Barriers to entry and expansion: The Commission concluded that on the relevant market there were barriers to entry and expansion. Potential competitors that tried to enter all national markets encountered "an

[108] (Case COMP/E-1/38.113 - Prokent-Tomra) para 46, p. 15.

[109] (Case COMP/E-1/38.113 - Prokent-Tomra) para 1, p. 4.

[110] (Case COMP/E-1/38.113 - Prokent-Tomra) paras 47, 55, pp. 15-17.

[111] (Case COMP/E-1/38.113 - Prokent-Tomra) para 60, pp. 19-20.

experienced, well established and powerful incumbent". Tomra aimed to keep competition weak to be able to maintain its market leadership, in particular against potential powerful rivals. Its take-over of Halton in 1997 and Eleiko in 2001, and also its attempt to acquire Prokent in September 2001 may be referred in this context, although the Commission does not regard acquisitions as being anti-competitive. On the other hand, Tomra held patents and other intellectual property rights, which are crucial in this sector. "Tomra has been able to patent its technology and in a few instances used alleged patent infringement proceedings to meet the increasing competition from comparatively successful competitors."[112]

Buyer Power: The Commission reached a conclusion that for the time period analysed buyers did not have substantial countervailing power of sufficient size which would have been able to deter Tomra from behaving an appreciable extent independently of its competitors and customers in any of the relevant markets. That is to say, in any individual market, customers were not able to outweigh Tomra's strong position on the supply side.[113]

Result: Tomra held a dominant position in the sense of Art 102 TFEU, as it was "a dominant undertaking in the common market and in the territory of the EEA as well as in substantial parts of the common market and the territory of the EEA".[114]

B. Abusive Conducts

Are conducts of the dominant undertaking abusive?

Assume that on the relevant market there is an incumbent supplier (or producer) holding a dominant position and a number of buyers (or customers) concluding exclusive dealing contracts with this incumbent. According to the agreement the contracting buyer, for a reference period, is obliged to purchase the whole or the most of its requirements exclusively from the contracting incumbent firm holding dominance. In return for this obligation the incumbent is obliged to sell its products exclusively to the contracting buyer in a specific region. It commits also not to supply the products subject to the agreement by itself and commits to prevent its other exclusive buyers or the customers of

---

[112] (Case COMP/E-1/38.113 - Prokent-Tomra) paras 86-87, p. 34.

[113] (Case COMP/E-1/38.113 - Prokent-Tomra) paras 88-89, pp. 34-35.

[114] (Case COMP/E-1/38.113 - Prokent-Tomra) para 96, p. 37.

these exclusive buyers from selling the relevant products in the referred area. Thus, the contracting buyer will be able to sell the products of the dominant firm on the determined region exclusively.

In addition, this exclusive dealing agreement may contain some rebate systems or without such an agreement a number of rebates and bonuses may be granted to the buyer as de facto exclusive practices. In such case, the supplier may offer the buyer rebates and bonuses in condition that it will purchase all or most of its requirements from the supplier. The supplier, on the other hand, may grant discounts on the condition that the buyer has to reach the target set by the supplier. It may also provide rebates for a specific quantity purchased by the buyer.

Exclusivity may emerge in the form of a regular exclusive contract or rebates offered as a reward of exclusivity.[115] Exclusive dealing contracts preclude the buyer from purchasing from alternative suppliers for a given period of time. Hence, the buyer that concludes the exclusive dealing agreement can not purchase from competing suppliers by switching the dominant supplier. On the other hand, regarding rebates with exclusivity effect, the buyer is not obliged to buy from the dominant supplier offering rebates based on the purchasing behaviours of the buyer. The buyer has an opportunity to change the supplier to an alternative one. In that case, it is apparent that it will lose the rebates. "[T]he ex ante commitment" of the buyer is the decisive and essential factor for the ability of the dominant supplier to exploit long-term agreements in order to impete efficient entries.[116] In relation to rebates, to be able to assess the exclusive character of rebate systems, as ECJ discussed in its Hoffmann-La Roche decision, one should come to a conclusion whether discounts or bonuses granted by the dominant undertaking are able to create exclusionary effects, in other words whether these rebates can produce an entry barrier for potential competitors of the dominant supplier and complicate or make it impossible for the contracting buyer to be able to select between different supply sources or alternative suppliers.[117] All these conducts when carried out by a dominant

---

[115] WITT Anne C., "The European Court of Justice and the More Economic Approach to EU Competition Law: Is the Tide Turning?", **The Antitrust Bulletin** (2019) 64(2), pp. 172-213, p. 194, < https://doi.org/10.1177/0003603X19844637 > (Access Date: 18.05.2021).

[116] FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, pp. 312-13.

[117] LORENZ, pp. 228-29.

undertaking constitute abuse of dominance because they hinder consumers from accessing alternatives.[118]

Exclusive contracts and practices enable a dominant undertaking by exploiting its competitive superiority to exclude competitors from a relevant market.[119] Exclusionary conducts may be defined as follows: "Exclusionary practices are contracts, pricing strategies and more generally actions taken by dominant firms to deter new competitors from entering an industry, to oblige rivals to exit, to confine them to market niches, or to prevent them from expanding, and which ultimately cause consumer harm."[120]

The most fundamental element of exclusionary abuse is foreclosing the market to new entries or forcing existing competitors out of the market. Long-term exclusive dealing contracts and rebate systems are some examples of exclusionary conducts and practices. The foreclosure of the market may occur in two levels: "horizontal foreclosure" and "vertical foreclosure". Exclusionary abuses like in the cases of exclusive dealing contracts and rebate schemes take place as a horizontal foreclosure.[121] To put it more clearly, by virtue of the exclusionary obligation in its vertical relationship with the buyer, the dominant supplier either prevents or restricts its rivals on the horizontal level.[122]

By the entry into force of the Commission Guidance on Art 102 TFEU in the examination of exclusionary conducts, including exclusive dealing contracts and rebate systems, an efficiency and economy focused approach has been adopted.[123] This approach is described as a "more economic approach".[124] Before the Commission Guidance on Art. 102 TFEU, it was

---

[118] ANDERSON/DANIEL/HEIMLER/JAKOB, p. 72.

[119] CALZOLARI Giacomo/ DENICOLÒ Vincenzo, "Exclusive Contacts and Market Dominance", **The American Economic Review**, (2015) 105 (11), pp. 3321-51, p. 3332 < http://www.jstor.org/stable/43821376 > (Access Date: 16.05. 2021).

[120] FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, p. 1.

[121] ÖZTUNALI, pp. 80-82.

[122] KOENIG/SCHREIBER, p. 150.

[123] ÖZTUNALI, p. 117. The same viewpoint applies also in the Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours. Accordingly, the Competition Board is to take an economic approach in abuse of dominance cases. In this connection, the as efficient competitor test is to be performed.

[124] VAN WIJCK Peter, "Loyalty Rebates and the More Economic Approach to EU Competition Law", **European Competition Journal**, (2021) 17(1), pp. 1-22, p. 13 <https://doi.org/10.1080/17441056.2020.1834973 > (Access Date: 18.05.2021).

deemed that the foreclusure of any actual or potential competitor is sufficient for an exclusionary abusive conduct. This standpoint required also the protection of competitors operating inefficiently. Therefore, by the Commission Guidance on Art. 102 TFEU in the evaluation of abusive conducts in the form of exclusionary practices, competitors operating at least as efficient as the dominant undertaking will be taken as a standard. For the as efficient competitor test, the data of the dominant undertaking is to be used. The Commission, subsequently, will investigate if the dominant firm forecloses the relevant market to the competitors which function at least as efficient as the dominant firm.[125] It will decide on the merits of the matter heavily on a case by case basis.[126] The economy-based approach to the application of Art 102 TFEU imposes more effect-oriented arguments. Art 102 TFEU is to be enforced as required by the more economic approach pursuant to the Commission Guidance on Art 102 TFEU.[127]

"The transition towards a more economic approach to abuse of dominance, effectively amounts to a transition from a form-based approach to a more effects-based approach." In the form-based approach the assessment of abuse of a dominant position is realized on the basis of first impression. To clarify, if a contract or a rebate seems an exclusivity contract or an exclusivity rebate system, it will be regarded being abusive. On the other hand, in a more economic approach, in other words in a more effects-based approach, the appearance of practices is not sufficient to detect abuses. According to this approach an agreement or a rebate scheme must appear as an exclusivity conduct and also cause a welfare reduction or harm consumers to be considered abusive.[128]

In conclusion, in order to determine the abuse of dominance through exclusive dealing contracts or rebate systems, the as efficient competitor test and the more economic approach are to be applied. In this context, if an exclusive dealing contract or a conditional rebate or bonus scheme of a dominant undertaking excludes a competitor that would be able to become at

---

[125] ÖZTUNALI, p. 117. For the relating provisions of the Commission Guidance on Art. 102 TFEU see for instance paras 23, 25, 67.

[126] MORELL Alexander, **(Behavioral) Law and Economics im Europäischen Wettbewerbsrecht: Missbrauchsaufsicht über Zielrabatte**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2011, p. 18.

[127] VAN WIJCK, pp. 10, 13.

[128] VAN WIJCK, p. 10.

least as efficient as the dominant undertaking in a reasonable time period, this contract or rebate scheme is regarded as "prima facie abusive". To this end, the actual foreclosure of possibly at least equally efficient rivals must be proved. In terms of unconditional rebates, if they contribute to another anti-competitive conduct or if they are enforced by a dominant firm in the scope of an exclusionary activity, provided that these have an impact to obstruct the competition for at least as efficient competitors and lead to conservation and reinforcement of the dominance, then these rebates are considered to be abusive.[129] In addition to these factors, the effects of exclusive dealing contracts and rebate systems on consumer welfare are to be investigated in the meaning of the more economic approach.

Finally, an abuse by one or more undertaking(s) in a dominant position will be prohibited only if "it may affect trade between Member States". Exclusive dealing contracts and rebate systems of dominant suppliers may be prohibited in so far as they potentially affect trade between Member States in a negative manner. On the other side, Art 6 of the Code prohibits abuse by one or more undertaking(s) of its/their dominant position in the whole or a part of Turkey.

C. Defences

Are there any justifications for these abusive conducts and practices?

Although above focused mainly on the anti-competitive, i.e., abusive aspects of exclusive conducts, some justifications may convert these practices into pro-competitive, i.e., non-abusive behaviours.[130] In contrast to Art 101 (3), Art. 102 TFEU does not provide any legislative exemption framework for dominant undertakings ascertained to have abused its dominance under Art. 102. Nevertheless, the Commission and European courts have specified a number of grounds of justification to distinguish between an abusive conduct and a conduct becoming non-abusive by meeting certain conditions.[131]

---

[129] NAZZINI, pp. 397-98.

[130] FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, p. 320.

[131] LORENZ, p. 216; VAN BAEL&BELLIS, p. 808.

To justify an exclusive dealing contract or a rebate system which at first sight looks like an abuse of dominance "efficiency rationales" and "objective justifications" behind these acts are to be examined. In relation to efficiencies, it is argued on an economic basis that exclusive agreements and practices can produce significant positive efficiency impacts.[132] In the Commission Guidance on Art. 102 TFEU this issue is regulated under the heading of "objective necessity" and "efficiencies" as follows: "In the enforcement of Article 82, the Commission will also examine claims put forward by a dominant undertaking that its conduct is justified. A dominant undertaking may do so either by demonstrating that its conduct is objectively necessary or by demonstrating that its conduct produces substantial efficiencies which outweigh any anticompetitive effects on consumers. In this context, the Commission will assess whether the conduct in question is indispensable and proportionate to the goal allegedly pursued by the dominant undertaking."[133]

In a similar vein, the Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours under the concept of "justification" commands the Competition Board to consider also the justification arguments of the dominant undertaking in relation to its conduct under investigation. These grounds of justification can be classified under two categories: "objective necessity" and "efficiency".[134]

Dominant suppliers on one side lead to consumer harm by foreclosing the relevant market to potentially at least as efficient competitors by means of exclusive dealing contracts and rebate systems, on the other side, these conducts and practices can produce efficiency gains. In such cases competition authorities are to compare anticompetitive impacts of exclusive dealing contracts and rebates, such as increased wholesale prices, with efficieny gains which may emerge as a result of buyers' duties on service or sales efforts. Only when efficiency gains outweigh anti-competitive effects, exclusive agreements and rebates may be considered being pro-competitive, i.e., being not abusive.[135]

---

[132] FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO p. 320.

[133] The Commission Guidance on Art 102 TFEU, para 28. For the justification conditions of "objective necessity" and "efficiencies" see further paras 29-31.

[134] The Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours, para 30.

[135] GRATZ Linda/REISINGER Markus, "On the Competition Enhancing Effects of Exclusive Dealing Contracts", **International Journal of Industrial Organization**, 2013, 31(5), pp. 429-437, p. 429, <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2013.07.008> (Access Date: 17.05.2021).

The Commission on its Guidance on Art 102 TFEU has developed a framework for application of efficiency defences. This framework is similar to the structure of Art 101(3) TFEU. If it is evidenced by the alleged dominant supplier that efficiency gains are wider than losses of consumer welfare, the provision on efficiencies of the Commission Guidance on Art. 102 TFEU will enable an anti-competitive behaviour to become pro-competitive.[136]

Another type of objective justification regulated in the Commission Guidance on Art 102 TFEU is objective necessity. This matter is expressed as follows: "The question of whether conduct is objectively necessary and proportionate must be determined on the basis of factors external to the dominant undertaking. Exclusionary conduct may, for example, be considered objectively necessary for health or safety reasons related to the nature of the product in question. However, proof of whether conduct of this kind is objectively necessary must take into account that it is normally the task of public authorities to set and enforce public health and safety standards. It is not the task of a dominant undertaking to take steps on its own initiative to exclude products which it regards, rightly or wrongly, as dangerous or inferior to its own product."[137]

In conclusion, the assertion that exclusive dealing contracts and rebate schemes of a dominant undertaking are abusive, hence anti-competitive and prohibited, may be rebutted by proving an objective justification.[138]

2. Result: Abuse of Dominance or Not?

It will be examined whether Tomra, which was determined being in a dominant position at the end of the investigation steps, abused its dominant position or not. In the Tomra case, the Court of Justice upheld the decision of the General Court[139] which upheld the Commission's decision. The Court of Justice found in its decision on appeal on 19 April 2012 that the dominant undertaking in question abused its dominant position by "exclusivity

---

[136] LORENZ, p. 221.

[137] The Commission Guidance on Art. 102 TFEU, para 29.

[138] VAN WIJCK, p. 18.

[139] Judgment of the General Court of the European Union of 9 September 2010 in Case T-155/06 Tomra Systems and Others v Commission [2010] ECR II-4361, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=82549&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=386522> (Access Date: 12.08.2021).

agreements, quantity commitments and loyalty rebates" without any justification.[140] In its infringement decision of Art. 102 TFEU the Court of Justice specified the following: "The conducts and practices of Tomra which held a dominant position on the relevant product market of high-end and low-end reverse vending machines and systems for collecting and recycling used beverage containers and on the separate national relevant geographic markets consisted of a large number of agreements between it and several supermarket chains concluded between 1998 and 2002 in the form of 'exclusivity agreements, agreements containing individualised quantity commitments and agreements establishing individualised retroactive rebate schemes'."[141]

The behaviours of Tomra were found abusive, as they served Tomra's general monopoly-creating policy. Despite the fact that the agreements, clauses and provisions comprised certain different features such as explicit or de facto exclusivity or a combination of those features, all these agreements and requirements must be seen within the scope of Tomra's general strategy aiming at "preventing market entry, market access and growth opportunities for existing and potential competitors and, ultimately, at driving them out of the market so as to create a situation of virtual monopoly".[142]

First of all, since exclusivity agreements and clauses require customers to purchase all or a substantial part of their requirements from a dominant supplier, they produce as such a foreclosure effect. Tomra, as the dominant supplier on the market, applied exclusivity clauses to a significant part of the total demand. The Commission inferred, therefore, that the exclusivity agreements concluded by Tomra were likely to have, and indeed had, a market-foreclosure effect distorting effective competition. It was expressed in the decision that there were no conditions that were capable exceptionally of justifying exclusivity or equivalent arrangements and that Tomra had also failed to justify its conducts and practices by its arguments of cost savings.[143]

---

[140] Judgment of the Court (Third Chamber) 19 April 2012 Case C-549/10 P < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0549&from=EN> (Access Date: 13.08.2021).

[141] Case C-549/10 P para 11, p. 3.

[142] Case C-549/10 P para 12, p. 3.

[143] Case C-549/10 P para 13, p. 4.

Furthermore, as discounts offered for individualised quantities equivalent to the whole or almost whole demand induce the customer to purchase entire or nearly entire its requirements from a dominant undertaking, they function as loyalty rebates, in other words, rebates that ensure loyalty to the dominant undertaking by stipulating conditions on customers to purchase all or a large proportion of their requirements from this dominant supplier. Thereby, they have the same effect as explicit exclusivity agreements or clauses. According to the Commission, even though the amount of purchasing commitment is not represented in definite terms or as a certain percentage, the related agreements or provisions may still possess an exclusionary character. With regard to Tomra's agreements, although the quantity targets set out within the individualised commitments were diverse for each customer, irrespective of its magnitute and purchasing amount, all of these corresponded to the customer's whole requirements or to most of them, or even exceeded them. The Commission also considered that Tomra had the sufficient knowledge on the RVM market to appreciate realistically the approximate demand of each customer. It was evident from the negotiations between Tomra and its customers, its offers to them and the documents in relation to these practices that Tomra's strategy was binding its customers, especially its major customers, with agreements that directed at excluding competitors from the market and not giving them any opportunity of growth.[144]

Finally, concerning the individualised retroactive rebates, in addition to being individual to each customer, these rebate systems set certain thresholds linked to the entire requirements of each customer or a substantial part thereof based on the customer's estimated requirements and/or purchasing capacity attained in the past. By virtue of the strong incentive power for the customer of "the combination of a retroactive rebate scheme with a threshold or thresholds corresponding to the customer's entire requirements or a large proportion thereof" to meet its all or almost all demand exclusively from Tomra and of the resulting artificial raise of the cost of substitution with another supplier, even for a minor part of units, the Commission came to the conclusion based on the case-law that, the rebate systems under examination had to be characterized as a loyalty creating instrument and thereby as loyalty rebates.[145]

---

[144] Case C-549/10 P para 14, p. 4.

[145] Case C-549/10 P para 15, p. 4.

Since Tomra's, as the dominant supplier on the RVM market, exclusionary practices throughout the period from 1998 to 2002 had a foreclosure effect on the market to the existing and potential competitors and there were no justification of these practices, they were identified as anti-competitive behaviours resulting in abuse of dominance because of their entry and expansion blocking nature. Moreover, there were no justifications for these conducts. Tomra's arguments of cost efficiency could not justify its exclusionary practices. In addition to that, there was no benefit to consumers either, as the price of Tomra's products did not fall despite the increase of sales volume, rather prices stagnated or even escalated over the period at issue.[146]

The Commission's decision and the judgements of the General Court and the Court of Justice are based on a more formal approach instead of a more economic approach. The exclusive dealing contracts and exclusive rebates were regarded prohibited as a result of a very formalistic analysis.[147]

IV. CONCLUSION

In conclusion, the problem of "How are exclusive dealing contracts and rebates evaluated within the scope of abuse of dominance under EU and Turkish competition laws?" is to be answered as follows: Exclusive dealing contracts and rebates with exclusivity effect are evaluated as being conducts which bring about exclusionary abuse when undertaken by a dominant supplier on the relevant market. As exclusive dealing contracts and rebate schemes of the dominant incumbent supplier have a foreclosure impact to potential and existing competitors that are at least as efficient as this dominant firm, by preventing the new entries into the market and the expansion of the actual rivals in the market, they represent one of the significant examples of exclusionary abusive behaviours under both EU competition law and Turkish competition law. The commitment not to make any or large amount of purchase from a competing seller and to purchase all or most of its requirements exclusively from the dominant supplier which is the contracting or offering party provides the exclusive agreement and rebate or bonuses under discussion with that exclusive nature. Beside the exclusivity obligation of the customer in the exclusive dealing contract,

[146] Case C-549/10 P para 16, pp. 4-5.

[147] FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, p. 329.

loyalty rebates and loyalty-inducing rebates, such as target rebates and quantity rebates, incentivize the customer to purchase its entire or almost entire requirements solely from the dominant undertaking. In that case, if they can not be justified through objective reasons and efficiencies and they may affect trade between Member States, or they are performed in the whole or a part of Turkey, exclusive dealing contracts and rebate systems of the dominant supplier are to be prohibited as being anti-competitive.

In order to identify and investigate abuse of dominance through exclusive dealing contracts and rebates, an investigation procedure consisting of a number of steps must be followed up. To that end, initially dominance, then abuse of this dominance are to be examined. In this sense, the first move is identifying both the relevant product and geographic market where dominance is to be inquired. When dealing with abuse of dominance cases the Commission and the Competition Board detects in first place the relevant market. Subsequently, the position of the undertaking concerned on the relevant market is to be analyzed. For this, its market power, inclusive its market share and the market shares of competitors and other factors which are decisive for ascertaining its market power is to be taken into account. If it is determined that it holds a dominant position on the relevant market, then the next step is to explore whether the practices subject to investigation can be assessed as abuse of this dominant position. This investigation method is enforced by both EU authorities and the Competition Board.

If the practices in question are exclusive dealing contracts and rebates, as a result of a more economic approach, in other words a more effects-based approach, it must be inquired into whether these conducts have a foreclosure effect to the competitors which are at least as efficient as the dominant incumbent firm. In this regard, exclusive dealing contracts and exclusivity rebates must prevent the entry and expansion of potential and actual rivals. If no justification is acceptable for these practices and these exclusionary abusive conducts may affect trade between Member States or they are carried out in whole Turkey or a part thereof, it can be expressed that the dominant undertaking abuses its dominant position through its exclusive dealing contracts and rebates.

Finally, it is possible to rebut arguments of abuse of dominance in relation to exclusive dealing contracts and rebates by proving a number of grounds of justification. If these exclusionary practices can be justified successfully, they may not be regarded as abusive, in other words anti-

competitive. That is to say, some justifications may convert these practices into pro-competitive, i.e., non-abusive behaviours. To justify an exclusive dealing contract or a rebate system which at first sight appears as an abuse of dominance, "efficiency rationales" and "objective necessities" behind these behaviours are to be questioned. Both the Commission Guidance on Art. 102 TFEU and the Guidance on Abusive Exclusionary Behaviours point out these grounds of justification. When exclusive dealing agreements and exclusive rebates which establish exclusionary abuse can be justified by means of above-mentioned justification grounds, they may be considered being non-abusive, i.e., being pro-competitive.

BIBLIOGRAPHY

ANDERSON Robert / DANIEL Timothy / HEIMLER Alberto / JAKOB Thinam, "Abuse of Dominance" in KHEMANI R. Shyam (ed), **A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy**, The World Bank Washington, D.C. and Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Paris, 1999, <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionand lawenforcement/27123114.pdf > (Access Date: 25.04.2021).

ASLAN İ. Yılmaz, **Rekabet Hukuku Dersleri**, 7th edn, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2020.

ATEŞ Mustafa, **Rekabet Hukukuna Giriş**, 2nd edn, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

BERNHEIM B. Douglas/ WHINSTON Michael D., "Exclusive Dealing", **Journal of Political Economy**, (1998) 106 (1), pp. 64-103, <https://www.jstor.org /stable/10.1086/250003?seq=1> (Access Date: 14.05.2021).

BYJU's, Difference Between Customer and Consumer, <https://byjus.com/commerce /difference-between-customer-and-consumer/> (Access Date: 08.11.2021).

CALZOLARI Giacomo/ DENICOLÒ Vincenzo, "Exclusive Contacts and Market Dominance", **The American Economic Review**, (2015) 105 (11), pp. 3321-51, < http://www.jstor.org/stable/43821376 > (Access Date: 16.05.2021).

CANELLOS Peter C./ SILBER Horst S., "Concentration in the Common Market", **Common Market Law Review**, (1970) Volume 7, Issue 2, pp. 138-166, <https://kluwerlawonline-com.uaccess.univie.ac.at/api/Product/CitationPDFURL? file=Journals\COLA\COLA1970012.pdf> (Access Date: 25.07.2021).

ESİN Arif, **Rekabet Hukuku**, ESC Consulting Ltd., İstanbul, 1998.

FRENZ Walter, **Handbuch Europarecht Band 2: Europäisches Kartellrecht**, 2nd edn, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2015.

FUMAGALLI Chiara/MOTTA Massimo/CALCAGNO Claudio, **Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance**, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

GRATZ Linda/REISINGER Markus, "On the Competition Enhancing Effects of Exclusive Dealing Contracts", **International Journal of Industrial Organization**, 2013, 31(5), pp. 429-437, < https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2013.07.008 > (Access Date: 17.05.2021).

GÜNAY Cevdet İlhan, **Rekabet Hukuku Dersleri**, Yetkin, Ankara, 2014.

İNAN T. Nurkut, "Exclusive Distribution Agreements and Third Parties", **Banking and Commercial Law Journal** (1993) XVII (2), pp. 55-77, <https:// heinonline-org.uaccess.ac.at/ (Access Date: 12.05.2021).

İNAN Nurkut/PİKER Mehmet B., **Rekabet Hukuku El Kitabı (Competition Law Manual),** Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü T. İş Bankası A.Ş. Vakfı, Ankara, 2007.

İŞGÜZAR Hasan, **Tek Satıcılık Sözleşmesi (Alleinvertriebsvertrag)**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti, Ankara, 1989.

KOENIG Christian/ DENNIS Sandra/SCHREIBER Kristina, **European Competition Law in a Nutshell: A Concise Guide**, Lexxion Verlagsgesellschaft, Berlin, 2011.

KOENIG Christian/SCHREIBER Kristina, **Europäisches Wettbewerbsrecht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

LORENZ Moritz, **An Introduction to EU Competition Law**, Cambridge University Press, New York, 2013.

MONTI Giorgio, **EC Competition Law**, Cambridge University Press, New York, 2007.

MORELL Alexander, **(Behavioral) Law and Economics im Europäischen Wettbewerbsrecht: Missbrauchsaufsicht über Zielrabatte**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2011.

NAZZINI Renato, **The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102**, Oxford University Press, New York, 2011.

ÖZTUNALI Aydın, **Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

TANDOĞAN Haluk, "Exclusive Sales Contracts", **Banking and Commercial Law Journal** (1982) XI (4), pp. 1-36, <https://heinonline-org.uaccess.univie.ac.at> (Access Date: 12.05.2021).

VAN BAEL&BELLIS (eds), **Competition Law of the European Union,** 6th edn, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2021.

VAN WIJCK Peter, "Loyalty Rebates and the More Economic Approach to EU Competition Law", **European Competition Journal**, (2021) 17(1), pp. 1-22, <https://doi.org/10.1080/17441056.2020.1834973 > (Access Date: 18.05.2021).

WITT Anne C., "The European Court of Justice and the More Economic Approach to EU Competition Law: Is the Tide Turning?", **The Antitrust Bulletin** (2019) 64(2), pp. 172-213, < https://doi.org/10.1177/0003603X19844637 > (Access Date: 18.05.2021).

YANIK Mehmet, "Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri", **Competition Authority No: 0101**, 2003, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/19-pdf > (Access Date: 13.05.2021).

YEŞİLTEPE Salih Önder, "Claiming of the Monopoly Right in the Executive Distribution Agreements Against Third Parties", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (2017) 4(2), pp. 133-151, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1102246> (Access Date: 13.05.2021).

Legal Materials

Commission Notice 2010/C 130/01 of 19 May 2010 Guidelines on Vertical Restraints [2010] OJ C 130.

Commission Notice 97/C 372/03 of 09 December 1997 on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C 372/5 (Commission Notice on Relevant Market).

Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices [2010] OJ L 102/1.

Communication from the Commission 2009/C 45/02 of 24 February 2009 Guidance on the

Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] OJ C 45/7.

Competition Authority, Guidance on the Definition of Relevant Market, 10.01.2008, 08-04/56-M.

Competition Board Communication amended by the Competition Board Communications No 2003/3 and 2007/2, Communication on the Block Exemption relating to Vertical Agreements, Communication No 2002/2.

Competition Board, Guidance on the Assessment of Abusive Exclusionary Behaviours of Dominant Undertakings, 07 April 2014.

EUR-Lex, "Glossary of Summaries: General Court" https://eurlex.europa.eu/summary/glossary/general_court.html#:~:text=The%20purpose%20of%20these%20courts, the%20Court%20of%20First%20Instance. (Access Date: 25.05.2021).

OJ 22140-13.12.1994.

OJ 24815-14.07.2002.

Decisions and Judgements

Decision No. 21-15/190-80 Decision Date: 18.03.2021 (*Unilever*).

Decision No: 20-49/675-295 Decision Date: 12.11.2020 (Google).

Decision No. 19-38/575-243 Decision Date: 07.11.2019.

AT.40220 - *Qualcomm (Exclusivity payments)* [2018] C (2018) 240 final.

Case AT.40099 *Google Android* [2018] C (2018) 4761.

Decision No: 18-19/329-163 Decision Date: 12.06.2018 (Fritolay).

Case C-413/14 P, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 September 2017, *Intel Corp.v European Commission*.

Judgment of the Court (Third Chamber) 19 April 2012 Case C-549/10 P <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0549&from=EN> (Access Date: 13.08.2021).

C-549/10 P *Tomra Systems and Others v Commission* [2012] ECLI:EU:C:2012:221.

Judgment of the General Court of the European Union of 9 September 2010 in Case T-155/06 Tomra Systems and Others v Commission [2010] ECR II-4361, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=82549&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=386522> (Access Date: 12.08.2021).

Decision No:10-57/1152-437 Decision Date:2.9.2010 [*Linde Gaz A.Ş. (previously Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş.)*].

Case C-95/04 P *British Airways plc v Commission of the European Communities* [2007] ECR 2007 I-02331.

Commission of the European Communities Brussels, 29.03.2006 C (2006)734 Decision relating to proceedings under Article 82 of the Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/E-1/38.113 - Prokent-Tomra) <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38113/38113_250_8.pdf> (Access Date: 31.07.2021).

Case T-65/98 *Van den Bergh Foods Ltd v Commission of the European Communities* [2003] ECR 2003 II-04653.

Decision No: 02-32/367-153 Decision Date: 28.5.2002.

Case T-228/97 *Irish Sugar plc v Commission of the European Communities* [1999] ECR 1999 II-02969.

T-65/89 *BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd v Commission* [1993] 1993 II-00389.

Case 322/81 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I) v Commission* [1983] ECR 3461.

Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. v Commission* [1979] ECR 461.

Commission Decision of 9 June 1976 relating to a proceeding under Article 86 of the Treaty establishing the European Economic Community (IV/29.020 - *Vitamins*) OJ No L 223/27.