# Galatasaray Üniversitesi
# Hukuk Fakültesi Dergisi

## 2023/2

TÜBİTAK ULAKBİM Hakemli Dergi
EBSCOhost

Galatasaray Üniversitesi Yayın No : 105
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 83

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. Enver Murat ENGİN (Editör)

Prof. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN

Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN

Arş. Gör. Yunus Emre ERDÖLEN

Arş. Gör. Sıla ÖZTÜRKLER

Arş. Gör. Ömer Mert YILMAZ

**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. Ziya AKINCI

Prof. Dr. Güçlü AKYÜREK

Prof. Dr. Serap AMASYA

Prof. Dr. Tolga AYOĞLU

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Prof. Dr. E. Murat ENGİN

Prof. Dr. Mehmet ERDEM

Prof. Dr. Ali Hakan EVİK

Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK

Prof. Dr. Faruk Kerem GİRAY

Prof. Dr. Pınar KARTAL

Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Prof. Dr. Hasan KÖNİ

Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU

Prof. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN

Prof. Dr. Hamdi YASAMAN

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doç. Dr. Pınar ALTINOK ORMANCI

Doç. Dr. Nur BOLAYIR

Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN

Doç. Dr. Burcu SAVAŞ KUTSAL
Doç. Dr. Cüneyt SÜZEL
Doç. Dr. R. Murat ÖNOK
Dr. Öğr. Üyesi Özgün ÇELEBİ
Dr. Öğr. Üyesi Halil Ali DURAL
Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İpek İŞLETEN
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Polat KALAFATOĞLU
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe ŞAHİN
Dr. Cenk KESKİN

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2023 yılının Aralık 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** ve **dergigsu@gmail.com** e-posta adreslerine 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.** Dergiye gönderilen yazılar, özet ve kaynakça hariç, dipnotlar dahil olmak üzere en fazla 15000 kelime olmalıdır.

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

**7.** 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.

**8.** 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.

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

**10.** Metin içerisinde başlıklar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

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

**11.** 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.

**12.** 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), cilt sayısı, 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 ve doktora tezleri için:

ALTAY Sıtkı Anlam, Bankaların Mali Durumlarının Bozulmasının Hukuki Sonuçları, 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: ALTAY Sıtkı Anlam, "Problems Related to the Commencement Date of the Obligation to Use in the Action for Revocation due to the Non-use of a Trademark and Solution Proposals", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 77, S. 2, 2019, ss. 897-92.

Kitap içerisinde yer alan makaleler için:

EVİK Vesile Sonay, "Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçları İşlemek Maksadıyla Örgütlenme Suçu", **Özel Ceza Hukuku**, C. I, Uluslararası Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 92-113.

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/POSTPN-470.pdf (Erişim Tarihi: 28.03.2016).

**13.** 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 yazarın soyadı 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 birden fazla yayını kullanılmışsa, yazar soyadı, eserin yayın yılı ve sayfa numarası; aynı yazarın aynı yılda basılmış birden fazla yayını kullanılmışsa da 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.

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

**14.** 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.

**15.** 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. **Ceren Zeynep PİRİM** ..... **1035**

GÖREVDEKİ DEVLET BAŞKANLARININ DOKUNULMAZLIKLARI VE ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN VLADİMİR PUTİN HAKKINDA ÇIKARDIĞI TUTUKLAMA KARARININ ULUSLARARASI HUKUKA UYGUNLUĞU

*IMMUNITIES OF INCUMBENT HEADS OF STATE AND COMPATIBILITY WITH INTERNATIONAL LAW OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURT'S ARREST WARRANT AGAINST VLADIMIR PUTIN*

Prof. Dr. **Ayşe Füsun ARSAVA** ..... **1071**

SAVAŞ ZARARLARININ ONARIMI VE BİREYSEL TAZMİNAT TALEPLERİ

*REPARATION OF WAR DAMAGES AND CLAIMS FOR INDIVIDUAL COMPENSATION*

Prof. Dr. **Devrim AYDIN** ..... **1105**

SİYASİ HAKLARIN KULLANILMASININ ENGELLENMESİ SUÇU

*CRIME OF PREVENTION THE USE OF POLITICAL RIGHTS*

Prof. Dr. **Fatih BİRTEK** ..... **1137**
**Beyza Nur TOPAL**

DİJİTAL İSPAT ARACI OLARAK SABİT VEYA ANKESÖRLÜ TELEFONLARA İLİŞKİN ARAMA KAYITLARI VE BU KAYITLARIN İSPAT KUVVETİ

*ACCESS TO LANDLINE PHONE OR PAY PHONE CALL RECORDS AND THEIR WEIGHT OF EVIDENCE AS A DIGITAL EVIDENCE*

Dr. Öğr. Üyesi **Rahime ERBAŞ** ..... **1179**

MODERN ONARICI ADALET PROGRAMLARININ TEMEL ESASLARI AÇISINDAN TÜRK CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDAKİ UZLAŞTIRMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

*EVALUATION OF VICTIM-OFFENDER MEDIATION IN TURKISH CRIMINAL PROCEDURE LAW IN THE LIGHT OF FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF MODERN RESTORATIVE JUSTICE*

Dr. Öğr. Üyesi **Yaprak ÖNTAN** ..... **1235**

ULUSLARARASI STANDARTLAR IŞIĞINDA HÜCREYE KOYMA DİSİPLİN CEZASININ UYGULANMASININ ESASLARI VE İLGİLİ SORUNLAR

*PRINCIPLES OF THE IMPLEMENTATION OF THE DISCIPLINARY SANCTION OF SOLITARY CONFINEMENT IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL STANDARDS AND RELATED PROBLEMS*

Dr. **Müslüm YILMAZ** ..... **1267**

İLAÇTA YERELLEŞME POLİTİKASININ ULUSLARARASI HUKUKLA İMTİHANI: *TURKEY-PHARMACEUTICAL PRODUCTS (EU)* DAVASI

*TESTING THE LOCALISATION REQUIREMENT IN PHARMACEUTICALS UNDER INTERNATIONAL LAW: THE TURKEY-PHARMACEUTICAL PRODUCTS (EU) CASE*

## ÖZEL HUKUK

Prof. Dr. **Boris. P. PAAL**.....**1317**
**Barış C. CANTÜRK**

THE CONCEPT OF DATA ALTRUISM IN COMPARISON OF THE DATA GOVERNANCE ACT AND THE GENERAL DATA PROTECTION REGULATION

*AVRUPA BİRLİĞİ VERİ YÖNETİŞİM TÜZÜĞÜ VE AVRUPA BİRLİĞİ GENEL VERİ KORUMA TÜZÜĞÜ BAĞLAMINDA VERİ ÖZGECİLİĞİ KURUMU*

Dr. Öğr. Üyesi **Eray Aksın ATAR**.....**1331**

YEŞİL KİRA SÖZLEŞMELERİNİN POZİTİF HUKUK BAĞLAMINDA UYGULANABİLİRLİĞİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

*CONSIDERATIONS REGARDING THE APPLICABILITY OF GREEN LEASE AGREEMENTS IN THE CONTEXT OF POSITIVE LAW*

Dr. Öğr. Üyesi **Ahmet Hakan DAĞDELEN**.....**1373**

ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN AYIPLI İFANIN YARATTIĞI YAN ZARARDAN İŞ SAHİBİ KARŞISINDA SORUMLULUĞU

*LIABILITY OF THE CONTRACTOR TO THE CUSTOMER FOR CONSEQUENTIAL DAMAGES ARISING FROM A DEFECT UNDER THE CONTRACT FOR WORK AND SERVICES*

Dr. Öğr. Üyesi **Evrim ERİŞİR**.....**1395**
Av. **Özgür YAĞMUR**

ÖDEME EMRİ TEBLİĞ EDİLMEDEN YAPILAN İTİRAZ GEÇERLİ MİDİR?

*IS THE OBJECTION MADE BEFORE THE NOTIFICATION OF THE PAYMENT ORDER VALID?*

Dr. Öğr. Üyesi **Sedef KOÇ TANGÜN**.....**1431**

KIDEME BAĞLI HAKLAR BAKIMINDAN İŞÇİNİN EMEKLİLİK SONRASI ÇALIŞMASI

*POST-RETIREMENT EMPLOYMENT IN TERMS OF SENIORITY- RELATED RIGHTS*

Dr. Öğr. Üyesi **Sercan UÇAR**.....**1459**

İSVİÇRE-TÜRK KOOPERATİFLER HUKUKUNDA ÇIKMA HAKKINI SINIRLAYAN HÜKÜMLERİN "HAKLI SEBEPLE ÇIKMA" HALİNDE UYGULANABİLİRLİĞİ

*APPLICABILITY OF THE PROVISIONS LIMITING THE RIGHT TO WITHDRAWAL IN SWITZERLAND-TURKISH COOPERATIVES LAW IN CASE OF "WITHDRAW WITH RIGHTFUL REASON"*

# KAMU HUKUKU

**Hakemli Makale** **GSÜHFD**, 2023; 2: 1035-1070

# GÖREVDEKİ DEVLET BAŞKANLARININ DOKUNULMAZLIKLARI VE ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN VLADİMİR PUTİN HAKKINDA ÇIKARDIĞI TUTUKLAMA KARARININ ULUSLARARASI HUKUKA UYGUNLUĞU(*)

Prof. Dr. **Ceren Zeynep PİRİM**(**)

**Öz:** Uluslararası Ceza Mahkemesi 17 Mart 2023'te 24 Şubat 2022'den itibaren çocukların Ukrayna'nın işgal altındaki bölgelerinden Rusya'ya hukuka aykırı olarak sınır dışı edilmelerini ve zorla nakledilmelerini içeren savaş suçlarını işlediği ve bu suçları işleyen sivil ve askerî astları üzerinde suç işlenmesini önlemek ve durdurmak için gerekli önlemleri almadığı gerekçeleriyle Rusya Federasyonu devlet başkanı Vladimir Putin hakkında tutuklama kararı çıkarmıştır.

Karar uluslararası hukuk tarihinde BM Güvenlik Konseyi'nin daimî üyelerinden birinin görevdeki devlet başkanı hakkında çıkarılan ilk tutuklama kararı olması bakımından önemli bir karardır.

Putin'in işlediği iddia edilen suçlar Uluslararası Ceza Mahkemesini kuran Roma Statüsü'nün 8/2-a (vii) ve 8/2-d (viii) hükümleri uyarınca Mahkemenin *ratione materiae* yargı yetkisi altında bulunmaktadır. Bununla birlikte, Rusya Federasyonu'nun Roma Statüsü'ne taraf olmaması ve hakkında tutuklama kararı çıkarılan kişinin görevde bulunan bir devlet başkanı olması meseleyi güçleştirmektedir.

Makale Uluslararası Ceza Mahkemesinin Roma Statüsü'ne taraf olmayan Rusya Federasyonu'nun devletin başkanı Vladimir Putin üzerinde yargı yetkisine sahip olup

---

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2023 - Makale Kabul Tarihi: 23.11.2023.

Yazar, makalenin nihâî şeklini almasındaki yardımları için Ar. Gör. Tayanç Tunca Molla'ya teşekkür eder.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye.
(ORCID: http://orcid.org/0000-0001-6680-6494; E-posta: czpirim@gsu.edu.tr).

olmadığı ve Putin'in uluslararası teamül hukuku altında sahip olduğu dokunulmazlıkların Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde ileri sürülüp sürülemeyeceği meselelerine odaklanmakta ve Rus devlet başkanı hakkında çıkarılan tutuklama kararının uluslararası hukuka uygun olup olmadığını tartışmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Putin, *Rationae Personae* Dokunulmazlık, Rusya, Ukrayna, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Uluslararası Suçlar.

# IMMUNITIES OF INCUMBENT HEADS OF STATE AND COMPATIBILITY WITH INTERNATIONAL LAW OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURT'S ARREST WARRANT AGAINST VLADIMIR PUTIN

**Abstract:** On 17 March 2023 the International Criminal Court issued an arrest warrant against Vladimir Putin, the head of state of the Russian Federation, for having committed the war crimes of unlawful deportation and transfer of children from occupied areas of Ukraine to Russia and having failed to exercise control properly over his civilian and military subordinates who committed the acts, beginning from 24 February 2022.

The warrant in question is important, as it constitues the first arrest warrant issued against an incumbent head of state of a permanent member of the UN Security Council in the history of international law.

The crimes allegedly committed by Putin falls under the Court's jurisdiction *ratione materiae* pursuant to articles 8/2-a (vii) and 8/2-d (viii) of the Rome Statute founding the International Criminal Court. That being said, the fact that Russia is not a state party to the Rome Statute and that the person against whom an arrest warrant is issued is a serving head of state complicate the issue.

This paper focuses on the issues whether the International Criminal Court has jurisdiction over Vladimir Putin and whether Putin's immunities under customary international law may be invoked before the International Criminal Court, and discusses whether the arrest warrant issued against the Russian head of state is lawful under international law.

**Keywords:** Immunity *Rationae Personae*, International Crimes, International Criminal Court, Putin, Russia, Ukraine.

## GİRİŞ

Uluslararası Ceza Mahkemesinin 17 Mart 2023 tarihinde Rusya Federasyonu'nun devlet başkanı Vladimir Putin hakkında çıkardığı tutuklama kararı uluslararası hukuk tarihinde BM Güvenlik Konseyi'nin daimî üyelerinden birinin görevdeki devlet başkanı hakkında çıkarılan ilk tutuklama kararı olması bakımından ilginç, şaşırtıcı ve önemli bir karardır[1].

Uluslararası Ceza Mahkemesi Putin'in 24 Şubat 2022 tarihinden itibaren çocukların Ukrayna'nın işgal altındaki bölgelerinden Rusya'ya hukuka aykırı olarak sınır dışı edilmelerini ve zorla nakledilmelerini içeren savaş suçlarını tek başına, başka kişilerle birlikte ve başka kişiler vasıtasıyla gerçekleştirdiğini ve eylemleri gerçekleştiren veya gerçekleştirilmelerine izin veren ve etkin kontrolü altında olan sivil ve askerî astları üzerinde suç işlenmesini önlemek ve durdurmak için gerekli önlemleri almadığı yönünde mâkul gerekçeler bulunduğunu ifade etmektedir[2]. Daha açık bir ifade ile Putin'in hem söz konusu uluslararası suçların doğrudan faili sıfatıyla hem de "üstün sorumluluğu" ilkesi uyarınca kişisel cezâî sorumluluğunun bulunduğu ileri sürülmektedir[3].

Rus devlet başkanı Putin'in işlediği iddia edilen suçlar Uluslararası Ceza Mahkemesini kuran Roma Statüsü'nün 8/2-a (vii) ve 8/2-d (viii) hükümleri uyarınca Mahkemenin *ratione materiae* yargı yetkisi altında bulunmaktadır. Bununla birlikte, Rusya Federasyonu'nun Roma Statüsü'ne taraf olmaması ve hakkında tutuklama kararı çıkarılan kişinin görevde bulunan bir devlet başkanı olması meseleyi güçleştirmekte ve uluslararası ceza hukukunda Alman Kralı II. Wilhelm'in Birinci Dünya Savaşı sonrasında cezâî sorumluluğuna gidilmek istenmesinden bu yana yürütülen uzun soluklu tartışmaları yeniden alevlendirmiş görünmektedir.

Elinizdeki makale, görevde bulunan ve uluslararası suç işlediği iddia edilen devlet başkanlarının uluslararası ceza mahkemeleri önünde yargılanıp yargılanamayacağı yönündeki bu tartışmalara Putin hakkında çıkarılan tutuklama kararı bağlamında katkıda bulunmayı amaçlamaktadır. Makale Uluslara-

---

1 Uluslararası Ceza Mahkemesi Putin ile birlikte Rus Devlet Başkanlığına Bağlı Çocuk Hakları Komiseri Maria Alekseyevna Lvova-Belova hakkında da tutuklama kararı çıkarmıştır. Bkz. https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and (Erişim Tarihi: 12 Ekim 2023).

2 *Ibid.*

3 Bkz. Rome Statute of the International Criminal Court (Roma Statüsü), **UNTS**, Vol. 2187, No. 38544, madde 25/3-a ve madde 28/b.

rası Ceza Mahkemesinin Roma Statüsü'ne taraf olmayan Rusya Federasyonu'nun devletin başkanı Vladimir Putin üzerinde yargı yetkisine sahip olup olmadığı ve Putin'in uluslararası teamül hukuku altında sahip olduğu dokunulmazlıkların Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde ileri sürülüp sürülemeyeceği meselelerine odaklanmakta ve Rus devlet başkanı hakkında çıkarılan tutuklama kararının uluslararası hukuka uygun olup olmadığını tartışmaktadır.

## I. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN ROMA STATÜSÜ'NE TARAF OLMAYAN RUSYA FEDERASYONU'NUN DEVLET BAŞKANI ÜZERİNDEKİ YARGI YETKİSİ

Roma Statüsü uyarınca, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisinin doğabilmesi için uluslararası suç teşkil ettiği iddia edilen fiilin ya Roma Statüsü'ne taraf olan bir devletin ülkesi üzerinde (madde 12/2-a) ya da Statü'ye taraf olan bir devletin vatandaşı tarafından (madde 12/2-b) işlenmiş olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, BM Güvenlik Konseyi'nin, bu şartların gerçekleşmesine gerek olmadan, uluslararası suçların işlendiği bir durumu Uluslararası Ceza Mahkemesine havale etme yetkisi bulunmaktadır (madde 13/b). Son olarak, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisinin, Statü'ye taraf olmayan bir devletin Mahkemenin yargı yetkisini somut bir olay için kabul etmesi durumunda da doğabileceği kabul edilmektedir (madde 12/3).

Bilindiği üzere, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devletin başkanı hakkında aldığı ilk tutuklama kararı 4 Mart 2009 tarihinde dönemin Sudan devlet başkanı Ömer El-Beşir hakkında aldığı tutuklama kararıdır[4]. Roma Statüsü'nün 13. maddesinin b bendi temelinde alınan bu tutuklama kararının temelinde, Putin hakkında çıkarılan tutuklama kararının aksine bir Güvenlik Konseyi kararı bulunmaktadır. Güvenlik Konseyi, 2005 yılında, Darfur'da 1 Ocak 2002'den itibaren El-Beşir tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen savaş suçlarının ve insanlığa karşı suçların soruşturulmasını Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne havale etmiş ve BM Şartı'nın 7. bölümü altında aldığı bu kararla tarihinde ilk defa Uluslararası Ceza Mahkemesini yargı yetkisini kullanması için harekete geçirmiştir[5]. Uluslararası Ceza Mahkemesi,

---

[4] ICC, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, No. ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I, 4 March 2009.

[5] UN Security Council Resolution 1593 (2005), S/RES/1593 (2005). Bkz. BLOMMESTIJN Michiel & RYNGAERT Cedric, "Exploring the Obligations for States to Act upon the ICC's Arrest Warrant for Omar Al-Bashir. A Legal Conflict between the Duty to Arrest and the Customary Status of Head of State Immunity", **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, 2010, ss. 428-444, s. 428.

2009 yılında El-Beşir'in tutuklanması ve kendisine teslim edilmesi için devletlere çağrıda bulunmuş, Ön Dava Dairesi bu çağrıyı yetkili Sudan otoritelerine, Roma Statüsü'ne taraf olan bütün devletlere ve Statü'nün tarafı olmayan Güvenlik Konseyi üyelerine iletmiştir[6]. Görüldüğü üzere, her ne kadar bu örnekte uluslararası andlaşma ile -Roma Statüsü ile- kurulan bir uluslararası ceza mahkemesinin söz konusu andlaşmaya taraf olmayan bir devletin görevdeki devlet başkanını yargılayacağı kabul edilmiş ise de El-Beşir kararının hukukî altyapısı, temelindeki Güvenlik Konseyi kararı nedeni ile Putin hakkında çıkarılan tutuklama kararının hukukî altyapısından tamamen farklıdır.

Şöyle ki; Roma Statüsü'nün tarafı olmayan Ukrayna, 2013 yılında, 2013-2014 yılları arasında ülkesi üzerinde işlendiği iddia edilen suçlar için Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisini kabul etmiştir. Ukrayna 2015 yılında bu yetki tanımasının süresini uzatmış, 2014'ten bu yana Rusya ve Rus destekli teröristlerin kendisine karşı silâhlı saldırılarda bulunduğunu, Kırım ve Sivastopol'ün ilhak edildiğini, Donetsk ve Luhansk'ın işgal edildiğini ve bu çerçevede uluslararası suçlar işlendiğini belirterek, Roma Statüsü'nün 11/2, 12/2 ve 12/3. maddeleri uyarınca bu suçları işleyen üst düzey Rus yetkililerinin yargılanması bakımından Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisini süresiz olarak tanıdığını ifade etmiştir[7]. Görüldüğü üzere, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Ukrayna ülkesi üzerinde işlendiği iddia edilen uluslararası suçlar bakımından sahip olduğu yargı yetkisinin ve bu bağlamda Putin hakkında çıkardığı tutuklama kararının temelinde Roma Statüsü'nün "Mahkemenin yargı yetkisinin, Statüye taraf olmayan bir devletin Mahkemenin yargı yetkisini somut bir olay için kabul etmesi durumunda da doğabileceği" yönündeki 12. maddesinin 3. fıkrası bulunmaktadır.

Her ne kadar Statü'ye taraf olmayan Rusya, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisini ve kararlarını tanımadığını ve bu kurumun kabul ettiği belgelerin kendisi için yok hükmünde olduğunu beyan etmekte ise de[8] Mahkemenin, Ukrayna'nın yapmış olduğu yetki tanıması ışığında ve Roma Statüsü'nün 12. maddesinin 3. fıkrası altında Ukrayna ülkesi üzerinde işlenen uluslararası suçlar (saldırı suçu hariç) üzerinde yargı yetkisine sahip olduğu görülmektedir.

---

6 ICC, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, op. cit.*, s. 93.

7 Her iki tanıma beyantı için bkz. https://www.icc-cpi.int/news/ukraine-accepts-icc-jurisdiction-over-alleged-crimes-committed-20-february-2014 (Erişim Tarihi: 12 Ekim 2023).

8 Statement by Permanent Representative Vassily Nebenzia at UNSC briefing on humanitarian situation in Ukraine, https://russiaun.ru/en/news/170323_n (Erişim Tarihi: 10 Ekim 2023).

Bu tespitin, söz konusu suçları Ukrayna ülkesi üzerinde fiziken bulunarak işlediği ileri sürülen Rus yetkililer için -örneğin Rus askerî kuvvetlerinin mensupları için- geçerli olduğu aşikârdır. Ancak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkisinin, Ukrayna'da işlendiği iddia edilen uluslararası suçlara Rusya ülkesi üzerinden iştirak eden kişileri de kapsayıp kapsamadığı tartışılabilir. Zira Roma Statüsü'nün 25. maddesi uyarınca Uluslararası Ceza Mahkemesi, yargı yetkisi altında bulunan bir suçu tek başına veya başka biriyle birlikte veya başka biri vasıtasıyla işleyen ve bu suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla yardımda bulunan, suça kışkırtan, suçun işlenmesi için gerekli araçları temin eden, suçun işlenmesine veya işlenmesine teşebbüs edilmesine yardımcı olan kişileri yargılayabilmektedir. Ancak, "bu kişilerin Mahkemenin yargı yetkisini kabul eden ve suçun sonuç doğurduğu devletin ülkesi üzerinde fiziken bulunmaları gerekli midir" sorusunun cevabı Roma Statüsü'nde yoktur.

Ceza hukuku doktrininde "ayrıklaştırıcı yaklaşım" olarak adlandırılabilecek görüşün, bir ceza mahkemesinin, yalnızca yetki sahibi olduğu ülke üzerinde bulunarak suç işleyen kişileri yargılayabileceğini savunduğu bilinmektedir (*isolating approach*)[9]. Bu görüşün kabulü durumunda, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisi ilgili uluslararası suçları Ukrayna'nın ülkesi üzerinde bulunarak işleyen kişilerle sınırlı olacak, Mahkemenin Roma Statüsü'ne taraf olmayan Rusya Federasyonu'nun devlet başkanı Putin'i yargılayabilmesi için Putin'in kendisine atfedilen uluslararası suçları Ukrayna ülkesi üzerine ayak basarak işlemiş olması gerekecektir.

"Erişimsel yaklaşım" (*accessorial approach*) olarak adlandırılabilecek ve daha ziyâde İngiliz hukukunda kabul gören bir diğer görüş suçun aslî ve fer'î (suça yardım eden, teşvik eden, azmettiren) failleri arasında bir ayrıma gitmekte ve suçun fer'î faillerinin aslî failin suçun sonucunu doğurduğu ülke üzerinde yetkili olan mahkeme tarafından yargılanabileceğini kabul etmektedir[10].

Üçüncü bir görüş ise ayrıklaştırıcı ve erişimsel yaklaşımlar altında yargı yetkisi kapsamına girdiği kabul edilen bütün kişilerin mahkeme tarafından

---

[9] Anonim, "Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court over the Russian Leadership: Locus Delicti in Complicity Cases", **EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law**, https://www.ejiltalk.org/territorial-jurisdiction-of-the-international-criminal-court-over-the-russian-leadership-locus-delicti-in-complicity-cases/ (Erişim Tarihi: 2 Kasım 2023).

[10] *Idem*.

yargılanabileceğini savunmaktadır[11]. Birleşik yaklaşım (*combined approach*) olarak adlandırılan ve devletlerin büyük çoğunluğunda kabul gören bu yaklaşımın somut olayda benimsemesi halinde, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi Rusya'da bulunan ve Ukrayna ülkesi üzerinde işlenen suçların emrini veren, bunları teşvik eden ve kolaylaştıran Rus yetkililere de uzayacaktır. Daha açık bir ifade ile, suçun emri Roma Statüsü'ne taraf olmayan Rusya Federasyonu'nun ülkesi üzerinden verilmiş olsa bile, suç Ukrayna ülkesi üzerinde sonuç doğurduğundan Uluslararası Ceza Mahkemesi yetkili olacaktır[12].

Kanaatim, Roma Statüsü'nün birbirinden farklı hükümleri de dikkate alındığında üçüncü yaklaşımın yerinde olduğu ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin Ukrayna'da işlendiği iddia edilen savaş suçlarına ilişkin yargı yetkisinin, söz konusu suçların işlenmesine Rusya'da bulunarak katılan, yardım eden veya göz yuman Rus yetkilileri ve Putin'i de kapsadığı yönündedir.

Kaldı ki Uluslararası Ceza Mahkemesinin Rus devlet başkanı üzerindeki yargı yetkisi, Roma Statüsü'nün 28. maddesinde düzenlenen komutanın ve üstün sorumluluğu temeli üzerine de inşa edilebilecektir. Söz konusu maddenin birinci fıkrası uyarınca,

> "*Bir askerî komutan veya askerî komutan gibi etkin bir şekilde faaliyette bulunan bir şahıs, kendi fiili yönetimi ve denetimi altındaki silâhlı kuvvetlerin, bunlar üzerinde yeterli kontrol sağlayamaması sonucunda, Mahkemenin yargı yetkisine giren suçları işlemesi halinde ve:*
>
> *(a) askerî komutan veya şahsın silâhlı kuvvetlerin bu tür suçları işlemekte veya işlemek üzere oldukları konusunda hal ve şartlara göre bilgisi olması gerektiği veya bilgisi olduğu hallerde;*
>
> *(b) askerî komutan veya şahsın suçun işlenmesini önlemek veya durdurmak için gerekli ve makul önlemleri almaması veya soruşturma ve yargılama için olayı ilgili makamlara iletmemesi hallerinde cezâî sorumluluk taşımaktadır*".

Bu çerçevede kanaatim Ukrayna'nın, ülkesi üzerinde işlenen uluslararası suçlar üzerinde yetkili kıldığı Uluslararası Ceza Mahkemesinin söz konu-

---

[11] *Idem*.

[12] *Idem*.

su ülke üzerinde savaş suçu ve insanlığa karşı suç işlediği iddia edilen Rus devlet görevlisi Putin üzerinde, Putin ilgili suçları Ukrayna ülkesi üzerinde fiziken bulunmadan gerçekleştirmiş olsa bile, yargı yetkisinin bulunduğu yönündedir.

Bununla birlikte, Putin Rus devletinin herhangi bir görevlisi değil, devlet başkanıdır ve uluslararası teamül hukukundan kaynaklanan usûlî dokunulmazlıklara sahiptir. Dolayısıyla, Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devletin başkanının sahip olduğu bu dokunulmazlıkların Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde geçerli olup olmadığı da incelenmelidir.

## II. PUTİN'İN ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU ALTINDA SAHİP OLDUĞU DOKUNULMAZLIKLAR VE ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

Uluslararası hukuk, devleti uluslararası düzeyde temsil eden ve devletlerarası iş birliğini ve iletişimi sağlayan devlet görevlileri nezdinde geniş kapsamlı dokunulmazlıklar öngörmekte, bu dokunulmazlıkların kapsam ve içeriği, görevlinin işgal ettiği makama ve ifa ettiği göreve göre önemli farklılıklar arz etmektedir.

Devleti uluslararası ilişkilerde temsil etme yetkisine ve sorumluluğuna sahip olan az sayıda devlet görevlisine, -devlet başkanlarına, hükümet başkanlarına, dışişleri bakanlarına ve diplomatik temsilcilere[13]- üçüncü devletlerin ulusal mahkemeleri önünde tanınan *ratione personae* (kişisel) dokunulmazlık kişinin eylemlerine değil, makamına bağlı dokunulmazlıktır. Bu nedenledir ki söz konusu dokunulmazlık medenî ve cezâî yargı yetkisinin, kişinin sadece resmî sıfatı ile gerçekleştirdiği fiillerle ilgili davalarda değil, kişisel fiilleriyle ilgili davalarda da kullanılmasını mutlak bir biçimde yasaklamakta ve fiilin kişinin görevde olduğu bir zamanda ya da göreve başlamadan önce gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılmaksızın geçerli ol-

[13] Bkz. ICJ, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 14 February 2002, ICJ Rep. 2002, par. 51 ve 53; ICJ, *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, 4 June 2008, ICJ Rep. 2008, par. 170; Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980), 1155 **UNTS** 331, madde 29 ve 31; SANGER Andrew, "Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of a Foreign State", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 62, 2013, ss. 193-224, s. 198; KING Hugh, "Immunities and Bilateral Immunity Agreements: Issues Arising From Articles 27 and 98 of the Rome Statute", **New Zealand Journal of Public and International Law**, Vol. 4, 2006, ss. 269-310, s. 271.

maktadır[14]. *Ratione personae* dokunulmazlık usûlî bir kalkandır ve amacı, devletlerin, devlet görevlilerinin münhasıran kişisel nitelik taşıyan eylemlerini yargılamak bahanesiyle başka devletlerin egemenliklerini ihlâl etmelerini ve resmî faaliyetlerine müdahale etmelerini önlemektir[15].

*Ratione materiae* (işlevsel) dokunulmazlık ise, göreve ilişkin eylemlere dair dokunulmazlığı ifade etmekte, devlet adına hareket eden kişiyi gerçekleştirdiği resmî işlem ve eylemler bakımından korumakta ve dolayısıyla kişinin görevi sona erdiğinde bile devam etmektedir[16]. Egemenlik, bir devletin egemenliğe dair eylem ve işlemleri nedeniyle başka bir devlet tarafından yargılanamamasını gerektirir[17]. Bu bağlamda, devlet görevlisinin özünde devlet eylemi niteliği taşıyan eylemler nedeniyle hukuken sorumlu tutulmaması ve devletin, görevlilerine karşı açılan davalar vasıtasıyla dolaylı olarak yargılanmaması gerektiği mantığı üzerine kurulu olan *ratione materiae* dokunulmazlık esasa ilişkin bir kalkan teşkil etmektedir[18].

---

[14] ICJ, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), op. cit.*, par. 51; AKANDE Dapo / SHAH Sangeeta, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", **European Journal of International Law**, Vol. 21, Issue 4, 2011, ss. 815-852, s. 819; BLOMMESTIJN / RYNGAERT, ss. 429-430; NOUWEN Sarah M. H., "The Special Court for Sierra Leone and the Immunity of Taylor: The Arrest Warrant Case Continued", **Leiden Journal of International Law**, Vol. 18, 2005, ss. 645-669, s. 660.

[15] CASSESE Antonio, "*When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the* Congo v. Belgium *Case*", **European Journal of International Law**, Vol. 13, Issue 4, 2002, ss. 853-875, ss. 862-863; KOLLER David S., "Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment as it Pertains to the Security Council and the International Criminal Court", **American University International Law Review**, Vol. 20, Issue 1, 2004, ss. 7-42, s. 25.

[16] AKANDE Dapo, "International Law Immunities and the International Criminal Court", **American Journal of International Law**, Vol. 98, Issue 3, 2004, ss. 407-433, s. 412; BLOMMESTIJN / RYNGAERT, ss. 429-430; FENET Alain, "La responsabilité pénale internationale du chef d'Etat", **Revue générale de droit**, Vol. 32, Issue 3, 2002, ss. 585-615, s. 595; NOUWEN, 2005, s. 660; PAPILLON, Sophie, "Has the United Nations Security Council Implicitly Removed Al Bashir's Immunity?", **International Criminal Law Review**, Vol. 10, 2010, ss. 275-288, s. 278; WILLIAMS Sarah / SHERIF Lena, "The Arrest Warrant for President al-Bashir: Immunities of Incumbent Heads of State and the International Criminal Court", **Journal of Conflict & Security Law**, 2009, Vol. 14, No. 1, ss. 71-92, s. 74.

[17] CLAPHAM Andrew, "National Action Challenged: Sovereignty, Immunity and Universal Jurisdiction before the International Court of Justice" in LATTIMER Mark / SANDS Philippe (ed.) **Justice for Crimes Against Humanity**, Hart Publishing, 2003, ss. 301-330, s. 311.

[18] CASSESE, s. 862; SHI Xinxiang, "Diplomatic immunity *ratione materiae*, immunity *ratione materiae* of state officials, and state immunity: A comparative analysis", **Leiden Journal of International Law**, Vol. 34, 2021, ss. 45-65, s. 45; AKANDE / SHAH, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", s. 826. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi *Blaškić* kararında işlevsel dokunulmazlık hakkında benzer ifadeler kul-

Uluslararası hukukun devleti uluslararası ilişkilerde temsil etme yetkisine ve sorumluluğuna sahip kişilere tanıdığı bu dokunulmazlıklardan devlet başkanlarına tanınmış olanlar ayrı bir önem ve hassasiyet arz etmektedir. Zira devlet başkanlarına tanınan ve kaynağını münhasıran teamül hukukundan alan dokunulmazlıklar[19] her şeyden önce devletlerin egemen eşitliği ilkesi ile açıklanmaktadır. Devlet başkanının kişiliğinin ve makamının devletin egemen niteliğini yansıttığı ve *ratione personae* dokunulmazlığın kendisine yalnızca yerine getirdiği görevler nedeniyle değil, temsil ettiği devletin onuruna duyulan saygı nedeniyle de tanındığı kabul edilmektedir[20]. Devletlerin egemen eşitliğinin bir sonucu olan içişlerine karışma yasağı da devlet başkanlarının *ratione personae* dokunulmazlıklarının gerekçelerinden biri telâkki edilmektedir: hukuken eşiti olan bir devletin başkanını yargılamak ve tutuklamak yalnızca o devletin eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığına karar vermek değil aynı zamanda o devletin siyâsî yönetim kadrosunun en tepesinde bulunan kişiyi fiilen değiştirmek veya değiştirmeye çalışmak anlamına da gelecektir; oysa egemenlik ve bağımsızlık kavramları bir devletin kendi yöneticilerini seçme hak ve yetkisine münhasıran sahip olmasını beraberinde getirmektedir[21]. Dokunulmazlık kurallarının bir diğer amacı, devletlerarası iletişimde zorunlu bir geçiş noktası makamını işgal eden devlet başkanlarının görevlerini yerine getirmelerinin önlenmemesi ve

---

lanmıştır: "devlet görevlileri devletin sadece araçlarıdır ve resmî eylemleri sadece devlete atfedilebilir niteliktedir. Devlet adına üstlenilen ve kişisel olmayan eylemler nedeni ile bu kişiler hakkında yaptırım veya ceza uygulanabilmesi mümkün değildir. Başka bir ifade ile, devlet görevlilerinden kendilerine değil de adına hareket ettikleri devlete atfedilebilir nitelikteki haksız fiillerin sonuçlarına katlanmaları beklenemez: bu görevlilerin 'işlevsel dokunulmazlık'ları vardır. Bu, uluslararası teamül hukukunun on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıllara kadar uzanan köklü bir kuralıdır ve o zamandan beri birçok kez tekrar edilmiştir". ICTY, *Prosecutor v. Blaškić (Judgment on the Request of Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997*, Case No. IT-95-14-AR108 *bis*, 29 October 1997, par. 38.

19 FENET, s. 593; STERN Brigitte, "Immunities for Heads of State: Where Do We Stand?" in LATTIMER Mark / SANDS Philippe (ed.), **Justice for Crimes Against Humanity**, Hart Publishing, 2003, ss. 73-106, s. 83.

20 AKANDE / SHAH, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", s. 824; FENET, s. 596; WATTS Arthur, "Heads of State", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2010, Online edition, Oxford University Press, par. 5, 6, 13; BRÖHMER Jürgen, "Immunity of a Former Head of State General Pinochet and the House of Lords: Part Three", **Leiden Journal of International Law**, Vol. 13, 2000, ss. 229-237, s. 364; TUNKS Michael A., "Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity", **Duke Law Journal**, Vol. 52, 2002, ss. 651-682, s. 652; WIRTH Steffen, "Immunities, Related Problems, and Article 98 of the *Rome Statute*", **Criminal Law Forum**, Vol. 12, Issue 4, 2001, ss. 429-458, ss. 430-431.

21 AKANDE / SHAH, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", s. 824 ve s. 831.

uluslararası ilişkilerin sorunsuz bir şekilde yürütülmesidir; zira devletlerarası iş birliği etkin bir iletişim sürecinin varlığını gerektirmektedir[22].

Bununla birlikte uluslararası toplum, uluslararası ilişkilere zarar verdiği tartışma götürmeyecek bir nitelik taşıyan ve insanlığın ortak vicdanını yaraladığı kabul edilen uluslararası suçların genellikle bir devlet politikası altında, devlet aygıtı kullanılarak, devletin verdiği yetkilerin ifası sırasında, kamu ajanları tarafından ve zaman zaman devlet başkanlarının emir ve talimatı ile gerçekleştirildiğinin de yakın tanığıdır[23].

Uluslararası suç işleyen devlet başkanlarının söz konusu devletin ulusal mahkemeleri önünde yargılanamayacak kadar "güç"lü olmaları ve uluslararası hukukun yerleşik dokunulmazlık kuralları uyarınca diğer devletlerin ulusal mahkemeleri tarafından yargılanamamaları uluslararası toplumda, insan haklarının ihlâl edilmesine ve hiçbir yaptırıma maruz kalmadan uluslararası suç işlenmesine müsaade eden bir "cezasızlık kültürü"nün[24] oluşmasına neden olmaktadır.

Uluslararası hukukun, son yüzyılda bu cezasızlık kültürü ile mücadele edilebilmesini mümkün kılabilmek için uluslararası ceza mahkemeleri tesis etme yoluna gittiği bilinmektedir. Nürnberg ve Tokyo Askerî Ceza Mahkemeleri, Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve en nihâyetinde Uluslararası Ceza Mahkemesi gibi uluslararası mahkemelerin kurulması söz konusu mücadeleyi güçlendiren ve uluslararası suç işleyen devlet başkanlarının hiçbir hal ve koşulda ceza almayacakları yönündeki anlayışı değiştiren temel hukukî vasıta olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bununla birlikte ve her ne kadar devlet başkanlığı makamı bu makamı işgal eden kişiye verdiği yetkiler bakımından en ağır uluslararası suçların en kolay işlenebileceği makam olsa da yukarıdaki satırlarda da ifade edildiği üzere, devlet egemenliğinin de en çok tezahür ettiği makamdır[25]. Bu nedenledir ki uluslararası teamül hukukunun devlet başkanlarına tanıdığı kişisel ve

---

22 AKANDE / SHAH, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", s. 818; WATTS Arthur / FOAKES Joanne, "Heads of Governments and Other Senior Officials", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2012, ss. 754-758; FENET, s. 592 ve s. 596; TUNKS, s. 654.

23 ORAKHELASHVILI Alexander, "State Immunity and International Public Order", **German Yearbook of International Law**, Vol. 45, 2002, ss. 227-267, s. 227.

24 AKANDE / SHAH, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", s. 816.

25 FENET, s. 591.

işlevsel dokunulmazlıkların uluslararası suçları kapsayıp kapsamadığı ve "egemen devletlerin ayrıcalıklarının evrensel değerlerin korunması uğruna aşındırılıp aşındırılamayacağı"[26] soruları gündeme gelmektedir.

İşlevsel dokunulmazlığın uluslararası suçları kapsamadığı kabul edilmektedir[27]. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkan bu eğilimin temelinde "uluslararası suçların varlığında bireyin kişisel cezâî sorumluluğunun resmî görevi nedeniyle sahip olduğu dokunulmazlığın önüne geçeceği"[28], *jus cogens* nitelikli kuralların ihlâlini teşkil eden bu suçların, içerikleri gereği, devletin resmî ve egemenlik işlemlerinden sayılamayacağı[29] ve dokunulmazlık kuralları ile çatışmaları halinde bu kuralların uygulanmayacağı[30] anlayışı bulunmaktadır[31]. İşlevsel dokunulmazlığın uluslararası suçları kapsamayacağı yönündeki kuralın, işlevsel dokunulmazlık kavramının uluslararası suçların varlığında devletler tarafından devreye sokulabilecek evrensel yargı yetkisi ile çatışma ihtimalini engelleyeceği de dile getirilmektedir[32].

Bu -sınırlı- işlevsel dokunulmazlık kuralının yabancı devletlerin ulusal mahkemeleri önünde geçerli olduğu tartışma götürmemektedir[33]. Nitekim

---

26 CASSESE, s. 854.

27 AKANDE, 2004, s. 414-415; NOUWEN, 2005, s. 661; WIRTH Steffen, "*Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the* Congo v. Belgium *Case*", **European Journal of International Law**, Vol. 13, No. 4, 2002, ss. 877-893, s. 888.

28 BLOMMESTIJN / RYNGAERT, s. 430.

29 NOUWEN, 2005, s. 661.

30 AKANDE / SHAH, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", s. 828.

31 Bu görüşlerin ayrıntılı ve eleştirel bir değerlendirmesi için bkz. AKANDE / SHAH, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", ss. 828-838; ORAKHELASHVILI Alexander, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts: A Reply to Dapo Akande and Sangeeta Shah", **European Journal of International Law**, Vol. 22, Issue 3, 2011, ss. 849-855; AKANDE Dapo / SHAH Sangeeta, "Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts: A Rejoinder to Alexander Orakhelashvili", **European Journal of International Law**, Vol. 22, Issue 3, 2011, ss. 857-861.

32 BLOMMESTIJN / RYNGAERT, s. 430.

33 Yabancı devletlerin mahkemeleri önünde geçerli olan dokunulmazlıklar meselesi 2006 yılında "Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargılamasından Bağışıklığı" başlığı altında Uluslararası Hukuk Komisyonunun uzun dönem çalışma programına eklenmiş ve 2007 yılında Roman Kolodkin'in özel raportörlüğünde Komisyonun gündemine alınmıştır. Konu hakkında üç rapor hazırlayan Kolodkin'in görev süresinin sona ermesinin ardından Concepción Escobar Hernández özel raportör olarak atanmış ve Hernández 2012-2021 yılları arasında Komsiyona sekiz rapor sunmuştur. Sunulan raporlar ve yürütülen tartışmalar neticesinde Komisyonda geçici olarak kabul edilen taslak maddeler devlet görevlilerinin başka bir devletin ulusal mahkemeleri önündeki dokunulmazlıklarını düzenlemekte, uluslararası ceza mahkemesi önündeki dokunulmazlıkları

İngiliz Lordlar Kamarası'nın meşhur *Pinochet* kararı işkence, esir alma, insanlığa karşı suç gibi eylemlerin bir devlet görevlisinin görevine ilişkin eylemler addedilemeyeceği ve bir devlet başkanının görevde bulunduğu süre boyunca gerçekleştirdiği bu eylemler nedeniyle dokunulmaz olduğunun kabul edilemeyeceği yönündedir[34]. Başka ulusal mahkeme kararlarının da bu

ele almamaktadır. Komisyonun konu hakkında kabul ettiği raporlar için bkz. https://legal.un.org/ilc/guide/4_2.shtml (Erişim Tarihi: 31 Ekim 2023). Komisyonun devam etmekte olan çalışmalarının ayrıntılı değerlendirmeleri için bkz. TLADI Dire, "The international law commission's recent work on exceptions to immunity: Charting the course for a brave new world in international law?", **Leiden Journal of International Law**, Vol. 32, 2019, ss. 169-187; MURPHY Sean D., "Immunity *Ratione Materiae* of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Where is the State Practice in Support of Exceptions?", **American Journal of International Law Unbound**, Vol. 112, 2018, ss. 4-8; MURPHY Sean D., "Immunity *Ratione Personae* of Foreign Government Officials and Other Topics: The Sixty-Fifth Session of the International Law Commission", **American Journal of International Law**, Vol. 108, 2014, ss. 41-57; VAN ALEBEEK Rosanne, "The 'International Crime' Exception in the ILC Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Two Steps Back", **American Journal of International Law Unbound**, Vol. 112, 2018, ss. 27-32.

[34] Şili'nin eski devlet başkanı Pinochet 1997 yılının Eylül ayında ameliyat olmak üzere Birleşik Krallık'a gitmiş ve Şili'ye dönmeden hemen önce -16 Ekim 1998 tarihinde bir İspanyol hâkimin İspanya'da çıkardığı tutuklama talebinin Birleşik Krallık'a iletilmesinin ardından- İngiliz hâkimler tarafından alınan iki geçici tutuklama kararı uyarınca 23 Ekim 1998'de tutuklanmıştır. Pinochet hakkında 1973-1983 yılları arasında Şili'de bulunan İspanyol vatandaşlarına karşı ağır suçlar işlediği iddiasıyla çıkarılan tutuklama kararları *The High Court of Justice* tarafından hukuka aykırı bulunmuştur. *The High Court of Justice* İspanya tarafından yapılan suçlunun iadesi talebinin temelindeki suç isnadının Birleşik Krallık Suçluların İadesi Kanunu'nda yer almayan bir suç olduğunu ve eski bir devlet başkanı olan Pinochet'nın dokunulmazlığının bulunduğunu ifade etmiştir. Mahkemeye göre Pinochet'ye isnat edilen eylemler devlet başkanı olmanın gerektirdiği göreve ilişkin eylemlerdir ve devlet başkanları, görevleri sona erdikten sonra, görevlerinin ifası sırasında gerçekleştirdikleri eylemler nedeniyle dokunulmaz olmaya devam edeceklerdir. Bu karar 25 Kasım 1998 tarihli Lordlar Kamarası (*The House of Lords*) kararı ile bozulmuş, Lordlar Kamarası eski bir devlet başkanının, görevi sırasında gerçekleştirdiği işkence, rehin alma, insanlığa karşı suç gibi eylemler nedeniyle dokunulmaz olmadığına hükmetmiştir. Hâkimlerden birine ilişkin usûlî bir sıkıntı nedeni ile yeniden toplanmak durumunda kalan Lordlar Kamarası 24 Mart 1999 tarihli kararında hükmünü yinelemiş ve Pinochet'nin, görevde bulunduğu süre boyunca yaptığı ve planladığı işkence eylemleri nedeniyle dokunulmaz olmadığını belirtmiştir. The High Court of Justice (Queen's Bench Division), Divisional Court, *In the Matter of an Application for a Writ of Habeas Corpus Ad Subjicendum, Re: Augusto Pınochet Ugarte*, Case No. CO/4074/98, 28 October 1998; The House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, 25 November 1998; The House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, 24 March 1999. Kararın ayrıntılı bir incelemesi için bkz. BIANCHI Andrea, "*Immunity versus Human Rights: The* Pinochet *Case*", **European Journal of International Law**, Vol. 10, Issue 2, 1999, ss. 237-277; BARKER Craig J., "The Future of Former Head of State Immunity After *Ex Parte Pinochet*", **International and**

anlayışı benimsemediği bilinmekte[35], uluslararası ceza hukukunun tarihçesi bu yorumun uluslararası mahkemeler tarafından da kabul ettiğini ortaya koymaktadır. İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinden bu yana kurulan bütün uluslararası ceza mahkemelerinin kurucu metinlerinde devlet başkanlarının işlevsel dokunulmazlık kuralının arkasına sığınarak uluslararası suç işleyemeyecekleri yönünde hükümler bulunmaktadır[36].

Kişinin görevde bulunduğu süre boyunca var olan, görev bitiminde sona eren ve uluslararası teamül hukukunun yerleşik ve köklü kurallarından birini teşkil eden *ratione personae* dokunulmazlığın uluslararası suç işlemesi halinde ileri sürülüp sürülemeyeceği ise ihtilâflı bir meseledir. Şöyle ki; *ratione personae* dokunulmazlığın bu dokunulmazlık zırhına sahip olan devlet görevlilerini ve diplomatik temsilcileri üçüncü devletlerin ulusal mahkemeleri önünde uluslararası suç işlemeleri halinde dahi koruyan usûlî bir kalkan olduğu doktrinde ve ulusal ve uluslararası içtihatta tartışma götürmemektedir[37]. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı, *Arrest Warrant* kararında, devlet uygulamalarından, teamül hukukunda ceza yargılaması dokunulmazlığının herhangi bir istisnası olduğu sonucuna ulaşabilmenin, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar işlenmesi hallerinde bile mümkün olmadığını ifade etmiştir[38]. Başka bir

---

**Comparative Law Quarterly**, Vol. 48, 1999, ss. 937-949; RODLEY Nigel S., "Breaking the Cycle of Impunity for Gross Violations of Human Rights: The Pinochet Case in Perspective", **Nordic Journal of International Law**, Vol. 69, 2000, ss. 11-26; SANDS Philippe, "International Law Transformed? From Pinochet to Congo...?", **Leiden Journal of International Law**, Vol. 16, 2003, ss. 37-53, ss. 45-47; SEARS Jill M., "Confronting the 'Culture of Impunity': Immunity of Heads of State from Nuremberg to *ex parte Pinochet*", **German Yearbook of International Law**, Vol. 41, 1999, ss. 125-146, ss. 137-144; WIRTH, 2001, ss. 433 vd; STERN, 2003, ss. 95-104.

35 Bkz. BLOMMESTIJN / RYNGAERT, s. 430.

36 Bkz. Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis (London Agreement), 8 August 1945, 82 **UNTS** 279, madde 7; Charter of the International Military Tribunal for the Far East, **Treaties and Other International Acts Series**, No. 1589, 19 January & 26 April 1946, ss. 20-32, madde 6;

Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, UN Security Council Resolution 955 (1994), Article 6(2); Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, UN Doc. S/25704, Annex (1993), madde 7(2); Roma Statüsü, madde 27(1); Statute of the Special Court for Sierra Leone, madde 6(2), https://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf (Erişim Tarihi: 17 Ekim 2023).

37 AKANDE Dapo, "The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities", **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 7, 2009, ss. 333-352, s. 334.

38 Brüksel ilk derece mahkemesi, 11 Nisan 2000 tarihinde, Kongo'nun o dönem görevde bulunan dışişleri bakanı Yerodia hakkında 1993 tarihli Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlâllerinin Cezalandırılması Kanunu'na dayanarak tutuklama kararı çıkarmıştır. Söz konusu kanun, ulusla-

ifade ile, Divan'a göre *rationae personae* dokunulmazlık uluslararası suç teşkil eden emredici bir normun ihlâlinin yargılanmasını, ihlâli gerçekleştirdiği iddia edilen kişi görevden ayrılana kadar erteleyecektir[39].

Bununla birlikte Divan aynı kararda, uluslararası hukukun devlet görevlileri nezdinde öngördüğü dokunulmazlıkların cezasızlık anlamına gelmediğini ve dört durumda ceza yargılamasına engel teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir[40]. Divan'a göre, her şeyden önce uluslararası hukuk altında *ratione personae* dokunulmazlık sahibi olan kişinin kendi devletinde -ulusal hukuk düzeninin öngördüğü kurallara uygun olarak- ceza yargılamasına tâbi kılınması mümkündür[41]. Ardından, uluslararası hukuk altında *ratione personae* dokunulmazlık sahibi olan devlet görevlisi, devletinin söz konusu dokunulmazlıktan feragat etmesi durumunda üçüncü devletlerin ulusal mahkemeleri

rarası suç işleyen kişilerin, Belçika ile ülkesellik veya vatandaşlık bağları bulunmasa dahi Belçika mahkemeleri tarafından yargılanabileceğini öngörmektedir. Belçika'nın, dışişleri bakanlarının uluslararası hukuk altında sahip oldukları dokunulmazlıkları ihlâl ettiğini ileri süren Kongo Uluslararası Adalet Divanına başvurmuştur. Kongo'ya göre yabancı dışişleri bakanları görevde bulundukları süre boyunca hiçbir istisnası olmayan mutlak bir dokunulmazlığa sahiptir. Belçika ise dışişleri bakanlarının, yetkilerini aşan eylemlerde bulunmaları ve özellikle *jus cogens* nitelik taşıyan savaş suçu ve insanlığa karşı suç işleme yasağını ihlâl etmeleri durumunda dokunulmazlık iddiasında bulunamayacaklarını ileri sürmüştür. Somut olayda uygulanacak bir uluslararası andlaşma hükmü olmadığından hareket eden Divan, uyuşmazlığı uluslararası teamül hukuku kuralları uyarınca çözmüştür. Divan'a göre, bir dışişleri bakanının yabancı bir devletin ulusal mahkemeleri önünde sahip olduğu dokunulmazlığın varlık sebebi hükümetini uluslararası toplumda herhangi bir engelle karşılaşmadan temsil edebilmek ve diğer devletlerle iletişim kurabilmektir; dolayısıyla bu dokunulmazlık sadece resmî eylemlerle sınırlı olmayan, savaş suçu ve insanlığa karşı suç iddialarının varlığında dahi geçerli olan bir dokunulmazlıktır. Bu gerekçe ile Belçika ulusal mahkemesinin Yerodia hakkında çıkardığı tutuklama kararının Kongo'nun uluslararası hukuk altında sahip olduğu hakları ihlâl ettiğine hükmeden Divan, tutuklama kararının iptal edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bununla birlikte, yetkili bir ulusal mahkeme, görevi sona eren bir dışişleri bakanını görev sırasında gerçekleştirdiği göreve ilişkin olmayan eylemleri nedeniyle yargılayabilecektir. ICJ, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), op. cit.*, par. 47-49, 51-58, 61, 70-71. Bkz. ORAKHELASHVILI, 2002, ss. 231-232; BOISTER Neil, "The ICJ in *The Belgian Arrest Warrant Case*: Arresting the Development of International Criminal Law", **Journal of Conflict and Security Law**, Vol. 7, No. 2, 2002, ss. 293-314; STERN, 2003, ss. 104-106; STERN Brigitte, "Can a State or a Head of State Claim the Benefit of Immunities in Case an International Crime Has Been Committed?", **ILSA Journal of International & Comparative Law**, Vol. 14, Issue 2, 2008, ss. 441-449, s. 446. *Ratione personae* dokunulmazlığın uluslararası suç iddialarını içeren davaları da kapsadığı ilkesini benimseyen ulusal mahkeme kararları için bkz. AKANDE / SHAH, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", ss. 819-820; AKANDE, 2004, s. 411.

39 ORAKHELASHVILI, 2002, s. 266.

40 ICJ, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), op. cit.*, par. 61.

41 *Idem*.

önünde yargılanabilecektir[42]. Benzer bir biçimde, kişi görev süresinin sona erdiği andan itibaren üçüncü devletlerin ulusal mahkemeleri önünde uluslararası hukuk altında sahip olduğu dokunulmazlıkların tamamından yararlanamayacak, görev öncesi eylemleri ve görev sırasındaki kişisel eylemleri sebebi ile yargılanabilir hale gelecektir[43]. Son olarak, *ratione personae* dokunulmazlık sahibi olan devlet görevlisi -somut olayda dışişleri bakanı- "yargı yetkisi bulunan bazı uluslararası ceza mahkemeleri önünde ceza yargılamasına tâbi kılınabilecektir"[44]. Divan, "bazı uluslararası ceza mahkemeleri"ne örnek olarak BM Şartı'nın 7. bölümü altında alınan Güvenlik Konseyi kararları ile kurulan Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesini ve 1998 Roma Statüsü ile tesis edilen Uluslararası Ceza Mahkemesini zikretmiştir[45].

Roma Statüsü'nün 27. maddesi Adalet Divanının tespitleri ile aynı yöndedir. Şöyle ki; maddenin 1. fıkrası Statünün resmî unvan ayırımı yapılmaksızın herkese eşit bir biçimde uygulanacağını, devlet başkanlarının -veya hükümet başkanlarının, hükümet veya parlamento üyelerinin, seçilmiş temsilcilerin veya hükümet memurlarının- Statü altında cezaî sorumluluktan muaf tutulamayacaklarını veya resmî unvanların ceza indirimi nedeni teşkil etmeyeceğini hükme bağlamaktadır. Aslında bu hüküm, devlet başkanlarının dokunulmazlıklarına dair usûlî bir hüküm olmaktan ziyâde, uluslararası suç işlemeleri durumunda cezâî sorumluluklarının bulunduğunu düzenleyen esasa ilişkin bir hükümdür ve yukarıdaki satırlarda da ifade edildiği üzere İkinci Dünya Savaşı sonrası kurulan uluslararası ceza mahkemelerinin kurucu metinlerinin tamamında benimsenmiştir[46]. 27. maddenin 2. fıkrası uyarınca ise "*ulusal veya uluslararası hukuk altında bir kişinin resmî sıfatına bağlı olabilecek dokunulmazlıklar veya özel usûl kuralları, Mahkemenin bu kişi üzerinde yargı yetkisini kullanmasına engel teşkil etmemektedir*"; ki taraf devletlerin, temsilcilerinin dokunulmazlıklarından Mahkeme önünde feragat ettikleri anlamına gelen bu hüküm Nürnberg, Tokyo, Yugoslavya ve Ruanda Mahkemelerinin kurucu metinlerinde yer almamakta ve uluslararası hukuk tarihinde bir yenilik teşkil etmektedir[47].

---

42 *Idem*.

43 *Idem*.

44 *Idem*.

45 *Idem*.

46 Bkz. dipnot 36; AKANDE, 2004, s. 419; KOLLER, ss. 20-21.

47 AKANDE, 2004, s. 420.

Bu çerçevede, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisi altında bulunan uluslararası suçlardan birini işlediği iddia edilen kişinin görevdeki bir devlet başkanı olması ve dolayısıyla *ratione personae* dokunulmazlık sahibi olması Mahkeme tarafından yargılanmasına engel teşkil etmemektedir: Roma Statüsü'nün 27. maddesinin 2. fıkrası devletlerin iradelerinin doğrudan bir yansımasıdır; devletler, vatandaşlarının dokunulmazlıklarını Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde kaldırmayı gönüllü olarak kabul ettiklerinden görevdeki devlet başkanının uluslararası hukuktan kaynaklanan *ratione personae* dokunulmazlığı Mahkeme önünde ileri sürülemeyecektir. Bir uluslararası andlaşma ile kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesinin, devlet başkanlarının *ratione personae* dokunulmazlık sahibi olduğu yönündeki yerleşik teamül kuralını hangi hukukî gerekçe ile aşabildiği sorusuna verilen bu cevap "andlaşma temelli teori" (*treaty based theory*) olarak adlandırılmaktadır[48].

Ancak görevdeki devlet başkanının, Putin gibi Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurucu metnine taraf olmayan bir devletin başkanı olması meseleyi güçleştirmektedir. Zira bu noktada, bir devletin başkanının uluslararası teamül hukukundan kaynaklanan dokunulmazlıklarının taraf olmadığı bir uluslararası andlaşma hükmü ile bertaraf edilip edilemeyeceği ve Roma Statüsü'nün 27. maddesinin 2. fıkrasının Statüye taraf olmayan bir devleti hangi hukukî temelde bağlayacağı soruları gündeme gelmektedir.

Bu sorular uygulamada ilk defa El-Beşir kararı ile gündeme gelmiştir. Yukarıdaki satırlarda da aktarıldığı üzere, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Mahkemeyi kuran Roma Statüsü'ne taraf olmayan Sudan'ın o dönem görevde bulunan devlet başkanı hakkında uluslararası suçlar işlediği gerekçesiyle tutuklama kararı çıkarmış ve kararı "Roma Statüsü'nün amacının ağır suçların faillerinin cezasız kalmasına son vermek olduğu ve 27. maddenin bu amaca hizmet ettiği" gerekçeleri ile temellendirmiştir[49]. Oysa dokunulmazlıkların Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde ileri sürülemeyeceğini düzenleyen 27. madde, Mahkemeyi tesis eden andlaşmanın hükümlerinden biridir ve bu gerekçeler, bir andlaşma hükmünün uluslararası teamül hukukunun öngördüğü yerleşik dokunulmazlık kurallarına üstün gelerek andlaşmaya taraf olmayan bir devletin başkanına uygulanmasını temellendirmekte teknik olarak yetersiz kalmaktadır.

---

48 BLOMMESTIJN / RYNGAERT, ss. 432-433.

49 ICC, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, op. cit.*, par. 42.

Bu tespitten hareketle, uluslararası hukukçuların 27. maddenin El-Beşir'e uygulanmasını birbirinden farklı gerekçeler ile açıklamaya çalıştıkları bilinmektedir. Bazı uluslararası hukukçular, El-Beşir hakkındaki tutuklama kararının temelinde bulunan 1593 sayılı Güvenlik Konseyi kararı uyarınca Sudan'ın Uluslararası Ceza Mahkemesi ile iş birliğine gitme ve bu çerçevede El-Beşir'in dokunulmazlığını kaldırma yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmiştir[50]. Zira BM'ye taraf olan Sudan BM Şartı'nın 25. maddesi uyarınca Güvenlik Konseyi kararlarına uymak zorundadır ve 1593 sayılı Güvenlik Konseyi kararı -El-Beşir'in dokunulmazlığının kaldırıldığı yönünde sarih bir ifade içermiyor ise de- Sudan hükümetinin ve Darfur'daki çatışmanın bütün taraflarının Uluslararası Ceza Mahkemesi ile iş birliği yapma ve Mahkemeye yardımda bulunma yükümlülüğü altında olduğunu belirterek Sudan nezdinde sarih uluslararası yükümlülükler doğurmakta ve Sudan'ın taraf bir devlet gibi muamele görmesini gerektirmektedir[51]. Bir diğer görüş, Güvenlik Konseyinin bir durumu Uluslararası Ceza Mahkemesine havale ederken tamamen yetki sahibi olduğu ve 1593 sayılı kararın El-Beşir'in dokunulmazlığını "zımnen" kaldırdığı yönündedir: BM Şartı'nın 7. bölümü altında bir meseleyi Uluslararası Ceza Mahkemesine havale eden Güvenlik Konseyi, Roma Statüsü'nün taraf olmayan bir devletin vatandaşlarına uygulanıp uygulanmayacağına karar verme yetkisine de sahiptir[52]. Üçüncü bir görüş, Uluslararası Ceza Mahkemesinin, yetkili olduğu her durumda Roma Statüsü'nü uygulamakla yükümlü olduğu yönündedir: Statü'nün 27. maddesi bir durum Güvenlik Konseyi tarafından Uluslararası Ceza Mahkemesine havale edildiğinde de uygulama alanı bulacaktır; zira maddenin hukukî gücü ilgili Güvenlik Konseyi kararından değil, Roma Statüsü'nün kendisinden kaynaklanmaktadır[53].

---

[50] BLOMMESTIJN / RYNGAERT, s. 435; AKANDE, 2009, ss. 335-336; JALLOH Charles C., "Regionalizing International Criminal Law?", **International Criminal Law Review**, Vol. 9, 2009, ss. 445-499, ss. 483-484.

[51] UN Security Council Resolution 1593 (2005), S/RES/1593 (2005), par. 2; AKANDE, 2009, s. 335. Bununla birlikte Akande, Güvenlik Konseyinin, aldığı kararlarda devletlerin üzerine düşen yükümlülükleri ayrıntılı olarak belirlemesinin daha yerinde olacağı, böylece uluslararası teamül hukukundan kaynaklanan dokunulmazlıkların Mahkeme önünde ileri sürülememesinin hukukî temelinin doğrudan ilgili Güvenlik Konseyi kararı ve BM Şartı olduğu hususunda şüphe kalmayacağı kanaatindedir. AKANDE Dapo, "The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC", **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 10, 2012, ss. 299-324, s. 305. Akande'nin bu görüşüne yöneltilen eleştiriler için bkz. TLADI, Dire, "The ICC Decisions on Chad and Malawi. On Cooperation, Immunities, and Article 98", **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 11, 2013, ss. 199-221, ss. 209-213.

[52] BLOMMESTIJN / RYNGAERT, s. 435; PAPILLON, s. 285.

[53] BLOMMESTIJN / RYNGAERT, s. 436.

Görüldüğü üzere, bir devletin başkanının uluslararası teamül hukukundan kaynaklanan dokunulmazlıklarının taraf olmadığı bir uluslararası andlaşma ile kurulan bir uluslararası ceza mahkemesi önünde ve söz konusu andlaşmanın öngördüğü bir hükümle bertaraf edilmiş olması, El-Beşir vak'asında, Güvenlik Konseyi kararı odaklı bir yaklaşımla açıklanmıştır. Daha açık bir ifade ile, Güvenlik Konseyinin uluslararası barış ve güvenliği korumak amacıyla BM Şartı'nın 7. bölümü altında sahip olduğu yetkilerin, Sudan'ın BM üyesi olmasının ve Darfur'da yaşanan olayların BM Güvenlik Konseyi tarafından Uluslararası Ceza Mahkemesine havale edilmiş olmasının Roma Statüsü'nün öngördüğü hukukî rejimi Sudan devlet başkanı El-Beşir'e uygulanabilir hale getirdiği kabul edilmiştir[54].

Oysa yukarıdaki satırlarda da ifade edildiği üzere Güvenlik Konseyi'nin 1593 Sayılı kararı El-Beşir'in dokunulmazlığının kaldırıldığı yönünde sarih bir ifade içermemektedir. Bu tercih, Roma Statüsü'nün 13/b maddesi altında hareket eden Konseyin "kişileri" değil, "durumları" Uluslararası Ceza Mahkemesine havale etmekle yetkili kılınmış olması ile açıklanabilir. Güvenlik Konseyinin kararı temelinde hangi kişilerin yargılanacağı Savcılık makamı tarafından belirlenecektir. Nitekim Papillon, bu tespitlerden hareketle, Güvenlik Konseyinin devlet görevlilerinin dokunulmazlıklarını yalnızca zımnen ve dolaylı olarak kaldırabileceğini ifade etmektedir[55]. Ancak bu tespitler, Güvenlik Konseyinin bir durumu Uluslararası Ceza Mahkemesine havale ettiğinde, devletlerin üzerine düşen yükümlülükleri ve talep ettiği iş birliğinin kapsamını ayrıntılı olarak belirlemesine ve dokunulmazlık sahibi kişilerin söz konusu duruma ilişkin yargılamalarda bu dokunulmazlıkları ileri süremeyeceklerini ifade etmesine -BM Şartı'nın 48. maddesinin 1. fıkrası uyarınca- engel değildir. Kanaatimce, uluslararası teamül hukukundan kaynaklanan dokunulmazlıkların Mahkeme önünde ileri sürülememesinin hukukî temelinin bir Güvenlik Konseyi kararı olabilmesi için söz konusu kararın, ilgili devlet başkanının dokunulmazlıklarının Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde geçerli olmayacağı yönünde sarih ifadeler içeriyor olması gerekmektedir[56].

---

[54] NOUWEN Sarah M. H., "Return to Sender: Let the International Court of Justice Justify or Qualify International-Criminal-Court Exceptionalism Regarding Personal Immunities", **Cambridge Law Journal**, Vol. 78, No. 3, 2019, ss. 596-611, s. 601; PAPILLON, s. 284.

[55] PAPILLON, s. 285.

[56] Benzer bir görüş için bkz. GAETA Paola, "Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?", **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 7, 2009, ss. 315-332, s. 324; WILLIAMS / SHERIF, s. 88; KING, s. 277-278. King'e göre Roma Statüsü'nün 27. maddesinin, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 34. maddesinde hükme bağlanan ve teamül

Uluslararası Ceza Mahkemesinin Putin hakkında çıkardığı tutuklama kararının temelinde ise bu yönde sarih ifadeler içeren bir Güvenlik Konseyi kararı şöyle dursun, herhangi bir Güvenlik Konseyi kararı dahi bulunmamakta ve bu durum Putin'in uluslararası teamül hukuku kaynaklı dokunulmazlıklarının Mahkeme önünde geçerli olup olmadığı meselesini daha da tartışmalı hale getirmektedir.

Bu noktada bazı yazarlar, uluslararası içtihada atıfta bulunarak uluslararası ceza hukukunda *ratione personae* dokunulmazlık ilkesinin uluslararası ceza mahkemeleri önünde ileri sürülemeyeceği yönünde teamülî bir istisna (*lex specialis*) oluştuğunu ileri sürmektedir[57]. "Teamül temelli teori" (*custom based theory*) olarak adlandırılan bu teoriyi savunan uluslararası hukukçulara göre Roma Statüsü'nün 27. maddesi sadece bir uluslararası andlaşma hükmü değildir; madde teamül niteliğindeki dokunulmazlık kuralının teamül niteliğindeki istisnasını hükme bağlamakta ve dolayısıyla Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletler de dâhil bütün uluslararası topluma uygulanabilir bir nitelik arz etmektedir[58].

Nitekim, yukarıdaki satırlarda da ifade edildiği üzere, Uluslararası Adalet Divanı *Arrest Warrant* kararında "*ratione personae* dokunulmazlığın ulusal mahkemeler önünde geçerli olduğunu ancak bazı uluslararası ceza mahkemeleri önünde geçerli olmayabileceğini" ifade etmiş, Divan'ın bu *obiter dictum*u, kararın verildiği 2002 yılından itibaren uluslararası hukuk kaynaklı dokunulmazlıkların uluslararası ceza mahkemeleri önünde geçerli olmayacağı önermesinin temelini teşkil etmiştir[59]. Her ne kadar *Arrest Warrant* kararı görevde bulunan bir dışişleri bakanının dokunulmazlıklarına ilişkin olsa da kararda kullanılan ifadeler ve dışişleri bakanlığı ve devlet başkanlığı makamlarının işlevleri gözönünde bulundurulduğunda, Divan'ın tespitlerinin devlet başkanlarının dokunulmazlıkları için evleviyetle geçerli olduğuna şüphe bulunmamaktadır[60].

---

hukukunun bir parçasını teşkil eden *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* ilkesi gereği, Statüye taraf olmayan devletlere uygulanabilmesi mümkün değildir. Taraf olmayan bir devletin, görevlilerinin dokunulmazlıklarından açıkça feragat etmediği ve bu dokunulmazlıkların Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde geçerli olmayacağını açıkça belirten bir Güvenlik Konseyi kararının kabul edilmediği durumlarda, bir durumun Güvenlik Konseyi kararı ile Mahkeme'ye havale edilmiş olması, tek başına, dokunulmazlıkları somut olayda ortadan kaldırmaya yetmeyecektir.

57 BLOMMESTIJN / RYNGAERT, s. 437.

58 BLOMMESTIJN / RYNGAERT, ss. 432-433.

59 NOUWEN, 2019, ss. 596-597.

60 DEEN-RACSMAN Zsuzsanna, "*Prosecutor v. Taylor*: The Status of the Special Court for Sierra Leone and Its Implications for Immunity", **Leiden Journal of International Law**, Vol. 18, 2005, ss. 299-322, s. 303; NOUWEN, 2005, s. 653.

Divanın *Arrest Warrant* kararında kabul ettiği bu yaklaşım Sierra Leone Özel Mahkemesi tarafından da benimsenmiş, Liberya'nın eski devlet başkanı Charles Taylor'ı yargılayan Özel Mahkeme Taylor'ın "kendisine yönelik suçlamaların görevde bulunduğu döneme ilişkin olduğu ve dolayısıyla söz konusu mahkeme tarafından yargılanmasının uluslararası hukukun devlet başkanları için öngördüğü dokunulmazlıklara aykırı olduğu" yönündeki itirazını reddetmiştir. "Uluslararası" bir mahkeme olduğunun altını çizen Sierra Leone Özel Mahkemesine göre "uluslararası hukuktan kaynaklanan dokunulmazlıkların bir mahkeme önünde ileri sürülüp sürülemeyeceğinin tespitinde her zaman mahkemenin niteliği göz önünde bulundurulmaktadır"[61]. Mahkeme, dokunulmazlıkların varlık sebebinin devletlerin egemen eşitliği ilkesi olduğunu ve bu ilkenin bir devlet başkanının bir uluslararası ceza mahkemesi tarafından yargılanabilmesinin önünde engel teşkil etmediğinin yerleşik bir kurala dönüşmüş göründüğünü ifade etmektedir. Başka bir ifade ile, dokunulmazlıkların kaynağını teşkil eden devletlerin egemen eşit-

---

[61] SCSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor,* Decision on Immunity from Jurisdiction, Appeals Chamber, No. SCSL-2003-01-I, 31 May 2004, par. 49. Sierra Leone Özel Mahkemesi, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesinin aksine BM Güvenlik Konseyi kararı ile değil, BM ve Sierra Leone arasında akdedilen bir uluslararası andlaşma ile kurulmuş ve Sierra Leone ülkesi üzerinde 30 Kasım 1996'dan itibaren gerçekleştirilen iç hukuk ihlâllerinden ve uluslararası insancıl hukukun ağır ihlâllerinden sorumlu olan kişileri yargılamakla yetkilendirilmiştir. Bu kişiler arasında dönemin Liberya devlet başkanı Charles Taylor gibi, ilgili ihlâlleri gerçekleştirerek Sierra Leone'deki barış sürecini tehdit eden liderler de bulunmaktadır.

Taylor Sierra Leone ülkesi üzerinde özellikle elmas madenlerinin bulunduğu alanlarda siyâsî güç sahibi olabilmek için sivil nüfusun kolektif cezalandırılması, adam öldürmek, şiddet eylemleri gerçekleştirmek, çocuk asker kullanmak, zorla çalıştırmak ve tecavüz gibi insancıl hukukun ağır ihlâllerini teşkil eden eylemleri gerçekleştirmekten suçlu bulunmuştur. Taylor hakkında tutuklama kararı çıkaran Özel Mahkeme, hükmünü Taylor'ın resmî bir ziyarette bulunduğu Gana'ya tevdi etmiş ve Taylor'ın yakalanarak kendisine teslim edilmesini istemiştir. Liberya devlet başkanının uluslararası hukuk kaynaklı dokunulmazlıklarının kendisi önünde geçerli olmadığını belirten Özel Mahkeme, bu tespitini bir "uluslararası mahkeme" olduğu gerekçesi ile temellendirmiş, ancak uluslararası andlaşma ile kurulduğu için değil, kuruluşunda Güvenlik Konseyi rol sahibi olduğu için uluslararası bir mahkeme olduğunu ifade etmiştir: "BM ve Sierra Leone arasındaki uluslararası andlaşma BM'nin 'bütün' üyeleri ve Sierra Leone arasında akdedilmiştir; böylece BM'nin üyelerinden biri olan Liberya, BM'nin akdettiği ve dokunulmazlıklara riayet etmek zorunda olmayan bir mahkeme tesis eden uluslararası andlaşma uyarınca dokunulmazlıkların bu mahkeme önünde uygulanmamasına rıza göstermiştir". Görüldüğü üzere, Sierra Leone Mahkemesi, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Arrest Warrant* kararında zikrettiği "bazı uluslararası ceza mahkemeleri" ifadesini "yetkilerini uluslararası toplumdan alan mahkemeler" olarak okumuştur. Bkz. NOUWEN, 2019, s. 599; NOUWEN, 2005, ss. 647-652; DEEN-RACSMAN, ss. 300-301 ve ss. 307-313; FRULLI Micaela, "The Question of Charles Taylor's Immunity. Still in Search of a Balanced Application of Personal Immunities?", **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 2, 2004, ss. 1118-1129, ss. 1120-1122.

liği ilkesi, herhangi bir devletin organı olmayan ve yetkilerini uluslararası toplumdan alan uluslararası ceza mahkemeleri önünde ileri sürülebilir nitelikte değildir[62].

Dokunulmazlıkların uluslararası ceza mahkemeleri önünde geçerli olmadığı görüşü bu mahkemelerin, kendilerini kuran uluslararası andlaşmaların tarafı olan devletlerin "egemen eşitliği"ni korumak gibi bir amaçlarının bulunmadığı tespiti ile de açıklanmaktadır[63]. Ancak, bu yaklaşımın, örneğin iki devletin kurduğu bir uluslararası ceza mahkemesinin üçüncü bir devletin başkanını yargılamasının önüne geçilebilmesi için, dokunulmazlıkların geçerli olmayacağı uluslararası ceza mahkemelerinin ayırt edici özelliklerini belirlemesi gerekir. Oysa Uluslararası Adalet Divanı *Arrest Warrant* kararında bu belirlemeyi yapmamış, uluslararası hukuk kaynaklı kişisel dokunulmazlıkların geçerli olmayacağı "bazı uluslararası ceza mahkemeleri"ne örnek vermekle yetinmiş ve bu dokunulmazlıkların neden bu uluslararası ceza mahkemeleri önünde ileri sürülemeyeceğini açıklamamıştır[64].

Uluslararası içtihat ve doktrin temelli bu hukukî altyapı ışığında görevde bulunan bir devlet başkanının bir uluslararası ceza mahkemesi tarafından yargılanıp yargılanamayacağının ilk olarak söz konusu mahkemenin kurucu metni tarafından belirlendiği görülmektedir. Ardından ve daha da önemlisi, dokunulmazlık iddiasında bulunup bulunmamak ilgili mahkemenin niteliğine göre değişecektir: mahkemenin hangi yöntemle kurulduğu ve yargılanan kişinin mahkemenin kurucu statüsü ile bağlı olup olmadığı dikkate alınacaktır[65]. Bu noktada, Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri gibi BM Güvenlik Konseyi kararları ile kurulan mahkemeler ve uluslararası andlaşmalar ile kurulan mahkemeler arasında bir ayrım yapmak gerekmektedir. Kararlarının bütün devletler nezdindeki bağlayıcılığı nedeniyle, Güvenlik Konseyi tarafından kurulan uluslararası ceza mahkemelerinin statüleri bütün devletlerin görevlilerine ve başkanlarına ilişkin dokunulmazlıkları bertaraf edebilecek niteliktedir. Zira devletler akdettikleri BM Şartı tarikiyle buna rıza göstermişlerdir. Ancak bir uluslararası andlaşma yalnızca taraf devletleri bağladığından, bir uluslararası ceza mahkemesi tesis eden uluslararası andlaşmaların, taraf olmayan devletlerin temsilcilerinin dokunulmazlıklarını -Güvenlik

---

62 SCSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, *op. cit.*, par. 51-53; PAPILLON, s. 281.

63 Bkz. BLOMMESTIJN / RYNGAERT, s. 438.

64 NOUWEN, 2019, s. 598; BLOMMESTIJN / RYNGAERT, s. 438.

65 AKANDE, 2004, s. 417.

Konseyi bu yönde bir karar almadığı müddetçe- kaldırabilmesi mümkün değildir[66]. Dokunulmazlık, taraf olmayan devletlere ve görevlilerine uluslararası teamül hukuku altında tanınmış bir haktır ve bu devletlerin, taraf olmadıkları bir uluslararası andlaşma yoluyla bu haklarından mahrum bırakılabilmeleri mümkün değildir[67].

Bu çerçevede kanaatim, Ukrayna ülkesi üzerinde işlenen uluslararası suçları yargılama yetkisi bulunan Uluslararası Ceza Mahkemesinin söz konusu ülke üzerinde savaş suçu ve insanlığa karşı suç işlediği iddia edilen Putin'i, Roma Statüsü'nün 8/2-a (vii), 8/2-d (viii) ve 12/3 hükümleri uyarınca yargılama yetkisinin bulunduğu ancak Putin Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devletin başkanı olduğu ve uluslararası teamül hukukundan kaynaklanan kişisel dokunulmazlığı bulunduğu için bu yetkiyi kullanamayacağı ve Putin hakkında tutuklama kararı alamayacağı yönündedir.

Aslında devlet başkanlarının yargı bağışıklığı ile tutuklama tedbirine konu olmaları bu kişilerin yargılanma sürecinin iki farklı aşamasına ilişkindir. Nitekim ulusal ve uluslararası hukuk altında dokunulmazlık sahibi olan kişilerin dokunulmazlıklarının Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde geçerli olmadığı ilkesi Roma Statüsü'nün 27. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmişken, devletlerin bu kişiler hakkında verilen tutuklama kararlarının uygulanması amacıyla Mahkeme ile iş birliği yapma yükümlülüğüne sahip olup olmadıkları madde 98'te hükme bağlanmaktadır. Başka bir ifade ile, Uluslararası Ceza Mahkemesinin bir devlet başkanını yargılayıp yargılayamayacağı 27. maddede, söz konusu devlet başkanının tutuklanıp tutuklanamayacağı ise 98. maddede öngörülmektedir[68]. Bunun yanı sıra, kişilerin tutuklanması için devletlerin iş birliğine ihtiyaç duyan Uluslararası Ceza Mahkemesinin kendine ait infaz yetkileri bulunmamakta, tutuklama bir ulusal hukuk müessesesi olarak işlemektedir. Oysa Roma Statüsü'ne taraf olan ve olmayan devletlerin Putin hakkında çıkarılan tutuklama kararını uygulamak yönünde bir haklarının ve/veya yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Bu çerçevede, söz konusu tutuklama kararının uygulanabilirliğinin de incelenmesi gerekir.

---

66 AKANDE, 2004, s. 417; NOUWEN, 2005, s. 656; KOLLER, s. 38.

67 AKANDE, 2004, s. 417; DEEN-RACSMAN, s. 318; NOUWEN, 2005, s. 657.

68 TLADI, 2013, s. 206.

## III. PUTİN HAKKINDA ÇIKARILAN TUTUKLAMA KARARI VE ÜÇÜNCÜ DEVLETLERİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Roma Statüsü'nün 98. maddesine göre;

"*1. Mahkeme, teslim etme veya yardım etme talepleriyle ilgili işlemleri, kendisinden talepte bulunulan devletin üçüncü bir devletin malının veya vatandaşının devlet veya diplomatik dokunulmazlığına ilişkin uluslararası hukuk yükümlülüklerine aykırı hareket etmesini gerektiriyorsa, söz konusu üçüncü devletten dokunulmazlıktan feragat etmesi konusunda iş birliği elde edememiş ise, devam ettiremez.*

*2. Mahkeme, teslim etme talebiyle ilgili işlemleri; talepte bulunulan devletin, kişiyi Mahkemeye göndermesi gereken devletin rızasının arandığı bir konuda uluslararası yükümlülüklerine aykırı davranmasını gerektiriyorsa ve Mahkeme, gönderen devletin kişiyi teslim etmeye rıza göstermek konusunda iş birliğini elde etmemiş ise, devam ettiremez*".

Bu madde, Uluslararası Ceza Mahkemesinin hukukî rejimi ve devletlerin geleneksel uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerinin çatışmasını düzenlemekte ve ilk bakışta 27. madde ile çelişiyor görünmektedir; zira 27. madde dokunulmazlıkların Mahkeme önünde geçerli olmadığını hükme bağlarken, 98. madde Uluslararası Ceza Mahkemesinin devletlerin iş birliğini talep ederken dokunulmazlıklara ilişkin uluslararası hukuk kurallarına riayet etmesi gerektiğini düzenlemektedir[69].

Oysa 98. madde, sadece Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devletin vatandaşının Mahkemenin yargı yetkisinin bulunduğu bir devletin ülkesi üzerinde suç işlemesi senaryosunda devreye girmek üzere kurgulanmıştır. Zira 98. maddenin Statüye taraf olan devletlerin yetkililerine de uygulanması durumunda, dokunulmazlıkların Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde geçerli olmadığı yönündeki 27. madde anlamsızlaşacaktır[70]. Ayrıca Roma Statüsü'nün 9. bölümü taraf devletlere Mahkemeye hukuken destek verme yükümlülüğü yüklemekte, 86. madde Mahkemenin yargı yetkisine giren suçların soruşturulmasın-

---

69 BLOMMESTIJN / RYNGAERT, s. 439; AKANDE, 2004, s. 420.

70 98. maddenin sadece Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletlerin yetkililerine uygulandığı görüşü uluslararası hukuk doktrininde de hâkim görüştür. AKANDE, 2004, s. 422; AKANDE, 2009, ss. 339; PAULUS Andreas L., "Legalist Groundwork for the International Criminal Court: Commentaries on the Statute of the International Criminal Court", **European Journal of International Law**, Vol. 14, Issue 4, 2003, ss. 843-860, s. 856; KING, ss. 286-288; WILLIAMS / SHERIF, s. 86; STERN, 2003, s. 87.

da ve kovuşturulmasında taraf devletlerin tam bir iş birliği yükümlülüğü altında olduğunu hükme bağlamaktadır. Kısacası, 98. madde Roma Statüsü'ne taraf olan devletlerin yalnızca Statü'ye taraf olmayan devletlerin dokunulmazlıklarına saygı göstermesine müsaade etmekte, Statü'ye taraf olan devletler nezdinde 27. madde uyarınca dokunulmazlıklar uygulanmamaktadır.

Bu çerçevede ve bir yandan Roma Statüsü'nün 98. maddesi diğer yandan uluslararası teamül hukuku ışığında Statü'ye taraf olmayan bir devletin başkanının tutuklanması mümkün müdür? Bu bir yükümlülük müdür? Üçüncü devletlerin söz konusu devlet başkanını tutuklama veya tutuklamama hakları var mıdır? Hatta üçüncü devletlerin tutuklamama yükümlülüğünden söz edilebilecek midir?

Kanaatimce bu noktada ikili bir ayrım yapılması gerekmektedir.

Yukarıdaki satırlarda incelenen El-Beşir vak'asında olduğu gibi, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Güvenlik Konseyi vasıtasıyla devreye girerek tutuklama kararı çıkardığı ve Güvenlik Konseyinin Uluslararası Ceza Mahkemesine havale ettiği durumla ilgili olarak bütün devletlerin iş birliğini talep ettiği hallerde Statü'ye taraf olmayan devletlerin tutuklama kararını uygulama yükümlülüklerinin hukukî temeli pek çok yazar tarafından ilgili Güvenlik Konseyi kararı addedilmiştir; bu yazarlar Güvenlik Konseyi kararlarının Roma Statüsü'ne taraf olsun veya olmasın bütün devletler nezdinde bağlayıcı olduğu tespitinden hareket etmektedir[71]. Her ne kadar kanaatim ilgili Güvenlik Konseyi kararında "somut olayda dokunulmazlıkların Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde geçerli olmayacağına" ilişkin sarih bir ifade yoksa bu sonucun doğmayacağı yönünde olsa da bu sav Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından da benimsenmiş görünmektedir. Mahkeme, önceki dönem kararlarında, Güvenlik Konseyi vasıtasıyla devreye girerek tutuklama kararı verdiği hallerde yalnızca "dokunulmazlıkların uluslararası ceza mahkemeleri önünde geçerli olmadığı" ilkesine atıf yaparken zaman içinde gerekçesini zenginleştirmiş ve bu hallerde, Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletlerin Mahkemenin verdiği tutuklama kararları ile bağlı oldukları tespitini Güvenlik Konseyi kararının varlığıyla da temellendirmiştir.

---

[71] Bkz. BLOMMESTIJN / RYNGAERT, s. 441-443; AKANDE, 2009, ss. 340-341. Aksi yönde bir görüş için bkz. GAETA, s. 329 vd. Gaeta'ya göre, Roma Statüsü'ne taraf olan devletler, Uluslararası Ceza Mahkemesinin -Güvenlik Konseyi vasıtası ile harekete geçerek- Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devletin başkanı hakkında çıkardığı tutuklama kararına uyma yükümlülüğü altında değildir.

Örneğin Malavi, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Sudan devlet başkanı El-Beşir hakkında çıkardığı tutuklama kararını Sudan'ın Roma Statüsü'ne taraf olmadığı ve devlet başkanlarının Malavi hukuku altında kişisel dokunulmazlık sahibi oldukları gerekçeleri ile reddetmiştir. Uluslararası Ceza Mahkemesinin Ön Dava Dairesi bu meseleye ilişkin 2011 yılında verdiği kararda "dokunulmazlıkların uluslararası ceza mahkemeleri önünde geçerli olmadığı" ilkesine atıfta bulunmuş ve 98. maddenin bu gerekçe ile El-Beşir vak'asında uygulanmaması gerektiğine hükmetmiştir[72]. Oysa Uluslararası Ceza Mahkemesinin Ön Dava Dairesi, Ürdün'ün El-Beşir'i tutuklayamayacağı yönündeki iddiasını 2017 yılında farklı bir gerekçeyle de kabul etmemiştir. Roma Statüsü'ne taraf olan Ürdün, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Sudan devlet başkanı El-Beşir hakkında çıkardığı tutuklama kararını uygulayamayacağını zira Sudan'ın Statüye taraf olmadığını, dolayısıyla devlet görevlilerinin uluslararası hukuk kaynaklı dokunulmazlıklarından Mahkeme önünde feragat etmediğini ve bu nedenle Ürdün ve Sudan arasındaki hukukî ilişkilerin Statü'ye değil, genel uluslararası hukuka tâbi olduğunu ifade etmiştir. Ürdün, Statü'ye taraf olmayan bir devletin başkanının tutuklanabilmesi için ilgili Güvenlik Konseyi kararının bu yönde açık bir yükümlülük tesis etmesi gerektiğini ileri sürmüş olsa da Uluslararası Ceza Mahkemesi salt Güvenlik Konseyi kararının varlığını El-Beşir'in tutuklanabilmesi için yeterli görmüştür[73]. Temyiz Dairesi, Statü'ye taraf olan devletlerin söz konusu devlet başkanını kendi ulusal mahkemeleri önünde yargılamak için değil, Mahkemeye destek vermek için tutuklayacaklarını, bu çerçevede kendilerine değil Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne ait olan bir yetkiyi kullanacaklarını, dolayısıyla dokunulmazlıklara ilişkin uluslararası hukuk kurallarını uygulamak zorunda olmadıklarını da ifade etmiştir[74]. Kısacası, Uluslararası Ceza

---

[72] ICC, *Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, No. ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I, 12 December 2011, par. 13, par. 37-43. Bkz. TLADI, 2013, ss. 199-221; LIU Yunqing, "Do States Party to the International Criminal Court Statute have the Obligation to Arrest Vladimir Putin?", **EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law**, https://www.ejiltalk.org/do-states-party-to-international-criminal-court-statute-have-the-obligation-to-arrest-vladimir-putin/, 14 April 2023 (Erişim Tarihi: 8 Ağustos 2023).

[73] ICC, *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender or Omar Al-Bashir*, No. ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber II, 11 December 2017, par. 15-16, par. 36-45.

[74] ICC, *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, No. ICC-02/05-01/09 OA2, The Appeals Chamber, 6 May 2019, par. 127. Bu konudaki tartışmalar için bkz. NOUWEN, 2019, ss. 601-604.

Mahkemesi, Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devletin başkanı hakkında çıkardığı tutuklama kararlarını "teamül hukuku kaynaklı dokunulmazlıkların uluslararası mahkemeler önünde geçerli olmadığı" yorumuyla olduğu kadar Güvenlik Konseyi kararlarıyla da temellendirmektedir[75].

Putin vak'asında olduğu gibi, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Güvenlik Konseyi vasıtasıyla devreye girerek değil, Statünün 12. maddesi uyarınca taraf devletlerden veya taraf olmayıp belli bir durumda Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisini tanıyan devletlerden birinin başvurusu üzerine yargı yetkisi kullanmak istediği durumlar ise kanaatimce farklı bir sonuca varmayı gerektirir.

Bu vak'ada, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devletin -Ukrayna'nın- yetkilendirmesiyle devreye girmiş ve Statü'ye taraf olmayan bir devletin -Rusya'nın- başkanı hakkında tutuklama kararı çıkarmıştır. Oysa Roma Statüsü'ne taraf olan devletler ile olmayan devletler arasında dokunulmazlıklara ilişkin uygulanacak hukuk uluslararası teamül hukukudur. Dolayısıyla, Statüye taraf olan devletlerin Rusya Federasyonu'nun devlet başkanı Putin'i tutuklayabilmeleri için ya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Güvenlik Konseyi tarafından harekete geçirilmesi ve Güvenlik Konseyinin bu yönde bir karar alması -ki Rusya Konsey'in dâimî üyesi olduğu için bu muhtemel değildir- ya da Rusya'nın Putin'in dokunulmazlıklarından feragat etmesi gerekmektedir[76]. Aksi yönde bir kabul, Roma Statüsü'ne taraf olmamış ve dolayısıyla uluslararası teamül hukuku kaynaklı usûlî dokunulmazlıklarından Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde hiçbir zaman vazgeçmemiş bir devletin başkanının Mahkemeyi kuran bir grup devletin kararıyla tutuklanabilir addedilmesi anlamına gelmektedir; ki kanaatim bu yorumun hiçbir hukukî temelinin bulunmadığı yönündedir[77].

Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletlerin ise, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 34. maddesinde hükme bağlanan ve teamül hu-

---

[75] VASILIEV Sergey, "The International Criminal Court goes all-in: What now?", **EJIL: Talk! Blog of the European Journal of Interantional Law**, https://www.ejiltalk.org/the-international-criminal-court-goes-all-in-what-now/ (Erişim Tarihi: 30 Ekim 2023).

[76] Benzer bir görüş için bkz. PAPILLON, ss. 287-288.

[77] Benzer bir görüş için bkz. VAN ALEBEEK Rosanne, **The Immunities of States and their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law**, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 279; SCHABAS William, **An Introduction to the International Criminal Court**, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, s. 74; AKANDE, 2004, s. 417; PAPILLON, s. 286; NOUWEN, 2005, s. 668.

kukunun bir parçasını teşkil eden *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* ilkesi gereği, Uluslararası Ceza Mahkemesi ile kişilerin tutuklanması ve Mahkemeye teslim edilmesi alanlarında iş birliği yapma yükümlülükleri zaten bulunmamaktadır[78]. Statü'nün hiçbir hükmünün taraf olmayan devletlerin yetkililerinin uluslararası teamül hukuku altında sahip oldukları dokunulmazlıkları kaldırdığı veya taraf olmayan devletlerin bu dokunulmazlıklardan feragat ettikleri şeklinde yorumlanabilmesi mümkün değildir[79]. Hatta Statü'ye taraf olmayan devletlerin, uluslararası teamül hukuku altında *ratione personae* dokunulmazlık sahibi olan bir devlet başkanını tutuklamaları ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne teslim etmeleri uluslararası yükümlülüklerinin ihlâlini teşkil edecektir[80]. Daha açık bir ifade ile, Statü'ye taraf olmayan devletlerin Putin'i "tutuklamama" yükümlülükleri bulunmaktadır.

## SONUÇ

Uluslararası ceza hukuku ve geleneksel uluslararası hukuk arasında zaman zaman gerilim yaşanması doğaldır; ilki bireylerin hak ve yükümlülüklerine odaklanmakta ve ağır uluslararası suçların cezasız kalmamasını hedeflemekte, ikincisi ise devletlerin hak ve yükümlülüklerini düzenlemekte ve uluslararası ilişkilerin yürütülmesini kolaylaştırmayı amaçlamaktadır[81].

Elbette ki insanî ve ahlâkî mülâhazalar uluslararası suç işleyen devlet başkanlarının âdil ve tarafsız bir yargı mercii tarafından yargılanmasını gerektirir[82]. Ancak bu amaca uluslararası hukukun temel kurum ve kavramlarının zedelenmesi ve uluslararası teamül hukukunun öngördüğü yerleşik dokunulmazlık kurallarının hukukî bir temele dayanmadan gözardı edilmesi yoluyla ulaşılabilmesi mümkün değildir[83]. Devletlerin ve görevlilerinin sahip olduğu hakların ihlâlinin uluslararası ceza yargılamalarına olan güveni azaltabileceği ve siyâsîleşmiş bir adalet duygusu yaratarak uluslararası ceza hukukunun son yüzyılda uluslararası suçlarla mücadele alanında katettiği yolu sıfırlayabileceği unutulmamalıdır[84].

---

78 Bkz. KING, s. 271; WILLIAMS / SHERIF, s. 88; WIRTH, 2001, s. 453.

79 AKANDE, 2004, s. 421; KING, s. 280.

80 AKANDE, 2004, s. 420. Zamanında Sudan devlet başkanı El-Beşir hakkında yürütülen benzer bir muhakeme için bkz. BLOMMESTIJN / RYNGAERT, s. 444; GAETA, s. 316.

81 AKANDE, 2012, s. 300; SANDS, s. 51.

82 DEEN-RACSMAN, s. 320.

83 Benzer bir görüş için bkz. DEEN-RACSMAN, s. 320; FENET, s. 591.

84 DEEN-RACSMAN, s. 320.

Kanaatim, Uluslararası Ceza Mahkemesinin, Putin'i, Ukrayna ülkesi üzerinde işlediği iddia edilen uluslararası suçlar nedeni ile ve Roma Statüsü'nün 8/2-a (vii), 8/2-d (viii) ve 12/3 hükümleri uyarınca yargılama yetkisinin bulunduğu yönündedir. Ancak söz konusu maddeler Uluslararası Ceza Mahkemesinin yalnızca Putin üzerindeki yargı yetkisinin hukukî temelini teşkil etmektedir. Devlet başkanı sıfatı taşıyan Putin hakkında tutuklama kararı çıkarılıp çıkarılamayacağı ve devletlerin bu kararı yerine getirebilmek amacı ile Uluslararası Ceza Mahkemesi ile iş birliğine gitme yükümlülüğü altında olup olmadıkları Mahkemenin yargı yetkisini haiz olup olmadığından bağımsız bir meseledir. Roma Statüsü'nün 98. maddesi ve uluslararası teamül hukuku uyarınca devletler Uluslararası Ceza Mahkemesinin Putin'in tutuklanması ve kendisine teslim edilmesi yönündeki talebini yerine getirmek yükümlülüğü altında olmadıkları gibi, bu talebi yerine getirmeleri durumunda Rusya nezdinde bir uluslararası hukuk ihlâli gerçekleştirmiş olacaklardır. Zira Roma Statüsü'ne taraf olmayan Rus devleti ile Statü'ye taraf olan devletler arasında Roma Statüsü değil, uluslararası teamül hukuku kuralları uygulanır ve bu kurallar uyarınca Putin'in *ratione personae* dokunulmazlığı bulunmaktadır. Söz konusu dokunulmazlığı Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde açıkça kaldıran bir Güvenlik Konseyi kararı bulunmadığından -ve bu yönde bir kararın alınması Rusya'nın Konseydeki dâimî üyeliği nedeni ile muhtemel olmadığından- aksi yönde bir sonuca varmak bu aşamada mümkün görünmemektedir.

## KAYNAKÇA

***Doktrin***

AKANDE Dapo, "International Law Immunities and the International Criminal Court", **American Journal of International Law**, Vol. 98, Issue 3, 2004, ss. 407-433.

AKANDE Dapo, "The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC", **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 10, 2012, ss. 299-324.

AKANDE Dapo, "The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities", **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 7, 2009, ss. 333-352.

AKANDE Dapo / SHAH Sangeeta, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", **European Journal of International Law**, Vol. 21, Issue 4, 2011, ss. 815-852.

AKANDE Dapo / SHAH Sangeeta, "Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts: A Rejoinder to Alexander Orakhelashvili", **European Journal of International Law**, Vol. 22, Issue 3, 2011, ss. 857-861.

Anonim, "Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court over the Russian Leadership: Locus Delicti in Complicity Cases", **EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law**, https://www.ejiltalk.org/territorial-jurisdiction-of-the-international-criminal-court-over-the-russian-leadership-locus-delicti-in-complicity-cases/ (Erişim Tarihi: 2 Kasım 2023).

BARKER Craig J., "The Future of Former Head of State Immunity After *Ex Parte Pinochet*", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 48, 1999, ss. 937-949.

BIANCHI Andrea, "*Immunity versus Human Rights: The* Pinochet *Case*", **European Journal of International Law**, Vol. 10, Issue 2, 1999, ss. 237-277.

BLOMMESTIJN Michiel & RYNGAERT Cedric, "Exploring the Obligations for States to Act upon the ICC's Arrest Warrant for Omar Al-Bashir. A Legal Conflict between the Duty to Arrest and the Customary Status of Head of State Immunity", **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, 2010, ss. 428-444.

BOISTER Neil, "The ICJ in *The Belgian Arrest Warrant Case*: Arresting the Development of International Criminal Law", **Journal of Conflict and Security Law**, Vol. 7, No. 2, 2002, ss. 293-314.

BRÖHMER Jürgen, "Immunity of a Former Head of State General Pinochet and the House of Lords: Part Three", **Leiden Journal of International Law**, Vol. 13, 2000, ss. 229-237.

CASSESE Antonio, "*When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the* Congo v. Belgium *Case*", **European Journal of International Law**, Vol. 13, Issue 4, 2002, ss. 853-875.

CLAPHAM Andrew, "National Action Challenged: Sovereignty, Immunity and Universal Jurisdiction before the International Court of Justice" in LATTIMER Mark / SANDS Philippe (ed.) **Justice for Crimes Against Humanity**, Hart Publishing, 2003, ss. 301-330.

DEEN-RACSMAN Zsuzsanna, "*Prosecutor v. Taylor*: The Status of the Special Court for Sierra Leone and Its Implications for Immunity", **Leiden Journal of International Law**, Vol. 18, 2005, ss. 299-322.

FENET Alain, "La responsabilité pénale internationale du chef d'Etat", **Revue générale de droit**, Vol. 32, Issue 3, 2002, ss. 585-615.

FRULLI Micaela, "The Question of Charles Taylor's Immunity. Still in Search of a Balanced Application of Personal Immunities?", **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 2, 2004, ss. 1118-1129.

GAETA Paola, "Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?", **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 7, 2009, ss. 315-332.

JALLOH Charles C., "Regionalizing International Criminal Law?", **International Criminal Law Review**, Vol. 9, 2009, ss. 445-499.

JIA Bing Bing, "The Immunity of State Officials for International Crimes Revisited", **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 10, 2012, ss. 1303-1321.

KOLLER David S., "Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment as it Pertains to the Security Council and the International Criminal Court", **American University International Law Review**, Vol. 20, Issue 1, 2004, ss. 7-42.

KING Hugh, "Immunities and Bilateral Immunity Agreements: Issues Arising From Articles 27 and 98 of the Rome Statute", **New Zealand Journal of Public and International Law**, Vol. 4, 2006, ss. 269-310.

LIU Yunqing, "Do States Party to the International Criminal Court Statute have the Obligation to Arrest Vladimir Putin?", **EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law**, https://www.ejiltalk.org/do-states-party-to-international-criminal-court-statute-have-the-obligation-to-arrest-vladimir-putin/, 14 April 2023 (Erişim Tarihi: 8 Ağustos 2023).

MURPHY Sean D., "Immunity *Ratione Materiae* of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Where is the State Practice in Support of Exceptions?", **American Journal of International Law Unbound**, Vol. 112, 2018, ss. 4-8.

MURPHY Sean D., "Immunity *Ratione Personae* of Foreign Government Officials and Other Topics: The Sixty-Fifth Session of the International Law Commission", **American Journal of International Law**, Vol. 108, 2014, ss. 41-57.

NOUWEN Sarah M. H., "The Special Court for Sierra Leone and the Immunity of Taylor: The Arrest Warrant Case Continued", **Leiden Journal of International Law**, Vol. 18, 2005, ss. 645-669.

NOUWEN Sarah M. H., "Return to Sender: Let the International Court of Justice Justify or Qualify International-Criminal-Court Exceptionalism Regarding Personal Immunities", **Cambridge Law Journal**, Vol. 78, No. 3, 2019, ss. 596-611.

ORAKHELASHVILI Alexander, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts: A Reply to Dapo Akande and Sangeeta Shah", **European Journal of International Law**, Vol. 22, Issue 3, 2011, ss. 849-855.

ORAKHELASHVILI Alexander, "State Immunity and International Public Order", **German Yearbook of International Law**, Vol. 45, 2002, ss. 227-267.

PAPILLON Sophie, "Has the United Nations Security Council Implicitly Removed Al Bashir's Immunity?", **International Criminal Law Review**, Vol. 10, 2010, ss. 275-288.

PAULUS Andreas L., "Legalist Groundwork for the International Criminal Court: Commentaries on the Statute of the International Criminal Court", **European Journal of International Law**, Vol. 14, Issue 4, 2003, ss. 843-860.

RODLEY Nigel S., "Breaking the Cycle of Impunity for Gross Violations of Human Rights: The Pinochet Case in Perspective", **Nordic Journal of International Law**, Vol. 69, 2000, ss. 11-26.

SANDS Philippe, "International Law Transformed? From Pinochet to Congo...?", **Leiden Journal of International Law**, Vol. 16, 2003, ss. 37-53.

SANGER Andrew, "Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of a Foreign State", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 62, 2013, ss. 193-224.

SCHABAS William, **An Introduction to the International Criminal Court**, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

SEARS Jill M., "Confronting the 'Culture of Impunity': Immunity of Heads of State from Nuremberg to *ex parte Pinochet*", **German Yearbook of International Law**, Vol. 41, 1999, ss. 125-146.

SHI Xinxiang, Diplomatic immunity *ratione materiae*, immunity *ratione materiae* of state officials, and state immunity: A comparative analysis", **Leiden Journal of International Law**, Vol. 34, 2021, ss. 45-65.

STERN Brigitte, "Can a State or a Head of State Claim the Benefit of Immunities in Case an International Crime Has Been Committed?", **ILSA Journal of International & Comparative Law**, Vol. 14, Issue 2, 2008, ss. 441-449.

STERN Brigitte. "Immunities for Heads of State: Where Do We Stand?" in LATTIMER, Mark / SANDS Philippe (ed.), **Justice for Crimes Against Humanity**, Hart Publishing, 2003, ss. 73-106.

TLADI Dire, "The ICC Decisions on Chad and Malawi. On Cooperation, Immunities, and Article 98", **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 11, 2013, ss. 199-221.

TLADI Dire, "The international law commission's recent work on exceptions to immunity: Charting the course for a brave new world in international law?", **Leiden Journal of International Law**, Vol. 32, 2019, ss. 169-187.

TUNKS Michael A., "Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity", **Duke Law Journal**, Vol. 52, 2002, ss. 651-682.

VAN ALEBEEK Rosanne, **The Immunities of States and their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law**, Oxford University Press, Oxford, 2008.

VAN ALEBEEK Rosanne, "The 'International Crime' Exception in the ILC Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Two Steps Back", **American Journal of International Law Unbound**, Vol. 112, 2018, ss. 27-32.

VASILIEV Sergey, "The International Criminal Court goes all-in: What now?", **EJIL: Talk! Blog of the European Journal of Interantional Law**, https://www.ejiltalk.org/the-international-criminal-court-goes-all-in-what-now/ (Erişim Tarihi: 30 Ekim 2023).

WATTS Arthur, "Heads of State", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2010, Online edition, Oxford University Press.

WATTS Arthur / FOAKES Joanne, "Heads of Governments and Other Senior Officials", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2012, ss. 754-758.

WILLIAMS Sarah / SHERIF Lena, "The Arrest Warrant for President al-Bashir: Immunities of Incumbent Heads of State and the International Criminal Court", **Journal of Conflict & Security Law**, 2009, Vol. 14, No. 1, ss. 71-92.

WIRTH Steffen, "*Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the* Congo v. Belgium *Case*", **European Journal of International Law**, Vol. 13, No. 4, 2002, ss. 877-893.

WIRTH Steffen, "Immunities, Related Problems, and Article 98 of the *Rome Statute*", **Criminal Law Forum**, Vol. 12, Issue 4, 2001, ss. 429-458.

### *İçtihat*

ICC, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, No. ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I, 4 March 2009.

ICC, *Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, No. ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I, 12 December 2011.

ICC, *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender or Omar Al-Bashir*, No. ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber II, 11 December 2017.

ICC, *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, No. ICC-02/05-01/09 OA2, The Appeals Chamber, 6 May 2019.

ICJ, *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, 4 June 2008, ICJ Rep. 2008.

ICJ, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 14 February 2002, ICJ Rep. 2002.

ICTY, *Prosecutor v. Blaškić (Judgment on the Request of Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997*, Case No. IT-95-14-AR108 *bis*, 29 October 1997.

SCSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Decision on Immunity from Jurisdiction, Appeals Chamber, No. SCSL-2003-01-I, 31 May 2004.

The High Court of Justice (Queen's Bench Division), Divisional Court, *In the Matter of an Applicatıon for a Writ of Habeas Corpus Ad Subjicendum, Re: Augusto Pınochet Ugarte*, Case No. CO/4074/98, 28 October 1998.

The House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, 25 November 1998.

The House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, 24 March 1999.

***Belgeler***

Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis (London Agreement), 8 August 1945, 82 **UNTS** 279.

Charter of the International Military Tribunal for the Far East, **Treaties and Other International Acts Series**, No. 1589, 19 January & 26 April 1946, ss. 20-32.

Rome Statute of the International Criminal Court, **UNTS**, Vol. 2187, No. 38544.

Statement by Permanent Representative Vassily Nebenzia at UNSC briefing on humanitarian situation in Ukraine, https://russiaun.ru/en/news/170323_n (Erişim Tarihi: 10 Ekim 2023).

Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, UN Doc. S/25704, Annex (1993).

Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, UN Security Council Resolution 955 (1994), S/RES/955 (1994).

Statute of the Special Court for Sierra Leone, https://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf (Erişim Tarihi: 17 Ekim 2023).

UN Security Council Resolution 1593 (2005), S/RES/1593 (2005).

Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980, 1155 **UNTS** 331.

**Hakemli Makale** **GSÜHFD**, 2023; 2: 1071-1104

# SAVAŞ ZARARLARININ ONARIMI VE BİREYSEL TAZMİNAT TALEPLERİ(*)

Prof. Dr. **Ayşe Füsun ARSAVA**(**)

**Öz:** İkinci dünya savaşı ertesi savaşı kaybeden devletlerin ödediği tazminat Uluslararası Hukukta tazminat konusunun güncellik kazanmasına yol açmıştır. Uluslararası Hukuk uygulamasında günümüzde devletlerin yaptıkları tazminat taleplerinin yerini artan bir şekilde insanlığa karşı işlenen suçlara ve savaş suçlarına ilişkin olarak kişiler tarafından yapılan tazminat taleplerinin aldığı görülmektedir. Savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçlar nedeniyle bireysel tazminat talepleri bakımından Uluslararası Hukukta ancak günümüzde hala sınırlı bir normatif dayanak bulunmaktadır. Tazminat kavramının içeriğinin ve uygulanma alanının Uluslararası Hukukta karmaşık bir konu oluşturması tazminat taleplerinin hukuki dayanağının ve şeklinin uygulamada her somut için özel olarak açıklığa kavuşturulmasını gerektirmektedir. Makalede devletler tarafından ödenen tazminatın kapsamı, bireysel taleplerin tür ve olanakları ve savaş mağdurlarının vatandaşlığını taşıdığı devletin tazminattan feragat etmesi tartışma konuları olarak ele alınmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Potsdam Anlaşması, Londra Borçlar Anlaşması, Savaş Tazminatı, Savaş Tazminatından Feragat, Zorla Çalıştırma.

---

(*) Bu makale, hakem incelemesinden geçmemiştir.

(**) Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye.
(ORCID: http://orcid.org/0000-0003-2275-7664; E-posta: fusun.arsava@atilim.edu.tr).

# REPARATION OF WAR DAMAGES AND CLAIMS FOR INDIVIDUAL COMPENSATION

**Abstract:** The debates regarding the compensation paid by the states that lost the second world war have led to the subject of compensation in international law becoming topical again. In international law practice at the present time, it is seen that claims for compensation made by states are increasingly being replaced by claims for compensation made by individuals regarding crimes against humanity and war crimes. In terms of individual claims for compensation for war crimes and crimes against humanity, there is still a limited normative basis in international law today. The fact that the content of the concept of compensation and its application area is a complex issue in international law, requires the legal basis and form of compensation claims to be clarified in practice, specifically for each concrete case. In the article, the scope of compensation paid by states, the types and possibilities of individual claims and the waiver of compensation by the state of nationality of war victims are considered as topics of discussion.

**Keywords:** Potsdam Agreement, London Debt Agreement, War Compensation, Waiver of War Compensation, Forced Labour.

## GİRİŞ

Uğranılan zararın giderilmesi hukuk doktrininde ve hukuki uygulamada farklı şekillerde ifade edilmektedir. Bu bağlamda onarım, tazminat, zararın giderilmesi, eski hale iade tatmin sağlama gibi kavramların karşımıza çıktığı görülmektedir. Uğranılan zararın giderilmesine ilişkin bu kavram çeşitliliği savaş zararlarının giderilmesinin ne kadar zor oluğunu göstermektedir. Bununla beraber tüm Avrupa hukuk sistemlerinde reddedilmesi mümkün olmayan temel prensip olarak ihlâl edilen hakkın yeniden tesisinin kabul edildiği görülmektedir. Teamül hukuku karakterine sahip olan bu prensip Uluslararası Hukuk anlaşmalarında, ulusal kanunlarda ve uluslararası mahkeme kararlarında teyit edilmektedir.[1]

Devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin 2001 tarihli BM anlaşma tasarısında da devletlerin Uluslararası Hukuka aykırı tasarruflarından sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir (md. 31~39). Sorumlu olan devlet zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Uluslararası Hukukta bu temel prensip gerek silahlı çatışmalarda, gerekse barış zamanında geçerlidir. Bu tazminat hem maddi hem de manevi zararları kapsamaktadır. Silahlı çatışmalar bağlamında genelde savaş tazminatı kavramı kullanılmaktadır.[2] IV no.lu La Haye (1907) anlaşmasının kara savaşı teamüllerini kodifiye eden 3. maddesinde yer alan bu prensip 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonlarına ek uluslararası silahlı çatışma kurallarına ilişkin I no.lu Ek Protokolün 91. maddesinde de yer almaktadır. Tazminat talebinde zararın somut hukuki dayanağının, zararın kapsamının, şeklinin ve zararın ne zaman ortaya çıktığının belirtilmesi gerekmektedir. Zararın devletin kendisi bakımından doğması mümkün olduğu gibi, gerçek ve tüzel kişi olan vatandaşları bakımından da doğması mümkündür. Devlet bu bağlamda vatandaşları adına zararın tazminini talep etme hakkına sahiptir. Kural olarak bu çerçevedeki düzenlemeler barış anlaşmalarında yapılmaktadır.

Devletlerarası ilişkilerde savaş tazminatı Uluslararası Hukuka aykırı tasarruflar yanı sıra, kuvvet kullanma yasağının ihlâli (ius ad bellum), insani hukukun ihlâli (ius in bello) yahut Uluslararası Hukuk tarafından korunan insan hakları ihlâllerine istinat etmektedir. Diğer taraftan savaş tazminatı sık şekilde genel uluslararası çıkarları ve adaleti sağlama amaçlı olarak da öngö-

---

1 13.9.1928 tarihli Factory at Chorzów kararı için bknz.: PCIJ, Serie A, No. 17.

2 SULLO Pietro / WYATT Julian, "War Reparations", **MPEPIL**, Vol. 1, No. 3, Oxford University Press, 2014, s. 1-14; KISCHEL Uwe, "Wiedergutmachungsrecht und Reperationen: Zur Dogmatik der Kriegsfolgen", **JZ**, Jahrgang 52, No. 3 (1997), Mohr Siebeck Verlag, s. 126-131.

rülebilmektedir. Savaş tazminatının özellikle topyekûn savaşta hiçbir şekilde savaşta verilen zararı uygulamada görüldüğü üzere tam olarak telafi etmesi mümkün değildir. Ortaya çıkan zararların savaş tazminatı ile ancak kısmen telafi edildiği kabul edilmektedir. 1945 sonrası Almanya'nın teslim olması ertesinde savaş tazminatı dahil olmak üzere Almanya için öngörülen yükümlülükler tek taraflı olarak Potsdam kararları ile Almanya'ya kabul ettirilmiştir.[3] Bu kararlar sadece savaş zararının telafisi amacını değil, aynı zamanda Almanya'nın cezalandırılması, silahsızlandırılması, askersizleştirilmesi, nazilerden arınması, demokratikleş-tirilmesi amacı gütmüştür.

Savaş tazminatı kavramı çok kapsamlı bir kavram olması nedeniyle içeriği tam olarak açık değildir. Tazminat ile zararın telafi edilmesi, eski hale getirme veya zarar görenin tatmin edilmesi istenmektedir. Ortaya çıkan zarar maddi veya manevi olabilir. Zarar parasal kayıp şeklinde ortaya çıkabildiği gibi mülkiyete el konulması, mülkiyet konusu objelerin başka yerlere gönderilmesi ve hizmet yaptırılması şeklinde de ortaya çıkabilir. Eski hale iadenin mümkün olmadığı durumlarda tazminat telâfi edici olarak gündeme gelmektedir. Bazı durumlarda eski hale iadenin *(restition)* ve tazminatın paralel olarak gerçekleşmesi olasılığı bulunmaktadır. Restitution özel yahut kamu mülkiyetinin geri verilmesi, işgal gücü tarafından el konulan tanımlanabilir sanat eserlerinin ve bunun gibi değerli objelerin, altın sikke, arşivlerin, sanayi makinalarının, tesislerin, ulaşım araçlarının geri verilmesi şekillerinde gerçekleşebileceği gibi kimi ikâme edici yöntemlerle de (örneğin ekonomik yardımın, tercihli mali işbirliğinin kabul edilmesi (1975'de Federal Almanya'nın Polonya'ya verdiği 1 milyar DM'lik düşük faizli kredi (Jumbo-Kredi) gerçekleşebilir. Federal Almanya'nın verdiği bu kredi yanı sıra Varşova yönetiminin onay vermesi kaydı ile Almanya'ya göç etmek isteyen Polonyalıların göçüne de bu bağlamda izin verilmiştir. 1990'da Polonya hükümeti kredinin geri kalan ödemesinden (570 milyon DM) feragat etmiş, bu parayı Alman hükümeti yeni kurulan Alman-Polonya İşbirliği Vakfı'na hibe etmiştir. Benzer bir durum Polonya'ya 1989'da Almanya'ya ihracat garantisi veren dış ticaret anlaşması ile sağlanmıştır.[4] Yapılan bu destekler bununla beraber sensu stricto *(dar manada)* savaş tazminatı kapsamında değerlendirilmemektedir.

---

[3] RUMPF Helmut, "Die Deutschen Reparationen nach dem zweiten Weltkrieg. Völkerrechtswidrige Entnahmen vor einem Friedensvertrag", **Deutschland in Geschichte und Gegenwart**, Yıl: 33, Sayı: 3, Grabert Verlag 1985, s. 10 vd.

[4] KÜSTERS Hanns Jürgen / HOFFMANN Daniel, Deutsche Einheit Dokumente zur Deutschlandpolitik. Sonder edition aus den Akten des Bundeskanzleramtes, 1989/90, De Gruyter Oldenbourg, 1998, s. 1369 vd.

Potsdam konferansında tazminat konusu tüm Almanya ile en kısa zamanda bir barış anlaşması yapılması beklentisi ile tamamen siyasi sebeplerle kesin olarak çözüme bağlanmamıştır. Tüm Almanya ile ancak müttefikler arasındaki gerilim nedeniyle böyle bir barış anlaşması yapılamamıştır. Potsdam anlaşmasında öngörülen çözüm bu nedenle yetersiz kalmıştır. İkinci dünya savaşından sonra yeni bir gelişme olarak ortaya çıkan bireysel tazminat talepleri sistematik olarak işlenen kitlesel Uluslararası Hukuk suçlarına istinat etmektedir. Bireysel tazminat talepleri 1945 sonrası tazminat hukukunun gelişiminde kilometre taşı teşkil etmektedir.[5] Bu gelişme sadece Almanya-Polonya ilişkileri ile sınırlı olmayan bir yeni sorunu gündeme getirmiştir. Bu bağlamda herşeyden önce bireyler tarafından yapılan spesifik taleplerin savaş tazminatının bir parçası olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. İkinci olarak bireysel tazminat hakkının saldırı yapan devlete veya onun temsilcilerine yöneltilmesinin mümkün olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Üçüncü problem olarak tazminat talebinin muhatabı devlete karşı gerçekleştirilen feragat tasarruflarının bireysel tazminat talepleri üzerinde etkisinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

## I. BİREYSEL TAZMİNAT TALEPLERİNİN SAVAŞ TAZMİNATI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Uluslararası Hukuk ihlâlleri ile doğan zararın tazmini yükümlülüğü tartışma götürmez bir konudur. Bununla beraber askeri çatışma sonucu doğan tazminat taleplerinin ne şekilde, hangi kapsamda ve nasıl talep edileceği açık değildir. Bu talepler bir devletin talebi olabileceği gibi uluslararası suç mağdurunun bireysel talebi de olabilir. Bireysel zararlarda tipik geleneksel zararlarla uluslararası suçlar nedeni ile doğan zararların birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Geleneksel zararlar (örneğin, savaş eylemleri nedeniyle kayıplar ve mallara el koyma gibi) kural olarak mali türdendir ve barış anlaşmaları çerçevesinde tazminat paketi içinde ele alınır. Kişilere vatandaşlığını taşıdıkları devletin aracılığı ile götürü bir tazminat ödenir.

İkinci Dünya savaşı Birinci Dünya savaşından kitlesel ve sistematik işlenen savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçlar (soykırım, nazi toplama kampları, ülke dışına sürgün *(deportation)*, zorunlu çalışma ve fuhuşa zorlama) yanı sıra bireylerin ulusal, ırk veya dünya görüşü nedeniyle değişik

---

[5] DOLZER Rudolf, "The Settlement of War-Related Claims: Does International Law Recognize a Victim's Private Right of Action? Lessons after 1945", **Berkeley Journal of International Law**, Vol. 20 (2002), Issue 1, s. 296 vd.

şekillerde acımasız şekilde takip edilmeleri nedeniyle ayrılmaktadır. Savaş ertesinde yapılan anlaşmaların yukarıda işaret edilen suçlara ilişkin bireysel tazminat talepleri için hukuki dayanak teşkil edip etmedikleri anlaşmalarda açıklığa kavuşturulmamıştır. 2.2.1945 tarihli Potsdam anlaşmasında öngörülen tazminat düzenlemeleri münhasıran endüstri tesislerine el konulması, devam eden üretime el konulması yahut yabancı ülkelerdeki servete el konulması nedenlerine istinat ettirilmiştir. Potsdam anlaşmasında her işgal gücünün kendi bölgesinde (Almanya'da savaş ertesi dört müttefik için kendi işgal bölgeleri belirlenmiştir) bu tazminat taleplerini değerlendirmesi kabul edilmiştir. Potsdam anlaşmasında buna karşılık savaş yahut takip edilme nedeniyle uğranılan bireysel zararların tazmini ile ilgili bir düzenleme yer almamıştır. 1946 tarihli Paris Tazminat Anlaşması'nın 2. madde T.1'de gerek kamunun, gerekse özel kişilerin tazminat taleplerine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir.[6] Bununla birlikte anlaşmada savaş veya takip edilme nedeniyle uğranılan bireysel tazminat talepleri için somut bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu tür düzenlemelerin yapılmamış olması Federal Almanya'dan daha sonra bu tür tazminat talepleri yapılmasına yol açmıştır. Anlaşmanın 8. madde T.1'i Nasyonal Sosyalist rejim tarafından takip edilen kişilere mali destek sağlanması bakımından dayanak olmuştur. Tazminat mahiyetindeki bu destek ülkesi bulunmayan (vatansız) sınırlı sayıda savaş mültecilerine ilişkin olarak da kabul edilmiştir.

Japonya ile yapılan 1951 tarihli barış anlaşmasında Japonya savaş tutsaklarına tazminat ödemekle yükümlü kılınmıştır (md.16). Japonya ile ikinci dünya savaşı ertesinde tazminat sorununa ilişkin anlaşmalarda da savaş suçları veya insanlığa karşı işlenen suçlar nedeniyle bireysel tazminat taleplerine ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Bu durum bugüne kadar hukuki uyuşmazlık nedeni olmaya devam etmektedir. 1953 tarihli Federal Almanya ve 30 devlet arasında (Sovyetler Birliği ve Polonya anlaşma tarafı değildir) yapılan Londra borçlar anlaşmasında bireysel tazminat talepleriyle ilgili bir mutabakat sağlanamamıştır. Anlaşmanın 5. madde, 2. fıkrasında birkaç kategori talebin incelenmesi daha sonraya ertelenmiştir. Bununla beraber Federal Almanya doktrininde ve yargısında bu düzenlemenin özel kişiler tarafından işlenen suçlar dahil olmak üzere Nasyonal Sosyalist rejim döneminde işlenen suçlara ilişkin tüm tazminat taleplerini kapsadığı kabul edilmektedir (Nasyonal Sosyalist rejim döneminde işletmelerin zorunlu çalıştırmadan

[6] bknz.: Agreement on Reparation from Germany, on the Establishment of an Inter-Allied Reparation Agency and on the Restitution of Monetary Gold, Paris, 14.1.1946.

yararlandığı kabul edilmektedir). Bu yaklaşım Almanya dışında eleştiri konusu olmuştur.[7] Londra Borçlar Anlaşmasının 26. maddesinde ve 8 no.lu Eki'nin 5. madde, 2. fıkrasında öngörülen ertelemenin önceden kararlaştırılan tazminat talepleri bakımından geçerli olmadığı kabul edilmiştir. 1952'de Almanya ve İsrail arasında Nasyonal Sosyalist rejim esnasında zarar gören Yahudilere tazminat verilmesiyle ilgili anlaşma yapılmıştır.

Bu ödemeler ertelenen tazminatlar için öngörülmemiştir. Federal Hükümet ve üç müttefik arasında yapılan 1952/1954 tarihli geçiş anlaşmasında (*Überleitungsvertrag*) ilk kez tazminatlarla ilgili yeni bir hukuki kategori ortaya çıkmıştır.[8] Anlaşmanın IV bölümüne (Kapitel) göre Bonn Nasyonal Sosyalist rejim döneminde savaş ve takip edilme nedeniyle doğan ertelenmeyen telafi edici ödemeleri yapmakla mükellef kılınmıştır. Buna karşılık VI. bölümde tazminata ilişkin düzenlemede Almanya ile bir bütün olarak barış anlaşması yapılıncaya kadar tazminat ödemeleri ertelenmiştir. 1950'li yılların başında yapılan söz konusu bu anlaşmalar barış anlaşmasında yapılacak düzenlemeye kadar tazminat sorununun ertelendiğini ortaya koymaktadır. Bununla beraber dört savaş galibi devletin Uluslararası Hukuk muvacehesinde sahip olduğu yetkiler saklı tutulmuştur. Tazminat ödemeleriyle ilgili erteleme siyasi olarak gerekçelendirilmektedir. Soğuk savaş esnasında batı dünyasında Avrupa entegrasyonunun gerçekleştirilmesi gayretleri bağlamında savaştan zarar gören ve zayıflayan Alman ekonomisinin yeniden yapılandırılması ve demokrasinin ve insan haklarının güçlendirilmesi hedefi benimsenmeye başlanmış ve hedef gerçekleştiği nispette Sovyet komünizminin önlenmesi ve genç Alman Cumhuriyeti'nin kontrol altında tutulmasının mümkün olacağı varsayılmıştır.

Tazminat konusunun uluslararası seviyede ertelenmesi Nasyonal Sosyalist rejim mağdurlarının bireysel tazminat taleplerinin çözümüne katkı sağlamayacağı açıktır. 1950'li yılların başından itibaren Uluslararası Hukuk ihlâlleri nedeniyle doğan tazminat taleplerine, münhasıran bireysel tazminat sorununun çözümüne yoğunlaşıldığı görülmektedir.[9] Federal hükümet tarafından gerçekleştirilen ödemeler Federal Alman hükümeti tarafından ex gra-

---

[7] US District Court fort he District of New Jersey, Iwanowa v. Ford Motor Co., 67 F.Supp.2d 424 (D.N.J.1999), 28.10.1999.

[8] bknz.: BGBl. 1955 II, 405; geçiş anlaşmasında savaş ve işgal nedeniyle doğan sorunlar Almanya'da işgalin sona erdirilmesine ilişkin 23.10.1954 tarihli Paris protokolünün IV. listesinde yer alan sıralamaya göre değiştirilmiştir.

[9] BUXBAUM Richard M., "From Paris to London: The Legal History of European Reparation Claims: 1946-1953", **Berkeley J. Int'l L**. 31 (2013), s. 323 vd.

tia *(hatır ödemesi)* olarak nitelendirmiştir. İhtiyari olarak yapıldığı söylenen bu ödemeler uluslararası suçlar nedeniyle uluslararası camianın baskısı ile yapılan ödemelerdir. 1950'li yılların sonunda Federal Alman hükümeti 12 batı Avrupa devleti ile Nasyonal Sosyalist rejim mağdurları için götürü tazminat yükümlülüğü getiren anlaşma yapmıştır.[10] Yapılan anlaşmalarda yeniden iyi hale getirme *(Wiedergutmachung)* kavramının bireysel tazminat ödemeleri, Potsdam anlaşmasında yer alan reparation *(zararın onarımı)* kavramının ise uluslararası seviyede savaşta uğranılan zararların (para ödenmeksizin de) herhangi bir şekilde telafi edilmesi için kullanıldığı görülmektedir. Yeniden iyi hale getirme kavramı bu bağlamda (Yahudiler dahil olmak üzere) münhasıran Doğu Avrupalı Nasyonal Sosyalist rejim mağdurları için kullanılmamıştır.[11] Savaş sonrası hukuki uygulamada Federal Alman hükümetinin Polonya vatandaşlarının bireysel tazminat taleplerini bu taleplerin uluslararası seviyede yapılan anlaşmalara istinat etmediği gerekçesi ile reddettiği görülmektedir. Tazminat konusu yukarıda işaret edildiği üzere tüm Almanya ile barış anlaşması yapılması ertesine ertelenmiştir. Bu nedenle mahkemeler, uluslararası hukukçular ve politikacılar Almanya'da Polonya'nın 1953 tarihli Londra Borçlar Anlaşmasına taraf olmadığına dikkat çekmiştir. Polonya ve Sovyetler Birliği 1953'de Almanya'nın tazminat ödemesinden Uluslararası Hukuk ışığında feragat etmiştir; bireysel tazminat ödemesi ayrıca önkoşul olarak Federal Almanya Cumhuriyeti'nin mağdurun vatandaşlığını taşıdığı devletle diplomatik ilişkilerinin bulunmasını gerektirmektedir. Federal Alman hükümeti bunun dışında tazminat ödemelerinde savaşın bitiş tarihinin esas alınması gerektiğinin altını çizmiştir.

İki Almanya'nın birleşmesi ertesinde 1990'lı yılların başında Federal hükümet Doğu Avrupalı Nasyonal Sosyalist rejim mağdurlarının bireysel tazminat ödemelerini ex gratia Polonya'da, Rusya'da, Beyaz Rusya'da ve Ukrayna'da kurulan özel vakıflar üzerinden ödemiştir. Yapılan ödemenin miktarı 1.5 milyar DM'dir. Bu meblağın 500 milyon DM'si Alman-Polonya barışma vakfına aktarılmıştır. Diğer bireysel tazminat ödemeleri Berlin'de 17.7.2000'de gerçekleştirilen çok taraflı müzakerelerde belirlenmiştir. Bu çerçevede o dönemde Polonya'da yaşayan Nasyonal Sosyalist rejim mağdurlarına yapılan ödeme toplam olarak 1.812 milyar DM olarak hesaplanmıştır.

---

[10] LAMBSDORFF, Otto Graf, The Long Road Towards the Foundation Remembrance, Responsibility and the Future, 25.6.2001 tarihinde Berlin'de yaptığı konuşma.

[11] LAMBSDORFF, Otto Graf.

## A. Federal Almanya Yargı Kararları ve Doktrinine Göre Tazminat Kavramı

Federal Almanya yargı kararları ve doktrinine göre tazminat kavramı savaşa bağlı tüm talepleri içeren bir kavram olarak kabul edilmektedir. Nasyonal sosyalist rejim tarafından takip edilen mağdurların bireysel tazminat talepleri de bu kavram altında mütalaa edilmektedir. Bununla beraber bireysel taleplerin iddia edilmesi ancak sadece devletler seviyesinde olabilir. Bunun için de anlaşma dayanağı gereklidir. Bu yorum şüphesiz Federal Almanya'nın mali ve siyasi çıkarlarına uygundur. 1950'li yılların başında tazminat ödemelerinin Almanya ile bir bütün olarak barış anlaşması yapılmasına ertelenmesi bireysel tazminat talepleri ile ilişkilendirilmiştir. Buna rağmen Federal Alman hükümeti tazminat ödemelerinin ertelenmesinden bağımsız olarak - iki Almanya'nın birleşmesi öncesi ve sonrası - bireysel tazminatları *(yeniden iyi hale getirme)* doğrudan savaş tazminatının bir parçası olarak ödemiştir. Bireysel tazminat taleplerinin Potsdam anlaşması muvacehesinde savaş tazminatının parçası olarak görülmesi Uluslararası Hukuk'taki hâkim görüşten sapan çelişkili bir durumun ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Alman yargı kararlarında bununla beraber bireysel tazminat taleplerini savaş tazminatının bir parçası olarak görmeyen örnekler bulunmaktadır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre bireysel tazminat talepleri için Uluslararası Hukuk'ta mutlaka bir anlaşma dayanağına gerek bulunmamaktadır. Bu dayanağı bir uluslararası hukuk anlaşmasından bağımsız olarak bir federal kanun da sağlayabilir.[12] Tazminat ödemelerinin kapsam ve şekli konusundaki çelişkiler soğuk savaş dönemindeki hukuki ve siyasi koşullardan kaynaklandığı gibi, Almanya ile bütünü itibariyle barış anlaşması yapılmamasından da kaynaklanmıştır. Bireysel tazminat başvurularının karşılanması bağlamında örnek teşkil eden herhangi bir uygulamanın ve hukuki dayanağın bulunmaması 1945 sonrası tazminat sorununun Federal Almanya ile anlaşmalar veya ulusal düzenlemeler üzerinden çözümlenmesine yol açmıştır. Bu durum ağır savaş suçları işleyen Almanya'ya tazminatın uygulanma alanının onun tarafından belirlenmesi imkânı vermiştir.

Kimi tazminat iddialarının zaman aşımına uğradığını iddia eden Federal Alman hükümeti, Alman mahkemeleri ve doktrini hangi haklar için zaman aşımının, hangi haklar için tek taraflı feragat durumunun doğduğunu sapta-

---

[12] Alman Anayasa Mahkemesi İkinci Senatosu'nun 13.5.1966 tarihli kararı için bknz.: 2BvL 33/93.

mış, bunun ötesinde Nasyonal Sosyalist rejim mağdurlarının bireysel tazminat talepleri için (örneğin zorla çalıştırma için) hukuki dayanağın bulunup bulunmadığını, hangi hukuki dayanağa göre bu taleplerin yapılabileceğini, bu tazminatların savaş zararlarının onarımının bir parçası olarak görülmesinin mümkün olup olmadığını tek taraflı karara bağlamıştır. Tazminat ödemesine ilişkin moratoryumun iki Almanya'nın birleşmesi ile sona ermesine bağlı olarak Federal Almanya hükümeti bu sorunun nihai olarak Uluslararası Hukuk'ta ad acta düzenlenmesini talep etmiştir. Bu gayretler başarılı bir sonuç vermiştir. 12.9.1990 tarihli iki+dört anlaşması olarak da anılan anlaşma savaş galibi devletlerin zımni onayı ile savaş zararlarının onarımı sorununu çözmüştür. Bununla beraber takip eden yıllarda bireysel tazminat talebi sorunlarının devam ettiği görülmüştür.

### B. İkinci Dünya Savaşı Sonrası Ortaya Çıkan Tablo

Ortaya çıkan tablo ikinci dünya savaşı sonrası savaş zararlarının onarımı *(Reparation)* kavramının bu savaşta işlenen savaş suçlarının ve insanlığa karşı işlenen suçların kitlesel ve sistematik karakteri nedeniyle daha kapsamlı yorumlandığını göstermektedir. Bireysel tazminat talepleri savaş sonrasında sadece genel ve sistematik olmayan şekilde düzenlenmiştir. Uygulamada tazminat talepleri prensip olarak siyasi-hukuki özel anlaşmaların konusu olmuştur. Bireysel tazminatlar yeniden iyi hale getirme bağlamında savaş zararlarının onarımından feragat yahut ödemenin ertelenmesinden bağımsız olarak gerek iki Almanya'nın birleşmesi öncesi, gerekse sonrası ödenmiştir. Bu tablo savaş suçları nedeni ile yapılan bireysel tazminat taleplerinin Uluslararası Hukuk ihlâlleri nedeniyle Potsdam anlaşmasında Almanya için öngörülen savaş zararlarının onarımından genel olarak farklı olduğunu ortaya koymaktadır.

ABD ve Federal Alman hükümeti arasında resmi düzeyde yapılan 2000 tarihli nota teatisinde savaş zararlarının onarımı konusunun kapandığı teyit edilmiştir. Bununla beraber bu teyit ile her iki hükümetin Potsdam anlaşması muvacehesinde savaş zararlarının onarımı için yapılan ödemeleri değil, Nasyonal Sosyalist rejim kurbanlarının bireysel tazminat taleplerini esas aldığı kabul edilmektedir. Bireysel tazminatların geniş yorumlanan savaş zararlarına ilişkin ödemelerin bir parçası olarak görülmesi ve anlaşmalar üzerinden (barış anlaşması da dahil olmak üzere) düzenlenmesi konusunda prensip olarak herhangi bir itiraz bulunmamaktadır. Bu düzenlemelerin ancak sonradan uyuşmazlıkların çıkmaması için itinalı ve açık şekilde formüle edilmesi gerekmektedir.

## II. BİREYSEL TAZMİNAT TALEPLERİ VE TALEP EDİLME ŞEKLİ

Uluslararası suç mağdurlarının hangi hukuki dayanak ışığında bireysel tazminat talebi yapabileceği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.[13] Bireysel tazminat taleplerinin somut bir Uluslararası Hukuk normuna istinat etme gereği var mıdır? Bu taleplerin münhasıran mağdurun vatandaşlığını taşıdığı devlet tarafından mı yapılması gerekmektedir?

### A. IV No.lu La Haye Konvansiyonu'nun 3. Maddesi ve 1977 Tarihli I No.lu Ek Protokolün 91. Maddesinde Yer Alan Genel Prensip

IV no.lu La Haye Konvansiyonu'nun 3. maddesinde ve 1977 tarihli I no.lu Ek Protokolün 91. maddesinde yer alan genel prensip tazminat talebinin uluslararası seviyede yapılmasını öngörmektedir. Bu hükümler devletlere karşı yapılacak bireysel talepler konusunda yeterli bir dayanak sunmamakla beraber, devletlerin uluslararası sorumluluğuna dayanak teşkil etmektedir. Bu nedenle bireysel tazminatlara dayanak teşkil edecek ve bu talepleri mümkün kılacak somut hukuki dayanağa gereksinim bulunmaktadır. Tazminat sorunları bağlamında ancak bu sorunların çözümüne ilişkin uluslararası yahut ulusal düzeyde somut bir prosedür bulunmamaktadır. Uluslararası Hukuk sorumlu devleti iç hukukunda düzenleme yapmakla yükümlü kılmaktadır.[14] Uygulamada bireysel tazminat talepleri için nadir şekilde uluslararası mahkemelere başvuru yapıldığı görülmektedir. Bireyin tazminat talebinin ele alındığı bu davalarda bireyin vatandaşlığını taşıdığı devlet müdahil olarak yer almaktadır. Ulusal mahkeme içtihatlarında hakim olan yaklaşım yabancılara karşı işlenen uluslararası suçlar nedeniyle mağdur bireyin değil, mağdurun vatandaşlığını taşıdığı devletin tazminat talebi yapma hakkına sahip olduğu yönündedir. Mağdurun vatandaşlığını taşıdığı devlet diplomatik koruma üzerinden kendi hakkını talep etmektedir. Uluslararası Hukuka göre münhasıran devletlerin hak sahibi olabileceğini kabul eden bu prensip 1943'ten 1945'e kadar olan zaman diliminde insan hakları

---

[13] BOTHE Michael, **Remedies of Victims of War Crimes and Crimes against Humanities: Some Critical Remarks on the ICJ's Judgement on the Jurisdictional Immunity of States**, ed. Anne Peters / Evelyne Lagrange / Stefan Oeter / Christian Tomuschat, Immunities in the Age of Global Constitutionalism, Brill-Nijhoff 2014, Leiden / Boston; s. 99-115; TOMUSCHAT Christian, **Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law**, Ed. Albrecht Randelzhofer / Christian Tomuschat, State Responsibility and the Individual, M. Nijhoff Publishers (1999), The Hague / Boston, s. 1-26.

[14] bknz.: Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984), Art. 14; International Covenant on Civil and Political Rights (1966), Art. 2(3)(a); Convention fort the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom (1950), Art. 41.

ihlâlleri bakımından da geçerli kabul edilmiştir.[15] Bu tablo devletlerin egemen eşitliği prensibi ile birey haklarının korunması arasında zor olsa da belli bir ölçüde denge kurulmasını esas almaktadır. Bu dengenin yavaş yavaş bireysel haklar yerine değiştiği görülmektedir.

### B. Uluslararası Silahlı Çatışmalardan Doğan Bireysel Tazminat Uyuşmazlıkları

Uluslararası silahlı çatışmalar bağlamında bireysel tazminat uyuşmazlıkları genellikle bu hakkı somutlaştıran kuralların ve yetkili uluslararası mahkemenin öngörülmemesi nedeni ile doğmaktadır. Egemenlik tasarruflarına *(acta iure imperii)* istinaden devletlerin birbirleri aleyhlerine ulusal mahkemeler nezdinde dava açması devletlerin yargı bağışıklığı prensibi muvacehesinde kabul edilmemektedir. Devletlerin yargı bağışıklığı prensibi bununla beraber bir ulusal mahkemenin diğer bir devletin egemenlik tasarrufunun yasal yahut yasal olmadığını karara bağlanmasını ve uluslararası sorumluluk durumlarında eski hale getirme kararı verilmesini engellememektedir. Devletlerin yargı bağışıklığı aynı şekilde uluslararası düzenlemeler muvacehesinde bireysel tazminat taleplerini engellememektedir. Kimi ulusal mahkemeler aynı şekilde silahlı çatışmalar nedeniyle yapılan bireysel tazminat taleplerinin siyasi bir sorun teşkil ettiğini, bu nedenle ulusal mahkemelerin bireysel tazminat talepleri konusunda yetkili olmadığı görüşünü benimsemektedir.[16] Bu görüş Amerikan ve Japon mahkemeleri tarafından benimsenmektedir.[17]

Mağlup olan devletin mali ve ekonomik kapasitesini dikkate alan barış anlaşması düzenlemeleri bireysel tazminat taleplerinin yapılmasını güçleştirmektedir.[18] Aynı etkiyi mağdur devletin vatandaşları adına yaptığı feragat da doğurmaktadır. Bütün bu nedenlerle mağdurlar çoğu kez Uluslararası Hukuk ihlâli yapan devlete karşı etkin bir şekilde tazminat talebi yapma araçlarını ve yolları-

---

[15] krşt.: BGH, Urteil vom 26.6.2003-III ZR 245/98, Rdnr. 36; BVerfG, Beschluss vom 15.2.2006-2BvR 1476/03, Rdnr. 21; BGH Urteil vom 6.10.2016-III ‘R 140/15, Rdnr. 16.

[16] WILLIG Sarah, “Politics as Usual? The Political Question Doctrine in Holocaust Restitution Litigation”, **Cardozo L. Rev**., Vol. 32, No. 2 (2010), s. 723-753.

[17] US District Court for the District of New Jersey, Burger-Fischer versus Degussa AG, 65 F. Supp. 2d 248 (1999), 21.9.1999; Japan, Supreme Court, Nishimatsu Construction Co. versus Song Jixia et. Al., Judgement of 27.4.2007.

[18] bknz: Potsdam Agreement, 1945 - Protocol of the Proceedings, Part II(B), 19; Paris Reparations Treaty (1946), Art. 4 (C)(11)(c), Treaty of Peace with Italy (1947), Art. 74 A(1) and (3), 74 B(3); Treaty of Peace with Japan (1951), Art. 14(a); Überleitungsvertrag, Chapter IV§3 *(Vertrag zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen)*; Versailles Vertrag (1919), Art. 232-234.

nı kullanamamaktadır. Bunun ötesinde uluslararası teamül hukukunda henüz devletlerin egemenlik tasarruflarına ilişkin yargı bağışıklığı istisnaları teşekkül etmemiştir. Yargı kararlarında hala yargı bağışıklığı hukuken prosedürel bir engel olarak kabul edilmektedir.[19] Sadece sınırlı birkaç devlette egemenlik tasarruflarına ilişkin yargı bağışıklığının sınırlandırılması eğilimi görülmektedir. Bu eğilim terörist eylemlerin desteklenmesi (ABD ve Kanada) yahut savaş suçları veya insanlığa karşı işlenen suçlar gibi ağır Uluslararası Hukuk ihlâlleri (Yunanistan, İtalya, Polonya) durumunda ortaya çıkmaktadır.[20]

Bu bağlamda önemsiz görülmeyen bir konu da icra bağışıklığı olarak karşımıza çıkmaktadır. Konunun icranın gerçekleşeceği ülkede sorumlu devletin ticari amaçla kullanılmayan mülküne el konulması bağlamında tartışıldığı görülmektedir. Günümüzde sorumlu devletlerin icra bağışıklığı yaklaşımının güçlendiği görülmektedir (Belçika, Rusya, Fransa). Bu durum silahlı çatışmalar çerçevesinde doğan uluslararası sorumluluğun oldukça karmaşık olmasından ileri gelmektedir. Ulusal ve uluslararası mahkemeler nezdinde açılan bireysel tazminat davalarında problem teşkil eden en önemli husus sorumlu devletin ülkesinde kanıt toplama zorluğudur. Buna ilave olarak egemenlik tasarruflarına ilişkin yargı bağışıklığının kötüye kullanılma olasılığı bulunmaktadır. Mağdurların hakkını korumak için bu nedenle başka çözümlerin aranması gerekmektedir.[21]

İnsan hakları koruması ve devletlerin yargı bağışıklığı arasında halledilmesi zor bir gerilim ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle ulusal mahkemelerin içtihatlarında şimdiye dek bir uyumluluk görülmemektedir. Bu çerçevede ulusal mahkemeler açık şekilde bir çekimserlik sergilemektedir.[22] Bu durum devletlerin çıkarları ile bireylerin çıkarlarını daha iyi dengeleyecek bir çözüm bulunmasını gerekli hale getirmiştir.

---

19 ICJ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), Judgement of 3.2.2012; ECtHR, Jones et al. Versus United Kingdom, Nos. 34356/06 and 40528/06, Judgement of 14.1.2014.

20 Italy, Supreme Court, Ferrini versus Federal Republic of Germany, Judgement of 11.3.2004; BOGGERO Giovanni, "The Legal Implications of Sentenza No. 238/2014 by Italy's Constitutional Court for Italian Municipal Judges: Is Overcoming the "Triepelian Approach" Possible?", **ZaöRV**, Vol. 76 (2016), s. 203-224.

21 TOMUSCHAT Christian, Individual Reparation Claims.

22 WEBB Philippa, **International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts**, Ed. Malcolm D. Evans, International Law, Part IV/11, Oxford University Press (2018), s. 318 vd; KEITNER Chimène, "Authority and Dialogue: State and Official Immunity in Domestic and International Courts", **Cambridge University Presss** (2016), bağlantı: http://papers.ssrn.com/abstract2809829 (erişim tarihi: 20.02.2023); TOMUSCHAT Christian / THOUVENIN, Jean Marc (Hrsg.), **The Fundamental Rules of the International Legal Order**, Brill (2006), 203 vd.

### C. Uluslararası Hukuk Anlaşmalarına İstinaden Bireylerin Tazminat Haklarını Talep Etmesi

Uluslararası Hukukun 1945'ten itibaren gösterdiği gelişme bireylerin giderek Uluslararası Hukukun süjesi (muhatabı) olmasını sağlamıştır. Bu nedenle Uluslararası Hukuk ihlâllerine ilişkin bireysel tazminat talepleri devletler tarafından olsun, bireyler tarafından olsun daha sık ulusal yahut uluslararası mahkemelere taşınmaktadır. Kimi Uluslararası Hukuk anlaşmalarında bireylere sorumlu devlete karşı dava yolu ile uluslararası mahkeme veya organları nezdinde doğrudan tazminat talep etme hakkı ve olanağı verilmiştir (örneğin İnsan Hakları Mahkemesi, BM İnsan Hakları Komitesi nezdinde). Bu durum AİHK'nin silahlı çatışmalarda extraterritorial uygulanması çerçevesinde de söz konusu olmaktadır.[23] Bununla beraber bu durum bireysel tazminat taleplerinin baştan caiz olduğunu veya devletlerin yargı bağışıklığının genel olarak ortadan kalktığını göstermemektedir. Bireysel tazminat talepleri için bir anlaşma dayanağının olmaması halinde prensip olarak mağdurun vatandaşlığını taşıdığı devletin diplomatik himayesi üzerinden talep yapılmaktadır. Diplomatik himaye ile sorumlu devlete baskı uygulanmaktadır. Bu baskı sonucu çoğu kez devletler arasında sağlanan uzlaşı ile ulusal yahut uluslararası özel bir vakıf veya komisyon üzerinden mağdurun zararı telâfi edilmektedir. Bireysel tazminatın hukuki dayanağını günümüzde uluslararası bir anlaşma yahut ulusal düzenleme sağlamaktadır. Bu gelişme Federal Alman doktrininde ve uygulamasında görülmektedir. Federal Alman hükümeti bu bağlamda 1950 sonlarında birçok batı ülkesi ile, 1990 başlarında birkaç doğu Avrupa ülkesi ve ABD ile iki taraflı anlaşmalar yapmıştır. 2000 yılında Berlin'de gerçekleştirilen siyasi mutabakat sonucu federal bir kanunla Alman Vakfı kurulmuştur.[24] Bu vakıf yabancı ülkelerdeki Nasyonal Sosyalist rejim mağdurlarının (özellikle zorla çalıştırılma nedeni ile) bireysel zararlarını mağdurların ülkelerinde kurulan Partner *(ortak)* örgütler üzerinden ödemiştir.[25] Bu bağlamda öncelikle

---

[23] MILANOVIC Marko, "Extraterritorial Application of Human Rights Treaties", **Law, Principles and Policy**, Oxford University Press (2011), s. 1-276; GONDEK Michał, "The Reach of Human Rights in a Globalising World, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties", **Intersentia** (2009), Antwerp, s. 1-442; ECHR Al-Skeine and others versus The United Kingdom (No. 55721 (07), (Judgement of 7.7.2011).

[24] "Geçmişi Hatırlamak, Sorumluluk ve Gelecek" ismiyle 2.8.2000'de kurulan vakfın dayanağını oluşturan kanun 12.8.2000'de yürürlüğe girmiştir. Bknz.: BGBl. 2000 I, 1263.

[25] SAATHOFF Günter / GERIANT, Uta / MIETH, Friederike / WÜHLER, Norbert, **The German Compensation Program for Forced Labor: Practice and Experiences**, Foundation Remembrance, Responsibility and Future (2017), Berlin, s. 1-271; GOSCHLER Constantin / BRUNNER José / RUCHNIEWICZ Krzysztof,/THER Philipp, **Die Entschädigung von NS-**

Uluslararası Mülteciler Örgütü (IOM) bünyesinde faaliyet gösteren Property Claims Commission (*mal uyuşmazlıklarını çözen hakemlik komisyonu*) mağdurların kaybettikleri malları nedeniyle yaptıkları tazminat taleplerini 2000 tarihli Berlin mutabakatı ışığında incelemektedir. Berlin mutabakatı doğrultusunda ayrıca hükümet dışı bir kuruluş olarak International Commission on Halocaust Era Insurance Claims (ICHEIC) kurulmuştur. Bu hükümet dışı kuruluş sigorta şirketleri ile ikinci dünya savaşı mağdurlarının somut tazminat taleplerini müzakere etmiştir.

Bu bağlamda diğer örnekleri Irak için kurulan United Nations Compensation Commission [*UN Security Council Res. 687 (1991)]* ve Etiyopya-Eritre için kurulan Eritrea-Ethiopia Claims Commission (2009) vermektedir.[26] Her iki hakemlik komisyonu da tazminat ödemelerinin devletlere yapılmasını kabul etmekle beraber, gerçek ve tüzel kişilerin yaptıkları bireysel talepleri açıkça caiz görmüştür. Bireysel talepler mağdurların devletleri tarafından komisyonlara iletilmiştir. Kabul edilen tazminat ödemelerini mağdurların vatandaşlığını taşıdığı devlet yapmıştır. !945'den itibaren bireysel ödemeler için başka yöntemler de kullanılmaktadır. Örneğin Fransa'da mallarına el konulan Yahudi mağdurların (Fransa tarafından veya onun katkısıyla) zararlarının karşılanması için bir kanun ihdas edilmiştir.[27] Savaş galibi müttefikler Avusturya'yı 1955 tarihli Moskova anlaşmasında (21. madde) tazminat yükümlülüğünden azade etmiş olsalar da Avusturya bir kanun (28.2.2001) ihdas ederek savaş mağdurlarının bireysel zararları için tazminat ödemeyi kabul etmiştir. 24.10.2000 tarihli Polonya-Avusturya anlaşmasında Nasyonal Sosyalist rejim mağduru zorla çalıştırılan Polonyalılar için bireysel zararların Avusturya tarafından ihtiyari olarak tazmin edilmesi kabul edilmiştir.

---

**Zwangsarbeit am Anfang des 21. Jahrhunderts.** Die Stiftung "Erinnerung, Verantwortung und Zukunft und ihre Partnerorganisationen, Bd. 1-4, Wallstein Verlag (2012), Göttingen, s. 1-1143.

[26] PAYNE Cymie R., Legal Liability for Environmental Damage: **The United Nations Compensation Commission and the 1990-1991 Gulf War**, Ed. Carl Bruch / Carroll Muffet / Sandra S. Nichols, Governance, Natural Resources and Post-Conflict Peacebuilding, Routledge / İngiltere (2016), s. 719 vd.; CARON David D., "International Claims and Compensation Bodies", **King's College London Dickson Poon School of Law, Legal Studies Research Paper series**, Paper no. 2014-24, s. 1-19; MATHESON Michael J., "Eritrea-Ethiopia Claims Commission: Damage Awards", **ASIL Insight**, 4.9.2009, Vol. 13, Issue 13.

[27] Décret No. 99-778, 10.9.1999; krşt.: Agreement between the Government of United States of America and the Government of the French Republich on Compensation for Certain Victims of Holocaust-Related Deportation from France who are not Covered by French Programs, 8.12.2014.

Amerikan Kongresi Amerika'nın savaş eylemleri sonucu doğan savaş mağduriyetlerinin tazminatla ex gratia karşılanması olanağını kabul etmektedir.[28] Amerikan yargısının buna karşılık Amerikan şirketlerinin Amerika dışında gerçekleştirdikleri insan hakları ihlâlleri bağlamında dar bir yaklaşım içinde oldukları görülmektedir.[29] ABD'de bunun ötesinde Foreign Claims Settlement Commission yabancı devletlerin düşmanca davranışları nedeni ile zarar gören Amerikan vatandaşı gerçek ve tüzel kişilerin -özellikle savaş veya mülklerinin millileştirilme ile- uğradıkları zararları tespit etmektedir Iran-United States Claims Tribunal 1981'de bu bağlamda kurulmuştur.[30]

### D. Ulusal Mahkemeler Nezdinde Açılan Bireysel Hukuk Davaları

Kimi durumlarda ulusal mahkemeler yabancı veya yerli tüzel kişilere (devlete değil) karşı açılan bireysel hukuk davalarını kabul etmektedir.[31] 1990'lı yılların sonunda bir Amerikan mahkemesi ikinci dünya savaşı sırasında uğranılan bireysel zararlar nedeniyle İsviçre bankalarına karşı toplu dava açılmasını kabul etmiştir.[32] Ancak zorla çalıştırma nedeniyle uğranılan bireysel zararların tazmini için Alman işletmelerine karşı açılan toplu davaları Amerikan mahkemesi reddetmiştir. Amerikan hükümeti de aynı paralelde bir görüş tesis etmiş ve bu davaların açılabilmesi için 17.2.2000 tarihli Berlin mutabakatı gibi bir çok taraflı bir mutabakata ihtiyaç bulunduğunun altını çizmiştir.[33] Aynı paralelde Güney Kore Yüksek Mahkemesi tarafından Kore vatandaşlarının ikinci dünya savaşı esnasında Japon fabrikalarında zorla çalıştırılmaları nedeni ile ilgili yaptıkları bireysel tazminat talepleri 1965'de iki devlet arasında Japonya'nın ekonomik ve mali durumu dikkate alınarak yapılan anlaşmaya istinaden kabul görmemiştir. Kore ve Japonya söz konusu anlaşmada vatandaşları adına karşılıklı olarak tazminattan fera-

---

28 John S. McCain National Defence Authorization Act for Fiscal year 2019, Public Law 115-232, 13.8.2018.

29 Supreme Court of the United States, Kiobel versus royal Dutch Petroleum Co. et al., No. 10-1491, 17.4.2013.

30 bağlantı http://www.usdoj.gov (erişim tarihi 20.02.2023).

31 bknz.: United States Supreme Court, Samantar v. Yousuf, 130 S.Ct.2278,2290, 1.6.2010; United States, Filartiga v. Péna-Irala, 630 F.2d 876 (2d Cir 1980), 30.6.1980.

32 US District Court for the Eastern District of New York, Swiss Banks Settlement: In re Holocaust Victim Assets Litigation.

33 US District Court for the District of New Jersey, Burger-Fischer v. Degussa AG, 65 F. Supp.2d 248 (1999); krşt.: United States District Court, District of New Jersey, Brief on the Republic of Poland as amicus curiae, Warsaw, 28.7.1999.

gat etmiştir. Güney Kore Yüksek Mahkemesi 2018 tarihli kararında bu nedenle Japonya'nın (devlet olarak) değil, büyük Japon işletmelerinin tazminat ödemesini karara bağlamıştır.

Yukarıda verilen örnekler bu alandaki içtihatlardaki gelişmeyi ortaya koymaktadır. Bu bağlamda bireysel tazminat taleplerinin etkin bir prosedürün mevcut olmasından bağımsız olarak yapıldığı görülmektedir. Uluslararası Ceza Hukuku alanında da bu alanda öncelikle gerçek kişilerin ceza hukuku sorumluluğu söz konusu olsa da yavaş yavaş devletlerin sorumluluğuna ilişkin değişikliklerin ortaya çıktığı görülmektedir (bknz.: icc 75. md., 1. fıkra). Bireysel tazminat taleplerinin yapılması ve bu taleplerin değişik şekillerde karşılanması günümüzde caiz görülse de bu taleplerin kabul ve karşılanmasında prensip olarak devletlerin aracı olması gerekmektedir. Aynı paralelde yargı tarafından kabul edilen bireysel tazminat taleplerinin karşılanmasında hükümet dışı kuruluşların yardımı (yerli vakıflar, uluslararası organlar yahut sivil toplum örgütleri) uygulamasının yaygınlaştığı görülmektedir.

## III. DEVLETLERİN VATANDAŞLARI ADINA BİREYSEL TAZMİNAT HAKLARINDAN FERAGAT ETMESİ

Bu çerçevede gerek savaş koşullarına bağlı olarak doğan zararlar, gerekse uluslararası suçlar nedeniyle doğan zararlar ve Uluslararası Hukukun ne ölçüde devletlerin yetkilerini sınırladığı ele alınmaktadır.

### A. Askeri Çatışmanın Sona Ermesi Ertesinde Tazmin Talebinden Feragat Etme

Askeri çatışmanın sona ermesi ertesinde çatışma tarafı devletler çoğu kez tek taraflı veya karşılıklı olarak çatışma bağlamında doğan zararların tazmini talebinden feragat etmektedir. Bu durum özellikle mağdurun vatandaşlığını taşıdığı devletin üzerinden yapılan bireysel tazminat talepleri bakımından önem taşımaktadır. Savaş tazminatı 1945 sonrası yapılan birçok anlaşmada teyit edildiği üzere ilgili devletlerin mali olanaklarının dikkate alınmasını teminen mantıklı ve ölçülü olma prensiplerine atıfta bulunmaktadır.[34] Bu çerçevede yapılan tazminat feragatleri olağan dışı bir durum teşkil

[34] Potsdam anlaşmasının (1945) Protocol of the Proceeding, Part II(B), 19; Paris Tazminat Anlaşması'nın (1946) 4. md. (C)(ii)(c); İtalya ile yapılan barış anlaşmasının (1947), 74. md. A(1) ve 74. md. B(3); Japonya ile yapılan barış anlaşmasının (1951) 14. md. (a); Geçiş Anlaşmasının IV. Bölüm, §3; Versay Anlaşması'nın (1919) 232-234 maddeleri; ILC, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries (2001), md. 34, md. 35.

etmemektedir ve herşeyden önce siyasi veya ekonomik durum dikkate alınarak kabul edilmektedir. Aynı paralelde somut hukuki tasarruflarla feragatin detaylandırılması gerekmektedir.

Bir devlet tarafından savaş tazminatından feragat edilmesi birçok belirsizlikleri de beraberinde getirmektedir. Herşeyden önce feragat çoğu kez bireysel tazminat talepleri bakımından açıklık getirmemektedir. Böyle bir açıklık getirse dahi yine çoğu kez bireysel tazminat talepleri bakımından feragatin savaş suçlarına mı, savaş koşullarına bağlı olarak doğan zararlara mı ilişkin olduğu belirsiz kalmaktadır.[35] Açıklığa kavuşturulması gereken bir konu da böyle bir feragatin savaş mağdurlarının hakları muvacehesinde ne ölçüde caiz olduğudur. O dönem uygulamasında bu konuların açıklığa kavuşturulmadığı görülmektedir. Bir devletin savaş tazminatından feragat etmesi vatandaşı lehine diplomatik himaye hakkını kullanmaktan da feragat etmesi sonucunu doğurmaktadır.[36] Diplomatik koruma hakkını kullanmaktan feragat edilmesinin bireysel tazminat talebinin ortadan kalkması sonucunu doğurması bu hakkın devlete ait olmaması nedeni ile çelişkili bir durum yaratmaktadır.

Bir devletin vatandaşları adına bir diğer devlete ve onun vatandaşlarına karşı tazminat talebinden feragat etmesi durumunda devletin zarara uğrayan vatandaşları için (zorunlu olmamakla beraber) tazminat konusunda özel bir mutabakat sağlaması mümkündür.[37] Bunun dışında savaş galibi devletlerin savaş mağlubu devletin vatandaşlarının (gerçek ve tüzel kişilerin) mülklerini tazminat ödemeksizin el koyma olanağını kabul eden düzenleme örnekleri bulunmaktadır.[38]

---

[35] Federal Almanya ile yapılan bilateral anlaşmalarda tazminat taleplerinden genel bir feragatten çok Nasyonal Sosyalist rejim mağdurlarının zararlarının tazmini karşılığı tazminat taleplerinin sonlandırılması kabul edilmiştir.

[36] ICJ, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervention), Judgement of 3.2.2012.

[37] bknz.: Bulgaristan ile yapılan barış anlaşması (1947), md. 8, 26(4), 28(1); Finlandiya ile yapılan barış anlaşması (1947), md. 29(1); Macaristan ile yapılan barış anlaşması (1947), md. 30(4), 32(1); Romanya ile yapılan barış anlaşması (1947), md. 28(4), 30(1); İtalya ile yapılan barış anlaşması (1947), md. 76(1), 77; Japonya ile yapılan barış anlaşması (1951), md. 14(b); Geçiş Anlaşması, VI. Bölüm, md. 3(1) ve md. 5; Federal Almanya ve üç müttefik arasındaki ilişkilere ilişkin 27/28.29.1990 tarihli anlaşma ve savaş ve işgal nedeniyle doğan sorunların düzenlenmesine ilişkin 28.9.1990'da yürürlüğe giren anlaşma.

[38] bknz.: Berlin-Potsdam Conference, Protocol of the Proceedings, 1.8.1945, Part III. 1; Alman vatandaşlarının yabancı ülkelerdeki mülklerine el konulmasına ilişkin 30.10.1945 tarihli 5 No.lu Müttefik Devletler Denetim Konseyi Kanunu Bulgaristan'la yapılan barış anlaşmasının

1951'de Japonya ile yapılan barış anlaşmasında Japonya'nın savaş galibi müttefiklere olan tazminat yükümlülüğünü ekonomik durumu nedeniyle derhal yerine getirmesinin mümkün olmadığı tespiti yapılmış ve aynı paralelde Japonya'nın ikinci dünya savaşında işgal ettiği devletlerle bilateral müzakereler yapması tavsiye edilmiştir. Anlaşmada tazminatın şeklinin ve kapsamının tam olarak belirlenmemiş olması müttefik savaş galiplerinin yargısına tâbi ülkelerde Japon mülklerine el konulmasını mümkün kılmıştır.[39] Japonya ve müttefik savaş galipleri arasında yapılan barış anlaşmasında (gerek devlet olarak kendi adına gerekse kendi vatandaşları adına diğer anlaşma tarafı devlete ve vatandaşlarına karşı) karşılıklı olarak tazminat ödemelerinden feragat edilmiştir.[40] Bu bağlamda feragatin daha sonra hukuki uyuşmazlık konusu olarak ortaya çıkan uluslararası suçlar nedeniyle doğan tazminat taleplerini kapsayıp kapsamadığı somutlaştırılmamıştır. Tazminat haklarından feragatte kamu yararına değil, dış politika, askeri veya ekonomik özellik taşıyan güvenlik nedenlerine istinat edildiği görülmektedir. İstisnai durumlarda mağdurlar devletlerinin kendi adlarına yaptıkları feragat tasarrufuna karşı dava açmaktadır. Güney Kore Yüksek Mahkemesi 2011 tarihli kararında ikinci dünya savaşında Japon askerlerinin tecavüzüne uğrayan Koreli kadınların tazminat taleplerinin Güney Kore tarafından gereğinin yerine getirilmesini kabul etmiştir.[41] Japonya ve Güney Kore arasında 1965'te yapılan anlaşmanın 3. maddesinde bilateral uyuşmazlıklarla ilgili olarak öngörülen hükmün şimdiye dek uygulanmamış olması nedeniyle Güney Kore'li kadınların tazminat taleplerinin anlaşmanın 2. maddesinde yer alan feragat hükmünün kapsamına girip girmediği konusundaki belirsizlik 2015'te iki devlet arasında yapılan uzlaşma ile kısmen giderilmiştir.[42] Mağdurların Güney Kore devletine karşı açtıkları dava yüksek mahkeme tarafından dayanaksızlık gerekçesi ile reddedilmiştir.[43] Diplomatik koruma çerçevesinde devletin sahip olduğu takdir hakkı kararın dayanağını oluşturmuştur.

(Paris, 10.2.1947) 25. md. (1); Macaristan'la yapılan barış anlaşmasının (1947) 29. md. (3); Romanya ile yapılan barış anlaşmasının (1947) 27. md. (1); İtalya ile yapılan barış anlaşmasının (1947), 79, md. (1).

39 Japonya ile yapılan barış anlaşması (1951) md. 14(a) 2(I).

40 HAYASHI Mika, "Peace Treaty with Japan (1951)", **MPEPIL**, Vol. VIII, Oxford University Press (2017), s. 131-135.

41 Case No. 2006 Hun-Ma 788, KCCR: 23-2(A), KCCR 366.

42 ECKERD, P.

43 BUFALINI Alessandro, "On the Power of a State to Waive Reparation Claims Arising from War Crimes and Crimes against Humanity", **ZaöRV**, Vol. 77(2017), s. 447-470.

## B. 2 + 4 Anlaşmasının Müzakereleri

Almanya 2+4 anlaşmasının müzakerelerinde Potsdam'da ertelenen tazminat konusunun yeniden ele alınmasına itiraz etmiştir. Almanya'nın itirazı dört savaş galibi müttefik devlet tarafından o dönemde Avrupa'nın yeni şekillenmesinin taşıdığı önem nedeniyle kabul görmüştür.

### 1. 2 + 4 Anlaşmasında Tazminat Konusu

2+4 anlaşmasında tazminat konusunun ele alınmaması Almanya için ve tazminat hakkı olan devletler bakımından hukuki sonuçları itibarı ile önem taşımaktadır. Tazminattan feragatin prensip olarak hukuki bir metinde açık şekilde dile getirilmesi gerekmektedir. Savaş galibi müttefiklerin tazminat konusunu düzenlemek üzere yaptıkları 2+4 anlaşmasında ortaya çıkan suskunluk ve bu tutuma karşı herhangi bir itiraz yapılmaması hukuki olarak önemli bir anlama sahiptir. Suskun kalarak yapılan zımni onaylama bundan böyle itiraz olanağını ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle iki Almanya'nın birleşmesine ertelenen tazminat sorunun 2+4 anlaşması ertesi yeniden gündeme gelme olasılığının ortadan kalktığı hâkim görüş olarak kabul edilmektedir. 2+4 anlaşmasında tazminat sorununun düzenlenmemesi savaş galibi müttefiklerin Almanya'dan Potsdam anlaşması muvacehesinde tazminat talep etme olanağını ortadan kaldırmıştır.[44]

### 2. 2+4 Anlaşmasında Tazminat Sorununun Ele Alınmamasının Bireysel Tazminat Hakları Bakımından Doğurduğu Sonuç

Uluslararası Hukukta anlaşmaların üçüncü bir devlet için onun onayı olmaksızın hak ve yükümlülük doğurma imkânının bulunmadığı kabul edilmektedir.[45] Bununla beraber anlaşmaların üçüncü devletler bakımından istisnai olarak kimi hukuki sonuçlar doğurma olasılığı bulunmaktadır. Bu sorunun cevaplandırılması 2+4 anlaşması bağlamında zımni feragatin hangi savaş tazminatına ilişkin olduğu ve 4 müttefik savaş galibi devletin yetkilerinin kapsamı konularına açıklık getirilmesini gerektirmektedir.

Savaş ertesi yapılan Uluslararası Hukuk düzenlemelerine göre sınır, tazminat, Almanya'nın hakları ve sorumlulukları, birleşmesi konuları dört savaş galibi müttefikin yetki alanında mütalâa edilmiştir. Müttefiklerin bu konulara ilişkin

---

44 ICJ, Delimination of the Maritime Boundary in tbe Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America), Judgement of 12.10.1984, parag. 130.

45 Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969), md. 34-36.

yetkileri ne Potsdam anlaşmasının, ne de 2+4 anlaşmasının müzakereleri çerçevesinde itiraz konusu olmuştur. Saldırgan devlet olarak Almanya bakımından bu bağlamda Uluslararası Anlaşmalar Hukuku prensiplerinden biri olarak "pacta tertiis nec nocent nec prosunt" prensibinin *(anlaşmaların taraflar dışında olan devletler bakımından hak ve yükümlülük doğurmaması)* uygulanıp uygulanmadığına bakıldığında bu prensibin Almanya için uygulandığı görülmektedir. Potsdam anlaşmasının uluslararası teamül hukuku ve daha sonra 1969 tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 34. madde ve 35. maddeleri muvacehesinde "pacta tertiis nec nocent nec prosunt" prensibine uygunluğunun değerlendirilmesinde doğal olarak 1945 yılının özel koşullarının dikkate alınması gerekmektedir. Federal Almanya Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 34. ve 35. maddelerinin uluslararası teamül hukuku karakteri nedeniyle (1945 öncesinde de geçerli olan) kendisi bakımından bağlayıcılığını kabul ederken teamül hukuku karakteri olmayan Viyana Anlaşmalar Hukuku hükümlerinin ancak Viyana Anlaşmasının yürürlüğe girmesinden sonraki olaylara uygulanmasının mümkün olabileceğinden hareket ederek müttefik savaş galiplerinin yetkileri bakımından Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin esas alınamayacağını ileri sürmüştür.

Almanya'nın müttefik savaş galiplerinin egemenliğine tâbi kılınması ancak Potsdam anlaşmasına değil, 5.6.1945 tarihli Berlin bildirisine istinat etmektedir.[46] Daha sonraki anlaşmalar (Potsdam anlaşması dahil) bildiriler ve kararlar Berlin Bildirisinde öngörülen sorumluluğu yerine getiren hukuki enstrümanlardır. Bu nedenle müttefiklerin 1945 tarihli Potsdam kararlarının uluslararası anlaşmalar hukuku muvacehesinde res inter alios acta (üçüncü kişiler arasında yapılan anlaşma) olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.[47] BM Uluslararası Hukuk Komisyonunun görüşüne göre Viyana Uluslararası Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 35. maddesi esasen saldırgan devlete yükümlülükler getiren anlaşmalara ilişkin değildir.[48] Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 75. maddesi Federal Almanya'nın hukuki pozisyonuna karşı bir dayanak teşkil etmektedir.[49] Bu bağlamda BM anlaşmasının 107. maddesinin de göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

---

[46] SCHWEISFURTH Theodor, "International Treaties and Third States", **ZaöRV**, Vol. 45 (1985), s. 653-674.

[47] LALY-CHEVALIER Caroline / REZEK Francisco, **Kommentar zu Art. 35**, Ed. Olivier Corten / Pierre Klein, Les Conventions de Vienne sur le Droit des traités, Commentaire article par article, Oxford 2011, s. 1433 vd.

[48] ILCYB 1966, Vol. II, Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries (1966).

[49] VILLINGER Mark E., "Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties", Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Boston (2009), s. 914 vd.

Savaş sonrası Almanya'da merkezi otorite eksikliği ve devlet otoritesinin 4 müttefik devlet tarafından üstlenmesi, aynı şekilde Potsdam kararları ve buna istinaden müttefiklerin Almanya'nın bütününe ilişkin hakları ve sorumlulukları anlaşmalar hukukuna değil, Almanya'nın uluslararası sorumluluğuna istinat etmektedir. Buna rağmen Potsdam anlaşması Almanya bakımından res inter alios act olarak değerlendirildiği takdirde dahi gözardı edilmemesi gereken husus Federal Almanya'nın bu anlaşmayı hukuki sonuçlarını bilerek kabul etmesidir.[50] 2+4 anlaşması iki Alman devletinin iştiraki ile ortaya çıkmıştır. Bu iştirakin ortaya çıkması savaş galibi dört müttefikin onayı ile mümkün olmuştur. Bu oluşum müttefiklerin Almanya'nın bütününe ilişkin olarak 1945'te tescil edilen sorumluluğunun devamına istinat etmektedir. Anlaşmada tazminat sorununa yer verilmemesinin (zımnen düzenleme dışı bırakılması) bu bağlamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle tazminat sorununun 2+4 anlaşmasında yer verilmemesinin pacta tertiis nec nocent nec prosunt prensibi veya res inter alios acta prensipleri muvacehesinde incelenmesi gereksizdir.[51] Bunun ötesinde 2+4 anlaşmasının yapıldığı dönemde Potsdam anlaşmasının yapıldığı tarihe göre çok farklı koşulların bulunduğunun gözardı edilmemesi gerekmektedir.

Anti-Hitler koalisyonunda yer alan birçok devlet 1950'li yılların başında siyasi ve mali nedenlerle Potsdam anlaşmasının öngördüğü savaş tazminatından feragat etmiştir. Bununla beraber Federal Almanya bireysel tazminat ödemeleri için bir program oluşturmuştur. Batı Almanya aradan geçen zamanda uluslararası güvenlik için bir tehdit olmaktan çıkıp, Avrupa entegrasyonunun ana aktörü olma yolunda ilerlemeye başlamıştır. Bu şekilde 1990'da 1945'e karşılık Avrupa'da tamamen farklı bir jeopolitik durum ortaya çıkmıştır. Bu durum 2+4 anlaşmasının hedeflerinde yansıma bulmuştur. Bu tablo Potsdam anlaşmasında savaşa bağlı olarak öngörülen tazminatların 2+4 anlaşmasının yürürlüğe girmesi ile birlikte (iki Almanya'nın birleşmesi ile beraber) aktüalitesini kaybettiğini ortaya koymaktadır. 2+4 anlaşmasında tazminat konusunun ele alınmaması bununla beraber Doğu Avrupalı Nasyonal Sosyalist rejim mağdurlarının bireysel tazminat haklarını ortadan kaldıran bir sonuç doğurmamaktadır. Federal Alman hükümeti tarafından yapılan resmi açıklamalarda tazminat kavramının savaş suçlarına istinat eden tüm bireysel tazminat taleplerini de kapsayan, savaştan doğan

---

[50] FROWEIN Jochen Abr., Potsdam Conference (1945), **EPIL**, 2009, para 14.

[51] karşı görüş için bknz.: FISCHER Malte, "Der Zwei-plus-Vier Vertrag und die reperationsberechtigen Drittstaaten", **ZaöRV**, Vol. 78 (2018), s. 1003-1041.

tüm tazminat taleplerini içeren kapsama sahip olduğu ifade edilmektedir. Federal Almanya'nın bu yaklaşımının kabul edilmesi olası gözükmemektedir. Federal Almanya üzerinde oluşan siyasi baskı sonucu iki Almanya'nın birleşmesinin hemen ertesinde bireysel tazminat ödemelerine devam etmiş ve ödemeleri için bilateral veya multilateral hukuki dayanaklar oluşturmuştur. ABD hükümeti ve Amerikan mahkemeleri bakımından bireysel tazminat hakları kapanmış bir konu olarak görülmemiş ve konu Federal Almanya hükümeti ve ABD arasında 1992, 1995 ve 2000'de Nasyonal Sosyalist rejim mağdurları için yapılan bilateral anlaşmalarla çözülmüştür.[52]

## IV. POLONYA'NIN SAVAŞ TAZMİNATINDAN FERAGATİ

1945 sonrası tazminat hakkından feragate ilişkin yapılan bildirimler sadece Almanya-Polonya ilişkisi bağlamında değil, Almanya-İtalya, Almanya-Yunanistan ve Japonya-Kore ilişkilerinde de kapsamı itibariyle tartışma konusu olmuştur.

### A. Polonya Hükümetinin 23.8.1953 Tarihli Bildirimi

Polonya hükümeti 2.3.1953'te resmi bir bildirimle Federal Almanya'nın ödeyeceği tazminattan açıkça feragat etmiştir. Polonya hükümeti tarafından yapılan bildirimde Almanya'nın şimdiye dek tazminat ödeme yükümlülüğünü büyük ölçüde yerine getirmesinin ve Almanya'nın ekonomik durumunun iyileşmesinin barışa yapacağı katkı dikkate alınarak 01.01.1954'ten itibaren geçerli olmak üzere Almanya'nın yapacağı tazminat ödemelerinden feragat edildiği açıklanmıştır. 1945 sonrası devlet uygulamalarında bu feragat yegâne örnek teşkil etmemektedir. Polonya'nın feragat bildirimi Sovyetler Birliği ve Doğu Almanya Cumhuriyeti arasında tazminat ödemelerine ilişkin 22.8.1953 tarihli anlaşmada yer alan feragat gibi siyasi bir karakter taşımaktadır. Her iki feragat da Potsdam anlaşması muvacehesinde savaşa bağlı tazminatlara ilişkin olarak yapılmıştır. Polonya 1953'de Almanya'nın tazminat ödemelerinden feragat etmiştir (sadece Doğu Almanya'nın yapacağı savaş tazminatından değil).

Potsdam anlaşması Polonya'ya yapılacak tazminat ödemelerinin Sovyetler Birliği'ne düşen paydan, onun üzerinden yapılmasını öngörmüştür. Almanya'nın Sovyetler Birliği'ne ödeyeceği tazminatın kapsamının ve miktarının tam olarak tespit edilmemesi nedeniyle Polonya'ya yapılacak ödeme

---

[52] BUFALINI, s. 447 vd.

tamamen Sovyetler Birliği'nin takdirine bırakılmıştır. Moskova, anlaşmada öngörülen tazminattan feragat etme yetkisine sahip kılınmıştır. Almanya'nın bu ödemelerle yük altına girmeye devam etmesi ancak siyasi nedenlerle zamanın koşullarına göre Sovyet yönetimi tarafından arzu edilmemiştir. Polonya bu feragatin yapılmasına karşı koymuşsa da bu durum Sovyetler Birliği'nin kararını değiştirmemiştir. Bu nedenle Polonya'nın 1953 tarihli tazminat feragati sadece Almanya-Polonya ilişkileriyle sınırlı değildir. Tazminat hakkından feragate ilişkin olarak Polonya'nın bu bağlamda yapmış olduğu itirazlar (yetki eksikliği, karar vermeye zorlanma, onay eksikliği, BM nezdinde tescil eksikliği) feragatin hukuki geçerliliğini etkilememiştir. Bunun dışında Polonya hükümeti 1989 sonrası feragatin geçerliliğini yeniden resmi olarak teyit etmiştir. Bununla beraber tazminattan feragatin içeriği ve kapsamı tartışılmaya devam etmiştir.

Federal Alman hükümeti bugüne kadar görüşünü değiştirmeden Polonya'nın 1953'te yaptığı feragatin savaş koşullu tüm tazminat taleplerini kapsadığını ileri sürmektedir. Polonya'nın yapmış olduğu feragat ancak savaş ertesi yapılan feragatlerden farklı olarak vatandaşları adına ve savaşa bağlı tüm tazminat taleplerini kapsayacak şekilde yapılmamıştır. Bunun dışında Polonya'nın tazminat feragatinde dikkat çekici şekilde Almanya'nın gerçek ve tüzel kişilerine karşı bir feragatten söz edilmemektedir. Polonya'nın 1953 tarihli tek taraflı tazminat feragatinin yorumunda 1957 tarihli Güney Kore-Japonya feragat anlaşması ile karşılaştırma önem taşımaktadır. Bu anlaşma IV. maddesinde 1953 tarihli Polonya'nın feragat bildiriminden açıkça sapan şekilde formüle edilmiştir. İki tazminat feragatinin karşılaştırılması Polonya'nın 1953 tarihli feragat bildiriminin dar yorumlanması gerektiğini ortaya koymaktadır. Polonya'nın 1953 tarihli tazminat feragati uluslararası suçlar nedeniyle bireysel tazminat taleplerini kapsamamaktadır. Bu feragat sadece Potsdam anlaşması muvacehesinde savaş koşullu tazminat taleplerine ilişkindir.[53]

### B. 7.12.1970 Tarihli İlişkilerin Normalleştirilmesi Anlaşması

Polonya yıllardır (7.12.1970 tarihli ilişkilerin normalleştirilmesi anlaşmasının müzakereleri bağlamında da) Nasyonal Sosyalist rejim mağduru vatandaşlarının bireysel tazminatlarının ödenmesini talep etmiştir. Polonya

[53] ILC, Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States Capable of Creating Legal Obligations (2006), para. 7.

bu tutumunu Almanya'nın birleşmesi esnasında da devam ettirmiştir (14.11.1980'de Kohl ve Mazewiecki görüşmesinde olduğu gibi). Polonya ancak o dönemde Potsdam anlaşmasına istinaden bir tazminat talebi yapmamıştır. 2019'da yapılan resmi açıklamaya kadar hiçbir Polonya hükümeti tazminat feragatinin geçerliliği konusunda Uluslararası Hukuk muvacehesinde farkı bir politika izlememiştir.

1989/90 yıllarında Federal Almanya başbakanı Kohl'ün ve daha sonra Almanya resmi mercilerinin 1953 tarihli Londra Borçlar anlaşmasına atıfta bulunarak Polonya'nın tazminat feragatinin Polonya'nın savaşa bağlı tüm tazminat haklarını kapsadığı şeklinde bir görüş ifade etmiştir. Ancak, Federal Alman yasama organının, mahkemelerinin ve hükümetinin Polonya'nın yapmış olduğu 1953 tarihli feragatin Uluslararası Hukuk muvacehesinde bağlayıcı şekilde yorumunu yapma yetkisi bulunmamaktadır. Londra Borçlar anlaşmasına yapılan atıf tamamen tersine bu anlaşmanın tarafları arasında Polonya'nın ve Sovyetler Birliği'nin bulunmaması nedeniyle Polonya bakımından herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacağını ortaya koymaktadır. Bunun ötesinde Federal Alman hükümetinin Varşova anlaşmasının (1970) ve 2+4 anlaşmasının müzakereleri esnasında Polonya'dan tazminat hakkından feragat etmesi için talep yaptığının da gözardı edilmemesi gerekmektedir. Bu nedenle 1989/90 sonrası Federal Alman hükümeti nezdinde Polonya'nın vatandaşları adına bireysel tazminat haklarından feragat ettiği yönünde bir kanaatin oluştuğunu iddia etmek mümkün değildir. Polonya'nın görüşü daha sonra Başbakan Kohl tarafından da dikkate alınmış ve Almanya'nın birleşme müzakerelerinde bu konunun düzenlenmesinin gerekliliğine ve bu tazminatın ancak ağır zarar gören Nasyonal Sosyalist rejim mağdurları bakımından söz konusu olabileceğine ve ancak ex gratia verilebileceğine işaret edilmiştir.[54]

### C. Almanya'nın Polonya'ya Yapacağı Ödemelerle Bağlantılı Olarak Kurulan Vakıf

Federal hükümetin Polonya'ya yapacağı ödemelerle bağlantılı olarak kurulan vakıf ile ilgili 1991 tarihli Almanya-Polonya nota teatisinde Polonya hükümeti bundan böyle Nasyonal Sosyalist rejim tarafından takip edilen vatandaşları için tazminat talebi yapmayacağını taahhüt ederken, aynı paralelde her iki hükümet bu mutabakatın her iki devletin vatandaşlarının haklarını sınırlama anlamına gelmediğini kabul etmiştir. Son cümlede yer alan

[54] KÜSTERS Hanns Jürgens / HOFMANN Daniel.

vurgulama Almanya'ya karşı savaş suçları nedeniyle bireysel tazminat taleplerinin Polonya'nın 1953 tarihli feragat bildiriminden bağımsız olarak Uluslararası Hukuka göre iki Almanya'nın birleşmesinden sonra da (2+4 anlaşmasından sonra) yapılabileceğini göstermektedir. Polonya yaptığı nota teatisinde vatandaşlarına bu haklarına ilişkin olarak diplomatik koruma sağlama hakkından feragat etmiştir. Bununla beraber her iki devlet, bu feragatin Polonya ve Alman vatandaşlarının bireysel haklarının sınırlanması anlamını taşımadığı konusunda mutabık kalmıştır.

### D. Almanya'nın Devlet Olarak Sürekliliği

Almanya devlet olarak 1945'te ortadan kalkmamıştır. Uluslararası Hukuka göre söz konusu olan bu süreklilik sınırların aynı kalmasını gerektirmemektedir.[55] Almanya'nın 1937 sınırları içinde de iura varlığının devamı Alman hükümetinin dış politika stratejisinin ve doktrininin temel taşını teşkil etmiştir. Müttefik savaş galipleri Almanya'nın bütünü için kullandıkları haklar ve sorumluluklar bağlamında hiçbir şekilde Almanya'nın 1937 sınırları içinde birliğini destekleme mükellefiyeti altına girmemiştir. Federal Alman hükümeti 1937 sınırları itibarı ile Alman imparatorluğunun o zamanki doğu topraklarından vazgeçmek ve bu toprakları hukuken devretmek istememiştir. Bu toprakları Almanya Nasyonal Sosyalist rejiminin ölçüsüz saldırıları ve dört müttefik savaş galibinin kararları ile kaybetmiştir. Müttefik savaş galiplerinin hakları ve yükümlülükleri çerçevesinde belirlenen Polonya batı sınırını Almanya tanımaktan kaçınmıştır. İki Almanya'nın birleşmesine kadar Polonya Potsdam anlaşması ile kendisine bırakılan topraklarda geçici bir yönetim yetkisi kullanmıştır. Polonya'nın batı sınırı bu şekilde iki Almanya'nın birleşmesinde siyasi bir konu olarak müzakerelerde önemli bir yer teşkil etmiştir. Federal Almanya başbakanı Helmut Kohl'ün 1989-1990 yıllarında ifade ettiği gibi Almanya Polonya'nın batı sınırının nihai olarak tanınmasında dört savaş galibi müttefikin hak ve sorumluluklarını bir engel olarak görmüştür. Tazminat konusu da aynı şekilde barış anlaşmasına kadar ertelenmiştir.[56] Başbakan Helmut Kohl 1989-1991 yıllarında Federal Almanya-Polonya arasındaki Oder-Neisse sınırının tanınmasını ikinci dünya savaşının değil, Almanya'nın birleşmesinin bedeli olduğunu ileri sürmüştür.

---

[55] SKUBISZEWSKI Krzysztof, "Currency in Occupied Territory and the Law of War", **Jahrbuch für internationales Recht**, Vol 9, Duncker&Humblot, Berlin 1959), s. 161-189.

[56] RUMPF Helmut, "Die Deutsche Frage und die Reparationen", **Archiv des Völkerrechts**, 23. Bd., No. 1/2, Mohr Siebeck GmbH, s. 74-101.

Almanya'da o dönemde hâkim olan görüş Polonya'nın Almanya'nın eski doğu topraklarını "ilhak etmesi" nedeniyle Nasyonal Sosyalist rejim mağdurlarının tazminatını Polonya'nın ödemesi gerektiği yönünde ortaya çıkmıştır. Tazminat sorunu Almanya'nın kapsamlı toprak tavizleri sonucu olarak 2+4 anlaşmasında nihayet ad acta düzenlenmiştir.[57] Tazminat sorununun sınır kaydırılması ile ilişkilendirilmesi müttefiklerin Almanya'ya karşı ve Alman vatandaşlarına karşı işledikleri uluslararası suçlar nedeniyle ödemeleri gereken tazminatların Almanya'nın ödeyeceği tazminattan mahsup edilmesi konusunu da gündeme getirmiştir. Bu girişim sonuç vermemiştir.

### E. Polonya Devletine Potsdam Anlaşması ile Verilen Topraklar

Federal Almanya'da o dönemde Potsdam anlaşması ile Polonya devletine verilen toprakların tazminat bedelinin bir kısmını karşıladığı yönündeki görüşün ağırlık kazandığı görülmektedir. Bu topraklar Potsdam anlaşması ile birleşik bir Almanya ile yapılacak barış anlaşmasına kadar Polonya'nın geçici yönetimine bırakılmıştır. Potsdam anlaşmasında Polonya sınırının belirlenmesi, Alman vatandaşlarının Polonya'dan gönderilmesi ve tazminat konuları açık şekilde birbirinden ayrı tutulmuştur. Almanya-Polonya sınırını değiştiren Potsdam kararlarının bununla beraber iki fonksiyonunun olduğu ileri sürülmüştür. Bunlardan birincisi Avrupa'nın güvenliği ve kıtanın jeopolitik olarak yeniden şekillenmesi bağlamında Doğu Avrupa'da Almanya'nın yayılmasının ve ülkesel varlığının mümkün olduğu kadar sınırlandırılmasıdır; savaş galipleri bu nedenle Yalta ve Potsdam'da Polonya'nın doğuda Sovyetler Birliği lehine olan kayıplarının batıda ona verilen topraklarla telafi edilmesini kabul etmiştir. Bu kararların ikinci fonksiyonu ise Potsdam anlaşması muvacehesinde tazminat sorunu ile bağlantılı olarak görülmüştür. Uluslararası Hukukta sınır değişiklikleri durumunda kamu mallarının halef devlete geçmesi konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Müttefiklerin savaş sonrası aldığı kararlardan en çarpıcı olanlardan biri de Alman vatandaşlarının yabancı ülkelerde (eski Alman toprakları Polonya ve Sovyetler Birliğinde) bulunan özel mülklerine el konulmasına ilişkindir. Bu el koymalar Nasyonal Sosyalist rejim döneminde ortaya çıkan zararların tazmini olarak açıklanmıştır. Müttefiklerin 1945'te yaptıkları mutabakatların hiçbirinde ancak sınır değişiklikleri ve tazminat ödemeleri arasında bağ kuran herhangi bir dayanak bulunmadığının gözardı edilmemesi gerekmektedir.

---

[57] FISCHER, s. 1035.

Potsdam kararları sadece Almanya'nın doğu sınırını değiştirmesi ve Polonya'ya Alman topraklarının bir kısmının verilmesi nedeni ile değil, Alman özel mülklerine el konulmasını öngörmesi nedeni ile de önemlidir. Alman mülk sahiplerinin sonradan yaptıkları mülklerinin iadesi talepleri sonuç vermemiştir.[58] Savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçlar nedeniyle doğan tazminat haklarının Potsdam anlaşmasında temin edilmediği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Aynı durum Polonya-Sovyetler Birliği arasında Potsdam anlaşmasının icrasına ilişkin olarak yapılan 16.8.1945 tarihli (Alman işgali nedeniyle doğan mali zararların ortadan kaldırılmasına ilişkin) anlaşma için de geçerlidir. Savaş suçlarında ve insanlığa karşı işlenen suçlarda özel mülke el konulmasının mağduru tatmin edeceğine ilişkin hiçbir veri bulunmamaktadır.

## F. Özet

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında Federal hükümet, Federal Meclis tarafından temsil edilen kimi görüşler sorunlu görüldüğü gibi, Polonya tarafından 1953 tarihli tazminat feragatinin geçersizliğine ilişkin olarak ileri sürülen kimi görüşler de hukuken sorunlu görülmektedir. Federal Almanya tarafından tazminat feragatinin savaş suçlarından ve insanlığa karşı işlenen suçlar dahil olmak üzere savaş koşullu tüm tazminat taleplerini kapsadığı yönünde ısrarla savunulan görüşün hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır. Federal Meclisin görevlendirmesi üzerine hazırlanan bilirkişi raporu Federal hükümetin Polonya'nın güncel tazminat taleplerine ilişkin olumsuz tutumunu Uluslararası Hukuk muvacehesinde gerekçelendirmektedir.[59] Bilirkişi raporuna göre tazminat kavramı savaş sonucu olarak ortaya çıkan tüm talepleri kapsamaktadır. Bu rapor ile tazminatın savaşa bağlı olarak ortaya çıkan savaş koşullu tüm zararları kapsadığı görüşüne geri dönülmektedir. Bu yaklaşımın tazminatın savaş koşullu (kapsamlı) tüm tazminat taleplerini kapsadığını reddeden devletlerin görüşü ile bağdaştırılması zor gözükmektedir. Diğer taraftan bireysel tazminat ödemelerinin (savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçlarla bağlantılı) neden sadece Distomo katliamının kurbanları için kabul edildiği sorusu ayrı bir tartışma konusu olarak ortaya çıkmak-

---

[58] ECtHR, Decision as to the Admissibility of Application no. 47550/06 by Preussische Treuhand GmbH & Co. KG a.A. against Poland, 7.19.2008.

[59] Federal hükümetin Yunanistan'ın tazminat taleplerine ilişkin görüşü için bknz.: Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Griechische und polnische Reparationsforderungen gegen Deutschland, 14.6.2019 (WD 2-3000-066/19), 10 vd.

tadır. Bu bir münferit durum mudur? Mağdurların varislerine maddi tazminat veriliyorsa, neden bu tazminat Almanya tarafından sadece Yunanistan'a ödenmiştir? Federal meclis tarafından hazırlatılan bilirkişi raporu bu konulara cevap vermekten çok yeni sorular gündeme getirmiştir.

## SONUÇ

2019 Ağustosunda Federal Almanya'dan makul bir tazminat talep eden Polonya başbakanı bu talebin hangi zararları, kimin zararlarını kapsadığını ve bu tazminat hakkının hukuki dayanağını somut şekilde ifade etmemiştir. Tazminat konusu Polonya'da öncelikle iç politika amaçlı olarak gündemde tutulmuştur. Bu çerçevede Polonya'yı uluslararası seviyede destekleyen, müttefikler de dahil olmak üzere herhangi bir devlet bulunmamaktadır. Günümüzde tazminat konusu Polonya ve Rusya arasında 1953 tarihli feragat ile anti Hitler koalisyonu üyesi devletler bakımından ise Potsdam anlaşması doğrultusunda 2+4 anlaşması bağlamında verilen zımni onay (itiraz yapmamaları) ile kapatılmıştır. Almanya'ya karşı günümüzde Potsdam anlaşmasına istinaden veya yargı yolu ile savaş suçları veya insanlığa karşı suçlar nedeniyle bireysel tazminat talebi yapılabilecek herhangi bir hukuki dayanak bulunmamaktadır. Alman-Polonya Barışma Vakfı aracılığı ile Almanya'nın yaptığı ödemelerden yararlananlar bu bağlamdaki tüm haklarından feragat etmişlerdir.[60] Bu koşullar altında bir tazminat ödemesi ancak devletlerarası veya örgütlerle Federal hükümet arası yeni bir mutabakat sağlanmasına bağlıdır. Nasyonal sosyalist rejim mağdurları hayatta olduğu sürece pragmatik çözümlerin bulunması ihtimal dışı değildir. Bunun için iki taraf arası uygun bir müzakere ortamı ve profesyonel bir diploması gereklidir.

Tazminat ödemelerinde siyaseten ve Uluslararası Hukuk doktrini tarafından desteklenen kimi manipülasyonlar yapılmaktadır. Bu şekilde yasamanın ve yargının getirdiği istisnalara ve çekincelere geçerlilik kazandırılmaktadır. Federal Almanya'nın tazminat ödemelerinde uluslararası baskının oynadığı rolün göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bunun ötesinde Alman işletmelerinin Nasyonal Sosyalist rejim mağdurlarının bireysel tazminat taleplerini karşılamasına ilişkin 2000 tarihli mutabakat daha çok Amerikan mahkemelerinde Alman işletmelerinin yargılanması endişesine istinat etmiştir. Federal Almanya'nın Nasyonal Sosyalist rejim mağdurlarının zorla çalıştırma nedeni ile yaptıkları bireysel tazminat taleplerini kabul etmesi için

---

[60] 2.8.2000 tarihli, 12.8.2000'de yürürlüğe giren kanun için bknz.: BGBl. 2000 I, §16.

yarım yüzyılın geçmesi gerekmiştir.[61] Uluslararası Adalet Divanı Almanya-Italya davasında (2012) Almanya'nın yargı bağışıklığını kabul etmekle beraber Federal Almanya'ya dolaylı olarak tazminat sorumluluğu yüklemiştir.

Tazminat kavramının içeriği ve somut uygulanma alanı Uluslararası Hukukta karmaşık bir konu olarak mütalâa edilmektedir. Hataların önlenmesi için tazminat iddialarının hukuki dayanağının, uygulanma alanlarının ve şeklinin her somut durum için açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu durum ikinci dünya savaşı ertesinde gerçekleşmemiştir. 1945'te yapılan Uluslararası Hukuk düzenlemeleri Nasyonal Sosyalist rejimin kitlesel uluslararası suçları ve takipleri nedeniyle yapılan bireysel tazminat taleplerine açıklık getirmemiştir. Söz konusu iddialar Potsdam anlaşmasında öngörülen savaş tazminatlarının içerik olarak parçası olarak görülmemesi nedeni ile Federal Alman hükümeti ile ayrı müzakerelerin konusu olmuştur. Savaş suçları veya insanlığa karşı işlenen suçlar nedeniyle bireysel tazminat iddiaları bakımından önemli gelişmeler olsa da konu Uluslararası Hukukta hala sınırlı bir normatif dayanağa sahiptir. Bu bağlamda uygulamada bireysel tazminat taleplerinin mağdurun vatandaşlığını taşıdığı devletin üzerinden özel bir mutabakatla sağlanması yönündeki yaklaşımın hâkim olduğu görülmektedir. Devletlerin vatandaşlarının bireysel tazminat haklarından feragati Uluslararası Hukuk uygulamasında görülen bir durum olarak caiz kabul edilmektedir. Bu bağlamda feragatin uygulama alanının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bunun dışında insan haklarının ve münferit bireysel çıkarların korunması ile kamu çıkarları arasında denge kurulması gerektiğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

[61] LAMBSDORFF, Otto Graf; ICJ, Iurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening), Judgement of 3.2.2012).

## KISALTMALAR

**Art.** **:** Artikel (madde)

**ECHR** **:** International Court of Human Rights

**EPIL** **:** Encyclopedia of Public Internetional Law

**ICJ** **:** International Court of Justice

**ILCYB** **:** Yearbook of The International Law Commission Hrsg.

**JZ** **:** Juristen Zeitung

**MPEPIL** **:** Max Planck Encyclopedia of Public International Law

**Rn** **:** Randnummer

**ZaöRV** **:** Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

## KAYNAKÇA

BOGGERO Giovanni, "The Legal Implications of Sentenza No. 238/2014 by Italy's Constitutional Court for Italian Municipal Judges: Is Overcoming the "Triepelian Approach" Possible?", **ZaöRV**, Vol. 76 (2016), s. 203-224.

BOTHE Michael, **Remedies of Victims of War Crimes and Crimes against Humanities: Some Critical Remarks on the ICJ's Judgement on the Jurisdictional Immunity of States**, ed. Anne Peters / Evelyne Lagrange / Stefan Oeter / Christian Tomuschat, Immunities in the Age of Global Constitutionalism, Brill-Nijhoff 2014, Leiden / Boston; s. 99-115.

BUFALINI Alessandro, "On the Power of a State to Waive Reparation Claims Arising from War Crimes and Crimes against Humanity", **ZaöRV**, Vol. 77 (2017), s. 447-470.

BUXBAUM Richard M., "From Paris to London: The Legal History of European Reparation Claims: 1946-1953", **Berkeley J.Int'l L**. 31 (2013), s. 323-340.

CARON David D, "International Claims and Compensation Bodies", **King's College London Dickson Poon School of Law, Legal Studies Research Paper Series, Paper no. 2014-24**, s. 1-19.

DOLZER Rudolf, "The Settlement of War-Related Claims: Does International Law Recognize a Victim's Private Right of Action? Lessons after 1945", **Berkeley Journal of International Law**, Vol. 20 (2002), Issue 1, s. 296-341.

FISCHER Malte, "Der Zwei-plus-Vier Vertrag und die reperationsberechtigen Drittstaaten", **ZaöRV**, Vol. 78 (2018), s. 1003-1041.

FROWEIN Jochen Abr., "Potsdam Conference (1945)", **EPIL**, 2009, para 14.

GONDEK Michał, "The Reach of Human Rights in a Globalising World, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties", **Intersentia** (2009), Antwerp, s. 1-442.

GOSCHLER Constantin / BRUNNER, José / RUCHNIEWICZ, Krzysztof,/THER, Philipp, **Die Entschädigung von NS-Zwangsarbeit am Anfang des 21. Jahrhunderts**. Die Stiftung "Erinnerung, Verantwortung und Zukunft und ihre Partnerorganisationen, Bd. 1-4, Wallstein Verlag (2012), Göttingen, s. 1-1143.

HAYASHI Mika, "Peace Treaty with Japan (1951)", **MPEPIL**, Vol. VIII, Oxford University Press (2017), s. 131-135.

KEITNER Chimène, "Authority and Dialogue: State and Official Immunity in Domestic and International Courts", **CambridgeUniversity Presss** (2016), bağlantı: http://papers.ssrn.com/abstract2809829 (erişim tarihi: 20.02.2023).

KISCHEL Uwe, "Wiedergutmachungsrecht und Reperationen: Zur Dogmatik der Kriegsfolgen", **JZ**, Jahrgang 52, No. 3 (1997), Mohr Siebeck Verlag, s. 126-131.

LALY-CHEVALIER Caroline / REZEK Francisco, **Kommentar zu Art. 35**, Ed. Olivier Corten / Pierre Klein, Les Conventions de Vienne sur le Droit des traités, Commentaire article par article, Oxford 2011, s. 1433 vd.

MATHESON Michael J., "Eritrea-Ethiopia Claims Commission: Damage Awards", **ASIL Insight**, 4.9.2009, Vol. 13, Issue 13.

MILANOVIC Marko, "Extraterritorial Application of Human Rights Treaties", **Law, Principles and Policy**, Oxford University Press (2011), s. 1-276.

PAYNE Cymie R., **Legal Liability for Environmental Damage: The United Nations Compensation Commission and the 1990-1991 Gulf War**, Ed. Carl Bruch / Carroll Muffet / Sandra S. Nichols, Governance, Natural Resources and Post-Conflict Peacebuilding, Routledge / İngiltere (2016), s. 719 vd.

RUMPF Helmut, "Die Deutschen Reparationen nach dem zweiten Weltkrieg. Völkerrechtswidrige Entnahmen vor einem Friedensvertrag", **Deutschland in Geschichte und Gegenwart**, Yıl: 33, Sayı: 3, Grabert Verlag 1985, s. 1-12.

RUMPF Helmut, "Die Deutsche Frage und die Reparationen", **Archiv des Völkerrechts**, 23. Bd., No. 1/2, Mohr Siebeck GmbH, s. 74-101.

SAATHOFF Günter / GERIANT, Uta / MIETH, Friederike / WÜHLER, Norbert, **The German Compensation Program for Forced Labor: Practice and Experiences**, Foundation Remembrance, Responsibility and Future (2017), Berlin, s. 1-271.

SCHWEISFURTH Theodor, "International Treaties and Third States", **ZaöRV**, Vol. 45 (1985), s. 653-674.

SKUBISZEWSKI Krzysztof, "Currency in Occupied Territory and the Law of War", **Jahrbuch für internationales Recht**, Vol 9, Duncker&Humblot, Berlin 1959), s. 161-189.

SULLO Pietro / WYATT Julian, "War Reparations", **MPEPIL**, Vol. 1, No. 3, Oxford University Press, 2014, s. 1-14.

TOMUSCHAT Christian, **Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law**, Ed. Albrecht Randelzhofer / Christian Tomuschat, State Responsibility and the Individual, M. Nijhoff Publishers (1999), The Hague / Boston, s. 1-26.

TOMUSCHAT Christian / THOUVENIN Jean-Marc, **The Fundamental Rules of the International Legal Order**, Brill Publishing (2006), Leiden / The Netherlands, s. 203 vd.

WEBB Philippa, **International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts**, Ed. Malcolm D. Evans, International Law, Part IV/11, Oxford University Press (2018), s. 318 vd.

WILLIG Sarah, "Politics as Usual? The Political Question Doctrine in Holocaust Restitution Litigation", **Cardozo L. Rev**., Vol. 32, No. 2 (2010), s. 723-753.

***Kurum Araştırmaları ve Raporlar***

John S. McCain National Defence Authorization Act for Fiscal year 2019, U.S. Department of Defence, Public Law 115-232, 13.8.2018.

KÜSTERS Hanns Jürgen / HOFFMANN, Daniel, **Deutsche Einheit Dokumente zur Deutschlandpolitik.** Sonder edition aus den Akten des Bundeskanzleramtes, 1989/90, De Gruyter Oldenbourg, 1998, s. 1369 vd.

VILLINGER Mark E., "Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties", **Martinus Nijhoff Publishers**, Leiden / Boston (2009), s. 914 vd.

**Hakemli Makale** **GSÜHFD**, 2023; 2: 1105-1135

# SİYASİ HAKLARIN KULLANILMASININ ENGELLENMESİ SUÇU(*)

Prof. Dr. **Devrim AYDIN**(**)

**Öz:** Siyasi haklar, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda, "Siyasi Haklar ve Ödevler" başlıklı dördüncü bölümde (m. 67-74) yer almaktadır. Bu haklardan, Anayasa m. 67 ve 68'de güvenceye alınmış olan siyasi partiye üye olmak ya da olmamak, siyasi parti faaliyetlerine katılıp katılmamak, siyasi partide veya parti yönetiminde görev almak, seçimle gelinen bir kamu görevine katılmak veya seçildiği görevde kalmak hakkının engellenmesi Türk Ceza Kanunu m. 114/f. 1'de; siyasi partinin faaliyetlerinin engellenmesi ise TCK m. 114/f. 2'de suç olarak düzenlenmiştir. TCK m. 114/f. 1-a bendinde de bireylerin bir siyasi partiye üye olmak veya olmamak; siyasi partinin faaliyetlerine katılmak veya katılmamak; siyasi partiden veya siyasi parti yönetimindeki görevinden ayrılmak; seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olmamak veya seçildiği görevden ayrılmak şeklindeki bireysel siyasi haklar korunmaktadır. TCK m. 114/f. 1-b bendinde ise bireylerin seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olup olmamak ve seçildiği görevden ayrılıp ayrılmamak yönündeki iradeleri korunmaktadır. Bu suçların maddi ve manevi unsuru farklı olduğu için çalışmada suçun unsurları ayrı başlıklar altında; suçun ortaya çıkış biçimleri, nitelikli halleri ve muhakemeye ilişkin düzenlemeler ise benzer özellikler gösterdikleri için birlikte ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa, Siyasi Haklar, Seçme ve Seçilme Hakkı, Siyasi Partiler, Suç, Ceza.

---

(*) Makale Gönderim Tarihi: 14.08.2023 - Makale Kabul Tarihi: 04.01.2024.

(**) Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye.
(ORCID: http://orcid.org/0000-0001-7878-8836; E-posta: daydin@politics.ankara.edu.tr).

# CRIME OF PREVENTION THE USE OF POLITICAL RIGHTS

**Abstract:** Political rights titled “Political Rights and Duties” are regulated in the fourth section (art. 67-74) of the Constitution of the Republic of Turkey. Preventing the right to be a member or not to be a member of a political party, to participate in political party activities, to take part in a political party or party management, to participate in an elected public office or to stay in the elected office those also called individual political rights is regulated as a crime in Turkish Penal Code art. 114/1. The prevention of the activities of the political party, which is also described as collective political rights, is regulated as a crime in Turkish Penal Code art. 114/2. Since the material and psychological elements of those crimes are different, the elements of the crime are studied under separate headings in the article. However, due to their common features, the emergence of the crime, the qualified forms of the crime and the regulations on prosecution are discussed under the same heading.

**Keywords:** Constitution, Political Rights, Right to Vote and Election, Political Parties, Crime, Punishment.

## GİRİŞ

Bireyin siyasi hakları, Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde "Siyasi Haklar" başlıklı 25. maddede "*Her vatandaş, bu Sözleşme'nin ikinci maddesindeki ayrımlara ve makul olmayan sınırlamalara tabi tutulmaksızın şu haklara ve imkânlara sahiptir: a) Doğrudan veya seçilmiş temsilciler aracılığıyla kamu hizmetlerine katılma b) Seçmenlerin iradelerini serbestçe ifade etmeleri güvence altına alan, gizli olarak oy verildiği, genel ve eşit oya dayanan ve belirli aralıklarla yapılan dürüst seçimlerde oy kullanma ve seçilme; c) Genel eşitlik ilkesine uygun olarak ülkesinde kamu hizmetlerine girme*." şeklinde güvenceye alınmıştır. Siyasi haklar, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda, "Siyasi Haklar ve Ödevler" başlıklı dördüncü bölümde seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma (m. 67); siyasi parti kurma, siyasi partilere girme ve siyasi partilerden ayrılma (m. 68); kamu hizmetine girme (m. 70); vatan hizmeti (m. 72); dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı (m. 74) olarak düzenlenmiştir. Bütün bu haklar, geniş anlamda siyasi haklar olarak da nitelenmektedir.[1] Dar anlamda siyasi haklar ise aktif statü hakları olarak da anılan vatandaşların siyasal iktidarın oluşumuna ve devlet yönetimine katılma haklarıdır.[2] Bu nitelikteki siyasi hakların başında Anayasa m. 67 ve 68'de yer alan siyasi partilere üye olmak, seçme ve seçilme hakkını kullanmak, çeşitli siyasi kuruluşların faaliyetine katılmak gelmektedir.[3] Bu haklar, vatandaşlara herhangi bir siyasi parti üyesi olmadan seçimlerde aday olarak devlet yönetimine katılmak imkânı da tanır.[4] Seçim yoluyla gelinen kamu görevleri ise genel ve yerel

---

1 ZABUNOĞLU Gökçe, **Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları**, Yetkin Yay., Ankara, 2013, s. 23. Bu haklardan dilekçe hakkının engellenmesi TCK m. 121'de ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Anayasa m. 70'deki kamu hizmetine girme hakkının ihlali ise ayrı bir suç türü olarak düzenlenmemiştir. Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle mağdurun işe alınmasının engellenmesi halinde koşulları varsa nefret ve ayırımcılık suçu (TCK m. 122/f. 1, c) söz konusu olabilir.

2 DELPINO Luigi, **Diritto Penale Parte Speciale**, XV. Edz., Simone Edt.,, Napoli, 2006, s. 60; ARTUK M. Emin / GÖKCEN Ahmet, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. B., Adalet Yay., Ankara, 2017, s. 184; ÖZEK Çetin, "Siyasi Hürriyet Aleyhine Cürümler", **İÜHFM**, C. 41, S. 1-2, 1975, s. 31; ZABUNOĞLU, s. 23.

3 FIANDACA Giovanni / MUSCO Enzo, **Diritto Penale Parte Speciale**, 4. Edz., Zanichelli Edt., Bologna, 2011, Vol. 1, s. 143; ARTUK / GÖKCEN, s. 184.

4 GAROFOLI Roberto, **Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale**, Giuffre Edt., Milano, 2006, Vol. 1, s. 95; AYDOĞDU Yasin, "Türk Hukukunda Siyasi Haklar ve Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", **TBBD**, S. 128, 2017, s. 52; ZABUNOĞLU, s. 23.

seçimlerde bir siyasi parti çatısı altında ya da bağımsız olarak aday olabilmektir.[5]

Seçimlerin ve oy verme işlemlerinin dürüst biçimde yapılmasını sağlamaya yönelik cezai düzenlemeler daha eski olsa da devlet yönetimine katılmaya ilişkin hakların ceza hukuku yoluyla korunması siyasi partilerin ortaya çıkmasından sonra söz konusu olmuştur. Bu niteliğinden ötürü siyasi haklara karşı işlenen fiillerin ceza hukuku yoluyla önlenmesi nispeten yenidir.[6] Bu suç 765 sayılı mülga TCK'da, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler başlıklı ikinci babın, siyasi hürriyet cürümlerini düzenleyen birinci faslında m. 174'te "*Her kim şiddet veya tehdit göstererek veya nümayiş veya gürültü yaparak birini tamamen veya kısmen siyasi haklarını kullanmaktan men ederse kanunun başka ceza vermediği hallerde yedi aydan otuz aya kadar hapis ve beş yüz liradan beş bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.*

*Eğer fail, Devlet memurlarından olup da memuriyeti nüfuzunu suistimal suretiyle bu cürmü işlemiş bulunursa bir seneden beş seneye kadar hapsolunur. Ayrıca bir seneden üç seneye kadar memuriyetten mahrumiyet cezasına da uğrar.*" şeklinde düzenlenmişti.[7] 5237 sayılı TCK'da ise Kişilere Karşı İşlenen Suçlar başlıklı ikinci kısımda, Hürriyete Karşı Suçlar başlıklı yedinci bölümde düzenlenmiştir. "*Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi*" başlıklı m. 114 şu şekildedir:

"*Bir kimseye karşı;*

*a) Bir siyasi partiye üye olmaya veya olmamaya, siyasi partinin faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, siyasi partiden veya siyasi parti yönetimindeki görevinden ayrılmaya,*

*b) Seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olmamaya veya seçildiği görevden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

---

5 ANTOLISEI Francesco, **Manuele di Diritto Penale, Parte Speciale,** Giuffre Edt., Milano, 2016, Vol. 2, s. 849; AYDOĞDU, s. 52-53.

6 EREM Faruk, "Siyasi Haklara Karşı İşlenen Suçlar", **AÜHFD**, C. 8, S. 1, 1951, s. 73-74. Ancak seçimler sırasında iki kez oy vermek, hileli oy vermek, oy vermenin engellenmesi gibi fiiller Eski Yunan ve Roma Hukukunda da ağır biçimde cezalandırılmıştır. Bkz. ÖZEK, s. 27. "Seçim suçları" olarak da nitelenen seçimlerin ve oy verme işlemlerinin dürüst biçimde yapılmasına yönelik hükümler ve bunu engelleyen suçlar hukukumuzda 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir.

7 Bkz. EREM Faruk / TOROSLU Nevzat, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Savaş Yay., Ankara, 2003, s. 81.

*(2) Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir siyasi partinin faaliyetlerinin engellenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."*

Mülga TCK'da her türlü siyasi hakkın kullanılmasının engellenmesi suç olarak düzenlenmişken, 5237 sayılı TCK'da siyasi hakların bir kısmının cezai koruma altına alınmış olmasıdır.[8] Mülga TCK'da şiddet veya tehdidin yanı sıra siyasi hakların "nümayiş veya gürültü yapmak suretiyle" engellenmesi de açıkça cezalandırılmışken 5237 sayılı TCK'da buna yer verilmemiştir.[9] Mülga Kanun'dan farklı olarak yürürlükteki Kanun'da seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olmamaya veya seçildiği görevden ayrılmaya zorlamak ve cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir siyasi partinin faaliyetlerinin engellenmesi de açıkça cezalandırılmıştır.[10]

5237 sayılı TCK'daki düzenlemede birinci fıkrada bireylerin siyasi hakları korunmaktayken ikinci fıkrada kolektif siyasi haklar olarak da nitelenen siyasi parti faaliyetleri korunmaktadır.[11] TCK m. 114'te bireysel ve kolektif özgürlüklerin yanı sıra kamusal erkin demokratik kurallara uygun şekilde oluşumu da güvence altına alınmaya çalışılmaktadır.[12] Çünkü demokratik toplumlarda devletle toplum arasındaki ilişkiyi sağlayan temel unsurlardan biri de devlet iktidarının oluşmasını sağlayan seçimlerdir.[13] Bu nedenle bir görüşe göre bu suçlar devletin temel siyasal fonksiyonlarının yerine getirilmesini engelleyeceğinden, İtalyan Ceza Kanunu'nda olduğu gibi Millete ve Devlete Karşı İşlenen Suçlar arasında düzenlenmelidir.[14] Bir başka fikre

---

8 BAYRAKTAR Köksal / KİZİROĞLU Serap Keskin / YILDIZ Ali Kemal Yıldız ve diğ., **Özel Ceza Hukuku** Onikilevha Yay., İstanbul, 2018, C. 3, s. 130.

9 Bkz. EREM / TOROSLU, s. 85.

10 BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ ve diğ., s. 131.

11 TOROSLU Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım,** Savaş Yay., Ankara, 2021, s. 94; ÖZEN Mustafa, **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yay., Ankara, 2021, C. 2, s. 110; PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu,** Seçkin Yay., Ankara, 2008, C. 2, s. 1829.

12 ARTUK / GÖKCEN, s. 184; BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ ve diğ. s. 132.

13 ZABUNOĞLU, s. 95.

14 EREM, s. 88; YARSUVAT Duygun, "Siyasi Hürriyet Aleyhine Cürümler" (Türk Ceza Kanunu'nda Toplantı Hürriyetinin Korunması), **İÜHFM**, C. 33, S. 3-4, 1976, s. 107. Demokratik devlet düzenine ilişkin değeri koruduğu düşüncesiyle bu suç İtalyan Ceza Kanunu'nda, Devletin Şahsiyetine Karşı Suçlar arasında (m. 294) düzenlenmiştir. İtalyan Ceza Kanunu'nun sistematiğine göre bu suçlarla korunmak istenen hukuki yarar, vatandaşların siyasi özgürlüklerine ilişkin olarak devletin şahsiyeti ve demokratik düzendir. GAROFOLI, s. 95; FIANDACA / MUSCO, s. 142; ANTOLISEI, s. 849.

göreyse, birinci fıkradaki suç, Kişilere Karşı Suçlar arasında, Hürriyete Karşı Suçlar bölümünde yer almalıyken ikinci fıkradaki suçla esasen kolektif haklar ve Anayasa m. 2'deki demokratik sistem korunmaya çalışıldığı için, Millete ve Devlete Karşı Suçlar arasında "Siyasi Parti Faaliyetlerinin Engellenmesi" şeklinde ayrı bir suç olarak düzenlenmelidir.[15] 5237 sayılı TCK'da benimsenen suç politikası gereği bu suçun Hürriyete Karşı Suçlar arasında düzenlenmiş olmasının herhangi bir sakıncası yoktur. Önemli olan bu suçların şikâyete bağlı olmaması ve re'sen takip edilmesidir.

## I. BİREYİN SİYASİ HAKLARINI KULLANMASINI ENGELLEMEK SUÇU (TCK m. 114/f. 1)

### A. Suç Hakkında Genel Bilgiler

#### 1. Suçun Hukuki Konusu

TCK m. 114/f. 1'de bireyin kamusal hakları arasında olan yasama ve yürütme faaliyetlerine siyasi özgürlüklerini kullanarak katılmasının tehdit veya cebirle önlenmesi cezalandırılmaktadır. Bu düzenlemeyle kişilerin anayasal hakları olan devlet yönetime katılma haklarının korunması amaçlanmaktadır.[16] Birinci fıkradaki suçun konusu bir siyasi partiye üye olmak veya olmamak; siyasi partinin faaliyetlerine katılmak veya katılmamak; siyasi partiden veya siyasi parti yönetimindeki görevinden ayrılmak; seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olmamak veya seçildiği görevden ayrılmaktır. Anayasada düzenlenmiş olan siyasi haklar seçme ve seçilme hakkından daha geniş olsa da bütün siyasi haklar değil, bireylerin siyasi parti üyesi olmak ve siyasal faaliyette bulunmak şeklindeki bireysel siyasi hakları bu fıkrada korunan hukuki değerdir.[17]

TCK m. 114/1-b bendinde ise kişilerin seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olup olmamak ve seçildiği görevden ayrılıp ayrılmamak yönündeki iradeleri korunmaktadır. Örneğin kişinin muhtar, belediye encümeni ya da milletvekili seçimine katılması ve adaylığı cebir ya da tehditle engellendiğinde bu suç oluşacaktır. Yargıtay da "*Siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi suçu ile korunmak istenen hukuki değer, birinci fıkra açısın-*

---

15 ÖZEK, s. 26; ÖZBEK Veli Özer, **Türk Ceza Kanunu İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı,** Seçkin Yay., Ankara, 2008, C. 2, s. 743.

16 FIANDACA / MUSCO, s. 142; TOROSLU, s. 94.

17 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 573.

*dan, bir kimsenin bireysel olarak bir siyasi partiye girme veya girmeme, faaliyete katılma veya katılmama, seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olma ve o görevden ayrılma iradesidir. Yani bireysel siyasi hakların kullanılması özgürlüğüdür"* şeklinde karar vermiştir.[18]

**2. Suçun Faili ve Mağduru**

Bu suç genel nitelikte olup herkes suçun faili olabilir. Suçun, kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi TCK m. 119/1-e bendinde cezayı artıcı bir neden olarak düzenlenmiştir.

TCK m. 114/f. 1'deki suçun mağduru ise siyasi parti üyesi olma ve kamu görevine girme hakkı olan gerçek kişidir.[19] Bu yönü itibariyle genel bir suç söz konusudur. Kişinin birinci fıkranın (a) bendindeki suçun mağduru olması için siyasi parti üyesi olması gerekmez, bu hakları kullanma hakkına sahip olması yeterlidir.[20] Anayasamızda (m. 67) ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda (SPK m. 6) bu haklar münhasıran Türk vatandaşlarına tanınmış olduğundan yabancılar bu suçun mağduru olamazlar.[21] Yargıtay da "*Birinci fıkrada düzenlenen suçun mağduru herkes olamaz. Ancak, gerçek kişinin onsekiz yaşını bitirmiş, Türk vatandaşı olması, aynı zamanda bu kişinin kamu görevlisi olmaması ve siyasi hakları kullanmaktan yasaklı bulunmaması, 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanununun 11. maddesinin 2, 3, 4 fıkralarında sayılan suçlar ile terör eyleminden mahkum olmamış olması gerekir. Ayrıca TCK'nın 53. maddesine göre bir suça mahkumiyetin sonucu olarak failin belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması durumunda da bu süre içerisinde bu kimselerin bu suçun mağduru olma imkanı bulunmamaktadır*" şeklinde karar vermiştir.[22] Ancak Anayasa Mahkemesi, 08. 10. 2015 tarih ve E. 2014/140, K. 2015/85 sayılı kararında, TCK m. 53'teki bu hükmü Anayasa'ya aykırı bularak Kanun'daki düzenlemeyi iptal etmiştir. Kasten işlediği

---

18 Y. 4. CD 2021/474, 2021/18678, 9.6.2021; Y. 4. CD 2014/585, 2016/9881, 12.5.2016.

19 TOROSLU, s. 95.

20 HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar** US-A Yay., Ankara, 2021, s. 200.

21 Anayasa m. 67/1'e göre "*Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir.*" Siyasi Partiler Kanunu m. 6'ya göre "*Her Türk vatandaşı, kanunda ve parti tüzüğünde gösterilen şartlara ve usullere göre siyasi partilere üye olma ve dilediği anda üyelikten çekilme hakkına sahiptir.*" Siyasi Partiler Kanunu m. 11'e göre "*Onsekiz yaşını dolduran, medeni ve siyasi hakları kullanma ehliyetine sahip bulunan her Türk vatandaşı bir siyasi partiye üye olabilir.*"

22 Y. 4. CD 2014/585, 2016/9881, 12.5.2016.

suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olan kişiler de söz konusu karar nedeniyle seçilme hakkını kullanabileceklerinden bu kişiler de TCK m. 114/f. 1'deki suçun mağduru olabileceklerdir.[23]

SPK m. 11'de ise siyasi partilere üye olamayacak kişiler sayma suretiyle belirlenmiştir.[24] Bu kişiler TCK m. 114/f. 1'deki suçun mağduru olamazlar. SPK m. 11'de sayılan kişiler ve yabancılar siyasi partiye üye olamasalar da siyasi parti miting ve faaliyetlerine katılabilirler.[25] Bu kişilerin siyasi parti faaliyetlerine katılmalarının cebir ya da tehditle engellenmesi halinde, koşulları varsa tehdit ya da cebir suçu söz konusu olacaktır.[26]

Bir kişinin TCK m. 114/f. 1-b bendindeki suçun mağduru olabilmesi için seçimle gelinen bir kamu görevine aday olmak için gerekli koşulları taşıması ya da bu suretle seçilmiş olması gerekir. TCK m. 114/f. 1-b bakımından mağdur olabilmek için kamu görevine seçim yoluyla gelmiş olmak gerektiğinden, atama yoluyla kamu görevine getirilen kişiler bu suçun mağduru olamazlar.[27] Bu kişilerin görevlerinden ayrılmaları için tehdit ya da cebredilmeleri halinde genel hükümler uygulanmalıdır.

---

23 Bkz. BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ ve diğ., s. 134.

24 "Siyasi partilere üye olma" başlıklı m. 11'e göre, "*Onsekiz yaşını dolduran, medeni ve siyasi hakları kullanma ehliyetine sahip bulunan her Türk vatandaşı bir siyasi partiye üye olabilir.*

*Ancak;*

*a) Hakimler ve savcılar, Sayıştay dahil yüksek yargı organları mensupları, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, Silahlı Kuvvetler mensupları ile yükseköğretim öncesi öğrencileri siyasi partilere üye olamazlar.*

*b) 1 - Kamu hizmetlerinden yasaklılar,*

*2 - Basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle mahkûm olanlar,*

*3 - Taksirli suçlar hariç beş yıl ağır hapis veya beş yıl ve daha fazla hapis cezasına mahkûm olanlar,*

*4 - Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının birinci babında yazılı suçlardan veya bu suçların işlenmesini aleni olarak tahrik etme suçundan mahküm olanlar,*

*5 - Terör eyleminden mahkûm olanlar,*

*6 - Siyasi partilere üye olamazlar ve üye kaydedilemezler.*

*Yükseköğretim elemanları, yasaklamanın dışındadır. Bunlar hakkında Yükseköğretim Kanunu uygulanır.*"

25 BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ ve diğ., s. 133.

26 Bkz. ÖZBEK, s. 744.

27 BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ ve diğ., s. 133.

## B. Suçun Maddi Unsuru

TCK m. 114/f. 1'deki suçun maddi unsurunu bir siyasi partiye üye olmaya veya olmamaya, siyasi partinin faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, siyasi partiden veya siyasi parti yönetimindeki görevinden ayrılmaya; seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olmamaya veya seçildiği görevden ayrılmaya zorlamak amacıyla kişilere cebir veya tehdit uygulanması oluşturmaktadır.[28] Burada seçimlik hareketli suç söz konusu olup maddede öngörülen birden çok hareket gerçekleştirilmiş olsa da suçun tekliği değişmez.[29]

Kişinin söz konusu haklarını kullanması için başvurulan tehdit veya cebrin süresi önemli değildir.[30] Cebrin sürekli uygulanması zorunlu olmayıp mağdurun başlangıçtaki direncini kırmak için uygulanması yeterlidir.[31] Cebir ya da tehdide bir kez başvurulabileceği gibi birden fazla da başvurulabilir. Bu suç esasen ani suç niteliğindedir ancak cebir ya da tehdidin etkisiyle hakkın kullanılmasının süreklilik göstermesi halinde suçun kesintisiz biçimde işlenmesi de söz konusu olabilir.[32]

Her iki fıkradaki suç yönünden cebir veya tehdit suçun unsuru olduğundan bileşik suç söz konusudur. Cebir ve tehdit Türk Ceza Kanunu'ndaki tanımlara göre yorumlanmalıdır. Buna göre siyasi hakların kullanılmasının engellenmesine yönelik davranışlar TCK m. 106'daki tehdit suçu kapsamında olmalıdır. Tehdit, kişilerin kendilerini güvensiz hissetmelerini sağlamaya yönelik, gelecekte yapılacağı bildirilen bir kötülüğün bildirilmesidir.[33] Tehdidin söz konusu olması için söylenen sözlerin, gerçekleştirilen davranışların hukuka aykırı olması gerekir. Bu nedenle örneğin, siyasi partiye üye olması ya da siyasi parti faaliyetlerine katılması yasak olan birinin bu yöndeki davranışlarına son vermezse durumun yetkili makamlara bildirileceğinin söylenmesi hukuka aykırı değildir ve bu suçu oluşturmaz.[34] Ancak amirin ya da bir başka kişinin cebre başvurması halinde, genel hükümlere göre cebir suçu

---

28 TOROSLU, s. 95; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 576; GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Adalet Yay., Ankara, 2021, C. 3, s. 4392.

29 FIANDACA / MUSCO, s. 143.

30 TOROSLU, s. 95.

31 GÖKCAN / ARTUÇ, C. 3, s. 4392.

32 EREM, s. 85; TOROSLU, s. 96.

33 YARSUVAT, s. 115; AYDIN Devrim, "Tehdit Suçu", **CHD,** Nisan 2020, S. 42, s. 17 vd.

34 GÖKCEN / ARTUK, s. 189.

söz konusu olacaktır. Siyasi ikna, yönlendirme ve propaganda sınırlarını aşmayan söz ve davranışlar ise tehdit niteliğinde değildir.[35]

Cebir ise TCK m. 108'deki koşulları taşıyacak biçimde, kişilere karşı fiziksel güç kullanılmasıdır. Cebir, bir kimse üzerinde gösterilen fiziki baskı, kişinin iradi davranışını engellemeye yönelik hareketlerdir.[36] Başvurulan cebrin kasten yaralama sınırlarını aşmaması gerekir.[37] TCK m. 119/f. 2'ye göre, bu suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Suçun işlenebilmesi için cebir veya tehdit kullanılmış olması gerektiğinden, bir görüşe göre burada bağlı hareketli bir suç söz konusudur.[38] Araç hareketler olan cebir ya da tehdit herhangi bir biçimde işlenebileceğinden, bu suç serbest hareket özelliği gösterir.[39]

Ancak cebir ya da tehdidin siyasi hakların engellenmesine yönelik olması gerekir. Cebir ya da tehdidin yöneldiği amaç mağdurun bu nitelikteki haklarını engellemek değilse koşullara göre genel nitelikteki cebir ya da tehdit suçu söz konusu olacaktır. Kullanılan tehdidin objektif olarak mağdurun özgür iradesinin oluşumunu etkilemeye yetecek nitelikte olması gerekir. Örneğin herhangi bir yurttaşın kendi sosyal medya hesabından çok sıkı biçimde korunan bir siyasi parti genel başkanının sosyal medya hesabına gönderdiği bir mesajla siyasi parti toplantısına katılmaması için tehdit etmesi halinde bu suçun gerçekleştiğinden söz edilemez.

Cebir veya tehdit, niteliği itibariyle icrai davranışlarla işlenebilir. İhmali nitelikteki davranışların cebir ya da tehdit oluşturması söz konusu olmaz.[40] Ancak çok sınırlı biçimde de olsa bu suça ihmali davranışlarla iştirak edilmesi olanaklıdır. Siyasi parti toplantısının düzenlenebilmesi için güvenliği sağlamakla görevlendirilmiş olan kolluk görevlisinin, toplantıya katılmak isteyenleri engellemek isteyenlerle anlaşarak duruma seyirci kalması ve failleri engellememesi bu duruma örnek verilebilir. Bu örnekteki kamu görevli-

---

35 Bkz. EREM / TOROSLU, s. 84.

36 Bkz. ÖZEK, s. 39; YARSUVAT, s. 114.

37 GÖKCEN / ARTUK, s. 189.

38 BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ ve diğ., s. 135; ÖZEN, s. 114; GÖKCEN / ARTUK, s. 189.

39 FIANDACA / MUSCO, s. 143; ÖZEN, s. 114.

40 GÖKCEN / ARTUK, s. 189; GÖKCAN / ARTUÇ, C. 3, s. 4393.

si, diğer koşulları da varsa, TCK m. 119/1-e hükmüne göre sorumlu olacaktır. Fiziksel temas, ittirmek, hak sahibini o yerden uzaklaştırmak için kimyasal nitelikte maddeler ve gaz kullanılması da şiddet niteliğindedir.[41] Tehdit hak sahibine yönelebileceği gibi onun bağlılık duyduğu başka kişilere de yönelik olabilir.[42]

Bu suç sırf davranış suçu niteliğinde olduğundan, suçun gerçekleşmesi için cebir ya da tehdide başvurulmuş olması yeterli olup sayılan haklardan birinin engellenmiş olması gerekmez.[43] Mağdurun bu haklarını kullanmaktan vazgeçmiş olması da gerekmez.

Kanunda suçun işlenmesi için cebir ya da tehdidin varlığı arandığından, diğer başka hukuka aykırı davranışlarla örneğin hileyle kişilerin parti toplantılarına katılmalarının engellenmesi halinde suçtan söz edilemez.[44] İkinci fıkrada düzenlenmiş olan suçun hukuka aykırı davranışlarla da işlenebileceği kabul edilmişken bireysel siyasal hakların hukuka aykırı diğer davranışlarla engellenebileceğinin düzenlenmemesi bir eksikliktir.[45] Örneğin parti toplantısının iptal edildiği ya da yasaklandığını yönünde sahte olarak düzenlenmiş bir belgeyle kişilerin siyasi partinin faaliyetine katılmasının engellenmesi halinde, fiil suç oluşturmayacaktır.[46]

Kanundaki düzenlemeyle siyasal hakların kullanılmasının engellemesi suç olarak düzenlenmiş ancak kişilerin siyasal haklarını diledikleri yönde kullanmaları korunmamıştır.[47] Kanundaki düzenleme nedeniyle kişilerin siyasi haklarını belirli biçimde kullanmaları, örneğin belirli bir yönde oy vermeleri ya da parti yönetimindeki görevlerinde kalmaya zorlanmaları halinde m. 114/f. 1'deki suçtan söz edilemeyecektir.[48] Bu durumda koşulları varsa tehdit ya da cebre ilişkin genel hükümler uygulanabilir.

---

41 EREM, s. 86.

42 EREM, s. 86.

43 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 577; GÖKCEN / ARTUK, s. 188; BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ ve diğ., s. 136.

44 BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ ve diğ., s. 135; ÖZEN, s. 114.

45 EREM, s. 85; ÖZEN, s. 115; ARTUK / GÖKCEN, s. 189.

46 Bkz. ARTUK / GÖKCEN, s. 189, dipnot n. 362. İtalyan Ceza Kanunu'nda (m. 294) bu suçun tehdit ya da cebrin yanı sıra hileyle de işlenebileceği kabul edilmiştir Bkz. DELPINO, s. 60.

47 Bkz. ÖZEK, s. 38.

48 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 577; ERTUĞRUL Hüseyin, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", **Ahi Evran ÜSBED,** C. 6, S. 2, 2020, s. 380.

### C. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Bir görüşe göre, cebir veya tehditle kişilerin siyasi haklarının kullanılmasını engellemek her zaman hukuka aykırı olduğundan bu suçlar yönünden herhangi bir hukuka uygunluk nedeni olmaz.[49] Ancak sınırlı biçimde de olsa kanunun hükmünü ve amirin emrini yerine getirmek bu suç açısından gerçekleşebilecek hukuka uygunluk nedenleridir. Örneğin mevzuat nedeniyle siyasi partiye üye olamayacak bir memuru, siyasi parti üyesi olması halinde hakkında idari soruşturma açmakla tehdit eden amir sorumlu olmayacaktır.[50] Ancak bir kamu görevlisinin siyasi nitelikteki toplantıya katılması suç olmadığı için, memurun siyasi toplantıya katılmasının tehdit veya cebirle engellenmesi halinde genel hükümler söz konusu olacaktır.[51] Bir siyasi faaliyet ya da toplantının yapılmaması, bunlara katılım sağlanmaması, kamu gücüyle bu toplantıların önlenmesi yönündeki içeriği suç olmayan ve şiddet içermeyen düşünce açıklamaları da suç açısından hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilir.

### D. Suçun Manevi Unsuru

Niteliği gereği, bu suç kasten işlenebilen suçlardandır. Siyasi faaliyetlerin kullanılmasının istenmeden, özensiz davranışlarla işlenmesi söz konusu olamayacağından, bu suçun taksirle işlenmesi olanaklı değildir. TCK m. 114/f. 1'deki düzenlemeye göre cebir ya da tehdidin, siyasi hakların engellenmesine yönelik olması gerektiğinden, bu suç özel kasıtla işlenebilen suçlardandır.[52] Faildeki cebir veya tehdide başvurma bilinç ve iradesi genel kastı oluştururken hükümde sayılan hakların kullanılmasını engellemeye yönelik amaç özel kastı oluşturmaktadır.[53] Yargıtay da "*Suçun manevi unsuru, birinci fıkra açısından, bir kimseyi siyasi partiye üye olmaya veya olmamaya, siyasi parti faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, siyasi partiden veya siyasi parti yönetimindeki görevinden ayrılmaya, seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olmamaya veya seçildiği görevden ayrılmaya zorlamak amacıyla bilerek ve isteyerek cebir-tehdit icrasıdır*" şeklinde karar vermiştir.[54]

---

49 Bkz. BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ ve diğ., s. 138-139.

50 TOROSLU, s 95; YARSUVAT, s. 112.

51 Bkz. YARSUVAT, s. 112.

52 GÖKCAN / ARTUÇ, s. 4395. Bu suçun genel kasıtla işlenebileceği yönündeki görüş için bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 578-579.

53 FIANDACA / MUSCO, s. 143; GAROFOLI, s. 96; EREM / TOROSLU, s. 85; ARTUK / GÖKÇEN, s. 190; YARSUVAT, s. 116.

54 Y. 4. CD 2021/474, 2021/18678, 9.6.2021; Y. 4. CD 2014/585, 2016/9881 12.5.2016.

Failin cebir ya da tehdide başvurma amacı mağdurun siyasi haklarını kullanmasının engellenmesi olmamakla beraber, başvurulan cebir ya da tehdidin etkisiyle mağdur siyasi haklarını kullanamamışsa örneğin evden çıkarsa öldürüleceği yönünde tehdit edildiği için parti kongresine katılamamışsa fail genel hükümlere göre sorumlu olmalıdır.[55]

### E. Kusurluluğa Etki Eden Nedenler

Bu suç açısından kusurluluğa etki eden nedenin gerçekleşmesi çok sınırlı biçimde söz konusu olabilir. Bu suçun varlığı için özel kasıt arandığından, failin engellemeye çalıştığı hakkın niteliği konusunda hataya düşmesi, engellemek istediği hakkın siyasi haklara ilişkin olduğunu bilmemesi halinde genel hükümlere göre sorumlu olması gerekir.[56] Mağdurun kimliğinde ya da yaşında hata edilmesi bu suç yönünden esaslı hata niteliğinde olmadığından kusurluluğa etki etmez. Ancak fail, mağdurun siyasal haklardan yararlanma hakkına sahip olmadığını bilmiyorsa bu hatasından yararlanmalı ve tehdit ya da cebir suçuna ilişkin hükümlere göre uygulanmalıdır.[57]

## II. SİYASİ PARTİNİN FAALİYETLERİNİ ENGELLEMEK SUÇU (TCK m. 114/f. 2)

### A. Suç Hakkında Genel Bilgiler

#### 1. Suçun Hukuki Konusu

TCK m. 114/f. 2'deki suçun konusu, siyasi partilerin faaliyetleridir. Siyasi parti faaliyetleri, siyasi partilerin mevzuata uygun olarak gerçekleştirdikleri her türlü faaliyetleridir.[58] Bu nedenle siyasi partilerin kendilerine ait binalarında yaptıkları toplantıların yanı sıra açık ve kapalı alanlarda, meydanlarda yaptıkları miting, propaganda amaçlı gezi, işyeri ziyaretleri, afiş ve el ilanı dağıtmak, stant açmak, ev ve işyeri ziyaretlerinde bulunmak gibi tanıtım faaliyetleri de bu hükümle korunmaktadır.[59] Ancak bir grup parti üyesinin parti binasında yaptıkları özel bir toplantı, siyasi parti faaliyeti niteliğinde olmayan özel bir gezi ya da toplantının engellenmesi halinde bu suç

---

55 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 579; ARTUK / GÖKÇEN, s. 191.

56 Aksi yöndeki fikirler için bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 579.

57 EREM, s. 84; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 575.

58 GÖKCEN / ARTUK, s. 190.

59 GÖKCAN / ARTUÇ, C. 3, s. 4393.

oluşmaz. Bu durumda diğer koşulları varsa tehdit ya da hürriyetin sınırlanması suçları söz konusu olabilir. Örneğin bir grup parti üyesinin parkta seçim bildirisi dağıtmasının engellenmesi halinde bu suç oluşacak, ancak aynı kişilerin parti toplantısından sonra ellerindeki parti flamalarıyla kaldırımda yürürken flamalarını atmaları yönünde tehdit edilmeleri halinde tehdit suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

### 2. Suçun Faili ve Mağduru

Herhangi bir kişi bu suçun faili olabilir. Birinci fıkrada olduğu gibi bu suç yönünden de fail herhangi bir özellik göstermez. Suçun, nüfuzunu kötüye kullanan kamu görevlisi tarafında ve suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi nitelikli haller arasında düzenlenmiştir.

Bu fıkradaki suçun mağduru, faaliyetleri engellenen siyasi partidir.[60] Birinci fıkradaki suç ile buradaki suç kimi olaylarda iç içe geçebilir. Örneğin bir mitinge katılmak ve konuşma yapmak isteyen parti üyelerinin cebirle engellenmesi halinde bu fıkradaki suçun da gerçekleştiğini; cebredilen kişilerin yanı sıra parti tüzel kişiliğinin de mağdur olduğunu kabul etmek gerekir. Tüzel kişilerin mağdur olamayacağını savunan görüştekilerse faaliyeti engellenen siyasi partinin yöneticilerini suçun mağduru, ilgili siyasi partiyi ise suçtan zarar gören olarak kabul etmektedirler.[61] Yargıtay da *"İkinci fıkrada düzenlenen suçun mağduru ise siyasi partilerin yöneticileridir. Suçtan zarar gören de siyasi partilerdir"* şeklindeki kararında, faaliyeti engellenen siyasi partiyi suçtan zarar gören, siyasi partinin yöneticilerini ise suçun mağduru olarak kabul etmiştir.[62] SPK m. 5/f. 1'e göre vatandaşlar siyasi parti kurma hakkına sahiptirler. Bu suç yönünden mağdur olabilecek kişiler ancak Türk vatandaşlarıdır. Siyasi partinin faaliyetlerinin engellenmesi halinde söz konusu partinin üyesi olan gerçek kişilerin de suçtan zarar gördükleri kabul edilmelidir. Ancak siyasi partiye üye olmamakla beraber söz konusu siyasi partiye oy veren ve destek olan kişiler mağdur ya da suçtan zarar gören değildirler. Bu kişilerin siyasi parti faaliyetlerinin engellenmesi halinde TCK m. 114/f. 1'deki suç gerçekleşmiş olacaktır.

---

60 ÖZEN, s. 112; TOROSLU, s. 96. Siyasi partinin yanı sıra devletin de bu fıkradaki suç nedeniyle mağdur olduğu yönündeki görüş için bkz. PARLAR / HATİPOĞLU, s. 1829.

61 BAYRAKTAR / KIZIROĞLU / YILDIZ ve diğ., s. 132.

62 Y. 4. CD 2014/585, 2016/9881, 12.5.2016.

Bu suçun mağduru olabilmek için SPK'ya göre kurulmuş olan bir parti tüzel kişiliğinin bulunması gerekir.[63] SPK m. 8/f. 3'e göre siyasi partiler, aynı maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen bildiri ve belgelerin İçişleri Bakanlığı'na verilmesiyle tüzelkişilik kazanırlar.[64] Bu nedenle ilgili belgelerin Bakanlığa verildiği gün, parti tüzelkişilik kazanmış olacaktır. Suçun varlığı için partinin kurulmuş olması yeterli olup partinin yerel ya da ulusal seçimlere girebilmek için gerekli örgütlenmesini tamamlamış olması gerekmez.[65] Yargıtay da bu konuda "*Siyasi Partiler 2820 Sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca bildirim ve belgelerini İçişleri Bakanlığına vermeleriyle tüzel kişilik kazanırlar. Siyasi partilerin tüzel kişilik kazanmaları yeterli olup, seçime katılma yeterliğine sahip olmaları gerekli değildir.*" şeklinde karar vermiştir.[66]

TCK m. 114/f. 2'deki suçun varlığı için SPK hükümlerine göre göre kurulmuş bir partinin varlığı gerektiğinden, bir siyasal partinin kurulmasını engellemek amacıyla kişilere karşı tehdit ya da cebir kullanılması halinde TCK m. 114'teki suçlar değil koşullara göre tehdit ya da cebir suçu söz konusu olacaktır.

Siyasi partiler ülkemizde genel merkez, il, ilçe teşkilatı şeklinde örgütlenmektedirler. Ancak suçun söz konusu olması için mutlaka bütün bir parti teşkilatının faaliyetinin engellenmiş olması gerekmez. Örneğin bir ilçedeki sınırlı katılımcının olduğu mitingin engellenmesi halinde de suç gerçekleşmiş olacaktır. Bu durumda da suçun mağduru parti tüzel kişiliğidir.

### B. Suçun Maddi Unsuru

TCK m. 114/f. 2'deki suçun cebir ya da tehdidin yanı sıra hukuka aykırı diğer başka davranışlarla da işlenebileceği kabul edilmiştir. Birinci fıkradaki suç yönünden olduğu gibi, bu fıkradaki suç yönünden de tehdit ya da cebir, TCK'daki tehdit (m. 106) ya da cebir (m. 108) suçunu oluşturan davranışlar olmalıdır. Bu nedenle tehdit ve cebre ilişkin yukarıdaki açıklamalar bu suç

---

63 TOROSLU, s. 96; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 577.

64 Siyasi Partiler Kanunu m. 8/4'e göre "*Bildiride, kurulacak siyasi partinin adı, genel merkez adresi, kurucuların adı, soyadı, doğum yeri ve tarihi, öğrenim durumları, meslek veya sanatlarıyla ikametgahlarının belirtilmesi ve bu bildirinin bütün kurucular tarafından imzalanması ve bildiriye beşer adet olmak üzere kurucuların nüfus kayıt örnekleri, adli sicil belgeleri ve kurucuların ayrı ayrı düzenledikleri siyasi parti kurucusu olabilme şartlarını taşıdıklarını belirten imzalı beyannameler ile kurucular tarafından imzalanmış parti tüzüğü ve programının eklenmesi şarttır.*"

65 GÖKCAN / ARTUÇ, C. 3, s. 4391.

66 Y. 4. CD 2014/585, 2016/9881, 12.5.2016.

açısından da geçerlidir. Tehdit ya da cebrin muhatabı siyasi parti tüzel kişiliği değil, tehdit edilen ya da cebredilen gerçek kişidir. Bu gerçek kişinin mutlaka söz konusu siyasi partinin üyesi olması gerekmez. Örneğin parti toplantısının yapılacağı binanın kapısını kilitli tutması ya da toplantı binasının elektriklerini açmaması için parti üyesi olmayan bina görevlisinin tehdit edilmesi nedeniyle siyasi parti faaliyetinin engellenmesi halinde suç gerçekleşmiş olacaktır. Bu durumda siyasi parti faaliyetlerinin engellenmesi suçunun yanı sıra tehdit edilen kişi yönünden de tehdit suçu gerçekleşmiş olacaktır.

Bu suçun, tehdit ya da cebir oluşturmayan "hukuka aykırı diğer davranışlarla" da işlenebileceği kabul edilmiştir. Hukuka aykırı diğer davranışlar, tehdit ya da cebir dışındaki, siyasi partinin faaliyetlerini engellemek amacına yönelik hukuk düzeni ile çatışan davranışlar olarak anlaşılmalıdır. Bu kapsamda hile, hukuka aykırı başka bir davranış kapsamındadır.[67] Siyasi partinin toplantısının yapılacağı salonun elektriğinin gizlice kesilerek salonun aydınlatılmasının ve ses düzeneklerinin çalıştırılmasının önlenmesi; siyasi parti yönetimi ya da mülki amirin kararıyla siyasi partinin toplantısının iptal edildiğine ilişkin sahte bir belge ile toplantıya katılanların ikna edilmesi; idari makamların görevlerini kötüye kullanarak verdikleri hukuka aykırı bir emirle siyasi partinin toplantısına katılımı engellemek amacıyla miting meydanının girişini kapattırması; ulaşımın engellenmesi; elektriklerin kesilmesi; miting alanına kamyonlarla çöp ya da çamur taşınması; miting konuşmalarının sesinin bastırılması amacıyla ayarlanmış bir grubun gürültü yapmasının sağlanması, elektronik-dijital ortamda tutulan siyasi parti verilerinin bilgisayar korsanlığı suretiyle yok edilmesi bu niteliktedir. Çok sayıda kişinin siyasi parti toplantısının devam etmesinin ya da konuşmacının konuşmasını sürdürmesini olanaksız hale getirecek uzun bir süre boyunca ve toplantısının yapılmasını engelleyecek biçimde alkışlaması, bağırması da bu nitelikte olabilir.[68] Ancak kısa süreli protesto ve gösteriler bu nitelikte değerlendirilmemelidir.

Siyasi partinin faaliyetleri, ilgili mevzuat hükümlerine göre siyasi partinin gerçekleştirdiği her türlü faaliyeti kapsar.[69] Suçun gerçekleşmesi için partinin seçimlere girmiş olması ya da partinin seçim dönemindeki ya da

---

67 BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ vd., s. 136. Maddede geçen, "siyasi parti faaliyetlerinin hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmesi" ifadesinin içeriğinin açık olmadığı yönündeki eleştiri için bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 577.

68 Bkz. YARSUVAT, s. 115.

69 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 577.

seçime yönelik faaliyetlerinin engellenmesi gerekmez.[70] Örneğin partinin seçim afişlerinin söktürülmesinin yanı sıra üye kaydetmek ya da miting yapmak şeklindeki faaliyetleri de bu kapsamdadır. Yargıtay da "*Suçun maddenin ikinci fıkrasındaki halinin maddi unsuru cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, mevzuata uygun olarak kurulmuş bir siyasî partinin faaliyetlerinin engellenmesidir. Bu suçun oluşumu için birinci fıkradan farklı olarak hakkın kullanılmasının engellenmiş olması gerekir. Siyasi partinin faaliyetinden maksat, siyasi partilerin mevzuata ve tüzüklere uygun olarak gerçekleştirdikleri her türlü faaliyettir.*" şeklinde kararlar vermiştir.[71] Siyasi partilerin seçime ve seçmenlere yönelik faaliyetlerinin yanı sıra kendi üyelerine yönelik eğitim ve kültür çalışmaları da bu kapsamda korunmaktadır.

Kanundaki düzenleme nedeniyle siyasi partinin belirli bir yönde açıklama yapması ya da belirli bir karar vermesi için örneğin partinin bir başka partiyle birleşmesi için parti üyelerinin zorlanmaları halinde m. 114/f. 2'deki suçtan söz edilemeyecektir.[72] Bu durumda koşulları varsa tehdit ya da cebre ilişkin genel hükümler uygulanacaktır.

TCK m. 114/f. 2'deki suçun oluşması için siyasi partinin faaliyetlerinin engellenmesi gerektiğinden, bu suç neticeli suçtur.[73] Bu suç ani suç niteliğinde olmakla beraber, engellemenin süreklilik göstermesi halinde suç kesintisiz biçimde işlenmiş olacaktır.[74] Yukarıdaki fıkrada olduğu gibi burada da cebir, tehdit ya da hukuka aykırı davranış sonucunda siyasi partinin faaliyetlerinin engellenmiş olması yeterli olup bunun sürmesi ya da partinin faaliyetlerini sonlandırmış olması gerekmez. Bu niteliğinden dolayı bu fıkradaki suça teşebbüs mümkündür.[75] Cebir ya da tehdit bu suçun unsurunu oluşturduğundan bileşik suç söz konusudur.[76]

---

70 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 576.

71 Y. 4. CD 2021/474, 2021/18678, 9.6.2021; Y. 4. CD 2014/585, 2016/9881, 12.5.2016.

72 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 577.

73 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 578; BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ ve diğ., s. 136.

74 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 578; GÖKCEN / ARTUK, s. 190; BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ ve diğ., s. 136.

75 ANTOLISEI, s. 849; PARLAR / HATİPOĞLU, s. 1830.

76 Bkz. HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 200.

### C. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Bu suç açısından kanunun hükmünün ve amirin emirinin yerine getirilmesi sınırlı biçimde söz konusu olabilir. Siyasi partiler açısından yasak faaliyetler, SPK m. 78-96 arasında sayılmıştır. Bu yasakların işlenmesinin engellenmesi amacıyla verilen emirlerin yerine getirilmesi TCK m. 114/f. 2 açısından hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilir. Örneğin siyasi partiler için yasak faaliyet niteliğinde olan ticaretle uğraşma, borç alıp verme benzeri faaliyetlerin engellenmesi halinde suçtan söz edilemez.[77] İlgililerin SPK m. 78-96 arasında sayılan yasak faaliyetleri engellemeye yönelik davranışları, hukuka uygunluk nedenlerinin genel koşullarını taşımalıdır. Söz konusu yasaklara uyulmasını sağlamaya yönelik davranışlar ilgili kamu görevlileri tarafından ve orantılı biçimde uygulanmalıdır. Davranışların orantılı olmaması ya da yetkisiz kişilerce uygulanmaya çalışılması halinde kişilere karşı kullanılan cebir ya da tehdit, suç oluşturmaya devam edecektir. SPK m. 101'e dayanılarak bir siyasi partinin kapatılması, kapatılma kararının yerine getirilmesi halinde de bu suç oluşmaz.[78] Bir siyasi partinin faaliyetlerinin önlenmesi ya da bir siyasi partinin kapatılması yönündeki içeriği suç olmayan ve şiddet içermeyen düşünce açıklamaları da suç açısından hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilir.

### D. Suçun Manevi Unsuru

Bu suçun varlığı için genel kasıt yeterlidir. Failin siyasi partinin faaliyetlerini engellemek bilinç ve iradesinde olması yeterlidir.[79] Yargıtay da "*İkinci fıkra açısından ise failin belli bir saikle hareket etmesi gerekmez; fiilin bilerek ve isteyerek icrası yeterlidir*" şeklinde karar vermiştir.[80] Bir gerçek kişiye yönelik olarak cebir, tehdit ya da hukuka aykırı nitelikteki davranışları gerçekleştiren fail bu suretle siyasi partinin faaliyetlerinin engellenmesini amaçlamaktadır.

### E. Kusurluluğa Etki Eden Nedenler

Bu suç açısından kusurluluğa etki eden nedenin gerçekleşmesi çok sınırlı biçimde söz konusu olabilir. Failin kişileri tehdit etmek ya da cebretmek sure-

---

77 Bkz. ÖZBEK, s. 746.

78 Bkz. ÖZBEK, s. 747.

79 TOROSLU, s. 97.

80 Y. 4. CD 2021/474, 2021/18678, 9. 6. 2021.

tiyle engellediği faaliyetin siyasal parti faaliyetleri olduğunu bilmemesi halinde fail, tehdit ya da cebir suçuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olmalıdır.

## III. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

### A. Suça Teşebbüs

TCK m. 114/f. 1'deki suç tipi şekli bir suç olup mağdurun siyasi partiye üye olmasını veya olmamasını, siyasi partinin faaliyetlerine katılmasını veya katılmamasını; siyasi partiden veya siyasi parti yönetimindeki görevinden ayrılmasını, seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olmamasını veya seçildiği görevden ayrılmasını sağlamak amacıyla tehdit ya da cebre başvurulması, suçun oluşması için yeterlidir.[81] Mağdurun siyasi haklarını kullanmamasına yönelik tehdit ya da cebir, suçun oluşması için yeterli olduğundan, mağdurun bu haklarını kullanmaktan çekinmesi (imtina etmesi) gerekmez.[82] Bu suç bir tehlike suçu niteliğinde olup sınırlı biçimde de olsa teşebbüs edilmesi söz konusu olabilir. Bu suçu sırf hareket suçu olarak niteleyen görüşe göre de icra hareketlerinin kesilmesi durumunda teşebbüs söz konusu olacaktır.[83] Örneğin mağdurun adresine postalanan tehdit mektubu mağdura ulaşmadan ele geçirilmiş ya da mağduru cebretmek amacıyla yola çıkan fail yolda kolluk tarafından engellenmişse teşebbüs hükümlerine göre sorumlu olacaktır.[84]

TCK m. 114/f. 2'deki suç ise siyasi partinin faaliyetlerinin engellenmesiyle tamamlanmaktadır. Engellemenin belirli bir süre devam etmesi gerektiğinden kesintisiz bir suç söz konusudur. Engelleme uzun bir süre olabileceği gibi geçici bir süre de söz konusu olabilir.[85] Ancak engellemenin önemsiz sayılacak kadar kısa sürmesi, örneğin elektriklerin açılıp kapatılması halinde suçtan söz edilemez. Engellemenin söz konusu olup olmadığı, davranışların siyasi hakkın kullanılmasını ortadan kaldırmaya elverişli olup olmadığı somut olayın özelliğine göre belirlenmelidir.[86] Failin bu yöndeki hareketlerine rağmen partinin faaliyetleri engellenmemişse suça teşebbüs

---

81 GAROFOLI, s. 95; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 579; ARTUK / GÖKÇEN, s. 191.

82 TOROSLU, s. 95.

83 BAYRAKTAR / KIZIROĞLU / YILDIZ, s. 137.

84 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 579.

85 ÖZEK, s. 36.

86 ÖZBEK, s. 748.

söz konusu olacaktır.[87] Örneğin miting alanına girişlerin engellenmesi amacıyla meydan girişine dökülen çöp ve molozlar miting başlamadan önce kaldırılmışsa; alanda toplanılmasını önlemek ve meydanı kapatmak amacıyla park edilen çok sayıda kamyon, otobüs gibi araçlar meydandan çekilmişse fail teşebbüs hükümlerine göre sorumlu olacaktır.[88] Her iki fıkradaki suç açısından da failin icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi söz konusu olabilir. Bu durumda fail TCK m. 36 gereğince sadece tamam olan kısımdan sorumlu olacaktır.[89]

### B. Suça İştirak

Her iki fıkradaki suç, iştirak hükümlerinin uygulanması bakımından herhangi bir özellik göstermez. İştirak biçimlerinin herhangi biri söz konusu olabilir. Ancak TCK m. 119/1-c bendine göre, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde cezanın artırılması zorunludur.

### C. İçtima Halleri

Suçun cebir ve/veya tehditle işlenmesi siyasi hakların kullanılmasının unsuru olarak düzenlendiğinden bileşik suç söz konusudur, ayrıca bu suçlardan dolayı faile ceza verilmez.[90] Yargıtay da *"Cebir ve tehdit suçun unsurunu oluşturduğu için, bileşik suç kuralları gereği yalnızca siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi suçundan ceza verilir; ayrıca cebir veya tehditten ceza verilmez."* şeklinde karar vermiştir.[91] Suçun işlenmesi sırasında kişi hürriyetinin sınırlanması, hakaret, iftira gibi diğer başka suçların işlenmesi halinde gerçek içtima yoluna gidilmelidir.

Suçun bir kamu görevlisi tarafından görevi sırasında işlenmesi TCK m. 119/1-e bendinde nitelikli hal olarak düzenlendiğinden fail ayrıca görevi kötüye kullanmak suçundan dolayı sorumlu olmaz. TCK m. 119/1-e hükmü olmasaydı, kamu görevlisinin görevini kötüye kullanarak kişilerin siyasi

---

87 TOROSLU, s. 97; ARTUK / GÖKÇEN, s. 191; BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ ve. diğ., s. 137.

88 Miting başlamadan önce miting alanına belediye otobüslerinin çektirildiği benzeri bir olaya ilişkin haber için bkz. https://www.diken.com.tr/imamoglunun-mitingi-belediye-otobusleriyle-engellendi/. Bu fıkradaki suçu sırf hareket suçu olarak niteleyen ve siyasi partinin faaliyetinin engellenmesine yönelik davranışla birlikte suçun da oluşacağını kabul eden görüşe göreyse bu suça teşebbüs söz konusu olmaz. Bkz. HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 202.

89 BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ, s. 137-138.

90 BAYRAKTAR / KIZIROĞLU / YILDIZ, s. 143.

91 Y. 4. CD 2014/585, 2016/9881, 12.5.2016.

haklarını engellemesi halinde TCK m. 118'deki suçun yanı sıra TCK m. 257'deki görevi kötüye kullanma suçu da söz konusu olurdu. Ancak bu durumda fikri içtima hükümleri uygulanarak kamu görevlisinin daha ağır suçtan sorumluluğu yoluna gidilebilirdi. Suçun kamu görevlisi tarafından görevi sırasında işlenmesinin TCK m. 119/1-e bendinde nitelikli hal olarak düzenlenmiş olması, bu durumda fikri içtima hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin olası tartışmaları da ortadan kaldırmıştır.

Özel normun önceliği ilkesi gereğince, özel kanunlarda düzenlenmiş olan siyasi hakların ihlali halinde özel kanun hükümleri uygulanmalıdır.[92] Örneğin 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu m. 28-34 arasında düzenlenen ve gösteri hakkını ihlal eden fiiller hakkında bu kanunda (m. 29) düzenlenmiş olan cezai hükümler uygulanacaktır.[93] Yine 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'da düzenlenmiş olan seçim suçlarının (m. 133 vd.) işlenmesi halinde de bu Kanun'daki cezai hükümler uygulanacaktır. Yargıtay ise "*Seçim hakkının cebir veya tehdit yoluyla engellenmesi fiilleri bu suç kapsamına girmeyip, 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 152. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Aynı Kanunun 149. maddesinde de herhangi bir vasıta ile seçim propagandası toplantısına engel olan veya imkan vermeyecek hareket ve tertiplerle onu ihlal eden kişilerin bu fiilleri yaptırıma bağlanmaktadır. Bu durumda somut olayın özelliğine göre siyasi partinin faaliyetine seçim döneminde engel olunması durumunda fikri içtima hükümlerine göre hangi maddede öngörülen ceza ağır ise o madde hükümleri uygulanacaktır"* şeklindeki kararında, bu durumda fikri içtima hükümlerinin uygulanacağı yönünde karar vermiştir.[94] Oysa burada iki ayrı hukuki değeri ihlal eden iki suç arasında genel norm özel norm ilişkisi olduğundan fikri içtima ilişkisi söz konusu değildir.[95]

TCK m. 114/f. 1'de yasaklanan fiil, bir kişiye karşı olabileceği gibi birden fazla kişiye karşı da olabilir.[96] Fiilin değişik zamanlarda aynı kişiye kar-

---

92 ERTUĞRUL, s. 384.

93 BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ, s. 144. Bir siyasi partinin faaliyeti çerçevesinde yapılan izinli mitingin cebir ya da tehditle engellenmesi halinde 2911 sayılı Kanun m. 29 ile TCK m. 114 arasında fikri içtima (TCK m. 44) hükümleri gereğince en ağır cezayı gerektiren hükmün uygulanacağı görüşü için bkz. GÖKCAN / ARTUÇ, s. 4400.

94 Y. 4. CD 2014/585, 2016/9881, 12.5.2016.

95 ERTUĞRUL, s. 384.

96 ÖZEK, s. 36.

şı işlenmesi ya da bir fiil ile birden fazla kişiye karşı işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir.[97] Yargıtay da "*Suçun aynı kişiye veya siyasi partiye karşı değişik zamanlarda birden fazla defa işlenmesi veya ve bir hareketle birden fazla kişiye yahut siyasi partiye karşı işlenmesi durumunda zincirleme suç ve aynı nev'iden fikri içtima hükümleri uygulanacaktır*" şeklinde karar vermiştir.[98]

## IV. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

### A. Suçun Silahla İşlenmesi

Suçun silahla işlenmesi, "Ortak Hüküm" kenar başlıklı TCK m. 119/f. 1-a bendinde düzenlenmiştir. Silah, TCK'da (m. 6) tanımlanmıştır.[99] Silahın ağırlatıcı neden olarak kabul edilmesinin gerekçesi mağduru korkutma, faile cesaret verme özelliğidir. Failin silahlı olması, silahın görülmesi yeterli değildir. Nitelikli halin uygulanabilmesi için fiilin silah kullanılarak işlenmesi, silahın korkutuculuğunun araç haline getirilmiş olması gerekir.[100] Bu nedenle faildeki silahın tabanca, tüfek benzeri ateşli silah olması halinde bunların öldürme ya da yaralama açısından elverişli olması gerekmediği gibi mutlaka mağdura doğrultulmuş olması da gerekmez; silahın mağduru korkutma sonucunu doğurmaya elverişli biçimde kullanılmış olması yeterlidir.[101] Silahın mutlaka ateşli silah olması da gerekmez; failin ateşli silah olduğunu söyleyerek oyuncak silah kullanması halinde de nitelikli hal uygulanmalıdır.[102] Önemli olan mağdurun bu yöntemle korkutulmuş olmasıdır. Ancak mağdurun gıyabında tehdit edilmesi halinde bu nitelikli hal uygulanmamalıdır.[103]

---

97 ERTUĞRUL, s. 385.

98 Y. 4. CD 2014/585, 2016/9881, 12.5.2016.

99 TCK m. 6'ya göre, Silah deyiminden; "*1. Ateşli silahlar, 2. Patlayıcı maddeler, 3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, 4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, 5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler"... anlaşılır.*"

100 ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s. 396; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 461.

101 ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s. 396; AYDIN, s. 28 vd.

102 GÖKCAN / ARTUÇ, s. 4396.

103 BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ, s. 140.

### B. Suçun Kişinin Kendisini Tanınmayacak Bir Hale Koyması Suretiyle İşlenmesi

Failin tanınmamak için aldığı önlemler mağdur üzerinde baskı oluşturup yakalanmasını güçleştireceğinden bu durum, TCK m. 119/f. 1-b bendinde nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Suç işlenirken failin tanınmasını önlediğinden, bu nitelikli hal mektup göndermek, bilinmeyen bir numaradan aramak gibi suçun gıyapta tehdit suretiyle işlendiği hallerde uygulanamaz.[104] Bu nitelikli halin uygulanması için failin kendisini tanınamayacak hale sokması yeterli olup yapılan değişikliğe rağmen mağdurun faili tanımış olması önemli değildir.[105] Mağdurun faili tanımaması önemli olup başkalarının faili tanımış olması nitelikli halin uygulanması açısından önemli değildir. Suçun iştirak halinde işlenmesi halinde de iştirakçilerden birinin ya da birkaçının kendini tanınmayacak hale getirmiş olması halinde ağırlatıcı neden uygulanacaktır.[106]

### C. Suçun İmzasız Mektupla veya Özel İşaretlerle İşlenmesi

TCK m. 119/f. 1-b hükmünde düzenlenmiş olan bu nitelikli hal suçun tehdit suretiyle işlenmesi halinde söz konusu olabilir. İmzasız mektubun söz konusu olması için mutlaka mağdura hitap eden ve mektup biçiminde yazılmış bir yazı olması gerekmez. Mağdura hitap eden ve mektup biçiminde olmayan herhangi bir vasıta ile düzenlenmiş tehdit içeren herhangi bir yazılı not, pusula, kâğıt parçası, faks, telgraf, bir cisme yazılmış sözler ve yazılar da bu niteliktedir.[107] Bu nedenle kim tarafından yazıldığı belli olmayan mektubun yanı sıra göndericisi bilinmeyen sms, mail, elektronik posta ve diğer sosyal medya mesajları da bu niteliktedir.[108] Mağdur, söz konusu mektuptaki ifadelerden ve içerikten herhangi bir duraksama yaşamadan failin kim olduğunu anlamışsa bu nitelikli hal uygulanmamalıdır.

Özel işaretler de mağdurdaki tereddüdü artıracağından bu suç açısından nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu nitelikli halin uygulanması için özel işaretlerin objektif olarak mağduru korkutması yeterli olup işaretlerin başkaları tarafından bilinmesi ve tanınması önemli değildir. Özel işaretler yazılı

---

104 AYDIN, s. 30.

105 GÖKCEN / ARTUK, s. 193.

106 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 462; AYDIN, s. 30.

107 GÖKCEN / ARTUK, s. 193.

108 BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ ve diğ., s. 141; AYDIN, s. 31.

biçimde, resim, fotoğraf, grafiti olabileceği gibi mağdura ait eşya ya da konut, işyeri gibi yerlerin önüne tehdit niteliğinde bir işaret de olabilir.

### D. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi TCK m. 119/f. 1-c bendinde nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde mağdur üzerinde daha ciddi bir baskı kurulacağı, mağdurun kendini korumak imkânının zorlaşacağı açıktır. Mağdurun birden fazla kişi tarafından birlikte cebredilmesi ya da tehdit edilmesi de söz konusu olabilir. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için iştirak ilişkisi yeterli olmayıp fiilin en az iki kişi tarafından fiilen birlikte işlendiği sabit olmalıdır.[109] Bunun için iştirakçilerin önceden anlaşmış olmaları gerekmez. Azmettiren ve yardım edenler bu sayının tespitinde dikkate alınmaz. Birlikte gerçekleştirmeden kastedilen suçun işlenişi sırasında müşterek faillik ilişkisinin (TCK m. 37) varlığıdır.[110] Faillerden biri hakkında kişisel bir nedenle ceza verilmemiş olsa da nitelikli hal uygulanacaktır.

### E. Suçun Var Olan veya Varsayılan Suç Örgütlerinin Oluşturdukları Korkutucu Güçten Yararlanılarak İşlenmesi

TCK m. 119/f. 1-d bendinde düzenlenmiş olan bu nitelikli halin uygulanması için örgütün varlığı gerekmediği gibi failin örgütün üyesi olması ya da suçu örgütün bilgisi, izni dâhilinde gerçekleştirmesi de gerekmez.[111] Örgütün varlığı ve niteliği TCK m. 220'ye göre belirlenecektir. Suç örgütü çıkar amaçlı suç örgütü olabileceği gibi terör örgütü de olabilir. Önemli olan mağdurun bu örgütlenmenin ismi karşısında tedirgin olması, kendisini güvende hissetmemesidir. Suç örgütünün kamuoyunda ve hukuk düzeninde adli makamlar tarafından biliniyor olmasının yanı sıra henüz kimi üyeleri yakalanmamış, ancak kamuoyunda varlığına dair genel kanı olan örgütlenmeler de söz konusu olabilir.[112] Suç örgütünün korkutuculuğu arandığından, geçmişte varolmuş ya da fail-mağdur ilişkisiyle ilişkisi hayatın olağan akışında kurulamayan, günümüzde varlığını sürdürmeyen suç örgütleri bu kapsamda değerlendirilemez.

---

[109] BAYRAKTAR / KİZİROĞLU,/YILDIZ ve diğ., s. 142; AYDIN, s. 33.

[110] GÖKCAN / ARTUÇ, s. 4396.

[111] BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ ve diğ., s. 142.

[112] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 464-465; AYDIN, s. 33.

### F. Suçun Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

TCK m. 119/f. 1-e bendinde düzenlenen bu nitelikli hal, görevi kötüye kullanmanın özel bir türüdür. Bu nitelikli halin uygulanması için failin kamu görevlisi olması yeterli olmayıp, görevinden kaynaklanan nüfuzu kullanarak kişinin siyasi hakkını kullanmasını engellemiş olmalıdır.[113] Bu nitelikli halin uygulanması için failin herhangi bir kamu görevlisi olması yeterlidir. Failin seçim ya da siyasi parti faaliyetleriyle ilgili bir görevde bulunması gerekmez.

## V. SUÇUN İŞLENMESİ SIRASINDA KASTEN YARALAMA SUÇUNUN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLERİNİN GERÇEKLEŞMESİ

"Ortak hüküm" kenar başlıklı TCK m. 119/f. 2'ye göre bu suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.[114] Fiilin işlenişi sırasında mağdura karşı uygulanan basit fiziksel (maddi) güç basit yaralama (m. 86/f. 1) ya da basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafifse (m. 86/f. 2) yaralama fiilinin cebir suçunun unsuru olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak yaralama fiili TCK m. 87'deki sonuçlardan birine neden olduğunda, gerçek içtima hükümlerine gidilerek fail siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun yanı sıra neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan da sorumlu olacaktır. Yargıtay da "*Ancak TCK'nın 119/2 maddesindeki düzenleme gereğince, yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda ayrıca kasten yaralama suçundan da hüküm kurulur.*" şeklinde karar vermiştir.[115]

Kasten yaralama davranışı bizzat faile yöneltilebileceği gibi üçüncü bir kişiye de yöneltilebilir. Örneğin fail siyasi haklarını kullanmaması için mağ-

---

[113] BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ, s. 142.

[114] Hürriyete karşı suçların işlenişi sırasından kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda gerçek içitimaya gidilecek olan suçlar TCK m. 119/f. 1'de eğitim ve öğretimin engellenmesi, kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi, siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, konut dokunulmazlığının ihlali ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçları olarak sayılmıştır.

[115] Y. 4. CD 2014/585, 2016/9881, 12.5.2016.

duru cebredebileceği gibi bunu sağlamak amacıyla mağdurun bir yakınını da cebredebilir. Cebrin mağdura ya da bir üçüncü kişiye yönelmesi hallerinde TCK m. 87'deki sonuç gerçekleştiğinde de gerçek içtimaya gidilmelidir.

## VI. SUÇA İLİŞKİN MUHAKEMENİN YÜRÜTÜLÜŞÜ VE SUÇUN YAPTIRIMI

Birinci fıkradaki suç için bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası, ikinci fıkradaki suç için iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. İkinci fıkradaki suçun cezasının daha ağır olmasının nedeni, kolektif hakların korunması ve birden çok mağdurun bulunmasıdır. Her iki fıkradaki suç da Asliye ceza mahkemesinin görevine girmektedir. Siyasi hakların kısmen bile olsa engellendiği yerde suç işlenmiş olacağından, yetkili mahkeme siyasi hakların engellendiği yer mahkemesidir.[116]

Bu suçlar yönünden herhangi bir hafifletici nedene yer verilmemiştir. CMK m. 119/f. 1'de öngörülen ağırlatıcı nedenlerin gerçekleşmesi halinde ceza bir kat artırılmaktadır. Suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçu da işlenmişse gerçek içtima kuralları uygulanarak ayrıca bu suçtan dolayı da ceza verilecektir.

Somut olayda birden fazla nitelikli halin bulunması halinde, bu durum temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınarak alt sınırdan uzaklaşılmak suretiyle ceza tayin edilmelidir. Her iki fıkradaki suç da re'sen takip edilen suçlardandır. Şikâyete bağlı olmadığından, bu suçlar uzlaşma kapsamında değildir.

TCK m. 114/f. 1'deki suç bakımından suçun mağduru olan gerçek kişinin il, ilçe başkanı, parti yöneticisi gibi siyasi parti görevlisi olması halinde siyasi parti tüzel kişiliği de suçtan zarar gören sıfatıyla kamu davasına katılabilmelidir. Çünkü herhangi bir üyeden farklı olarak bu kişilerin siyasi haklarının engellenmesi ilgili siyasi partinin faaliyetlerini de doğrudan etkileyebilecektir. TCK m. 114/f. 2'deki suç bakımından ise faaliyetleri engellenen siyasi partinin kamu davasına katılma hakkı vardır.[117] Parti yöneticileri de bu davaya katılabilmelidirler.

Bu suçlardan dolayı sanık hakkında 1 yıldan az hapis cezasına hükmolunması halinde, kanunda sayılan diğer koşulların da bulunması halinde, bu

[116] Bkz. FIANDACA / MUSCO, s. 144.

[117] BAYRAKTAR / KİZİROĞLU / YILDIZ, s. 145.

cezanın seçenek yaptırımlara çevrilebilmesi (TCK m. 50) ve iki yıldan az hapis cezası verilmesi halinde (CMK m. 231/f. 5) hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.

## SONUÇ

"Dar anlamda siyasi haklar, aktif statü hakları ya da devlet yönetimine katılma hakları" olarak da adlandırılan, bireylerin siyasi partilere üye olmak, seçme ve seçilme hakkını kullanmak, çeşitli siyasi kuruluşların faaliyetine katılmak şeklindeki hakları, Anayasamızda m. 67'de; "kolektif siyasi haklar" olarak da nitelenen siyasi partilerin serbest biçimde faaliyette bulunabilmeleri m. 68'de güvence altına alınmış; bu hakların kullanılmasının tehdit veya cebir kullanılmak suretiyle engellenmesi ise TCK m. 114'te suç olarak düzenlenmiştir. Bu hükümle bireylerin siyasi haklarını kullanmalarının yanı sıra devlet iktidarının demokratik ve özgür biçimde oluşmasının korunması da amaçlanmaktadır. TCK'da benimsenen suç politikası gereği bu suçların Kişilere Karşı Suçlar arasında, Hürriyete Karşı Suçlar bölümünde düzenlenmiş olmasının herhangi bir sakıncası yoktur. Önemli olan bu suçların şikâyete bağlı olmaması ve re'sen takip edilmesidir.

TCK m. 114/f. 1-a bendinde bir siyasi partiye üye olmak veya olmamak; siyasi partinin faaliyetlerine katılmak veya katılmamak; siyasi partiden veya siyasi parti yönetimindeki görevinden ayrılmak; seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olmamak veya seçildiği görevden ayrılmak şeklindeki siyasi haklar korunmaktadır. TCK m. 114/f. 1-b bendinde ise kişilerin seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olup olmamak ve seçildiği görevden ayrılıp ayrılmamak yönündeki iradeleri korunmaktadır. TCK m. 114/f. 1'deki suçun mağduru siyasi parti üyesi olma ve kamu görevine girme hakkı olan gerçek kişilerdir. Birinci fıkradaki suçun varlığı için tehdit veya cebrin kullanılmış olması gerekir. Cebir ve tehdit Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemelere göre yorumlanmalıdır. Buna göre siyasi hakların kullanılmasının engellenmesine yönelik davranışlar TCK m. 106'daki tehdit suçunu, cebir ise TCK m. 108'deki koşulları taşımalıdır. Bu suç özel kasıtla işlenebilen bir suç olduğundan, cebir ya da tehdidin yöneldiği amaç mağdurun bu nitelikteki haklarını engellemek değilse genel nitelikteki cebir ya da tehdit suçu söz konusu olacaktır. Mevcut düzenlemeye göre hukuka aykırı davranışlarla örneğin hileyle kişilerin parti toplantılarına katılmalarının engellenmesi ve bireylerin siyasal haklarını diledikleri yönde kullanmalarının engellenmesi örneğin belirli bir yönde oy vermeleri ya da parti yönetimindeki görevlerin-

de kalmaya zorlanmaları halinde TCK m. 114/1'deki suçtan söz edilemeyecektir. Bu durumda koşulları varsa tehdit ya da cebre ilişkin genel hükümler uygulanabilir.

TCK m. 114/f. 2'deki suçun hukuki konusu ise siyasi partilerin mevzuata uygun olarak gerçekleştirdikleri her türlü faaliyetleridir. Bu suçun mağduru parti tüzel kişiliği, siyasi parti yöneticileri ise suçtan zarar görendir. Doktrindeki bazı görüşlerin yanı sıra Yargıtay da siyasi parti tüzel kişiliğini suçun mağduru olarak değil, suçtan zarar gören olarak kabul etmektedir. Suç genel teorisine ilişkin tartışma bir yana bırakıldığında, Ceza Muhakemesi Kanunu açısından suçun mağdurunun yanı sıra suçtan zarar görenin kamu davasına katılma hakkı bulunduğundan bu tartışmanın pratikte bir önemi yoktur. TCK m. 114/f. 2'deki suçun varlığı için SPK hükümlerine göre kurulmuş bir partinin varlığı gerektiğinden, bir siyasal partinin kurulmasını engellemek amacıyla kişilere karşı tehdit ya da cebir kullanılması halinde TCK m. 114'teki suçlar değil koşullara göre tehdit ya da cebir söz konusu olacaktır. Kanunda yapılacak düzenlemeyle bir siyasi parti kuruluşunu engellemeye yönelik fiillerin de birinci fıkra kapsamına alınması gerekmektedir.

TCK m. 114/f. 2'deki suçun cebir ya da tehdidin yanı sıra hukuka aykırı diğer başka davranışlarla da işlenebileceği kabul edilmiştir. Cebir ya da tehdit, TCK'daki cebir ya da tehdit suçunu oluşturan davranışlardır. Tehdit ya da cebrin muhatabı siyasi parti tüzel kişiliği değil, tehdit edilen ya da cebredilen gerçek kişilerdir. Bu suç yönünden "hukuka aykırı diğer davranışlar" partinin faaliyetlerini engellemek amacına yönelik hukuk düzeni ile çatışan davranışlar olarak anlaşılmalıdır. Suçun gerçekleşmesi için partinin seçimlere girmiş olması ya da partinin seçim dönemindeki ya da seçime yönelik faaliyetlerinin engellenmiş olması gerekmez. Kanundaki düzenleme nedeniyle siyasi partinin belirli bir yönde açıklama yapması ya da belirli bir karar vermesi için örneğin partinin bir başka partiyle birleşmesi için parti üyelerinin zorlanmaları halinde m. 114/f. 2'deki suçtan söz edilemeyecektir. Bu durumda koşulları varsa tehdit ya da cebre ilişkin genel hükümler uygulanacaktır. Yapılacak bir değişiklikle siyasi partilerin bu nitelikteki faaliyetlerinin engellenmesi de madde kapsamında yer almalıdır.

Birinci fıkradaki suç özel kasıtla işlenebilirken ikinci fıkradaki suçun varlığı için genel kasıt yeterlidir. Her iki suça da teşebbüs söz konusu olabilir ve her iki suç açısından iştirakin her türü gerçekleşebilir. Cebir veya tehdit bu suçların unsuru olarak düzenlendiğinden bileşik suç söz konusu olup

ayrıca bu suçlardan dolayı faile ceza verilmez. Suçun işlenmesi sırasında kişi hürriyetinin sınırlanması, hakaret, iftira, mala zarar verme gibi diğer başka suçların işlenmesi halinde gerçek içtima yoluna gidilecektir. TCK m. 119/f. 2'ye göre bu suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Suçun silahla, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, birden fazla kişi tarafından birlikte, var olan veya varsayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak ve kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir. Bu suçlar yönünden herhangi bir hafifletici neden söz konusu değildir.

Her iki fıkradaki suç da Asliye ceza mahkemesinin görevine girmekte olup yetkili mahkeme, siyasi hakların engellendiği yer mahkemesidir. Bu suçlar Cumhuriyet savcılığı tarafından re'sen takip edilmektedir. Birinci fıkradaki suç açısından suçun mağduru olan gerçek kişinin yanı sıra siyasi parti tüzel kişiliği; ikinci fıkradaki suç açısından ise faaliyeti engellenen siyasi partinin yanı sıra tehdit edilen ya da cebredilen kişilerle siyasi parti yöneticileri, suçtan zarar gören sıfatıyla kamu davasına katılma hakkına sahiptirler.

Özel normun önceliği ilkesi gereğince özel kanunlarda düzenlenmiş olan siyasi hakların ihlal edilmesi halinde özel kanun hükümleri uygulanmalıdır. Bu nedenle, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu m. 28-34 arasında düzenlenen ve gösteri hakkını ihlal eden fiiller hakkında bu Kanun'da (m. 29) düzenlenmiş olan cezai hükümler; 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'da düzenlenmiş olan seçim suçlarının (m. 133 vd.) işlenmesi halindeyse bu Kanun'daki cezai hükümler uygulanmalıdır.

## KAYNAKÇA

ANTOLISEI Franceso, **Manuele di Diritto Penale, Parte Speciale**, Giuffre Edt., Milano, 2016.

ARTUK M. Emin / GÖKCEN Ahmet, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. B., Adalet Yay., Ankara, 2017.

AYDIN Devrim, "Tehdit Suçu", **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 42, 2020, s. 9-42.

AYDOĞDU Yasin, "Türk Hukukunda Siyasi Haklar ve Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 128, 2017, s. 39-72.

BAYRAKTAR Köksal / KİZİROĞLU Keskin Serap / YILDIZ Ali Kemal ve diğ., **Özel Ceza Hukuku,** Onikilevha Yay., İstanbul, C. 3, 2018.

DELPINO Luigi, **Diritto Penale, Parte Speciale**, XV. Edz., Simone Edt., Napoli, 2006.

EREM Faruk, "Siyasi Haklara Karşı İşlenen Suçlar", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 1951, s. 73-89.

EREM Faruk / TOROSLU Nevzat, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Savaş Yay., Ankara, 2003.

ERTUĞRUL Hüseyin, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", **Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S. 2, 2020, s. 377-389.

FIANDACA Giovanni / MUSCO Enzo, **Diritto Penale Parte Speciale**, 4. Edz., Zanichelli Edt., Bologna, 2011.

GAROFOLI Roberto, **Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale**, Giuffre Edt., Milano, 2006.

GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Adalet Yay., Ankara, 2021.

HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar**, US-A Yay., Ankara, 2021.

ÖZBEK Veli Özer, **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı**, Seçkin Yay., Ankara, 2008.

ÖZEK Çetin, "Siyasi Hürriyet Aleyhine Cürümler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, S. 1-2, 1975, s. 25-45.

ÖZEN Mustafa, **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yay., Ankara, 2021.

PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Seçkin Yay., Ankara, 2008.

TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 18. B., Seçkin Yay., Ankara, 2020.

TOROSLU Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yay., Ankara, 2021.

YARSUVAT Duygun, "Siyasi Hürriyet Aleyhine Cürümler (Türk Ceza Kanunu'nda Toplantı Hürriyetinin Korunması)", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, S. 3-4, 1976, s. 101-119.

ZABUNOĞLU Gökçe, **Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları**, Yetkin Yay., Ankara, 2013.

**Hakemli Makale** **GSÜHFD**, 2023; 2: 1137-1178

# DİJİTAL İSPAT ARACI OLARAK SABİT VEYA ANKESÖRLÜ TELEFONLARA İLİŞKİN ARAMA KAYITLARI VE BU KAYITLARIN İSPAT KUVVETİ(*)

Prof. Dr. **Fatih BİRTEK**(**)
**Beyza Nur TOPAL**(***)

**Öz:** Suç soruşturması ve kovuşturması amacıyla, şüpheli ve sanık hakkında iletişimin tespiti açık bir hükümle (CMK m. 135/6) düzenlenmiştir. Şüpheli veya sanığın -henüz suç soruşturması başlatılmadan önce- gerçekleştirdiği iletişimin tespitine ilişkin kayıtlar CMK m. 135/6 kapsamında olmakla birlikte, henüz herhangi bir suç soruşturması başlatılmadan önce kolluğun, şüphelini belirlenebilmesi için haberleşmeye ilişkin iletişim kayıtlarına erişimi hususunda açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. CMK'da, "*ücret karşılığı kullandırılan*" telefon (kontörlü telefon) veya ankesörlü telefonlar marifetiyle yapılan iletişimin tespitine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Şüphelinin (potansiyel şüphelinin) kimliğinin belirlenebilmesi (şüpheli olmayanla şüphelinin ayırt edilebilmesi) bakımından, sabit veya ankesörlü telefonlar marifetiyle gerçekleştirilen iletişim kayıtlarının elde edilmesi ve bu kayıtlar üzerinde inceleme yapılması "*otomatik veri tarama*" mahiyetindedir.

Otomatik veri taraması sonrasında, şüphelinin kimliğinin belirlenmesi ve ceza soruşturmasının başlatılması sonrasında da sabit veya ankesörlü telefon kayıtları ile şüphelinin telefonuna ilişkin arama kayıtlarının karşılaştırılarak, sabit veya ankesörlü telefonlardan yapılan aramaya ilişkin kayıtların, kaydın mahiyetine göre diğer delilleri destekleyici ve doğrulayıcı bulgu olarak ve belli istisnai durumlarda da tek veya belirleyici delil olarak kabul edilebilmesi mümkündür.

**Anahtar Kelimeler:** Dijital Delil, Sabit Telefon, Ankesörlü Telefon, Haberleşme Kaydı, İspat Kuvveti.

---

(*) Makale Gönderim Tarihi: 21.06.2023 - Makale Kabul Tarihi: 27.11.2023.

(**) Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Sivas - Türkiye.
(ORCID: http://orcid.org/0000-0001-7019-0653; E-posta: fatihbirtek@hotmail.com).

(***) Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, Kayseri - Türkiye.
(ORCID: http://orcid.org/0000-0001-8321-8168; E-posta: beyzanr.topal@gmail.com).

# ACCESS TO LANDLINE PHONE OR PAY PHONE CALL RECORDS AND THEIR WEIGHT OF EVIDENCE AS A DIGITAL EVIDENCE

**Abstract:** The identification of the commmunication of suspect or accused was regulated in Turkish Criminal Procedure Act (No. 5271, Article 135/6) with particular arrangement for the purpose of criminal investigation. The identification of suspect's communication is within the scope of article 135/6 whether made before or after criminal investigation. But, there was no clear and particular arrangement regarding access to the communication records before the stage of criminal investigation for identification of potential suspect. There is no legal arrangement in the monitoring of landline phone or pay phone call. In order to revelation the identity of the suspect (potential suspect) (to distinguish the suspect from the other people), obtaining the communication records made by landline phones or pay phones and examining these records is in the nature of "automatic data scanning".

Within the criminal investigation launched after the suspect was identified as a result of acutomatic data scanning, the records of the call made from the landline phones or pay phones by comparing the call records of the suspect's cell phone records can be used as a supporting and confirming finding. I. It can also be accepted as the sole or decisive evidence within the exceptional cases.

**Keywords:** Digital Evidence, Landline Phone, Pay Phone, Call Records, Weight of Evidence.

## GİRİŞ

Serbest ve vicdani delil sisteminin geçerli olduğu bir muhakeme sisteminde ispatı zorunlu maddi vakıa bakımından aralarında hiyerarşi gözetilmeksizin her bulgunun ispat kuvvetinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir maddi vakıa bakımından ispata elverişli olan bir bulgu, başka bir maddi vakıa bakımından ispata elverişli olmayabilecektir.

Ceza muhakemesinde amaç, ispatı zorunlu vakıalar bakımından maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bununla birlikte, bu amaç "*ne pahasına olursa olsun*" ulaşılması gereken bir amaç olmadığından delil elde etme ve delilleri değerlendirme konusunda uyulması zorunlu pek çok yasal koşul kabul edilmiştir.

İspat bakımından "delil serbestisi" ilkesinin aynı zamanda delile ulaşmak bakımından "sınırsız" bir yetki tanıyıp tanımadığı tartışılmaktadır. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacının mevcut olduğu her durumda, sınırsız bir şekilde (herhangi bir eleme/ayırt etme işlemine tabi tutulmaksızın) bilgi ve veriye erişilmesi kişilerin (özellikle haklarında herhangi bir ceza soruşturması bulunmayan kişilerin) özel yaşamlarına yönelik ölçüsüz bir müdahale teşkil eder[1]. Zira suç soruşturması veya kovuşturması temel hak ve hürriyetlere müdahale bakımından meşru bir amaç olsa dahi sınırsız bir delil araştırması demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü kabul edilemez.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'na göre haberleşme verilerinin (trafik verilerinin)[2] "*belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmesi, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması ile işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi" (m. 51/1)* esastır. *"Elektronik*

---

[1] Toplumdaki herkesin "*potansiyel suçlu*" olarak görülüp bütün internet erişim bilgilerinin herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın toplanmasının masumiyet karinesini ihlal ettiği hususunda bkz. HEGER David, "Büyük Veri ve Suçsuzluk Karinesi", **Ceza Hukukunda Robot, Yapay Zekâ ve Yeni Teknolojiler (Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 21)** (Ed. İçel K./ Ünver Y.) Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021. Nitekim Yargıtay da "*baz istasyonundan hizmet alan üçüncü kişilerin*" şüpheli veya sanık sıfatına sahip olmadıklarından haklarında "*bir baz istasyonu marifetiyle haberleşen herkes bakımından*" iletişimin tespitine başvurulması olanağı bulunmadığını kabul etmektedir. YCGK, E. 2011/6-140, K. 2011/222, 15.11.2011, www.yargitay.gov.tr, E.T. 21.06.2023.

[2] 04.12.2020 tarih ve 31324 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunmasına İlişkin Yönetmeliği m. 4/1-k'ye göre "*Trafik verisi: Bir elektronik haberleşme şebekesinde haberleşmenin iletimi veya bu haberleşmenin faturalandırılması amacıyla işlenen her türlü veriyi*" ifade eder.

*haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin gizliliği esas olup, ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası olmaksızın haberleşmenin dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve takip edilmesi yasaktır*". Kanun'a göre "soruşturma ve inceleme" konusu olan veriler, ilgili süreç tamamlanıncaya kadar tutulabilecektir (m. 51/10).

Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) göre haberleşmeye ilişkin trafik verilerinin tutulması ve kullanılması bakımından "*ciddi suçların tespiti, soruşturulması ve kovuşturulması*" Anayasa'nın 20-22 hükümleri bağlamında "meşru amaç" olarak kabul edilebilir[3]. Bununla birlikte, herhangi bir kural veya sınırlamaya tabi tutulmaksızın, haberleşme verilerinin istenildiği zaman ve şekilde elde edilebilir olması temel hak ve hürriyetlerin ihlaline sebebiyet verir[4].

Sabit veya ankesörlü telefonlarla yapılan aramalara ilişkin kayıtlar, elektronik haberleşme trafik verisi olup[5] bu kayıtlara istihbari amaçlarla ve suç soruşturması veya kovuşturması amacıyla erişilmesi ve bu kapsamda söz konusu verilerin kullanılması "meşru" bir amaca hizmet etmektedir. Bununla birlikte, söz konusu kayıtların mahiyetinin, bu kayıtlara erişim yetkisinin dayanağı, sınırları ve bu kayıtların ispat kuvvetinin ayrıca tartışılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki; ceza muhakemesi açısından ispat aracı olarak kullanılabilecek verilerin (özellikle dijital bulguların) çokluğu/bolluğu, savunmayı "*tek başına savaşçı*" haline getirmekte ve bu verilerle/bulgularla savunma yapmaya çalışmak "*büyük bir meydan okumaya*" dönüşmektedir[6].

Çalışmamızda Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları (özellikle AYM, *Murat Albayrak* [GK], B. No: 2020/16168 kararı) bağlamında sabit veya ankesörlü telefon arama kayıtlarına erişim ve bu kayıtların ispat gücü incelenecektir.

---

[3] AYM, E. 2014/149, K. 2014/151, 01.10.2014.

[4] Anayasa Mahkemesi, haberleşme trafik bilgilerine hiçbir meşru sebep gösterilmeksizin doğrudan doğruya ve sınırsız bir erişim imkânının bulunmasını Anayasa'ya aykırı bulmuştur. AYM, E. 2014/149, K. 2014/151, 01.10.2014.

[5] Mobil hatlara ilişkin olan ve HTS (**H**istorical **T**raffic **S**earch) olarak tanımlanan işlem ile sabit veya ankesörlü telefonlardan yapılan aramalara ilişkin işlem (haberleşme trafik verilerinin elde edilmesi) aynı mahiyettedir.

[6] BEUKELMANN Stephan, "Ceza Hukukuna İlişkin Sınırlar Olmaksızın İnternette Gezinti Yapmak", **İnternet Hukuku (Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 13)** (Ed. İçel K./ Ünver Y.) Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 296.

## I. SABİT VE ANKESÖRLÜ TELEFON KAYITLARININ MAHİYETİ

*Sabit telekomünikasyon hizmeti* (STH); "*kullanıcılara sabit karasal telekomünikasyon şebekesi üzerinden, katma değerli telekomünikasyon hizmetleri de dahil olmak üzere her türlü veri ve telefon hizmeti ile internet erişim hizmetinin sunulması*" olarak tanımlanmaktadır[7].

*Ankesör* ise "*para, jeton, kodlanmış kartlar ve benzeri yöntemler kullanılarak telefon görüşmesi yapılmasına imkân veren özel terminal cihazı*" ifade eden bir kavram olup bu cihazla yapılan haberleşme de "*ankesörlü telefon hizmeti*" (ATH) olarak tanımlanmaktadır[8].

Sabit veya ankesörlü telefon hatları marifetiyle yürütülen haberleşme, Anayasa'nın 22. maddesi kapsamında "*bireysel haberleşme*" olup mahiyeti itibariyle üçüncü kişilere karşı "gizli"dir. Haberleşmenin tarafı olmayan kişilerin bu tür bir haberleşmeye hukuka aykırı müdahalesi TCK m. 132 kapsamında haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturur. Ayrıca bu hatlar marifetiyle yürütülen haberleşme ve haberleşmeye ilişkin trafik verileri, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamındadır (5809 s. Kanun m. 2/1).

5809 sayılı Kanun kapsamında elektronik haberleşme verilerinin gizliliği esas olup bu verilerin "*ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası olmaksızın*" kaydedilmesi ve saklanması yasaklanmıştır (5809 s. Kanun m. 51/2).

Trafik verileri; işletmeciler tarafından, haberleşme trafiğinin yönetimi, ara bağlantı, faturalama, usulsüzlük/dolandırıcılık tespitleri ve benzeri işlemleri gerçekleştirmek veya tüketici şikâyetleri ile ara bağlantı ve faturalama anlaşmazlıkları başta olmak üzere, uzlaşmazlıkların çözümü amacıyla sadece işletmeci tarafından yetkilendirilen kişilerle sınırlı kalmak kaydıyla işlenir ve bu uzlaşmazlıkların çözüm süreci tamamlanıncaya kadar gizliliği ve bütünlüğü sağlanarak saklanır (5809 s. Kanun m. 51/7).

---

[7] Mezkûr tanımlama, 26/8/2004 tarihli ve 25565 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği Ek- A14'te yer almakla birlikte, bu Yönetmelik 28.05.2009 tarih ve 27241 sayılı Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinin 29. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu çalışma kapsamında ev veya işyerinde bulunup da şüpheli veya sanık tarafından kullanılan sabit telefonlar değil, büfe veya market vs. yerlerde bulunup da ücret karşılığı kullandırılan sabit (kontörlü) telefonlar ele alınmıştır.

[8] Mülga 26/8/2004 tarihli ve 25565 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği Ek- A14.

Trafik verileri, haberleşmenin yapıldığı tarihten itibaren en az 1 yıl en fazla 2 yıl süreyle saklanır[9]. Yine "*soruşturma, inceleme, denetleme veya uzlaşmazlığa konu olan kişisel veriler ilgili süreç tamamlanıncaya kadar*" saklanır (5809 s. Kanun m. 51/10).

Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin m. 19/1-f hükmüne göre "*Erişim sağlayıcı olan veya telefon hizmeti sunan işletmeci, taraflara ilişkin IP adresi, port aralığı, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı, kullanıcı sayısı ve abone kimlik bilgileri ile altyapısı üzerinden gerçekleşen görüşmelere ait trafik bilgilerini iki yıl süreyle; kullanıcı bilgilerini ise ilgili mevzuatta belirtilen zamanaşımı süresi boyunca muhafaza etmekle yükümlüdür*"[10].

Sabit veya ankesörlü telefonlar marifetiyle yapılan haberleşme bakımından, arayan, aranan, arama-aranma sayısı ve görüşme yapılmışsa görüşme süresi gibi bilgilerin genel itibariyle özel hayatın gizliliği, özel olarak da haberleşmenin gizliliği kapsamında olduğu tereddütsüzdür. Zira sadece arama- aranma bilgisi söz konusu olsa dahi iki kişi arasındaki bireysel haberleşme olgusunun gerçekleştiğine dair bilgi de haberleşmenin gizliliği kapsamında kabul edilmektedir[11]. Bu sebeple, sabit veya ankesörlü telefonlar

---

[9] Maddeye göre verilerin saklanma süresi Kanun'da belirtilen süreler esas alınarak Yönetmelikte belirlenir. Bkz. 04.12.2020 tarih ve 31324 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunmasına İlişkin Yönetmelik. Yine 28.10.2017 tarih ve 30224 sayılı Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği m. 19/4 hükmüne göre işletmeciler, abonelerin bir yıllık fatura ve kullanım detaylarının çevrim içi işlem merkezi üzerinden ücretsiz olarak erişebilmelerini temin etmekle yükümlüdür.

[10] Maddede 11.06.2016 tarih ve 29739 sayılı Resmi Gazete'de yapılan değişiklik öncesinde, trafik verilerinin tutulma süresi "bir yıl" ile sınırlandırılmıştı.

[11] ŞAHİN Cumhur, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi -Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme" **Ceza Hukukunun Güncel Sorunları** (Ed. Gülsoy M. T.), Erzurum, 2011, s. 5; KAYMAZ Seydi, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 81, dn. 208; ÖZDEMİR Hayrunnisa, "Haberleşmenin Gizliliği ve Kişisel Veriler", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIII, S. 1-2, 2009, 285-303, s. 287; ŞİMŞEK Oğuz, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması,** Beta Yayınları, Ankara, 2008, s. 149; Aynı yönde bkz. AKYÜREK Güçlü, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 199; BİRTEK Fatih, **Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 66-67; "*İki kişi arasında cereyan eden telefon konuşmasının dinlenmeksizin kişilerin birbirleriyle konuştuklarının üçüncü şahıslara santral memuresi tarafından bildirilmesi*" eylemi haberleşmenin gizliliğini ihlal için yeterli olduğu hususunda bkz. ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara 2006, s. 288.

marifetiyle yapılan (başarılı veya başarısız) aramalara ilişkin kayıtların "gizli" olduğunda tereddüt bulunmamaktadır.

Sabit veya ankesörlü telefonlar marifetiyle yapılan haberleşme bakımından, arayan kişinin arama kayıtlarının takip edilmesini engellemek amacıyla bir kısım işlemler yapması (asıl aradığı numarayı gizlemek amacıyla aranan kişinin numarasını tamamlayarak arama yapma, asıl aramak istediği kişi dışında başka kişileri arayarak "perdeleme" yapma, aramak istediği numarayı değiştirme vs. işlemler) tek başına "kodlu veya kriptolu" haberleşme olarak kabul edilemeyeceğinden, "*kodlu veya kriptolu haberleşme yapma yasağı*"[12] kapsamında değerlendirilemez. Zira 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 39. Maddesi (aynı zamanda aynı Kanun m. 63/6) ve Kamu Kurum ve Kuruluşları ile Gerçek ve Tüzel Kişilerin Elektronik Haberleşme Hizmeti İçinde Kodlu veya Kriptolu Haberleşme Yapma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik[13] hükümleri kapsamında, mesajın şifrelenmediği, bilginin kriptolanmadığı ve kriptolanmış bir haberleşme cihazının kullanılmadığı bir elektronik haberleşmenin "kodlu veya kriptolu" haberleşme olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir[14].

## II. CEZA MUHAKEMESİNDE SABİT VEYA ANKESÖRLÜ TELEFON ARAMA KAYITLARINA ERİŞİM YETKİSİ

İletişimin tespiti, "*iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri*" ifade eden bir kavramdır[15]. İletişimin tespiti, uygulamada HTS (Historical Traffic

---

[12] 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m. 63/6 hükmüne göre "*Bu Kanunun 39 uncu maddesine aykırı olarak kodlu ve kriptolu haberleşme yapan ve yaptıranlar beş yüz günden bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*".

[13] Resmî Gazete Tarihi: 23.10.2010 Resmî Gazete Sayısı: 27738.

[14] Söz konusu mevzuat kapsamında, telsiz haberleşme sistemleri üzerinden kriptolu haberleşme yapmaya Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı, Milli İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Dışişleri Bakanlığı yetkilidir. Ayrıca bu kurumlar dışında, "*haberleşme sistemi içinde"* kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kodlu veya kriptolu haberleşme yapabilmesi de mümkündür. Bu tür haberleşme mezkûr Yönetmelik'te belirlenen usul ve esaslar dairesinde yürütülmektedir.

[15] 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik m. 3-i. İletişimin tespitinin, telefon haberleşmesiyle sınırlı olmadığı, internet yoluyla gerçekleştirilen haberleşmeye (e- posta gönderimine) ilişkin olarak da uygulanabileceği hususunda bkz. KARAKEHYA Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku -I**, 1. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s. 279.

Search) kaydı olarak nitelendirilmektedir[16]. Bu işlemle, şüpheli veya sanığın kimlerle iletişim kurduğu belirlenmektedir[17]. Tedbirle amaçlanan, arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesidir[18].

CMK'da herhangi bir suç sınırlamasına yer verilmeksizin, kendisi adına kayıtlı olsun veya olmasın şüpheli veya sanığın "kullandığı" haberleşme aracı bakımından "iletişimin tespiti" koruma tedbirinin soruşturma aşamasında hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına, kovuşturma aşamasında ise mahkeme kararına istinaden[19] uygulanabileceği açık bir şekilde düzenlenmiştir (CMK m. 135/6)[20,21]. İletişimin tespiti geçmişe veya geleceğe yönelik olarak uygulanabilecektir[22,23].

---

16 Öğretide "*arama trafiği*", "*geçmişe dönük arama trafiği*" ve uygulamada da "*dış bağlantı verileri*" tanımlamalarının da kullanıldığı hususunda bkz. BİRTEK Fatih, "Ceza Muhakemesinde Tanık Hakkında İletişimin Denetlenmesi Tedbirine Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu", **Ceza Hukuku Dergisi (CHD),** C. 17, S. 49, 2022, 189-216, s. 194, dn. 25.

17 ÖZBEK Veli Özer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 421.

18 ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 396.

19 İletişimin tespiti koruma tedbirinin, soruşturma ve kovuşturma aşamasında uygulanabileceği, maddenin 1. Fıkrasında yer alan "dinleme, kayda alma" tedbirlerinin mahiyeti gereği sadece soruşturma aşamasında uygulanabileceği, ancak "sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi" tedbirine kovuşturma aşamasında da ihtiyaç duyulabileceği hususunda bkz. ŞAHİN Cumhur / GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 381, dn. 561. Tedbirin, kovuşturma aşamasında ve ileriye yönelik olarak uygulanma imkanının zayıf olduğu hususunda bkz. CENTEL Nur / ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** Yirminci Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 516.

20 İletişimin tespitinin uygulanmasına ilişkin yazılı emir veya hâkim/mahkeme kararları, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı'na gönderilmekte ve işlem bu Kurumun koordinasyonunda ve nezaretinde yerine getirilmektedir. Bu görev daha önce Telekomünikasyon İletişim Kurumu Başkanlığına verilmiş olmakla birlikte Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB), 15.08.2016 tarih ve 671 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi'nin 22. maddesiyle kapatılmış ve görevleri BTİK'ye devredilmiştir. Mezkûr KHK, 09.11.2016 tarih ve 6757 sayılı Kanun ile aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır. 5651 s. Kanun'un Ek Madde 3 hükmüne göre:

"*(1) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kapatılmıştır.*

*(2) Diğer mevzuatta Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına yapılan atıflar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna, Telekomünikasyon İletişim Başkanına yapılan atıflar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanına yapılmış sayılır*". Söz konusu düzenleme sebebiyle, mevzuatta TİB'e (ve TİB Başkanına) yapılan atıfların BTİK'ye (ve BTİK Başkanına) yapıldığı kabul edilmelidir.

21 Öğretide, CMK m. 135/6'da yer alan açık düzenlemeye rağmen, aktüel bir iletişimin olmadığı, geçmişe dönük iletişim kayıtlarının (iletişimin tespitinin) CMK m. 160 vd. hükümlerine tabi olduğu, iletişim devam ederken yapılacak tespit işleminin CMK m. 135 kapsamında olduğu öne sürülmektedir. Görüş için bkz. ÜNVER Yener / HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 459. CMK m. 135/6'daki düzenlemeyle, iletişimin tespiti tedbirinin "kolaylaştırıldığı" hususunda bkz. YURTCAN Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 405. Uygulamada hemen hemen bütün suçlarda ve ilk

Kanun'da şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespitinden[24] söz edilmesi nedeniyle, şüpheli ve sanık tarafından kullanılan "belli bir" sabit veya mobil haberleşme aracı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim kapsamındadır[25]. Bu sebeple, şüphelinin kullanımında olan sabit telefon marifetiyle gerçekleştirdiği iletişimin tespit edilebilmesi için açık bir yasal dayanak bulunmaktadır.

Yargıtay'a göre de "*İletişimin tespiti belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespit edilmesidir. İletişimin tespiti, iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemlerden oluşmaktadır. İletişimin tespiti geçmişe yöneliktir. Kişinin geçmişte özgür iradesiyle yapıp*

---

aşamada bu tedbire başvurulduğu eleştirisi için bkz. ÖZEN Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri,** 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 571.

22 ÖZTÜRK Bahri (Ed.), **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 548; CENTEL / ZAFER, s. 516. Tedbirin geçmişe yönelik olarak uygulanabileceği hususundaki karşı görüş için bkz. ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 388.

23 İletişimin tespitinin, geleceğe yönelik olarak uygulanması halinde çoğu kez "dinleme ve kayda alma" tedbirlerinin uygulandığı hallerde anlamsız/gereksiz olacaktır. Ancak özellikle internet üzerinden yapılan bazı iletişim türleri bakımından tek başına iletişimin tespiti işleminin yapılabileceği ifade edilmektedir. Açıklama için bkz. ÖZEN, s. 572. Uygulamada, iletişimin tespiti (HTS kayıtlarının celbi) işleminin bütünüyle geçmişe yönelik olarak uygulandığı görülmektedir. Bununla birlikte, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin uygulandığı durumlarda, bu tedbirlerin iletişimin tespitini de içerdiği nazara alındığında, bu tedbirlere ek olarak iletişimin tespiti tedbirinin uygulanmasına ihtiyaç yoktur. Ancak dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin "katalog" suçlarda uygulanabileceği, iletişimin tespiti tedbirinin ise bütün suçlar bakımından uygulanabileceği nazara alındığında, geleceğe dönük olarak sadece iletişimin tespiti tedbirinin uygulanmasına (katalog suçlar dışındaki soruşturmalar bakımından) ihtiyaç duyulabilecektir.

24 Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik m. 3-r hükmünde yer verilen tanımlamaya göre "*telekomünikasyon*": "*Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını*" ifade ettiğinden, sabit telefon marifetiyle gerçekleştirilen haberleşme de telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmedir.

25 Ticari ya da idari veya mobil ya da jetonlu, ankesörlü veya kartlı telefonlar marifetiyle yapılan bütün iletişim CMK m. 135 kapsamında olduğu hususunda bkz. DA SİLVA Juan Carlos / STANGE Albrecht / BİRTEK Fatih, **İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Eğitim Modülü**, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Projesi Yayını, Ankara, tarihsiz, s. 127.

*bitirdiği iletişimine dair harici bilgilerinin tespitidir... suç soruşturması kapsamında tüm suçlar yönünden başvurulabilecek bir koruma tedbiridir ve hangi suça ilişkin olursa olsun, şüpheliye ait telefondan kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair "tespit" CMK'nın 135/1. maddesi (yeni düzenlemeye göre 6. fıkra) uyarınca hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla mümkün olacaktır*"[26].

CMK'da şüpheli veya sanığın "*ücret karşılığı kullandırılan*" (büfe vs. işyerlerinde bulunan) telefon veya ankesörlü telefon marifetiyle yaptığı görüşmeler bakımından "iletişiminin tespitine" dair açık bir hükme yer verilmemiştir. Bu tür elektronik haberleşme araçları bakımından, araçları kullanan kişilerin belirsiz sayıda ve çok oluşu, günün herhangi bir diliminde belirsiz sayıda kişi tarafından kullanılabileceği nazara alındığında, CMK m. 135 hükmünde yer verilen koruma tedbirlerinin bu araçlar bakımından uygulanabilmesi mümkün değildir[27].

Ankesörlü telefonlar marifetiyle yapılan haberleşme bakımından sadece 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda düzenleme bulunmaktadır. Anılan Kanun m. 6/12'ye göre "*Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; Teşkilat Başkanı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir*". Bu sebeple istihbari amaçlarla "ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişimin" tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması işleminin yapılabilmesi bakımından açık bir yasal düzenleme bulunmaktadır.

CMK'da açıkça düzenlenmemiş olsa dahi Yargıtay'ın istikrarlı uygulamasında "*mağdurun*"[28] ve "*tanığın*"[29] iletişiminin tespitinin suç soruşturma-

---

[26] YCGK, E. 2019/495, K. 2021/116, 17.03.2021, www.kazanci.com, E.T. 11.06.2023.

[27] "*Belli bir ankesörlü telefon numarasından yapılan bütün telefon görüşmeleri veya bir kurumdaki telefon santrali bakımından iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanamaz*", DA SİLVA ve diğ. s. 140. Kişilerin jetonlu veya ankesörlü telefonlar üzerinden kurduğu iletişimin de denetlenmesinin mümkün olduğu hususunda bkz. KUNTER Nurullah / YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Muhâkeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhâkemesi Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul, 2011, 699.

[28] Y 13. CD, E. 2012/13892, K. 2012/15988, 10.07.2012; Y 4. CD, E. 2007/4496, K. 2007/5905, 20.06.2007; Y 13. CD, E. 2011/23240, K. 2011/6986, 30.11.2011 Kararlar için bkz. www.kazanci.com, E.T. 11.06.2023.

sına ilişkin genel soruşturma ve delil toplama yetkisi içerisinde kabul edildiği ve bu süjelerinin "*kullandığı*" haberleşme araçları bakımından iletişimin tespiti işleminin yapılabileceği kabul edilmektedir[30].

Bu açıklamalar bağlamında bir değerlendirme yapıldığında "suç soruşturması ve kovuşturması sırasında"; şüpheli veya sanık tarafından kullanıldığı tespit olunan mobil veya sabit telefon bakımından CMK m. 135'te düzenlenen koruma tedbirlerinin (dinleme, kayda alma, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve iletişimin tespiti tedbirlerinin) uygulanabileceği, ancak CMK m. 135'te yer verilen koruma tedbirlerinin "*iletişim aracına değil, kişiye bağlı olarak*"[31] uygulanabilmesi nedeniyle, günün herhangi bir zamanında herhangi bir kimse tarafından kullanılabilen, şüpheli veya sanık tarafından ne zaman kullanacağı önceden bilinemeyen ve bu yönüyle toplumun genel kullanımında bulunan büfe veya sair işyerlerinde bulunan sabit veya ankesörlü telefonlar bakımından CMK m. 135'te yer verilen koruma tedbirlerinin uygulanamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde elde edilen kayıtlar "delil elde etme yasağı" kapsamında olup bu kayıtlar ispat aracı olarak kullanılamaz (CMK m. 217/2)[32].

---

[29] Y 4. CD, E. 2020/24318, K. 2021/2805, 28.01.2021; Y 18. CD, E. 2019/8848, K. 2019/14803, 21.10.2019; Y 1. CD, E. 2010/4832, K. 2010/6800, 20.10.2010; Y 4. CD, E. 2021/21513, K. 2021/19859, 17.06.2021; Y 1. CD, E. 2015/2586, K. 2015/4404, 01.09.2015. Kararlar için bkz. www.yargitay.gov.tr, E.T. 11.06.2023.

[30] Tanığın iletişimin tespitinin suç soruşturmasına ve delil toplanmasına ilişkin genel yetki kapsamında olup olmadığına ilişkin tartışma için bkz. BİRTEK, "Tanık Hakkında İletişiminin Tespiti", s. 200 vd. Birtek'e göre genel soruşturma (maddi gerçeği araştırma) yetkisi, temel haklara müdahale teşkil eden ve bu niteliği sebebiyle kanun ile düzenlenen koruma tedbirlerine eşdeğer müdahaleler/tedbirler bakımından başvurulabilecek bir yetki olmadığından, Yargıtay'ın uygulaması CMK m. 135 hükmünün etrafının dolanılması mahiyetinde olup CMK'de açık bir yetki tanınmaksızın mağdurun veya tanığın iletişimin tespit edilebilmesi mümkün değildir. Genel yetkiye dayanılarak ancak, iletişimin tespiti tedbirinin kapsamı dışında yer alan bilgilere erişebilmek mümkün olmalıdır. Yazara göre aksinin kabulü halinde koruma tedbirlerinin kanuniliği ilkesinin hukuki bir anlamı ve değeri kalmaz. Açıklama için bkz. BİRTEK, s. 200.

[31] DA SİLVA ve diğ. s. 135. Anayasa Mahkemesi'ne göre iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin uygulanmasına ilişkin kararlarda, tedbirin muhatabı olan kişinin "*kimlik bilgilerinin*" yer olması gerekir. Kod isimlerle iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin uygulanması, haberleşme özgürlüğünün ihlalidir. AYM, *Yasemin Çongar ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7054, 6/1/2015, s. 63-65.

[32] Aranan kişi bakımından bir değerlendirme yapıldığında ise aranan kişi hakkında uygulanan iletişimin tespiti tedbir ile bu kişiyi arayan bütün numaralar (arayan numaralar) görülebileceğinden, aranan kişi hakkında başlatılan soruşturma kapsamında arayan sabit veya ankesörlü telefon numaralarının tespiti mümkündür.

CMK'da düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin suç soruşturması ve kovuşturması sırasında uygulanabilecek bir tedbir olması nedeniyle, henüz bir suç soruşturmasının mevcut olmadığı dönemde anılan madde kapsamındaki koruma tedbirlerinin uygulanıp uygulanamayacağının tartışılması gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; istihbarat (suç önleme, istihbarat elde etme ve istihbarata karşı koyma) amacıyla gerek mobil haberleşme aracı gerekse sabit veya ankesörlü telefonlar marifetiyle gerçekleştirilen iletişimin, dinlenmesi, kayda alınabilmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi ve tespiti mümkündür (2937 sayılı Kanun m. 6 ve 2559 sayılı PVSK Ek Madde 7[33]).

Ancak suç önleme, istihbarat elde etme veya istihbarata karşı koyma amaçları bulunmaksızın, işlendiği iddia olunan bir suçun şüphelisinin kim olduğunu tespit edebilmek amacıyla iletişimin tespit edilip edilemeyeceğine dair açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Yine suç soruşturmasına (fiilin ve failin resen araştırılmasına) ilişkin "genel yetkinin" iletişimin tespiti işlemini de kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır.

Bir suçun delillendirilebilmesi veya şüphelinin belirlenebilmesi (şüpheli ile şüpheli olmayanların ayırt edilebilmesi) amacıyla sabit veya ankesörlü telefonlar marifetiyle yapılan haberleşme trafik verilerine erişim yetkisinin mevcut olup olmadığına ilişkin tartışmadan önce, bu işlemin mahiyetinin ortaya konulması gerekmektedir. Bu verilere erişimin ön alan araştırması veya otomatik veri taraması olup olmadığının ortaya konulmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

---

[33] Ek Madde 7: "*Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişi sağlamak üzere, ülke seviyesinde ve sanal ortamda istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar...*

*Birinci fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçlar ile bilişim suçlarının işlenmesinin önlenmesi amacıyla hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürünün, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanının veya bilişim suçlarıyla sınırlı olmak üzere bilişim suçları ile ilgili daire başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim veya internet bağlantı adresleriyle internet kaynakları arasındaki veri trafiği ile iletilen veriler tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç kırk sekiz saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir*".

"*Ön alan*", "*bir başlangıç şüphesinin ya da somut bir tehlike durumunun mevcudiyeti öncesi bulunan alan*" olarak tanımlanmakta ve gelecekte işlenecek suçlar ve bu çerçevede yapılması muhtemel hazırlık soruşturmaları için veri toplama faaliyetleri de "*ön alan soruşturması*"[34] veya "*suç öncesi araştırma*"[35] olarak kavramsallaştırılmaktadır.

Ön alan soruşturmaları/araştırmaları, henüz bir suç işlenmeden ("basit başlangıç şüphesi mevcut olmadan") veya "suç tehlikesi" ortaya çıkmadan önce yapılabileceğinden, bir suça ilişkin olarak ceza soruşturması başlatıldıktan sonra ön alan soruşturması/araştırması yapılabilmesi ve bu kapsamda delil toplanması ya da şüphelinin kimliğinin tespit edilmesine olanak yoktur. Henüz işlenmemiş bir suçu ileride işlendiği takdirde aydınlatmak düşüncesiyle gizli soruşturma tedbirlerine başvurulamaz[36]. Çünkü "şüphenin sınırlayıcı fonksiyonu" nedeniyle, ancak başlangıç şüphesi üzerine yapılabilecek araştırmalar (temel hak ve hürriyetlere yapılacak müdahaleler), ön alan soruşturmaları sırasında "ceza soruşturmasına alternatif olarak" yapılamaz[37].

Öğretide 2559 sayılı PVSK'de polis bakımından "genel mahiyette" istihbarat ve bilgi toplama, değerlendirme ve yetkili mercilere ve kullanma alanına ulaştırma yetkisi tanınmış olsa da bu türden genel bir yetkiye dayanılarak, ön alan soruşturması yapılmasının, "*hangi tedbirleri uygulayacağı ve bunların koşullarının açık bir şekilde belirlenmemesi*", "*belli olayların ortaya çıkması koşuluna bağlanmamış olması*" ve "*belli olaylara dayanan şüphelinin belli kişiler üzerinde yoğunlaşmasının aranmaması*" nedeniyle mümkün olmadığı kabul edilmektedir[38].

---

[34] ÖZBEK Veli Özer, "Organize Suçlulukla Mücadele Ön Alan Soruşturmaları", **DEÜHFD**, C. 4, S. 2, 2022, 57-88, s. 58-59. Ön alan soruşturmasının, polisin, "gelecekteki tehlikeleri önleyebilmek amacıyla tedbir alması", "*veri (ya da bilgi) elde etme, saklama, değiştirme, yararlanma, aktarma ve verilerin karşılaştırılması*" olduğu hususunda, bkz. HOPPE Corinne, **Vorfeldermittlungen im Spannungsverhältnis von Rechtsstaat und der Bekämpfung organisierter Kriminalität** (Frankfurt am Main 1999) s. 26'dan nakleden ÖZBEK, s. 58.

[35] ERDEM M. Ruhan, **Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 206.

[36] ERDEM, s. 211: "*... hukuk devleti geleneğine dayanan ve bireyin temel hak ve özgürlüklerine devlet tarafından yapılacak müdahaleleri sınırlama amacını taşıyan ceza koğuşturması ve önleme arasındaki ayırım, yozlaşma tehlikesi ile karşı karşıyadır. Bu açıdan önleme ve ceza koğuşturması ayırımını belirsiz ve gereksiz kılan suç öncesi araştırma, özellikle hukuk devleti ilkesi açısından ciddi sakıncalar doğurmaktadır*". ERDEM, s. 210.

[37] ERDEM, s. 211.

[38] ÖZBEK, s. 78-79; CİHAN Erol / YENİSEY Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 262; ayrıca bkz. YENİSEY Feridun, **Hazırlık Soruşturması ve Polis**, Beta yayıncılık, İstanbul, 1987, s. 188.

Başlangıç şüphesinin "*şüphelinin aktif ve pasif haklarının korunması bakımından*" ilk ve önemli bir "*hukuk devleti duvarı*"[39] oluşturması nedeniyle, basit başlangıç şüphesi ortaya çıktıktan sonra, ön alan soruşturması/araştırması yapılamayacağından, bu aşamada delil elde etmek ve şüphelinin kimliğini ortaya çıkarmak bakımından ceza muhakemesine ilişkin ilke ve kurallar uygulanmalıdır. Bu sebeple bir suça ilişkin olarak basit başlangıç şüphesi (CMK m. 160 kapsamında, bir suçun işlendiği izlenimini veren hal) ortaya çıktıktan sonra PVSK Ek Madde 7 hükmünde düzenlenen, "belirlilik" ve "kanunilik" ilkelerini karşılamaktan uzak bir yasal düzenlemeye dayanılarak, sabit veya ankesörlü telefonlar marifetiyle gerçekleştirilen iletişimin tespitinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Aksi bir kabul alabildiğince keyfi ve sınırsız ve ceza soruşturmasına alternatif bir ön alan soruşturması ortaya çıkarır ki; bu durumda şüpheli veya sanığın temel hak ve hürriyetlerine ilişkin olarak CMK'da yer verilen güvenceler anlamsızlaşır.

Sabit veya ankesörlü telefonlar marifetiyle gerçekleştirilen iletişimin tespitinin, "otomatik veri tarama" işlemi olup olmadığı bakımından bir değerlendirme yaptığımızda ise söz konusu iletişim kayıtlarının elektronik haberleşme (sabit telefon) hizmeti sunan işletmecilerde mevcut olan ve iletişim süreci tamamlandıktan sonra en fazla iki yıl süreyle tutulabileceği Elektronik Haberleşme Kanunu'nda açık bir şekilde düzenlenen veriler olması[40] ve şüphelinin kimliğinin tespiti amacıyla bu verilerin elde edilmesi ve etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanan tanıkların (örgüt üyelerinin) beyanlarından elde edilen bilgiler veya suça ilişkin diğer bulgular çerçevesinde değerlendirilmesi ve taranması biçiminde gerçekleşmesi nedeniyle otomatik veri tarama işlemine benzediği görülmektedir.

"*Otomatik veri tarama*", Türk hukukunda açıkça düzenlenmeyen ancak uygulamada suç soruşturmasına ve delil toplanmasına ilişkin genel yetki (CMK m. 160-161) kapsamında sıkça başvurulan bir işlem olup, temelde "*şüpheli olmayan kişileri ayıklamak için kişisel nitelikli verilerin karşılaştırılmasından*" ibarettir[41]. Otomatik veri tarama bakımından öncelikle, krimi-

---

[39] Tanımlama için bkz. YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 557-558.

[40] Kanunen tutulabileceği azami süre geçtikten sonra tutulması mümkün olmayan ve kişisel veri olması nedeniyle TCK m. 138 ve KVKK m. 7 kapsamında silinmesi gereken verilerin tutulmaya devam edilmesi halinde, bu verilere suç soruşturması veya kovuşturması amacıyla ulaşılması ve bu verilen ispat aracı olarak kullanılması ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturduğundan, çalışmamızda bu konu tartışılmamıştır.

[41] ERDEM, s. 105.

nolojik tespitlerden ve eldeki bulgulardan hareketle bir "*şüpheli profili*" belirlenmekte ve daha sonra kamu ve özel kişiler nezdinde tutulan kişisel veri yığını içerisinde bu profile uygunluk gösterebilecek kişilerin belirlenmesi amacıyla inceleme ve araştırma yapılmaktadır. Esasında bir tür "*elektronik veri işleme*"[42] olarak kabul edilen bu işlemde, verileri toplanan belirsiz sayıda kişi içerisinden, şüpheli profiline uygun kişiler seçilerek bir tür "indirgeme/eleme" işlemi yapılmakta ve indirgenen profiller içerisinden şüphelinin bulunmasına çalışılmaktadır. Bu işlem, mahiyeti itibariyle bir tür "*koruma tedbiri*" olup devlete (suç soruşturma organlarına) bireylerin özel hayatlarına ilişkin pek çok bilgiye ulaşma imkânı tanımaktadır[43].

Suç soruşturmasıyla bağlantılı olarak "otomatik veri tarama" işlemi Alman ceza muhakemesinde "*şüpheli olmayan kişileri ayıklamak veya haklarında daha ayrıntılı araştırma yapılacak olan özelliklere sahip olan kişileri belirlemek amacıyla failde bulunması mümkün olan ve belli özellikleri yansıtan verilerle bilgisayardaki verileri karşılaştırmak*" amacıyla hâkim (gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı) kararına bağlı olarak özel bir hükümle (ve temel hak ve hürriyetleri koruyacak güvenceleriyle birlikte) ve ancak belli (katalog) suçlar bakımından uygulanabilecek bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir (Al. CMK m. 98/a,b)[44], Türk hukukunda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Türk hukuku bakımından, kolluğun veri bankası (Pol-Net, JABS- Jandarma Ağı Uygulamaları)[45] 4178 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu'nun 6. maddesi[46] ve

---

42 ERDEM, s. 107.

43 BAYRAKTAR Çiler Damla, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bir Koruma Tedbiri olarak Otomatik Veri Taraması (Rasterfahndung): İnsan Hakları Bağlamında Bir Analiz", **CHD**, C. 13, S. 38, 2018, 25-64, s. 43.

44 Al. CMK m. 98/b-3 hükmünde, verilerin veri taşıyıcısına kaydedilerek nakledilmesi halinde, karşılaştırma işlemi bittikten sonra iade edilmesi gerektiği, başka bir veri taşıyıcısına kaydedilmiş olması halinde ise ceza muhakemesi için kullanılmasına ihtiyaç kalmadığında, derhal silinmesi gerektiği düzenlenmiştir. Alman hukukunda bu tür tedbirler "*bilgisayar destekli koruma tedbirleri*" içerisinde incelenmekte ve ceza soruşturmalarına ilişkin olan veya önleyici amaçla toplanan kişisel veriler üzerinde "*suç emaresi taşıyan kişilere ilişkin*" inceleme yapılması (Al. CMK m. 98/c hükmü uyarınca) mümkün görülmektedir. Bilgisayar destekli koruma tedbirleri hakkında açıklama için bkz. SCHROEDER Friedrich- Christian / VERREL Torsten, **Ceza Muhakemesi Hukuku** (Çev. S. Oktar), Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 104.

45 Bu uygulamalar adli mercilerin erişimine kapalıdır. Alman hukukunda da kolluğun bilgi topladığı benzer mahiyetteki uygulamaların (INPOL, SPUDOK vs.) savcının erişimine kısmen kapalı olduğu hususunda bkz. SCHROEDER / VERREL, s. 72.

46 Söz konusu maddeye göre "*Kimlik bildirimleri, mahalli kolluk örgütüne verilmeden evvel mahalle veya köy muhtarına onaylatılır.*

aynı Kanun'a 27.03.2015 tarih ve 6638 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle eklenen Ek Madde 3 hükmü kapsamındaki bilgi ve kayıtlar[47] otomatik veri tarama işlemine konu verilerin bulunduğu ortamlar olarak kabul edilmektedir[48].

Hukukumuz bakımından "*şüphelinin tespit edilebilmesi ve delil elde etmek amacıyla*" kolluk tarafından PVSK m. 5, Ek Madde 7 kapsamında toplanan, otomasyon sistemleri aracılığıyla erişilebilen (tapu, nüfus, konaklama, kimlik, ticaret sicili), Elektronik Haberleşme Kanunu m. 51 (ve ilgili Yönetmelik) veya CMK m. 332 kapsamında adli mercilerin talebi üzerine toplanan veriler üzerinde "*otomatik veri inceleme*" yetkisinin açık bir şekilde düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır[49]. Zira bu yolla elde edilen ve soruşturma konusu suçla hiçbir ilgisi bulunmayan pek çok kişinin kişisel verilerinin ve hatta hassas nitelikteki bilgilerinin sınırsız bir şekilde incelemeye tabi tutulması ne zaman ve ne şekilde imha edileceğinin açık bir şekilde düzenlenmemiş olması önemli bir eksikliktir. Bu hususta 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun yeterli ve uygun güvenceyi düzenlediği akla gelebilir ise de mezkûr Kanun'un m. 28/1-d hükmünde "*Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi*" Kanun'un kapsamı dışında tutulmuştur. Yine Kanun kapsamında, suç önleme, suç soruşturması ve kovuşturması bakımından gerekli olması halinde veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünün mevcut olmadığı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple otomatik verilerin taranması işlemi bakımından 6698 sayılı KVKK'nın, bireylerin kişisel verilerinin korunması bakımından güvence teşkil etmediği açıktır.

---

*... Bu bildirimler sorumlu işleticiler tarafından, yukarıda belirtilen süre içerisinde genel kolluk kuvvetlerine elektronik ortamda da yapılabilir. Bildirimlerin elektronik ortamda yapılması durumunda üçüncü fıkra hükmü uygulanmaz. Bu fıkra kapsamında elektronik ortamda yapılan bildirimler, genel kolluk tarafından köy ve mahalle muhtarları ile paylaşılır*".

47 Söz konusu maddeye göre "*Araç kiralama şirketlerinin sorumlu işleticileri ve yöneticileri, kiralanan araç bilgileri ile aracı kiralayanların kimlik bilgileri ve kira sözleşmesi kayıtlarını usulüne uygun şekilde günü gününe tutmak ve bu kapsamda mevcut bilgi, belge ve kayıtları genel kolluk kuvvetlerinin her an incelemelerine hazır bulundurmak zorundadırlar. Ancak araç kiralayanın kamu kurum veya kuruluşu olması hâlinde sadece kamu kurum veya kuruluşuyla yapılan sözleşme ile araç bilgileri sisteme kaydedilir*".

48 İlk iki veri kaynağı hakkında açıklama için bkz. ERDEM, s. 119-120.

49 ERDEM, s. 120.

Öğretide de ifade edildiği üzere, hukukumuzda kişisel veri veya kayıtların "*delil elde etmek amacıyla*" incelenmesine dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir[50].

Türk hukuku bakımından da temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından, ancak belli suçlarla sınırlı olarak, şüphelilerin tespit edilmesi ve delil elde edilmesi amacıyla kamu kurumları ve özel kişiler tarafından tutulan verilerin elde edilmesi, incelenmesi, eldeki verilerle karşılaştırılması ve ihtiyaç kalmadığı anda da silinmesine ilişkin açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu açıktır.

Sabit veya ankesörlü hatlar marifetiyle gerçekleştirilen iletişimin tespitine ilişkin olarak tutulan ve yukarıda yer verilen mevzuat kapsamında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na verilen kayıtların suç soruşturması veya kovuşturması sırasında adli merciler tarafından talep edilmesi ve bu kayıtlar üzerinde, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanan örgüt üyelerinin beyanlarında yer verdikleri türden bir aramanın bulunup bulunmadığının tespit edilmesi ve bu türden aramaların tespit edilmesinden sonra da "*muhtemel*" örgüt üyelerinin tespiti amacıyla, arayan- aranan kişilerin tespit edilmeye çalışılması, esasında "*otomatik veri tarama*" olup bu yolla bir yandan tanık (etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanan şüpheli/sanık) beyanının doğruluğu test edilirken diğer yandan da beyanda yer verilen "*şüpheli profiline*" uygun kişiler ("*potansiyel şüpheliler*") araştırılmakta ve bu profile (beyanda geçen arama tipine) uygun arama- aranma tespit edilmesi halinde ise "şüpheli" tespiti yapılmaktadır.

Öğretide, diğer koruma tedbirlerinin alanına girmeyen ve "*üçüncü kişiler*" nezdinde bulunan delillerin (dijital/sayısal delillerin), CMK m. 161 hükmü kapsamında toplanabileceği[51] ve henüz belli bir şüphelinin bulunma-

---

[50] KUNTER ve diğ. s. 819. Bununla birlikte yazarlar, muhtemel şüphelinin tespiti amacıyla belli bir bölgede cep telefonu ile görüşme yapan kişilerin baz sorgusu/baz çalışması yoluyla (CMK m. 160-161 hükümleri kapsamında) tespit edilebileceğini öne sürmektedir. Açıklama için bkz. KUNTER ve diğ. s. 799; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 429. Yargıtay ise "*baz sorgusu*" biçimindeki işlemin "*şüpheli sıfatına sahip olmayan üçüncü kişileri de kapsaması nedeniyle*" hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir: "*... haklarında iletişimin tespiti tedbiri talep edilen kişiler, baz istasyonundan hizmet alan üçüncü kişiler olup, 5271 sayılı CYY'nın 2. maddesi anlamında şüpheli veya sanık sıfatına sahip olmadıklarından haklarında iletişimin tespiti tedbirine başvurulması olanağı yoktur*". YCGK, E. 2011/6-140, K. 2011/222, 15.11.2011, www.yargitay.gov.tr.

[51] DEĞİRMENCİ Olgun, **Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 387. Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu ise -henüz belli bir şüphelinin bulunmadığı durumlarda- genel araştırma yetkisine dayanılarak delil araştırması yapılabileceği ve suç ma-

dığı durumlarda suç soruşturmasına ve delil toplanmasına ilişkin genel yetkiye (CMK m. 160-161) dayanılarak delil araştırması yapılabileceği ve suç mahallinde hangi telefonların kullanıldığının belirlenmesine ilişkin tespit yapılabileceği öne sürülmektedir[52].

Yargıtay'a göre de "*... içeriğine müdahale edilmeden, iletişim araçlarının diğerleri ile kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespitine yönelik işlem olması ve daha çok dış bağlantı verilerini ifade etmesi nedeniyle "iletişimin tespiti", Cumhuriyet savcısının soruşturma yetkisini düzenleyen CMK'nın 160 ve 161. maddeleri kapsamında istenebilecek delillerdendir. Cumhuriyet savcısı soruşturmanın ayıklayıcılık ve kişilerin lekelenmeme hakkı ilkelerini dikkate alarak delil toplarken Anayasada ve yasada düzenlenen "orantılılık" ilkesini göz önüne almak durumundadır. İletişimin tespitinin istenmesi her zaman aleyhe sonuç doğurmaz. Bazen suça katılmayan kişilerin erkenden tespiti ile haklarında başkaca ceza muhakemesi tedbirine başvurmama imkanını da sağlayabilir*"[53].

Bizim de katıldığımız düşünceye göre temel hak ve hürriyetlerini ihlal etmeyen, özel hayatın gizli alanına müdahale teşkil etmeyen araştırma işlemleri, suç soruşturmasına ve delil toplanmasına ilişkin genel yetki (CMK m. 160-161) kapsamındadır[54,55]. Bu sebeple elektronik haberleşme hizmeti

hallinde hangi telefonların kullanıldığının belirlenmesine ilişkin tespit yapılabileceğini kabul etmektedir. Açıklama için bkz. KUNTER ve diğ. s. 799. Centel/Zafer'e göre soruşturma aşamasında tüm tedbirleri ve işlemleri kapsayan genel mahiyette bir "araştırma yükümlülüğü" mevcut olduğundan, bu yükümlülüğün sonucu olarak CMK'da yer almayan soruşturma yöntemleri de geliştirilebilecektir. Açıklama için bkz. CENTEL / ZAFER, s. 120.

52 KUNTER ve diğ. s. 799; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 428-429. Bayraktar da henüz yasayla düzenlenmemiş olsa da CMK m. 161 hükmü kapsamında otomatik veri tarama işleminin ihtiyaç duyulduğunda uygulanabileceğini öne sürmektedir. Bkz. BAYRAKTAR, s. 58.

53 Y 16. CD, E. 2019/5661, K. 2021/2150, 16.03.2021, www.yargitay.gov.tr, E.T. 18.06.2023.

54 YENİSEY / NUHOĞLU, s. 428. Ancak yazarlar, "*baz sorgusu*" ve "*şüphelinin kimliğinin belirlenebilmesi için*" iletişim kayıtlarının incelenmesi işlemlerinin genel yetki kapsamında olduğunu kabul etmektedir. Oysa, baz sorgusu veya iletişimin tespiti kayıtları, haberleşme olgusu içerisinde olan ve bu yönüyle de haberleşmenin gizliliği kapsamında korunması gereken bilgiler olup, bu bilgilere ulaşmanın temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil etmediği kabul edilemez. Yazarların, bir yandan genel yetkinin temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil etmeyen konuları kapsadığını diğer yandan iletişimin tespiti ve baz sorgusu işlemlerinin genel yetkiye dayanılarak yapılabileceğini kabul etmeleri kendi içerisinde çelişkilidir.

55 Haberleşme hizmeti sunan kurum tarafından tutulan bu bilgilerden yararlanılmasının CMK m. 135 kapsamında olmadığı hususunda bkz. ÖZTÜRK Bahri / KAZANCI Behiye Eker / SOYER GÜLEÇ Sesim, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 255. İletişimin tespiti işleminin haberleşmenin gizliliği içerisinde olduğu ve CMK m. 135 hükmü kapsamında incelenmesi gerektiği düşüncesi için bkz. ŞEN

sunan kurumlarda (telefon işletmecilerinde) tutulan ve "diğer iletişim bilgileri" olarak adlandırılan "*abone adı, adresi, kimlik bilgileri, telefon numarası, SIM kart bilgisi, IMEI numarası, imsi bilgisi, kontör kartları bilgisi ve eşleştirilmesi, roaming bilgisi, telefonun açık olup olmadığı vs. bilgilerin*" genel yetki kapsamında (CMK m. 160-161 ve 332) toplanabilmesi mümkündür. Bu bilgilere erişim için hâkim kararına ihtiyaç yoktur[56]. Bununla birlikte, mahiyeti itibariyle bir tür koruma tedbiri olan soruşturma/kovuşturma işlemlerinin, kanun ile düzenlenmesi Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca zorunlu olduğu, CMK m. 161-164'te tanınan genel yetkinin, koruma tedbirlerinin uygulanması için yeterli olmadığı açıktır[57]. Maddi gerçeğe (delile ve şüpheliye) ulaşabilmek amacıyla soruşturma ve kovuşturma makamlarına tanınan genel yetkiye (CMK m. 160-161) dayanılarak koruma tedbirleri uygulanamayacağından "*koruma tedbirlerine eş değer ağırlıktaki*" müdahalelerde bulunulamaz[58] ve CMK m. 332 hükmü ancak *"koruma tedbirlerinin kapsamı dışında kalan"* (ve koruma tedbirlerine eş değer ağırlıkta olmayan) işlemleri (bilgi ve belgeleri) kapsayacak şekilde uygulanabilir.

Sabit veya ankesörlü telefona ilişkin iletişimin tespiti kapsamındaki bilgilerden hareketle tespit edilen (indirgenen) ve şüpheli profiline uyan kişilerin tamamı bakımından henüz bir ceza soruşturması başlatılmaksızın[59], bu kişilerin kullandığı telefon hatları bakımından iletişimin tespiti işlemi yapılabilmesi mümkün değildir. Zira bu durumda, arama kaydında görünen ve şüpheli profiline uyan kişi/ler, henüz haklarında bir ceza soruşturması bu-

Ersan, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 118; ŞAHİN, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi...", s. 10-11; Birtek, "Tanık Hakkında İletişimin Tespiti", s. 198 vd.

56 TAŞKIN Mustafa, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 83. Bu bilgilerin hukuk mahkemeleri tarafından da -doğrudan- işletmecilerden istenebileceği hususunda bkz. TAŞKIN, s. 83. Aynı yönde bkz. CENTEL / ZAFER, s. 517.

57 ÜNVER Yener / HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku (3 Cilt),** Cilt II, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 687. Nitekim Centel/Zafer'e göre de "*soruşturma evresinin kurala bağlı olmayışı, bu evrede hiçbir sınırlamanın bulunmadığı anlamına gelmez. Soruşturmanın amacı ve konusu, sınırı belirler... soruşturma evresinde de hukuk devleti ilkeleri geçerlidir*". Soruşturma evresinde temel hak ve özgürlüklere zarar verilmemesine dikkat edilmeli, bu değerlere yönelik müdahaleler bakımından hâkim güvencesi sağlanmalıdır. Açıklama için bkz. CENTEL / ZAFER, s. 121.

58 BİRTEK, "Tanık Hakkında İletişiminin Tespiti" s. 205.

59 Şüpheli profiline uyan bütün kişiler bakımından ceza soruşturmasının başlatılabilmesi de mümkün değildir. Aksi bir kabul, basit başlangıç şüphesiyle kendisini gösteren "hukuk devleti duvarının" yıkılması anlamına gelir ve lekelenmeme hakkı bakımından "ölçüsüz" bir müdahale teşkil eder.

lunmadığı için şüpheli konumunda değildir. Bu kişilerin, iletişimlerinin tespit edilebilmesi ve iletişimin tespitine ilişkin kayıtların sabit veya ankesörlü telefon kayıtları ile karşılaştırılabilmesi için haklarında bir ceza soruşturmasının başlatılması zorunludur. CMK m. 135/6 uyarınca, bir ceza soruşturması bulunmaksızın ve şüpheli statüsüne sokulmaksızın, bir kimsenin iletişimin tespitine imkân bulunmamaktadır. Bu sebeple, şüpheli profiline uyan ve "*indirgenen*" potansiyel şüphelilerin, CMK anlamında şüpheli statüsüne sokulabilmesi için bir ceza soruşturmasının başlatılmasını haklı ve meşru kılacak "*basit başlangıç şüphesini"* (bir suçun işlendiği izlenimi veren halin gerçekleştiğini) ortaya koyan -toplanan diğer veriler ve kriminolojik tespitlerden hareketle- ek bir araştırma/karşılaştırma yapılması gerekmektedir.

Basit başlangıç şüphesinin ortaya çıkmasından (suç soruşturmasının başlamasından) sonra, şüphelinin kimliğinin belirlenebilmesi (şüpheli olanla şüpheli olmayanın ayırt edilebilmesi) ve yeni delil elde edilmesi veya bir delilin (örneğin tanık beyanının) sağlamlığının ve güvenilirliğinin test edilebilmesi amacıyla gerek kamu kurumları gerekse özel kişiler tarafından tutulan verilerin otomatik veri tarama yöntemiyle incelenebileceği, ancak mevcut haliyle CMK m. 160-161 ve PVSK Ek Madde 7 hükümlerinin temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından "*yeterli*" ve "*uygun*" düzenlemeler olmadığı kanaatindeyiz.

Alman hukukunda, soruşturma konusu olayın araştırılabilmesi veya şüphelinin/sanığın bulunduğu yerin belirlenmesi için telekomünikasyon kurumlarındaki iletişim bilgilerinin tespiti Al. CMK m. 100/g, iletişim hizmeti sunucuları dışındaki yerlerde (diğer kurumlarda) bulunan ve iletişimin tespiti kapsamına giren trafik datalarının elde edilmesi Al. CMK m. 100/g-3'te düzenlenmiştir. Alman ceza muhakemesinde, şüpheli veya sanığa ilişkin olarak, telekomünikasyon kurumlarındaki (işletmecilerdeki) trafik datalarının elde edilmesi kural olarak savcılığın talebi üzerine hâkim kararı ile (gecikmesinde sakınca bulunan hallerde doğrudan doğruya savcının kararı ile) mümkün iken; diğer kurumlardaki trafik datalarının elde edilmesi ise "genel hükümlere" tabidir.

## III. DİJİTAL BİR İSPAT ARACI OLARAK SABİT VEYA ANKESÖRLÜ TELEFON ARAMA KAYITLARI (İLETİŞİMİN TESPİTİNE DAİR BİLGİLER)

Sabit veya ankesörlü telefonlar marifetiyle gerçekleştirilen aramalara ilişkin iletişimin tespitinde, sabit veya ankesörlü hattın numarası, arama-

aranma bilgisi, aramanın yapıldığı hattın bulunduğu şehir, arama tarihi, arama saati, arama süresi (başarısız bir çağrı ise başarısız çağrı kaydı) ve aranan numara ve bu numaranın kimin adına kayıtlı olduğu gibi bilgiler yer almaktadır[60].

İletişimin tespitine ilişkin bilgiler, sadece arayan- aranan kişi arasında bir haberleşme olgusunun mevcut olduğunu göstermektedir. Bu bilgiler, aramanın amacına ve içeriğine ilişkin olarak herhangi bir kanaate ulaşmaya elverişli değildir. Bu sebeple öğretide, iletişimin tespitine ilişkin kayıtların (irtibat listesinin) bir kişinin belli bir zaman aralığında temasta bulunduğu kişilerle ilgili olarak "*belirti*" oluşturduğu ve ancak dolaylı bir ispat aracı olduğu öne sürülmektedir[61].

Yargıtay da maddi kanıtlarla desteklenmeyen "*belirti*" mahiyetindeki iletişimin tespitine ilişkin kayıtların suçun sübutuna yeterli olmadığını kabul etmektedir[62]. Bununla birlikte Yargıtay, bu kayıtların duruşmada tartışılmamasını hukuka aykırı görmekte ve bozma kararı vermektedir[63].

Ceza muhakemesinde belirti/emare, maddi gerçeğin bir parçasını teşkil edecek şekilde yakın bir bilgi vermedikçe[64], doğrudan ispat aracı (delil) olarak kabul edilemez ve belirtilerden hareketle suçun sübut bulduğu kabul edilemez. Hâkim, emareye değil, delile inanmalıdır[65]. Zira belirti, soruşturma konusu olayın sadece bir veya birkaç parçası hakkında bilgi veren ve olayın doğası gereği ortaya çıkan ya da olay sırasında yapay olarak meydana getirilen iz veya ipucu olup[66] olayın bütününü temsil yeteneği olmadığından "*güçsüz kanıt*"[67], "*dolaylı/tamamlayıcı ispat aracı*"[68] ve "*oluş veya kabulün*

---

60 Uygulamada HTS olarak tanımlanan işlemde, "arama yeri ve sinyal alınan baz istasyon bilgilerinin" de yer aldığı ve bu haliyle CMK m. 135/6 hükmünde düzenlenen iletişimin tespiti tedbiriyle (kapsam yönünden) "birebir örtüşmediği" ifade edilmektedir. Görüş için bkz. ÖZEN, s. 570.

61 YENİSEY / NUHOĞLU, s. 448; CENTEL / ZAFER, s. 517.

62 YCGK, E. 2010/125, K. 2010/189, 05.10.2010, www.yargitay.gov.tr, E.T. 20.06.2023.

63 Y 8. CD, E. 2014/5697, K. 2014/13265, 29.05.2014, www.kazanci.com.

64 BİRTEK Fatih, **AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017, s. 25.

65 EREM Faruk, **Ceza Usulü Hukuku**, Genişletilmiş Beşinci Bası, Ankara, 1978, s. 397.

66 YENİSEY Feridun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Elde Edilmiş) Delil", **Ceza Hukuku Dergisi**, Ağustos 2007, C. 2, S. 4, 5-60, s. 9.

67 YHGK, E. 2012/4-728, K. 2012/328, 30.05.2012, www.yargitay.gov.tr, E.T. 21.06.2023.

68 TANER M. Tahir, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, 3. Baskı, İstanbul, 1945, s. 220, 221; YENİSEY, "... Delil", s. 9.

*bir bütün haline getirilmesinde ve olayın gelişiminin ortaya konulmasında hâkime yardımcı bir araç*"[69] olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte belirtinin, eylemin sübutu için yeterli olmasa da CMK'da ve PVSK'da düzenlenen bazı koruma tedbirlerinin (durdurma, yaralama, arama vs.) uygulanmasını haklı kılan sebep olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir[70].

Sabit veya ankesörlü telefon marifetiyle gerçekleştirilen iletişimin tespitine ilişkin dijital kayıtlar, belirti olduğundan bu kayıtlar tek başına olayın bütünü temsil etmemekte veya ispatı zorunlu herhangi bir maddi vakıayı ispata elverişli kabul edilmemektedir[71]. Bununla birlikte, bu dijital kayıtların şüpheli veya sanık hakkında uygulanan iletişimin tespitine ilişkin kayıtlardan farklı yönleri bulunmaktadır.

*İlk olarak* belirtmek gerekir ki; şüpheli veya sanık hakkında uygulanan iletişimin tespitine ilişkin kayıtlar bakımından, sadece şüpheli veya sanığın kullanımında olan iletişim aracı bakımından (şüpheli veya sanığa bağlı) bir tespit yapılmakta ve bu kişinin irtibat halinde olduğu kişilere ilişkin bir bilgiye ulaşılmaktadır. Oysa sabit veya ankesörlü telefon marifetiyle gerçekleştirilen iletişim bakımından, belli bir "*numaradan*" (numaraya bağlı) gerçekleştirilen bütün aramalara ilişkin bir bilgiye ulaşılmaktadır. Bu sebeple sabit veya ankesörlü telefonlar marifetiyle gerçekleştirilen iletişimin tespitinin, CMK m. 135/6 kapsamındaki iletişimin tespitine nazaran çok daha geniş bir kapsamı bulunmakta ve belli bir numaradan iletişim kuran herkesin iletişimi tespit edilmektedir.

*İkinci olarak,* CMK m. 135/6 kapsamında iletişimin tespiti, şüpheliye ulaşmak amacıyla uygulanabileceği gibi delil elde etmek veya belli bir delilin sağlamlığını ve güvenilirliğini doğrulamak amacıyla da uygulanabilecektir. Ancak sabit veya ankesörlü telefonlar marifetiyle gerçekleştirilen iletişimin tespiti, temelde şüphelinin belirlenmesi (şüpheli ile şüpheli olmayanların ayırt edilmesi) amacıyla uygulanan bir "*otomatik veri tarama*" işlemidir.

---

69 BİRTEK, **Delil ve İspat,** s. 27.

70 BİRTEK, **Delil ve İspat**, s. 29-30. Belirtinin, işlendiği iddia olunan suçun cezalandırılmasının temelini oluşturan unsur ve koşullar dışındaki hususlarda "*mantıksal çıkarımda bulunmaya olanak tanıyan*", yan olay veya olayları ifade ettiği hususunda bkz. ERMAN R. Barış, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri", **GSÜHFD**, C. 9, S. 1, 2010, 679-701, s. 694.

71 KAYMAZ, s. 428, 429; BİRTEK, **Delil ve İspat**, s. 204; ÖZEN, s. 571.

Mahiyeti itibariyle "*otomatik veri tarama*" işlemi olan sabit veya ankesörlü telefonlara ilişkin iletişim kayıtları, temelde şüphelinin belirlenmesine hizmet eden bir emare ve dolaylı bir ispat aracı olmakla birlikte, uygulamadaki (terör ve örgütlü suçlar bakımından) haliyle delil elde etme veya bir delilin (özellikle tanık beyanının) sağlamlığını ve güvenilirliğini test etme amacına yönelik olduğu görülmektedir.

Kanaatimizce ispat kuvveti bakımından şüpheli ve sanığın iletişiminin tespitine ilişkin kayıtlar ile sabit veya ankesörlü telefonlara ilişkin iletişim kayıtları arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Her iki kayıt türü de belirti/emare mahiyetinde olup ancak dolaylı, destekleyici ve tamamlayıcı mahiyette ispat aracıdır. Bu kayıtlar, yargılama konusu olayın bütünü veya bu olay bakımından ispatı zorunlu olan herhangi bir maddi vakıanın ispatı bakımından tek ve/veya belirleyici delil olarak kabul edilemez.

## IV. ANAYASA MAHKEMESİNİN ARAMA KAYITLARINA İLİŞKİN YAKLAŞIMI

Anayasa Mahkemesi'nin genel olarak dijital bulguların elde edilmesine ve sağlamlıklarının ve güvenilirliklerinin tartışılmasına dair eski kararları mevcut olsa da[72] özel olarak iletişimin tespitine ilişkin kayıtların (HTS kayıtlarının) elde edilmesine ve bu kayıtların tartışılmasına ilişkin -tespit edebildiğimiz- çok az sayıda kararı bulunmaktadır[73].

Bu kararları incelemeye geçmeden önce belirtmek gerekir ki; bireysel başvurular marifetiyle başvuruya konu olayda hak ihlali yapılıp yapılmadığı hususunda denetim yapan Anayasa Mahkemesi'nin görevi, bireysel başvuru denetiminde incelenen/incelenmesi gereken temel husus; yargılama sonucunda ulaşılan hükmün (ispat konusundaki sonucun) herhangi bir hak ihlâline neden olup olmadığı ve ispat ameliyesi sırasında gerçekleştirilen hak ihlâllerinin bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetine zarar verip vermediğidir[74].

---

[72] AYM, *Sencer Başat ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014, § 45, 70; AYM, *Yankı Bağcıoğlu ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/253, 9/1/2015, § 76.

[73] Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün 58. maddesine göre "*(2) İptal ve itiraz başvurularında esasa ilişkin olarak verilen gerekçeli kararlar Resmi Gazete'de yayımlanır. Diğer kararların hangilerinin Resmi Gazete'de yayımlanacağına Başkanlıkça karar verilir*". Bu hükümden hareketle, bireysel başvurulara ilişkin bütün kararların yayınlanması usulü bulunmadığından, çalışmamız kapsamında sadece yayımlanan kararlar ile sınırlı bir değerlendirme yapılmıştır.

[74] BİRTEK, **Delil ve İspat**, s. 582-583.

Yüksek Mahkeme'ye göre de "*Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye aittir*"[75]. "*Tek başına ve/veya belirleyici bir şekilde uyuşmazlığın çözümü bakımından önem taşımadığı müddetçe; herhangi bir delilin ikâme edilip edilmediği, herhangi bir tanığın duruşmaya çağrılıp çağrılmadığı veya duruşmada dinlenip dinlenmediği ya da herhangi bir delilin içeriğinin değerlendirilip değerlendirilmediği, hükme esas alınması gerekip gerekmediği Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışındadır*"[76].

Mahkeme'ye göre dijital delilin sağlamlığının ve güvenilirliğinin ortaya konulmasından ve duruşmada tartışılmasından sonra, dijital delillere dayanılarak karar verilmesi "*temelsiz ve keyfi bir tutum olarak değerlendirilemez*"[77].

Yüksek Mahkeme, bir delilin tek veya belirleyici delil olduğu durumlarda ise adil yargılanma hakkı ve bu hakka ilişkin güvencelerin ihlal edilip edilmediği hususunda daha hassas bir değerlendirme yapmaktadır. Derece mahkemeleri, tek başına veya belirleyici bir şekilde belli bir delile dayanarak karar vermişse bu delilin elde edilmesi, tartışılması ve bu delile dayandırılan kararın gerekçelendirilmesi bakımından bir hak ihlali olup olmadığı değerlendirilmektedir[78]. Zira kararın tek başına veya belirleyici bir şekilde

---

75 AYM, *Ruhşen Mahmutoğlu*, B. No: 2015/22, 15/1/2020, § 67.

76 BİRTEK, **Delil ve İspat**, s. 584.

77 AYM, *Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, § 267. Mahkeme'ye göre "*Dijital deliller üzerinde yapılacak teknik incelemenin suçların sübutu ve sanıkların bu suçlarla ilgisinin tespiti bakımından belirleyici olabileceği açıktır. Başvurucunun, dijital dellerin içindeki belgelerin kendisi tarafından oluşturulmadığı ve temin edilmemiş olduğu iddiası karşısında bu iddialarla ilgili olarak etkili bir şekilde savunma yapmaya imkân verecek bir erişimin sağlanmış olması ya da yargılama makamınca bu amaca uygun bir incelemenin yaptırılmış olması gerekir*". AYM, *Yankı Bağcıoğlu ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/253, 9/1/2015, § 72. "*İlk Derece Mahkemesi, yalnızca Cumhuriyet Savcısı tarafından sunulan bilirkişi raporlarına itibar etmiş, bu raporlara karşın başvurucunun savunmalarının bir parçası olarak sundukları bilirkişi rapor ve uzman görüşleri ise dikkate alınmamıştır. Mahkeme ayrıca başvurucunun, mahkumiyet kararının dayanağı olan dijital verilerin gerçeği yansıtmadığı iddialarını değerlendirmek üzere mahkemenin bilirkişi heyeti tayin etmesi ve rapor aldırması yönündeki taleplerini de yeterli olmayan gerekçe ile reddetmiştir.*

*... Böylece başvurucunun, hakkında yöneltilen suçlamaların dayanağı olan delillere karşı kovuşturmanın genişletilmesini isteme hakkı kısıtlanmış, ceza yargılamasının, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacına yönelik olarak "silahların eşitliği" ilkesi ihlal edilmiştir*" AYM, *Ahmet Gökhan Rahtuvan*, B. No: 2014/4991, 20/6/2014, § 61-62.

78 AYM, *Sebahat Tuncel (2)*, B. No: 2014/1440, 26/2/2015, § 81; AYM, *Atila Oğuz Boyalı*, B. No: 2013/99, 20/3/2014, § 46.

belli bir delile dayanması halinde, delilin sağlamlığının ve güvenilirliğinin tartışılmasına, bu delile yönelik itirazların değerlendirilmesine ilişkin yeterli ve uygun güvencelerin hayata geçirilmiş olması gerekir[79]. Tek veya belirleyici delile karşı savunma ve itiraz hakkının kısıtlanması, tek başına yargılamayı adil ve hakkaniyete uygun olmaktan çıkarabilir[80].

Anayasa Mahkemesi'nin bulguların delil niteliği ve ispat işlevi bağlamında adil yargılanma hakkına ve dijital delillere ilişkin yaklaşımı ortaya konulduktan sonra, iletişimin tespitine ilişkin kayıtlara yaklaşımını ve bu konudaki temel kararlarını (kronolojik sırayla) şu şekilde irdeleyebiliriz.

*Ruhşen Mahmutoğlu* başvurusuna konu olayda, iddia makamı tarafından, kendisini (İ.T.'yi tedavi gördüğü hastanede öldürmeye) azmettirdiği iddia olunan kişiyle (A.U.) görüşmelerinin "*şifreli telefon görüşmeleri*" aracılığıyla yaptığı, A.U.'nun ikametgahına yakın bir yerde bulunduğu anlaşılan ankesörlü bir telefondan iki kez aranması üzerine e postalarını kontrol ettiği, A.U.'nun başvurucuya bir internet kafede bulunan bilgisayardan elektronik posta göndererek görevi tamamlayamayacağını bildirdiği, başvurucunun telefonunu iki kez arayarak ve konuşmayarak başvurucunun postalarını kontrol etmesini sağladığı kabul edilmiştir. Mahkemenin kabulüne göre de *başvurucu ile A.U. arasındaki bu iletişim daha önceden planlanan şifreli haberleşme yöntemine uygun olarak gerçekleştirilmiştir*[81]. Yüksek Mahkeme bu başvuruda, başvurucunun itirazlarının gerekçeli kararda tartışılmadığına, soruşturmanın genişletilmesi talebi hakkında herhangi bir karar

---

[79] AİHM'e göre "*... Bir bireyin, bir suç örgütü tarafından özel olarak tasarlanmış ve münhasıran bu örgütün iç iletişimi amacıyla kullanılan şifreli bir mesajlaşmayı kullandığını doğrulayan elektronik kanıt kullanımının örgütlü suçla mücadele için çok önemli bir araç teşkil edebil[ir]... bu tür kanıtlar, bu kişinin böyle bir örgüte mensup olduğunu güçlü bir şekilde gösterebildiği ölçüde, bir kişinin tutuklanmasını başlangıçta yasal olarak destekleyebilir. Bununla birlikte, bir şüpheyi haklı çıkarmak için bu tür unsurların münhasır bir temel olarak kullanılması, belirli sayıda hassas problemler doğurabilir, çünkü doğası gereği bu tür kanıtların toplanması için uygulanan prosedür ve teknolojiler karmaşıktır ve bu nedenle ulusal yargıçların kanıtların gerçekliğini, doğruluğunu ve bütünlüğünü belirleme kabiliyetlerini azaltabilir. Böyle bir hususun şüpheli üzerindeki şüphenin yegane veya münhasır dayanağını oluşturması halinde ulusal mahkemenin, iç hukuka göre olası delil değerini dikkatlice değerlendirmeden önce bu husus hakkında yeterli bilgiye sahip olması gerekir*". AİHM, Akgün- Türkiye Kararı, B. No. 19699/18, 20.07.2021, § 167.

[80] Açıklama için bkz. BİRTEK, **Delil ve İspat**, s. 584.

[81] AYM, *Ruhşen Mahmutoğlu*, B. No: 2015/22, 15/1/2020, § 62-63. Başvuruya konu olayda ilk derece mahkemesince, başvurucunun suikast eyleminin planlama, keşif ve icra aşamasında iştirakinin bulunduğunun saptanamadığı gerekçesiyle beraatine karar verilmiş ancak silahlı terör örgütü üyesi olduğu gerekçesiyle mahkumiyet kararı verilmiştir.

verilmediğine vurgu yaparak şu tespitte bulunmuştur: "*Derece mahkemesinin mahkûmiyete gerekçe gösterdiği olguların varlığı yönünden sadece iddia makamının gösterdiği delilleri dikkate alması, başvurucunun aynı olguların aksini ispat için gösterdiği delillerle ilgili gerekli ve yeterli bir inceleme/değerlendirme yapmaması başvurucuyu iddia makamı karşısında usule ilişkin imkânlardan yararlanma noktasında önemli ölçüde dezavantajlı konuma düşürmüştür. Başvurucunun iddialarını kendi imkânlarıyla ispat etmesi olanaklı değildir. Bu koşullarda Mahkemece izlenen yöntemin çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin gereklerine uygun olmadığı ve başvurucunun menfaatlerini koruyan güvenceler içermediği açıktır. Bu durum, yargılamanın bir bütün hâlinde adil olmaktan çıkmasına neden olmuştur*"[82]. Karara konu başvuruda, taraflar arasında özel bir şekilde şifrelenen ankesörlü telefon görüşmeleri dışında e posta yazışmaları, telefon ve e posta adreslerinin yazılı olduğu ilaç kupürü vs. deliller bulunduğundan, ankesörlü telefon arama kayıtları tek ve/veya belirleyici delil niteliği taşımamaktadır.

*Abdurrahman Yemiş* başvurusunda[83], suçlamaya esas olgunun, FETÖ/PDY imamlarının mahrem hizmetler sınıfındaki kişilerle -özellikle askerlerle- olan iletişimlerini ankesörlü veya kontörlü telefonlar üzerinden arama veya çağrı bırakma şeklinde sürdürdükleri ve bu kapsamda başvurucunun da bir kez aranmış olduğuna dair tespitin olduğu, itirafçı (şüpheli veya sanık) beyanları doğrultusunda soruşturma makamlarının bu tür çağrı bırakma şeklindeki aramaların görüşme gün ve saatini belirleme veya teyit etme amacıyla yapıldığını değerlendirdikleri, Yargıtay'ın da[84] -belirli koşullar altında- FETÖ/PDY imamlarının, mahrem hizmetler sınıfındaki kişilerle ankesörlü veya sabit telefon hatları üzerinden iletişim kurduğuna yönelik yapılan tespitinin bulunduğu belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme, ankesörlü telefondan yapılan aramaya ilişkin tespitin "tanık beyanı ile birlikte değerlendirildiğinde" kuvvetli suç belirtisi olarak kabul edileceğine karar vermiştir. Bu başvuruya konu

---

82 AYM, *Ruhşen Mahmutoğlu*, B. No: 2015/22, 15/1/2020, § 67.

83 AYM, *Abdurrahman Yemiş*, B. No: 2017/29347, 28/11/2019, § 48.

84 "... Yukarıda açıklanan özellikler doğrultusunda, *bir asker şahsın; örgütün gizlilik ve deşifre olmamak kuralına riayetle, örgütün talimatı ile ve örgütsel irtibatı sağlamak maksadıyla kamuya açık ve birbirinden bağımsız market, büfe, kırtasiye, lokanta vb. gibi sair işletmelerde kurulu bulunan, ücret karşılığı kullanılan sabit hat veya ankesörlü hatlar ile mahrem imam tarafından arandığı, her türlü şüpheden uzak, kesin kanaata ulaştıracak somut olgu ve teknik verilerle tespit edilmesi ve yargılama yapan mahkemenin de tam bir vicdani kanaate ulaşması halinde, kişinin örgütle bağlantısını gösteren hukuka uygun delil olacağında kuşku yoktur"* Y 16. CD, E. 2018/5526, K. 2019/6842, 13.11.2019, www.yargitay.gov.tr, E.T. 15.06.2023.

olayda başvurucu ile birlikte örgütün sohbet toplantısına gittiğini beyan eden bir tanık[85] bulunmaktadır. Bu sebeple başvuru konusu olayda ankesörlü telefona ilişkin arama kayıtları tek delil mahiyetinde değildir.

*Sezen Özlem* başvurusunda[86], başvurucu albay rütbesinde asker olup, başvurucunun telefonunun büfe, iddia bayisi ve market gibi yerlerden 2013 yılı içinde birçok (on yedi) kez arandığı, ayrıca 16/10/2013 tarihinde başvurucunun bir büfeden aranmasından hemen sonra aynı yerden S.B. isimli bir askerî öğrencinin ardışık olarak arandığı, 20/10/2013 tarihinde başvurucunun aynı büfeden aranmasından hemen sonra bu kez M.Ç. isimli askerî personelin ardışık olarak arandığı tespit edilmiştir. Yüksek Mahkeme, Abdurrahman Yemiş başvurusundaki tespitlerine atıf yaparak sivil imam oldukları değerlendirilen kişilerle sabit telefondan yapılan aramalara ilişkin tespitin, somut olayın koşullarına göre başvurucu hakkında suçun işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesinin temelsiz ve keyfî olduğunun söylenemeyeceğine karar vermiştir. Başvuru konusu olay incelendiğinde, ankesörlü telefona ilişkin arama kayıtlarına ek olarak, başvurucunun telefonunda ByLock uygulamasına ilişkin kalıntıların ve başvurucunun örgüt üyesi olduğuna dair bir tanık beyanının olduğu, sicil notuna ve banka hesaplarına ilişkin tespitlerin bulunduğu (ankesörlü arama kayıtlarının tek delil olmadığı) anlaşılmaktadır.

*Savaş Keleş* başvurusunda[87] ise Abdurrahman Yemiş başvurusundaki tespitlere atıf yapılarak başvurucunun ankesörlü telefonlardan arandığına dair kayıtlar ile başvurucunun cep telefonunun incelenmesi neticesinde ele geçirilen dijital materyaller dikkate alınarak, mezkûr deliller iddia olunan suçun işlendiğine dair "kuvvetli belirti" olarak kabul edilmiştir. Bu başvuru bakımından da ankesörlü aramaya ilişkin kayıtlara ek olarak dijital materyallerin incelenmesinden elde edilen görüntü kayıtları ve yazışmaların bulunduğu, arama kayıtlarının tek delil olmadığı (ancak belirleyici delil olduğu) görülmektedir.

---

85 Anayasa Mahkemesi, *Selçuk Özdemir* başvurusunda FETÖ/PDY üyesi olmakla suçlanan bazı şüphelilerin ifadelerinde, başvurucunun FETÖ/PDY ile irtibatının bulunduğuna ve bu yapılanmaya mensup olduğuna yönelik anlatımlarını başvurucu yönünden suç şüphesini doğrulayan kuvvetli bir belirti olarak kabul etmiştir. AYM, *Selçuk Özdemir*, [GK], B. No: 2016/49158, 26/7/2017, § 75; benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. AYM, *Metin Evecen*, § 58; *Mustafa Mendeş*, B. No: 2018/1349, 30/10/2018, § 51.

86 AYM, *Sezen Özlem*, B. No: 2017/32437, 24/6/2020, § 43.

87 AYM, *Savaş Keleş*, B. No: 2017/36190, 27/2/2020, § 48-49.

*M.Ö.* başvurusunda[88], başvurucunun "*operasyonel hat*"[89] ile ve süreklilik arz edecek şekilde sivil mahrem imam ile irtibatının[90] bulunması ve başvurucunun örgüt üyesi olduğu yönündeki iki tanık beyanının mevcut olması nedeniyle, operasyonel hat kullanıldığı ve bu hattan elde edilen baz kayıtları (baz inceleme tespitleri) ile sivil mahrem imam ile irtibat kurulduğuna dair tespitler bir bütün olarak değerlendirilmiş ve bu tespitler iddia olunan suç bakımından "*kuvvetli suç belirtisi*" olarak kabul edilmiştir. Esasında, karara konu olayda teknik anlamda iletişimin tespiti veya başarılı ya da başarısız bir iletişim kaydı mevcut değildir.

*Fatih Çavdarcı* başvurusunda[91], soruşturma makamlarınca başvurucunun kendi adına kayıtlı hat ile *operasyonel hattın (patates hat)* ortak baz istasyonundan sinyal verdiğini ve örgütün hava kuvvetleri astsubay mahrem yapılanmasında yer aldığı iddia edilen asker ve sivil kişilerin GSM hatlarıyla irtibatlı olduğunu gösteren HTS kayıtları ve baz inceleme tespitlerinin, tanık beyanlarıyla birlikte somut olayın koşullarında *tutuklamanın hukukiliği bağlamında* FETÖ/PDY ile bağlantılı bir suçun işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesinin temelsiz ve keyfî olduğunun söylenemeyeceğini kabul edilmiştir. Başvuruya konu olay bakımından, operasyonel hattan aranmaya ilişkin tespit, operasyonel hat ile ortak baz kaydı ve tanık beyanı bulunmaktadır (Başvurucu bakımından, ankesörlü veya sabit telefondan arama iddiası söz konusu değildir).

---

88 AYM, *M.Ö.*, B. No: 2019/38132, 18/11/2020, § 29, 45.

89 Başkalarının kimlik bilgileri kullanılarak rızaları olmaksızın alınan ve *"patates hat"* olarak tabir edilen telefon hatların örgütsel haberleşmede -hattı kullanan kişinin kimliğinin bu yolla gizlenmesi- nedeniyle bu hatlar "*operasyonel hat*" olarak tanımlanmaktadır.

90 Başvuruya konu olayda, iletişimin tespiti değil, başvurucunun kullandığı operasyonel hat ile sivil mahrem imamın telefon hattının birden fazla ilde "*baz çakışması*"ndaki (ortak uyumlu baz sinyalindeki) yoğunluk, başvurucu ile sivil mahrem imam arasındaki irtibatın dayanağı olarak öne sürülmüştür. Dolayısıyla bu başvuruda teknik anlamda, başarılı veya başarısız bir iletişimi gösteren tespiti söz konusu değildir. İki kişinin kullandığı telefonların "baz" üzerinde bıraktıkları izler değerlendirilerek, iki kişinin aynı yerde olup olmadığına dair tespit mevcuttur. Her ne kadar kararda "*operasyonel hatlar vasıtasıyla kurulan irtibat*"tan söz edilse de başvuruya konu olayda (karardan anlaşılabildiği kadarıyla) başarılı veya başarısız bir arama bulunmamaktadır. Esasında CMK m. 135 kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, iki telefon kullanıcısının HTS kayıtları ve baz sorgu sonuçlarının karşılaştırılması (baz inceleme tespiti olarak nitelendirilen işlemin yapılması), maddenin birinci fıkrasında düzenlenen "*sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi*" işlemidir. Zira HTS ve baz kayıtları karşılıklı olarak karşılaştırılıp, takip edildiğinde telefon hattının sistem üzerinde bıraktığı izler takip edilmekte diğer bir deyişle sinyal bilgileri değerlendirilmektedir.

91 AYM, *Fatih Çavdarcı*, B. No: 2020/7374, 28/12/2021, § 48.

Anayasa Mahkemesi'nin, ankesörlü telefon arama kayıtlarına ilişkin en son kararı, çalışmamızın da temelini oluşturan Murat Albayrak başvurusuna ilişkin Genel Kurul kararıdır[92].

*Murat Albayrak* başvurusuna konu olayda başvurucu "*telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespitine ilişkin kayıtların hukuka aykırı şekilde elde edilmesi ve mahkûmiyet kararında tek veya belirleyici delil olarak bu verilere dayanılması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği*"ni öne sürmüştür.

Başvurucu hakkında yürütülen soruşturma kapsamında "*Kolluk görevlilerinin BTK'dan gönderilen HTS kayıtlarını incelemeleri sonucunda düzenledikleri 27/3/2018 tarihli HTS Ön İnceleme ve Araştırma Tutanağı'nda, askerî personel olan ve aralarında başvurucunun da bulunduğu 137 kişinin kullanımındaki GSM hatları ile söz konusu ankesörlü hatlar aracılığıyla iletişim kurulduğu*", kısa süreli, cevapsız aramaların bulunduğu, numara tamamlama, çapraz yer değiştirme, tekil arama, ardışık arama tespitlerinin[93] bulunduğu belirtilmiştir[94].

---

[92] AYM, *Murat Albayrak* [GK], B. No: 2020/16168, 8/3/2023. Karar 23 Mayıs 2023 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

[93] Bu konudaki yargı kararlarında (etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanan şüpheli veya sanık ya da ihbarcıların anlatımlarından da hareketle ve aramalara ilişkin HTS kayıtları incelenerek), ankesörlü veya sabit hatlardan yapılan aramalarda, aramayı yapan mahrem imamın örgütsel mahiyetteki aramanın gizliliğini sağlayabilmek (kendisinden sonra telefonu kullanan kişinin tekrar (redial) arama yaparak aradığı numarayı öğrenmesini engelleyebilmek veya iletişim kayıtlarından aradığı numaranın bulunmasını engelleyebilmek) amacıyla, bazı tedbirlere başvurduğu tespit olunmuştur. Bu kapsamda:

"*1- On (10) Rakamına Tamamlama; Öğrencilerin telefon numaralarını telefona kaydetmek yasak olduğu için normal bir esnafın kartvizitinin arkasına veya herhangi bir kâğıda telefon numaralarının son dört rakamının her biri 10'a tamamlanarak kaydedilir. Yani kayıtlı telefon numarasının son dört rakamının her birini 10 sayısından çıkararak ortaya çıkan rakam yazılır. 10'a tamamlama sistemine örnek vermek gerekirse telefon numarasının son dört rakamı 46 05 ise not kâğıdına yazılan numaranın son dört rakamı 64 05 olur. Bir başka örnekte ise telefon numarasının son dört rakamı 43 17 ise kartvizite yazılan numaranın son dört rakamı 67 93 olur.*

*2- Sondan İkili Rakam Bloklarını Çapraz Yer Değiştirme; Telefon numarasının sondan rakam bloklarının yerlerinin çapraz olarak değiştirilmesi yöntemidir. Örneğin, 0 xxx 345 62 44 numaralı telefon kaydedilirken 0 xxx 345 44 62 olarak kaydedilir.*

*3- Rakam Bloklarını Ters Yazma; Telefon numarasının operatöre ait ilk 3 rakamları sabit kalmak şartıyla geri kalan rakamları ise rakam bloklarının kendi arasında ters yazılarak kaydedilmesidir. Örneğin, 0 xxx 345 62 41 numaralı telefon kaydedilirken 0 xxx 543 26 14 olarak kaydedilir.*

*4- Sondan 4 üncü Rakamı Dört (4) Arttırma; Telefon numarasının sondan dördüncü rakamına dört eklenerek kaydedilmesidir. Örneğin, 0 xxx xxx 62 44 numaralı telefon kaydedilirken 0 xxx xxx 02 44 olarak kaydedilir.*

*5- Sondan 2 nci ve 4 üncü Rakamı Yer Değiştirme; Telefon numarasının sondan ikinci ve dördüncü rakamlarının yerlerinin değiştirilerek kaydedilmesidir. Örneğin, 0 xxx xxx 62 44 numaralı telefon kaydedilirken 0 xxx xxx 42 64 olarak kaydedilir.*

*6- Telefon Numarasını Oluşturan Rakamlara Bir Ekleme Bir Çıkarma; Telefon numarasını oluşturan rakamlara soldan başlayarak sırasıyla bir ekleme bir çıkarma yapılarak kaydedilmesidir. Örneğin, 0 xxx 444 62 44 numaralı telefon kaydedilirken 0 xxx 535 53 35 olarak kaydedilir.*

*7- Telefon Numarasını Oluşturan Rakamları Kredi Kartı Numarasına Benzetme; Telefon numarasını oluşturan rakamlarının başına, sonuna rakamlar ekleyerek veya 16 haneli kredi kartı numarası şeklinde kaydedilmesidir. Örneğin, 0 xxx 444 62 44 telefon numarası 5410 xxx4 4462 4454 olarak kaydedilir.*

*8- Telefon Numarasını Oluşturan Rakamları Servis Sağlayıcı Operatör Kodunun İl Alan Koduna Değiştirme; Operatör kodunun herhangi veya faaliyet gösterdiği il kodu şeklinde kaydedilmesidir. Örneğin, 0 505 xxx xx xx numaralı telefon kaydedilirken 0 312 xxx xx xx olarak kaydedilir.*

*9-99'a Tamamlama; Aranacak telefon numaraları doğrudan olarak değil son iki hanesini 99'a tamamlama yöntemiyle aranmasıdır. Örneğin 5XX 123 45 67 numarasının 5XX 123 45 32 şeklinde yazılması.*

*- 100'e Tamamlama; Aranacak telefon numaraları doğrudan olarak değil son iki hanesini 100'e tamamlama yöntemiyle aranmasıdır. Örneğin 5XX 123 45 67 numarasının 5XX 123 45 33 şeklinde yazılması.*

*10- Çaprazlama metodu; Aranacak telefon numaraları doğrudan olarak değil son dört hanesinin ikili gruplar halinde kendi içinde çaprazlama yöntemiyle aranmasıdır. Örneğin 5XX 123 45 67 numarasının 5XX 123 76 54 şeklinde yazılması".* AYM, *Murat Albayrak* [GK], B. No: 2020/16168, 8/3/2023, § 26.

[94] Yargıtay'ın silahlı terör örgütüne üye olma suçuna ilişkin uygulamasında *ardışık arama*; birden fazla örgüt üyesinin yakın zaman diliminde birbirini takip eden/peşi sıra aranması; *periyodik arama*, farklı tarih ve zaman diliminde belirli gün aralığı dahilinde arama; *tekil arama*, bir ankesörlü telefondan veya sabit hattan bir kişinin aranması olarak kabul edilmektedir. Y 16. CD, E. 2018/4735, K. 2019/7776, 05.12.2019; Y 16. CD, E. 2020/2898, K. 2020/4573, 30.09.20202; Y 3. CD, E. 2021/20225, K. 2021/9730, 25.10.2021; Y 3. CD, E. 2021/8455, K. 2021/11330, 27.12.2021, www.yargitay.gov.tr, E.T. 15.06.2023. Yargıtay'ın uygulamasında, ankesörlü veya sabit telefon hatlarından yapılan aramanın delil olarak kabul edilebilmesi için "*Emniyet kayıtlarının yanı sıra BTK'dan alınan baz istasyonunu gösterir HTS kayıtlarının "0" saniyeli çağrılar da dahil olmak üzere getirtilmesi,*

*- Şüpheli/sanığın görev yaptığı diğer şehirlerde ardışık aramalarının olup olmadığı araştırılarak sabit hat ve ankesörlü telefon kullandığına ilişkin analiz raporunun da istenmesi,*

*- Şüpheli/sanıkla ilgili sabit hat veya ardışık aramaya ilişkin varsa itirafçı beyanlarının dosyaya getirilmesi, gerektiği takdirde tanık sıfatıyla dinlenilmeleri,*

*- Ardışık aramalar kapsamında diğer şahıslar hakkında bir soruşturma veya dava olup olmadığı araştırılıp varsa ifade örneklerinin dosyaya ibrazı sağlanarak değerlendirilmesi suretiyle maddi gerçeğin ortaya konulması*" gerektiği (YCGK, E. 2020/61, K. 2021/546, 11.11.2021, www.yargitay.gov.tr); "*gerçekleştirilen arama sayısı, aramaların ardışık ya da periyodik olup olmadığı, aramaların gerçekleştirildiği saatler, konuşma süreleri, sanıkların farklı ankesörlü telefonlardan aranıp aranmadığı, ardışık aramaya dahil olan şahısların aynı kuvvete*

Anayasa Mahkemesi *Murat Albayrak* başvurusunda, ankesörlü hatlardan veya sabit telefonlardan yapılan haberleşmeye ilişkin kayıtları iki temel yönden ele almıştır. İlk olarak kayıtların niteliği ve kayıtlara erişim yetkisi, ikinci olarak da kayıtların ispat işlevi.

*Kayıtların niteliği ve kayıtlara erişim yetkisine ilişkin olarak;* iletişimin tespitinin CMK m. 135/6'da düzenlendiği, ceza muhakemesinin evreleri yönünden ele alındığında, henüz ortada şüpheli sıfatını taşıyan bir kişinin mevcut olmadığı hallerde "*suç failini tespit etmek amacıyla*" CMK m. 160'ın verdiği yetkiye istinaden ankesörlü telefon ve sabit hat görüşmelerine ilişkin kayıtların toplanabileceği ve bu kayıtlardan yararlanılarak "*soruşturma konusu suçla ilgisi bulunmadığı belirlenen kişiler elendikten sonra yapılan analizler doğrultusunda suçun şüphelisi olabilecek kişilere ulaşılmasının*" hukuka uygun olduğu kanaatine ulaşılmıştır[95]. Bu şekilde suçla ilgisi bulunmayan kişiler ayıklanarak elde edilen bilgilere, başvurucunun -silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri doğrultusunda- verilerin gerçekliğine ve doğruluğuna itiraz etme ve bu verilerin kullanılmasına karşı çıkma imkanının bulunduğu vurgulanmış ve hakim kararı doğrultusunda ankesörlü/kontörlü sabit hatlarla yapılan iletişime ilişkin kayıtların ilgili kurumdan getirtilmesi ve bu kayıtlar üzerinde şüpheli olabilecek kişilerin tespiti amacıyla inceleme (teknik analiz) yapılması, bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik olarak nitelendirilmemiştir[96].

*Kayıtların ispat işlevine ilişkin olarak* ise ilgili hakkındaki ilk derece mahkemesi kararında "*başvurucunun Batman'da askerî personel olarak görevli olduğu sırada aynı ildeki ankesörlü/kontörlü sabit hatlar kullanılarak aynı örgütsel yapılanmaya dâhil olduğu değerlendirilen diğer askerî personelle şifreli yöntemlerle ve ardışık olarak arandığı, tanık H.S.nin ve özellikle HTS kayıtları doğrultusunda haklarında ayrı soruşturma yürütülen diğer askerî personelin beyanları ile başvurucunun GSM hattına yapılan*

*mensup ve aynı rütbede olup olmadıkları, aramaları gizlemek için herhangi bir şifreleme yönteminin kullanılıp kullanılmadığı*" hususlarını gösterir bir analiz inceleme ve tespit raporunun düzenlettirilmesi zorunlu kabul edilmektedir (Y 3. CD, E. 2021/3335, K. 2021/9968, 09.11.2021, www.yargitay.gov.tr). Yine Yargıtay'ın istikrarlı uygulamasında, ankesör/sabit hat aramalarının örgütsel arama olarak kabul edilebilmesi için, ankesör aramaları bakımından makul bir nedenin (örgütsel haberleşme dışında başkaca bir makul nedenin) bulunmaması gerekir (Y 3. CD, E. 2021/11522, K. 2021/11419, 28.12.2021; Y 3. CD, E. 2021/11085, K. 2021/11416, 28.12.2021, www.yargitay.gov.tr).

95 AYM, *Murat Albayrak* [GK], B. No: 2020/16168, 8/3/2023, Par. 105-106.

96 AYM, *Murat Albayrak* [GK], par. 107.

*aramaların yöntemi itibarıyla başvurucunun örgütün askerî mahrem yapılanmasında yer aldığı"* yönünde kabulün bulunduğu[97] mahkumiyetin "belirleyici delilinin" "*açık kimlik bilgileri tespit edilememekle birlikte HTS Verileri İnceleme ve Değerlendirme Tutanağı'nda yer verilen tespitler ve haklarında aynı yapılanma içinde yer aldıkları iddiasıyla soruşturma yürütülen diğer kişilerin beyanları doğrultusunda örgütün askerî mahrem yapılanmasında sorumlu imam olduğu değerlendirilen kişi tarafından ankesörlü/kontörlü sabit hatlarla başvurucunun -ikisi şifreleme yöntemi kullanılmak suretiyle- ardışık ve tekil olarak aranarak kendisiyle iletişim kurulması*" olduğu[98] vurgulanmıştır.

Yüksek Mahkeme, başvurucunun telefon hattına ilişkin iletişimin tespiti sonucunda elde edilen verilerin (gerekli araştırma, inceleme ve değerlendirme sonucunda anlamlandırılarak) delil olarak kullanılmasının adil yargılanma (hakkaniyete uygun yargılanma) hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre "*sabit hatlara dair HTS verilerinde kaydı olan kullanıcıların kim olduğunun, iletişimin tarihinin, hangi tarihler arasında kimlerle kaç kez iletişim kurulduğunun ve sonucuna göre iletişim kurulan kişilerin ardışık, periyodik ya da tekil olarak aranıp aranmadıklarının kolluk makamlarınca analiz edilmesi suretiyle kişilerin örgütün mahrem yapılanmasıyla irtibatının tespiti mümkün olabilmektedir*"[99]. Bu yolla "*delilden kişiye (sanığa)*" ulaşıldığını kabul eden Mahkeme, FETÖ/PDY soruşturma ve kovuşturmalarında arama kayıtlarına yönelik olarak kategorik bir "kabul" yaklaşımının olmadığını, Yargıtay kararlarında bu kayıtların elde edilmesine ve delil niteliğine ilişkin pek çok kriter belirlendiğini ve bu kriterlerin mevcut olmadığı dosyalarda bozma kararı verildiğini nazara almıştır[100].

Anayasa Mahkemesi bir bulgunun delil niteliğine ve bir suçun ne zaman sübut bulmuş sayılacağına dair karar verme yetkisinin temelde yargılamayı yürüten mahkemelere ait olduğuna dair içtihadına atıf yaparak, bu hususlar-

---

97 AYM, *Murat Albayrak* [GK], par. 110.

98 AYM, *Murat Albayrak* [GK], par. 111.

99 AYM, *Murat Albayrak* [GK], par. 130.

100 Yargıtay'ın "*... iletişim yöntemi uyarınca FETÖ/PDY'nin mahrem yapılanmasına dâhil olup olmadıklarının belirlenmesi açısından HTS kayıtlarına dair bilirkişi raporu alınması, gerekli görülmesi durumunda da kendileriyle iletişim kurulanların birlikte arandıkları tespit edilen diğer kişilere ait dosyaların akıbetinin araştırılması, bu kişilerin tanık sıfatıyla dinlenilmesi gerektiğine"*dair bozma kararları bulunmaktadır. Bazıları için bkz. Y 16. CD, E. 2020/2668, K. 2020/5383, 4/11/2020; Y 3. CD, E. 2022/22829, K. 2022/3553, 15/6/2022; Y 3. CD, E. 2022/217, K. 2022/4367, 14/9/2022. Kararlar için bkz. www.yargitay.gov.tr, E.T. 15.06.2023.

da sanıkla ve delillerle doğrudan doğruya temasta olan derece mahkemelerinin Anayasa Mahkemesi'ne kıyasen daha elverişli konumda bulunduğunu vurgulamıştır[101].

Yüksek Mahkeme, başvurucu hakkında düzenlenen HTS Değerlendirme Tutanağı'nın (tutanakta yer verilen 46 kez tekil aranma tespitinin ve başvurucu dışındaki bir kısım askeri personelin ardışık ve şifreli yöntemlerle arandığına dair tespitin) belirleyici delil olarak kabul edilmesi bakımından, Yargıtay kararlarında yer verilen ölçütlerin dikkate alındığını ve bu tutanaktaki tespitlerin başvurucu hakkında beyanda bulunan tanık (H.S.) beyanlarının da tutanaktaki tespitleri doğruladığını dikkate alarak "*Kullanım şekli ve teknik özellikleri itibarıyla FETÖ/PDY'nin mahrem yapılanması mensuplarınca -örgütsel iletişimde gizliliği sağlama amacıyla- kullanılan bu iletişim ağına başvurucunun dâhil olmasının terör örgütüne üye olma suçu açısından mahkûmiyete dayanak alınması, adil yargılanma hakkı kapsamındaki usul güvencelerini tamamen etkisiz hâle getiren ve açıkça keyfî bir uygulama olarak değerlendirileme[yeceği]*" kanaatine ulaşmıştır[102]. Mahkeme'ye göre HTS kayıtlarının tek veya belirleyici delil olarak kullanılması yargılamanın hakkaniyetini temelden sarsmadığı gibi adil yargılanma hakkına ilişkin güvenceleri de anlamsız kılmamıştır[103].

Anayasa Mahkemesi, söz konusu gerekçelerle ankesörlü hatlar marifetiyle yapılan haberleşmeye ilişkin tespit kayıtlarının -içeriği bilinmese dahi- "*belirleyici delil*" olarak kabul edilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır. Karara konu olay incelendiğinde, iletişimin tespitine dair kayıtları doğrulayan (doğrudan başvurucu hakkında beyanda bulunan) tanığın mevcut olduğu ve bu sebeple de iletişimin tespiti tutanağının "tek" delil olmadığı anlaşılmaktadır.

---

[101] AYM, *Murat Albayrak*, Par. 135, 138.

[102] AYM, *Murat Albayrak* [GK], par. 137.

[103] AYM, *Murat Albayrak* [GK], par. 138, 143. Anayasa Mahkemesi, arama kayıtlarında yer alan ve başvurucu tarafından bu kayıtların sağlam ve güvenilir olmadığına dayanak olarak gösterilen arama sürelerine ilişkin bir kısım tespitler bakımından: "*HTS kayıtlarının karşılıklı analizi sonucunda ankesörlü/kontörlü sabit hatlardan yapılan aramaların gerçekliği kolluk makamlarınca net olarak tespit edildiğinden -iletişimin kurulma şeklinden ve operatörlerin kayıt tutma tekniğinden kaynaklanan nedenlerle- anılan kayıtlarda arama sürelerine dair başvurucunun itirazına konu esaslı olmayan sayısal verilerin yer almasının yukarıda varılan sonucun aksi yönde bir karar verilmesine etkisi bulunmamaktadır*" gerekçesine yer vermiştir. AYM, *Murat Albayrak* [GK], par. 144.

## V. DEĞERLENDİRME

Sabit veya ankesörlü telefonlar marifetiyle gerçekleştirilen haberleşmeye ilişkin kayıtlara erişim ve bu kayıtların ispat işlevi bakımından, arama kayıtları dışında başkaca delil bulunup bulunmadığına ve aramaların mahiyetine göre bir değerlendirme yapmak gerekmektedir[104].

*İlk olarak;* arama kayıtlarının tek delil olup olmadığı açısından bir değerlendirmeye ihtiyaç bulunmaktadır. Arama kayıtlarının diğer delillerle birlikte olduğu olaylar bakımından bu kayıtların diğer delilleri destekleyici veya tamamlayıcı mahiyette ispat aracı olarak kullanılabilmesi mümkündür: Örneğin; ispatı zorunlu maddi vakıa bakımından, tanık beyanının ve belge delilinin mevcut olduğu hallerde, tanık beyanının doğrulanması veya güvenilirliğinin test edilmesi yahut tanık beyanı sonrasında oluşa ilişkin boşlukların doldurulması bakımından arama kayıtlarının kullanılabilmesi mümkündür. Bu türden durumlarda arama kayıtları, dolaylı ve ikincil bir ispat aracı olarak kullanılabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki; yukarıda yer verilen ve AYM önünde bireysel başvuruya konu edilen olayların neredeyse tamamından, arama kayıtları tanık beyanlarına (etkin pişmanlık hükümlerden yararlanan veya yararlanmayan kişilerin beyanlarına) ek olarak bu beyanları *doğrulama aracı* olarak kullanılmıştır.

Yukarıda yer verildiği üzere, bir kimse hakkında henüz soruşturma başlatılmadan önce ve bir kısım tanık veya etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanan şüphelilerin beyanlarından hareketle "*potansiyel şüphelilerin*" belirlenebilmesi için bu kayıtların otomatik veri taramasına tabi tutulması ve elde edilen sonuca göre belli bir kişi bakımından "suç işlediğini düşündüren emarelerin" (basit başlangıç şüphesinin) tespit edilmesi halinde de o kişi hakkında soruşturma başlatılabilmesi mümkündür. Ancak bir ceza soruşturması başlatılmaksızın, arama kaydından hareketle kişilerin iletişimin tespitinin yapılması açıkça hukuka aykırı olur ve elde edilen bulgular da delil olarak kullanılamaz.

Bir kimse hakkında ceza soruşturması başlatıldıktan sonra CMK m. 135/6 kapsamında iletişimin tespit edilmesi ve soruşturma başlatılmasına dayanak teşkil eden sabit veya ankesörlü telefon kayıtları ile karşılaştırma yapılması

[104] Arama kayıtlarının tek veya belirleyici bulgu olduğu durumlarda, sabit veya ankesör arama kayıtları ile şüphelinin/sanığın kullandığı numaranın HTS kayıtlarının eşleştirilmesi ve bu aramaların yapıldığı hususunda gerektiğinde bilirkişi marifetiyle kesin bir tespit yapılmalıdır. Sabit veya ankesörlü arama kayıtlarının sağlamlığı ve güvenilirliği ortaya konulmaksızın, bu kayıtların tek veya belirleyici bulgu olarak kabulü mümkün değildir.

bakımından ise tespitin (aramanın) tek veya belirleyici delil olması halinde, tespitin mahiyetine göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir[105].

*Tekil aramalar* bakımından; bir kimsenin, bir sabit veya ankesörlü telefondan aranmış olması tek başına ispat kuvvetine sahip bir dijital emare olmayıp çoğu kez bu emare bir kişi hakkında "*suç işlediğini düşündüren bir bulgu*" olarak dahi kabul edilemez ve soruşturma başlatılmasını haklı ve hukuka uygun kılmaz[106]. Bu tür bir emareye dayalı olarak, PVSK m. 15 kapsamında "bilgi alma" işlemi yapılabilir.

Tekil aramalar bakımından, aramayı yapan kişinin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanan bir şüpheli veya suça iştirak eden kişi (örgüt üyesi veya mahrem imam) olması (veya aramanın yapıldığı sabit veya ankesörlü telefonun bu maksatla kullanıldığının tespit edilmesi) ya da aramanın belli bir suçla ilgili olarak yapıldığının belirtilmesi halinde aramaya ilişkin kayıt, aranan kişi hakkında ceza soruşturmasını başlatılmasını haklı kılan "kuvvetli bir emare" olarak kabul edilebilir[107]. Zaten bu halde arama kaydı (tespit), "tek" olmasa da "belirleyici" nitelik taşımaktadır. Bununla birlikte, aranan kişi hakkında başlatılan soruşturma kapsamında, soruşturma konusu suçun unsurlarının oluştuğu hususunda başkaca bir delil elde edilememişse veya aramanın mahiyeti (suçla ilgili olup olmadığı) ya da arayan kişinin örgüt üyesi veya mahrem imamı olduğu kesin olarak ispat olunmamışsa sadece tekil arama kayıtları esas alınarak eylem sübut bulmuş kabul edilemez. Zira bu durumda tekil arama kayıtları "kuvvetli emare" mahiyetini aşan bir ispat

---

[105] "*Şüphelinin/sanığın Askeri mahrem hizmetler yapılanmasında yer alıp sabit hat ve/veya ankesörlü telefonlar üzerinden hücresel haberleşme ağına dahil olup olmadıklarının belirlenmesi ile soruşturma ve yargılama aşamasında sanığın hukuki durumunun ve konumunun kuşkuya yer bırakmayacak şekilde tespiti bakımından; suçun ispatı açısından belirleyici nitelikte olması nedeniyle bu delilin elde edilişi, niteliği, kullanımı, hukukiliği konusunda yukarıda yapılan tüm açıklamalar ışığında, taraflar huzurunda tartışılması, savunma argümanlarının değerlendirilmesi gerekmektedir."* Y 16. CD, E. 2019/5661, K. 2021/2150, 16.03.2021, www.yargitay.gov.tr, E.T. 18.06.2023.

[106] "*Sanıklar ... ve ...'ın, örgüt üyesi olduğu kabul edilen... ile telefon irtibatının bulunması bu sanıkların örgüt üyesi olduğunu gösterir delil niteliğinde olmadığı*", Y 16. CD, E. 2019/4380, K. 2019/8343, 05.12.2019, www.yargitay.gov.tr, E.T. 18.06.2023.

[107] "*Asker bir şahsın; örgütün gizlilik ve deşifre olmamak kuralına riayetle, örgütün talimatı ile ve örgütsel irtibatı sağlamak maksadıyla kamuya açık ve birbirinden bağımsız market, büfe, kırtasiye, lokanta vb. gibi sair işletmelerde kurulu bulunan, ücret karşılığı kullanılan sabit hat veya ankesörlü hatlar ile mahrem imam tarafından arandığı, "her türlü şüpheden uzak, kesin kanaata ulaştıracak somut olgu ve teknik verilerle tespit edilmesi ve yargılama yapan mahkemenin de tam bir vicdani kanaate ulaşması halinde, kişinin örgütle bağlantısını gösteren hukuka uygun delil olacağı", hususunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır.*" Y 3. CD, E. 2021/1667, K. 2021/9369, 07.10.2021, www.yargitay.gov.tr, E.T. 18.06.2023.

gücüne sahip değildir. Bu sebeple, aranan kişi bakımından koruma tedbirlerine başvurmak bakımından "görünüşte haklılık" koşulu gerçekleşmiş olsa da fiilin sübut bulduğu kabul edilemez.

*Ardışık, periyodik aramalar bakımından;* arayan kişi belirlenmiş ve bu kişi aramaların mahiyeti hakkında beyanda bulunmuş ise arayan kişinin belli olması (örgüt üyesi veya mahrem imam olması) ve aramanın mahiyetine ilişkin olarak doğrudan beyanda bulunulması halinde, ardışık ve periyodik arama tespitleri, tanık beyanını doğrulayıcı ve destekleyici delil olarak kabul edilebilecektir[108]. Ancak tanığın, belli bir aramaya ilişkin beyanda bulunmayıp, genel olarak aramanın yapıldığı sabit veya ankesörlü telefona ilişkin bir anlatımda bulunması (belli bir sabit veya ankesörlü telefonun örgütsel amaçlarla kullanıldığını beyan etmesi) halinde ise ardışık veya periyodik aramanın örgütsel amaçlarla gerçekleştirildiğinin kesin olarak ortaya konulması gerekir. Bu noktada Yargıtay uygulamasında kabul edilen, aramanın yapıldığı şehir, aranılan kişinin yaşadığı şehir, ardışık aranan kişilerin rütbeleri, görev yaptıkları birimler, aramanın yapıldığı gün ve saat, arama sayısı ve süresi ile aranan kişinin görev yaptığı diğer şehirlerde aranıp aranmadığı vs. ölçütlerinden hareketle bir değerlendirme yapılması[109] ve aranan kişi hakkında itirafçı beyanı varsa itirafçının da tanık olarak dinlenmesi gerekmektedir[110]. Yine aranan kişinin ardışık veya periyodik aramalar bakımından aramanın mahiyetine ilişkin olarak hayatın olağana akışına uygun bir sa-

---

[108] Nitekim Yargıtay'a göre de "*... sanığın içinde yer aldığı diğer yüksek yargı mensupları ile birlikte ankesörlü/ücretli telefonlarla irtibatının bulunup bulunmadığı, bu telefonlardan aranıp aranmadığı, sanık ve diğer yargı mensuplarının aynı gün ardışık, farklı günlerdeki periyodik aramalarının tespiti noktasında Ankara 3. Sulh Ceza Mahkemesinin 29.01.2018 tarihli ve 895 sayılı kararına istinaden alınan bilirkişi raporunda: sanığın 09.06.2012 ile 11.11.2017 tarihleri arasında HTS listeleri alınan 7 ayrı şüpheli ankesör/sabit ücretli numara ile 18 ayrı irtibat kurduğu, ardışık olarak M. K. ve H. D'in arandığı bildirilmiş ise de, sorgulanan tarih aralığındaki arama sayısı ve sıklığı dikkate alındığında ardışık veya periyodik olarak aranmanın; sanığın, örgütün uyguladığı iletişimin gizliliğine ilişkin tedbir ve haberleşme yöntemi hakkında bilgi sahibi olduğunun ve örgütsel toplantılara katıldığının göstergesi olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmelidir. Kaldı ki bu husus Özel Dairece de mahkumiyet hükmünün tesisinde hiç dikkate alınmamıştır*" YCGK, E. 2019/9. MD-286, K. 2020/52, 04.02.2020, www.yargitay.gov.tr. Aynı yönde bkz. YCGK, E. 2019/9-366, K. 2020/179, 17.03.2020, www.yargitay.gov.tr, E.T. 18.06.2023.

[109] Ölçütler hakkında bkz. Y 16. CD, E. 2019/5661, K. 2021/2150, 16.03.2021, www.yargitay.gov.tr, E.T. 18.06.2023. "*... arama sayısı, aramaların ardışık ve periyodik olması, aramaların gerçekleştirildiği zaman, konuşma süreleri, sanığın farklı sabit hatlardan aranması, aranmaların makul görünmemesi nazara alındığında, sanığın örgütün iletişim metotlarından olan "ankesörlü/sabit hatlardan aranma" gizli iletişim sistemine dahil olduğu...*" Y 16. CD, E. 2019/8484, K. 2020/1315, 19.02.2020, www.yargitay.gov.tr, E.T. 18.06.2023.

[110] Y 16. CD, E. 2019/10286, K. 2020/1127, 17.02.2020, www.yargitay.gov.tr, E.T. 20.06.2023.

vunmasının mevcut olması halinde, bu savunmanın aksini gösteren ve aramanın örgütsel amaçlarla yapıldığını kesin olarak ortaya koyan somut delillere ihtiyaç bulunmaktadır[111].

*Şifreli (veya perdelenmiş) aramalar bakımından* ise arayan- aranan arasındaki gizliliği sağlayabilmek için numara şifreleme veya perdeleme işleminin yapılması (şifreleme ve perdeleme yapıldığının tartışmasız bir şekilde ortaya konulması halinde)[112] tek başına aramanın soruşturma konusu suçla ilgili (veya örgütlü suçlar bakımından "örgütsel" mahiyette) olduğu hususunda "kuvvetli bir emare" olduğu gibi bu tür bir arama bakımından arayan kişinin (örgüt üyesi veya mahrem imamın) belli bir arama bakımından aramanın mahiyetine ilişkin beyanı da mevcut ise arama kaydı tanık beyanını doğrulayıcı ve destekleyici bulgu/delil olarak kullanılabilir. Ancak tanığın, belli bir aramaya ilişkin beyanda bulunmayıp genel olarak aramanın yapıldığı sabit veya ankesörlü telefona ilişkin bir anlatımda bulunması (belli bir sabit veya ankesörlü telefonun örgütsel amaçlarla kullanıldığını beyan etmesi) halinde ise şifreli veya perdelenmiş arama, aranan kişinin örgütün gizli haberleşme ağına dâhil olduğu (örgütün emir ve talimatına âmâde bir örgüt üyesi olduğu) hususunda, sanığın savunması[113] ve varsa tanık beyanları ile bir bütün olarak değerlendirilmeli ve ispat kuvveti ayrıca takdir edilmelidir.

---

[111] Yargıtay'a göre "*aramanın makul görünmemesi*" (makul ve hayatın olağan akışına uygun bir sebebinin bulunmaması), aramanın örgütsel mahiyette olduğuna dair karine teşkil etmektedir. Bkz. Y 16. CD, E. 2019/10212, K. 2020/2565, 11.06.2020; Y 16. CD, E. 2020/2150, K. 2020/4544, 30.09.2020, www.yargitay.gov.tr, E.T. 18.06.2023. "*Sanık, aşamalarda alınan savunmalarında, söz konusu aramalara ilişkin makul bir açıklama getirememiştir*" Y 16. CD, E. 2020/5157, K. 2020/6614, 14.12.2020, www.yargitay.gov.tr, E.T. 18.06.2023.

[112] Arayan kişinin, belli bir günde ve belli bir sayıda arama yapması, tek başına bu aramanın şifreli yapıldığını ispata elverişli değildir. Şifreleme veya perdeleme, aramanın (aramaya ilişkin tespitin) yapılmasını engelleyecek davranışlarda bulunulmasıdır.

[113] Ceza muhakemesinde kural olarak, iddianın sabit olup olmadığı hususunda bir kanaate ulaşılmaya çalışılır. Müdafaanın (savunmanın) sabit olup olmadığı yönünden bir kanaate ulaşmaya lüzum bulunmamaktadır. Dosyanın bütünü ve dosya kapsamındaki deliller ile savunmanın aksi (iddia) ispat edilememiş ise savunmaya itibar edilmesi gerekmektedir. Açıklama için bkz. BİRTEK, **Delil ve İspat**, s. 405-406. Nitekim Yargıtay'a göre de "*Ceza hukukunda kural, savunmanın ispatlanması değil savunmanın aksinin ispatlanmasıdır. Bu nedenle yerel mahkemenin, -savunma hiçbir delille doğrulanmamıştır-şeklindeki açıklamasında isabet yoktur*". YCGK, E. 1986/4-559, K. 1987/138, 23.03.1987, www.kazanci.com, E.T. 05.12.2023.

## SONUÇ

Sabit veya ankesörlü telefonlarla yapılan aramalar bakımından, bu aramaların mahiyetine ilişkin bir şüphe ortaya çıktığında, şüphelinin kimliğinin tespit edilebilmesi amacıyla, sabit veya ankesörlü telefona ilişkin arama kayıtlarının tespit edilmesinde meşru bir amaç bulunmaktadır. Bu tür bir işlem esasında, otomatik veri tarama olduğu halde, CMK'da ve sair mevzuatta bu işleme ilişkin yasal bir dayanağa yer verilmemiştir. Yargıtay'ın istikrarlı uygulamasında ve AYM karalarında, bu işlemin şüphelinin kimliğini tespit amacıyla ve suç soruşturmasına ve kovuşturmasına ilişkin "genel yetki" kapsamında yapılabileceği kabul edilmektedir.

Mezkûr işlem meşru bir amaca yönelik olsa da temelde bir koruma tedbiriyle aynı ağırlıkta bir müdahale teşkil ettiğinden sabit veya ankesörlü telefonlarla yapılan iletişimin tespiti bakımından açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

CMK m. 161'e ikinci fıkra eklenmek suretiyle[114]:

"*Bu Kanun'da açıkça düzenlenen haller hariç olmak üzere, Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle şüphelinin kimliğinin tespit edilebilmesi amacıyla, kolluk birimlerinin, kamu kurum ve kuruluşlarının veya özel kişi ya da kurumların bilişim (veya işletim) sistemlerinde bulunan veya daha önce bu kurumlar tarafından depolanan her türlü veriye ve iletişim kayıtlarına erişilebilir, veriler kopyalanabilir ve bunlar üzerinde tarama ve inceleme yapılabilir. İnceleme ve tarama yapıldıktan ve şüphelinin kimliği tespit edildikten sonra genel hükümlere göre işlem yapılır. Soruşturmanın tamamlanması bakımından ihtiyaç duyulmaması halinde hassas kişisel veriler inceleme yapılmasını takip eden 15 gün içerisinde, diğer veriler ise şüphelinin kimliği tespit edildikten sonra Cumhuriyet savcısının denetiminde yok edilir.*" biçiminde bir düzenleme yapılmalıdır.

Sabit veya ankesörlü telefon kayıtlarının incelenmesi sonucunda şüphelinin kimliği tespit edildiğinde, CMK m. 135/6 kapsamında iletişimin tespitine dair bir karar mevcut olmaksızın, şüpheli/sanık tarafından kullanılan telefon bakımından iletişimin tespiti yapılması hukuka aykırı olur ve bu yolla elde edilen tespit, delil olarak kullanılamaz.

---

[114] Sonraki fıkralar da buna göre teselsül ettirilmek suretiyle.

Sabit veya ankesörlü telefon kayıtları marifetiyle şüphelinin kimliğinin tespit edilmesi sonrasında, bu kayıtların CMK m. 135/6 kapsamında yapılan iletişimin tespiti ile kesin olarak doğrulanması halinde, delil niteliği ve ispat kuvveti; bu kayıtların tek veya belirleyici delil olup olmadığına ve mahiyetine bakılarak değerlendirilmelidir.

Arama kayıtlarının "*tek bulgu/delil*" olduğu durumlarda, bu kayıtların mahiyetleri itibariyle dijital bulgu/emare niteliği taşıması nedeniyle ispatı zorunlu maddi vakıaların sübutunda kesin delil olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir.

Arama kayıtlarının, diğer delillerle birlikte olduğu veya diğer delillere nazaran "belirleyici" nitelik taşıdığı durumlarda ise diğer delilleri doğrulayıcı ve destekleyici bir ispat aracı olarak kabulü mümkündür.

## KAYNAKÇA

AKYÜREK Güçlü, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara, 2006.

BAYRAKTAR Çiler Damla, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bir Koruma Tedbiri olarak Otomatik Veri Taraması (Rasterfahndung): İnsan Hakları Bağlamında Bir Analiz", **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, C. 13, S. 38, 2018.

BEUKELMANN Stephan, "Ceza Hukukuna İlişkin Sınırlar Olmaksızın İnternette Gezinti Yapmak", **İnternet Hukuku (Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 13)** (Ed. İçel K./ Ünver Y.) Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

BİRTEK Fatih, **AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017.

BİRTEK Fatih, **Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

BİRTEK Fatih, "Ceza Muhakemesinde Tanık Hakkında İletişimin Denetlenmesi Tedbirine Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu", **CHD**, C. 17, S. 49, 2022.

CENTEL Nur / ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yirminci Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.

CİHAN Erol / YENİSEY Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996.

DA SİLVA Juan Carlos / STANGE Albrecht / BİRTEK Fatih, **İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Eğitim Modülü**, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Projesi Yayını, Ankara, tarihsiz.

DEĞİRMENCİ Olgun, **Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

ERDEM M. Ruhan, **Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.

EREM Faruk, **Ceza Usulü Hukuku**, Genişletilmiş Beşinci Bası, Ankara, 1978.

ERMAN R. Barış, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri", **GSÜHFD**, C. 9, S. 1, 2010.

HEGER David, "Büyük Veri ve Suçsuzluk Karinesi", **Ceza Hukukunda Robot, Yapay Zekâ ve Yeni Teknolojiler (Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 21)** (Ed. İçel K./ Ünver Y.) Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

KARAKEHYA Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku -I**, 1. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014.

KAYMAZ Seydi, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.

KUNTER Nurullah / YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Muhâkeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhâkemesi Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul, 2011.

ÖZBEK Veli Özer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

ÖZBEK Veli Özer, "Organize Suçlulukla Mücadele Ön Alan Soruşturmaları", **DEÜHFD**, C. 4, S. 2, 2022, 57-88.

ÖZDEMİR Hayrunnisa, "Haberleşmenin Gizliliği ve Kişisel Veriler", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIII, S. 1-2, 2009, 285-303.

ÖZEN Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri,** 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

ÖZTÜRK Bahri (Ed.), **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

ÖZTÜRK Bahri / KAZANCI Behiye Eker / SOYER GÜLEÇ Sesim, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

SCHROEDER Friedrich- Christian / VERREL Torsten, **Ceza Muhakemesi Hukuku** (Çev. S. Oktar), Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ŞAHİN Cumhur / GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

ŞAHİN Cumhur, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi -Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme" **Ceza Hukukunun Güncel Sorunları** (Ed. Gülsoy M. T.), Erzurum, 2011.

ŞEN Ersan, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

ŞİMŞEK Oğuz, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması,** Beta Yayınları, Ankara, 2008.

TANER M. Tahir, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, 3. Baskı, İstanbul, 1945.

TAŞKIN Mustafa, **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

ÜNVER Yener / HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

ÜNVER Yener / HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** Cilt II, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

YENİSEY Feridun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Elde Edilmiş) Delil", **Ceza Hukuku Dergisi**, Ağustos 2007, C. 2, S. 4, 5-60.

YENİSEY Feridun, **Hazırlık Soruşturması ve Polis**, Beta yayıncılık, İstanbul, 1987.

YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

YURTCAN Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

***İnternet Kaynakları***

Kazancı Hukuk Otomasyon, www.kazanci.com.

Yargıtay Başkanlığı, www.yargitay.gov.tr.

**Katkı Oranı Beyanı:** Konunun belirlenmesi, literatürün taranması ve yazılması birinci yazar tarafından, ek kaynakların taranması, dil ve yazım denetimi ile sonuçların tartışılması birinci ve ikinci yazar tarafından (müştereken) yapılmıştır.

**Çıkar Çatışması:** Yazarlar arasında çıkar çatışması bulunmamaktadır.

**Hakemli Makale** **GSÜHFD**, 2023; 2: 1179-1234

# MODERN ONARICI ADALET PROGRAMLARININ TEMEL ESASLARI AÇISINDAN TÜRK CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDAKİ UZLAŞTIRMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Rahime ERBAŞ**(**)

**Öz:** Cezai uyuşmazlığın ele alınmasında mağdur odaklı yeni bir yaklaşımı ifade eden onarıcı adalet, olağan ceza muhakemesi ve infaz sistemine bir alternatif sunmaktadır. Ancak onarıcı adaletin programlarının olağan ceza adaleti sistemiyle nasıl ilişkilendirileceği yahut gerçekten böyle bir ilişkilendirmeye gerek olup olmadığı soruları güncelliğini korumaktadır. Türk ceza muhakemesinde onarıcı adalet, mağdur-fail uzlaştırması (CMK md. 253 ve 254) şeklinde bir karşılık bulmuştur. Bu çalışmada Türk ceza hukukunda onarıcı adalet programının en temel örneği olarak uzlaştırma kurumunun terminolojisi, Türk hukukunda ilk düzenlenişi, düzenleniş şekli, hukuki niteliği, şartları ve hukuki sonucu şeklinde çalışmanın iskeleti olarak ortaya konulacaktır. Ancak bu iskeletin kaslarını onarıcı adaletin ilk çıkışında ve sonrasında köşe taşı mahiyetindeki eserlerden çıkardığımız onarıcı adaletin temel esaslarından hareketle yapacağımız değerlendirmelerle meydana getireceğiz. Bu köşe taşı eserleri, *Nils Christie* ve *Howard Zehr*'den seçtik. Bunlar gibi köşe taşı mahiyetinde olmasa da güncel ve ilginç bir çalışma örneği olarak *Antoine Garapon*'nın bir eserini ekledik. Bu şekilde onarıcı adalet programlarının temel esaslarını başat eserlerden hareketle ortaya çıkararak, Türk ceza hukukundaki ana onarıcı adalet pratiği olan uzlaştırmayla ilgili düşünme pratiğinin geliştirilmesine katkıda bulunmak hedeflenmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Cezai Uyuşmazlık, Mağdur Hakları, Uzlaştırma, Zararın Giderilmesi, Onarıcı Adalet, Türk Hukuku.

---

(*) Makale Gönderim Tarihi: 26.09.2023 - Makale Kabul Tarihi: 22.11.2023.

(**) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye.
Glasgow Üniversitesi Hukuk Fakültesi Misafir Öğretim Üyesi, Glasgow - İskoçya.
(ORCID: http://orcid.org/0000-0002-6257-4312;
E-posta: rerbas@istanbul.edu.tr, Rahime.Erbas@glasgow.ac.uk).

# EVALUATION OF VICTIM-OFFENDER MEDIATION IN TURKISH CRIMINAL PROCEDURE LAW IN THE LIGHT OF FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF MODERN RESTORATIVE JUSTICE

**Abstract:** Restorative justice, which represents a new and victim-oriented approach to handling criminal conflicts, offers an alternative to the ordinary (conventional) criminal procedure and execution system. However, the question of how to integrate restorative justice programs into the ordinary criminal justice system, or whether we should at all, remains current. In Turkish criminal procedure, restorative justice appears as a form of victim- offender mediation (Penal Procedure Code, Arts. 253 and 254). This study, as a skeleton of the study, presents the terminology, its introduction in 2005, legal qualifications, conditions, and legal consequences of the institution, as the most basic example of the restorative justice program in Turkish criminal law. Afterwards, the study fills this skeleton with muscles through the evaluations based on fundamental principles of restorative justice that we have derived from the cornerstone works of restorative justice in its first appearance and afterwards. As such, these cornerstone works by *Nils Christie* and *Howard Zehr* as well as a contemporary and interesting example, *Antoine Garapon*. In this way, it is aimed to contribute to the development of the practice of thinking about victim- offender mediation, which appears as the main restorative justice practice in Turkish criminal law, by revealing the basic principles of restorative justice programs based on pioneers' works.

**Keywords:** Criminal Conflicts, Victims' Rights, Mediation, Compensation, Restorative Justice, Turkish Law.

## GİRİŞ

*"Eğer suç işlenerek insanlara zarar verilmiş ise, adalet bu durumu ve kişiler arasındaki ilişkiyi düzeltme arayışında olmalıdır. Yanlış bir şey yapıldığında ilk soru, bu faile ne yapılmalıdır yahut bu fail neyi hak etmektedir, olmamalıdır. Bilakis ilk soru, bu durumu düzeltmek için ne yapılmalıdır, şeklinde olmalıdır."*[1]

Bu, onarıcı adalet bakış açısıdır. Bu sözler ise onarıcı adalet kavramını ABD'de geliştiren ve dünyaya yayılmasındaki katkısı itibarıyla günümüzde modern anlamda onarıcı adaletin öncüsü olarak addedilen fotoğrafçı ve sosyolog *Howard Zehr*'e aittir.[2] Bugüne kadar gerçekten suç ve suç etrafında adalet kavramları (ceza adaleti) üzerinde farklı birçok yaklaşım var olmuştur. Tarihsel süreçte çeşitli adalet yaklaşımlarının bazen ardı ardına ve bazen de aynı anda doğduğunu veya var oldukları görmekteyiz. Batılı ülkelerde yayınlanmış onarıcı adaletin tarihi gelişimini ele alan eserler, dağıtıcı adalet *(distributive justice)*, cezalandırıcı adalet *(retributive justice)*, tazmin edici adalet *(restitution*)[3] gibi çeşitli adalet yaklaşımlarını sırasıyla ortaya koyduk-

---

[1] ZEHR Howard, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, 1. bası, Herald Press, Scottdale, 1990, s. 186.

[2] Kanada'da sırasıyla 18 ve 19 yaşlarındaki iki genç, yirmi iki kişiye ait evlere yönelik yıkıcı davranışlar (vandalizm) gerçekleştirirler. Koşullu salıvermede görevli bir kişi ile bir din adamı, gençlerin cezaevine gönderilmesi yerine toplum içinde bir grup kurularak gençle konuşulmasının daha doğru olduğuna hem fikir olurlar. Onlara göre bu, cezaevine göndermekten veya koşullu salıvermeden yararlandırmaktan daha faydalı olabilecek bir durumdur. Nitekim bu şekilde bir konuşma organize edilir ve sonrasında bu konuşmanın genç üzerinde daha etkili olduğu gözlemlenir. Sözü geçen vakaya dahil olan din adamıyla Kanada'daki *Mennonite Central Committee* isimli dini oluşumun ABD'deki şubesi aracılığıyla *Howard Zehr, Ron Claassen* ve *Mark Umbreit* böyle bir pratikten haberdar olurlar (VAN NESS Daniel W./ HEETDERKS STRONG Karen, "A Brief History of Restorative Justice: The Development of a New Pattern of Thinking", in **Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice**, Yay. Haz. Daniel W. Van Ness / Karen Heetderks Strong, 5. bası, Routledge, 2015, s. 27. Nitekim *Zehr*, onarıcı adaletin dinde uzlaşma pratiği olarak geniş bir yeri olduğu kabulünden hareket etmekte ve bu nedenle kitabında buraya hasrettiği bir bölüm de mevcuttur. Bkz.: *"The Biblical Alternative"* isimli kısım. Bkz.: ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice,** s. 126 vd., ayrıca 187. Onarıcı adalet din açısından da ele alınmaktadır. Örneğin bkz.: ALLARD Pierre / NORTHEY Wayne, "Christianity: The Rediscovery of Restorative Justice", in **A Restorative Justice Reader,** Yay. Haz. Gerry Johnstone, Willan Publishing, Portland, 2005, s. 158; GARAPON Antoine, "Justice caught between being and having", **The International Journal of Restorative Justice**, C. 5, S. 2, 2022, s. 148 vd.. İslam dininde de onarıcı adaletin varlığına işaret eden bir çalışma için bkz.: DEĞİRMENCİ Olgun, **Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma**, 2. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, ss. 124-125.

[3] Bu kısımda tazmin edici adalet bağlamında "*restitution*" terimini Türkçe'ye tazminatla ilişkilendirip çevirmeyi tercih ettik. Ancak dikkat çekmemiz gerekir ki "*restitution*" terimi esasında

tan sonra onarıcı adaletin (*restorative justice*- kısaca RJ-) nasıl ortaya çıktığını anlatır.[4] Hatta onarıcı adaletin ilk olarak psikolog *Albert Eglash* tarafından yazılan 1958 tarihli bir makalede[5] geçen *yaratıcı tazminat* olarak Türkçe'ye çevirdiğimiz "*creative restitution"* ifadesinden geldiği ve yazarın burada "*creative restitution"* ifadesini bugünkü onarıcı adalete yaklaşan manada kullandığı ancak terim olarak kavramsallaştırmadığı belirtilir.[6] Her ne kadar adalet yaklaşımlarının doğuşu açısından teorik olarak bir kronoloji takip edilmekte[7] ise de fiili durumda zamana ve coğrafyaya göre bu kronolojiden -doğrusal bir ilerlemeden- bahsetmek güçtür. Bir görüşe göre nitekim onarıcı adalet, Afrika'daki ve Asya'daki[8] bazı bölgelerde ve kabilelerde uy-

Türkçe'ye sadece tazminat olarak çevrilir ise terim tam karşılanamamaktadır. Tazminat, İngilizce *compensation* sözcüğünü büyük ölçüde karşılamaktadır. "*Restitution*", özellikle ABD'de mağdur hakları ile ilgili önemli bir yaklaşım değişikliğini ifade etmekte ve bir dönemi temsil etmektedir. Türk hukukunda bu konuda önerilen başkaca terimler için bkz.: ÖZBEK Veli Özer, **Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 119. Ayrıca bkz.: ÇETİNTÜRK Ekrem, **Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008, ss. 20-23; 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. 81-83. Nitekim *Akdeniz'in* de işaret ettiği üzere *Eglash*, "*restitution*" terimi ile tazminattan daha fazlasını ifade etmektedir. Bkz.: AKDENİZ Galma, "Onarıcı Adalet Yaklaşımı ve Kavramsal Temelleri", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2019, C. 16, S. 1, s. 12.

4 VAN NESS / HEETDERKS STRONG s. 23; GARAPON, ss. 149-150; BAYTAZ A. Batuhan, "Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 71, S. 1, 2013, s. 123; AKBULUT Berrin / AKSAN Murat, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma**, 2. bası, Seçkin, 2019, ss. 13-21; DEĞİRMENCİ, s. 42 vd..

5 Bkz.: EGLASH Albert, "Creative Restitution. A Broader Meaning for an Old Term", **The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science**, C. 48, S. 6, 1958, ss. 619-622. Ayrıca bkz.: AKDENİZ, s. 11.

6 VAN NESS / HEETDERKS STRONG, ss. 23-24.

7 AKDENİZ, s. 1. Batı ülkelerindeki onarıcı adaletin tarihi gelişimi için bkz.: BAYTAZ, ss. 119-122. Daha eski tarihi dönemler için bkz.: SHERMAN Lawrence W./ STRANG Heather, "Delil Temelli Hüküm Olarak Onarıcı Adalet", (çev. E. BEKAR CANPOLAT), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1-2, 2014, ss. 284-291; TOKDEMİR Sercan, "Ceza Adaleti Sistemine Yeni Bir Yaklaşım: Tamamlayıcı Bir Sistem Olarak 'Onarıcı Adalet' Mekanizması", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, S. 1-2, 2017, ss. 81-86; DEĞİRMENCİ, s. 58-66. Ayrıca bkz.: TÖNGÜR Ali Rıza / ÇETİNTÜRK Ekrem, "Onarıcı Adalet Anlayışının Teorik Temelleri", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 2, 2018, ss. 9-10.

8 Örneğin, onarıcı adaletin yol kat etmesinde rol oynayan *"yeniden bütünleştirici utandırma" (İngilizce "reintegrative shaming")* teorisini (HUDSON Barbara, "Restorative Justice: The Challenge of Sexual and Racial Violence", **Journal of Law and Society**, C. 25, S. 2, Haziran 1998, ss. 237-256) *John Braithwaite,* Asya toplumlarından etkilenerek geliştirdiğini belirtir. Bkz.: BRAITHWAITE John, **Restorative Justice and Responsive Regulation**, 1. Baskı, Oxford University Press, New York, 2002, s. 74. Ayrıca bkz.: TOKDEMİR, ss. 90-92.

gulanan geleneksel anlayıştı.[9] Keza bugünkü onarıcı adalet programlarının birçok yöntemi (konferans modeli, halka şeklinde toplanma modeli vs.) bu geleneksel yerel pratikler incelenerek türetilmiştir.[10] Türk hukuk tarihindeki onarıcı adalete tekabül eden uygulama örneklerine de rastlanmaktadır.[11] Bu nedenle çalışmanın başlığında incelediğimiz onarıcı adaletin *"modern anlamda"* olduğu vurgulanmak istenmiştir.

Diğer adalet yaklaşımlarında olduğu gibi onarıcı adalet; suça, faile, mağdura ve toplumun suçla ilgili rolüne ya da menfaatlerine ilişkin kendine özgü yaklaşımları nedeniyle doğmuştur. Genellikle cezalandırıcı adalet kavramına karşı doğmuş olduğu[12] izlenimi verecek kadar cezalandırıcı adaletle karşılaştırılarak ortaya konulur.[13] Bu karşıtlıkla var olduğu için belki, diğer adalet türlerinden farklı olarak onarıcı adaletin belirttiğimiz kavramlara bakışı daha keskin farklılıklar içermekte ve bu şekilde kendi programını da inşa etmektedir. Bu nedenle sadece *onarıcı adalet* veya *onarıcı adalet yaklaşımı* yahut da *onarıcı adalet teorisi* demek yeterli olmamaktadır. Burada karşımıza *olağan*[14] ceza muhakemesi sistemine bir alternatif sistem veya bir

---

9 Bkz.: Yeni Zelanda yerlilerinin onarıcı adalet pratikleri ile ilgili bkz.: CONSEDINE Jim, "The Maori Restorative Tradition" in **A Restorative Justice Reader**, Yay. Haz. Gerry Johnstone, Willan Publishing, Portland, 2005, s. 152. Navaholar'daki uygulamalar için bkz.: YAZZIE Robert / ZION James W., "Navajo Restorative Justice: The Law of Equality and Justice" in **A Restorative Justice Reader**, Yay. Haz. Gerry Johnstone, Willan Publishing, Portland, 2005, s. 144. Keza *Nils Christie* de farazi de olsa örneğini Tanzanya'da bahsi geçen bir olay olarak kurgulamıştır. Bkz.: CHRISTIE Nils, "Conflicts as Property", **The British Journal of Criminology**, C. 7, S. 1, 1977, ss. 2-3.

10 Bunlar esin kaynağı olarak gözükse de bir görüşe göre de bu yerel uygulamalara yapılan göndermeler, mittir. Bkz.: DALY Kathleen, "Restorative Justice: The Real Story", **Punishment & Society**, C. 4, S. 1, 2002, s. 56.

11 DEĞİRMENCİ, ss. 123-125.

12 Onarıcı adaletin, cezalandırıcı adaletin karşıtı olduğu düşüncesinin de bir mittir (DALY, s. 56).

13 ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, ss. 211-214. Türk hukukunda bu şekilde iki adalet türüne suça iki farklı tepki örneği olarak karşılaştırarak inceleyen ve onarıcı adaleti, diğer adalet anlayışından üstünlüğünün çıktığını savunan bir çalışma için bkz.: ÇETİNTÜRK Ekrem, "Onarıcı Adalet Anlayışı ve Uzlaştırma Kurumunun Türk Ceza Adalet Sisteminde Algılanışı (Geleneksel Ceza Adalet Anlayışına Eleştirel Bir Bakış)", **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 9, 2009, s. 191. Ayrıca bkz.: TÖNGÜR / ÇETİNTÜRK, ss. 23-24. Ayrıca bkz.: AKBULUT / AKSAN, ss. 19-20; DEĞİRMENCİ, ss. 83-85.

14 Biz bu sözcüğü, İngilizce literatürde sıklıkla *"traditional"* veya *"conventional"* ile ifade edilen *"traditional criminal justice"* olarak geçen onarıcı adalet fikrinin karşılaştırıldığı mevcut ceza muhakemesi sistemi anlayışı için kullanmaktayız. Bunu Türkçe'de *"geleneksel"* şeklinde ifade etmeyi uygun bulmadık. *Geleneksel* ifadesi, hem ilk planda geleneklere işaret ederek farklı bir muhakeme anlayışını akla getirmekte hem de bu şekilde egemen ceza muhakemesi anlayışının değerini azaltmaktadır. Çünkü geleneksel olan, yeninin arkasında kalandır.

program çıkmaktadır. Her ne kadar modern anlamda onarıcı adalet kavramının kurucularından ABD'li *Howard Zehr* onarıcı adaleti, bir paradigma değişimi olarak tanımlamasa[15] da *"Suça ve Adalete Yeni Bir Odaklanma: Lenslerin Değişimi"* adlı kitabının[16] ilk baskısını yaptığı 1990 yılı itibarıyla onarıcı adalet oldukça radikal bir yaklaşımı temsil etmektedir. Gerçekten esasında onarıcı adalet, mağdurun ihtiyaçlarını odağına alan bir bakış açısı olarak kulağa işlevsel gelse de bu adalet anlayışının esasları, olağan ceza muhakemesine ve burada geçerli adalet teorilerine kökten karşı çıkıcı bir yaklaşımla meydana getirilmiştir. Yerel uygulamalar örnek alınsa da ve sıklıkla din uygulamalarına da referans yapılmakta ise de *Ashworth*'e göre onarıcı adalet, Devletçiliğin zayıflaması ve neo-liberalizmin yükselişi ile toplumdaki güvenliğin tesisinde özel bireylerin de sorumluluğu olduğunu kabul eden ileri seviye liberal programların bir ürünüdür.[17]

*Zehr*'in çalışması incelendiğinde; ceza muhakemesine ve infaz sistemine eleştirel düşünme pratiğinin suç ve adalet kavramları üzerinde sonuna kadar kullanılarak olağan sisteme kökten farklı başka bir alternatif ortaya konulması çabası gözlemlenir. Bu metodolojisi nedeniyle onarıcı adalete bir gün eş anlamlı bir terim bulmamız gerekir ise o da *eleştirel adalet yaklaşımı* olur. Bu radikal bakış açısını *Cristie*'de de görmekteyiz. Kriminoloji disiplinini cezai uyuşmazlığın bireylerden çalınmasına bir ölçüde hizmet eden bir disiplin olarak görmesini[18], avukatları (müdafi veya vekil) bizatihi uyuşmazlık çalma ustası olarak nitelendirmesini,[19] kurumlar dizayn etmek bir tarafa mevcut ku-

*"Egemen"* veya *"hakim"* sözcükleri ile *"egemen ceza muhakemesi"* veya *"hakim ceza muhakemesi"* şeklinde de kullanmayı düşündük. Ancak uzlaşma ile cezai uyuşmazlığı olağan/tabi olunması gereken sistemden ayırarak çıkardığımız (görece de olsa) için *"olağan"* sözcüğünün konumuzun bağlamında daha uygun olduğuna karar verdik. Yine de Türkçe'de *"geleneksel ceza adalet sistemi"* olarak ifade eden çalışmalar mevcuttur. Örneğin bkz.: ÇETİNTÜRK, "Onarıcı Adalet Anlayışı ve Uzlaştırma Kurumunun Türk Ceza Adalet Sisteminde Algılanışı (Geleneksel Ceza Adalet Anlayışına Eleştirel Bir Bakış)", s. 237; KAPLAN Mahmut, "Onarıcı Adalet ve Türk Hukukuna Yansımaları", **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, Haziran 2015, s. 61, dn. 7, s. 62; ERTEMÜR Hazal, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Uzlaştırma**, Seçkin, Ankara, 2021, ss. 22-23 ve 24; TOKDEMİR, s. 100 vd.

[15] Krş. BARNETT Randy E., "Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice" in **A Restorative Justice Reader**, Yay. Haz. Gerry Johnstone, Willan Publishing, Portland, 2005, s. 46 vd..

[16] ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 180. Bundan bahseden bir çalışma için bkz.: DEĞİRMENCİ, s. 71.

[17] ASHWORTH Andrew, "Responsibilities, Rights and Restorative Justice" in **A Restorative Justice Reader**, Yay. Haz. Gerry Johnstone, Willan Publishing, Portland, 2005, s. 433.

[18] CHRISTIE, "Conflicts as Property", s. 1 ve 5.

[19] CHRISTIE, "Conflicts as Property", s. 4.

rumlardan kurtulunması gerektiğini savunmasını,[20] ve uzmanlığın uyuşmazlıkların ele alınmasında düşman olarak nitelendirilmesini savunmasını[21], özellikle makalesinin yayınlandığı 1977 yılı itibarıyla oldukça radikal olarak nitelendirebiliriz. Burada cezai uyuşmazlığın, özel bir mülkiyet olarak görülmesi ile karşılaşmaktayız. *Christie* cezai uyuşmazlığı, sadece tamamen bireysel bir özel mülkiyet değil; bireyler ve etrafındakilerden oluşan *somut topluluğa ait (neighbourhood- property)* de bir uyuşmazlık şeklinde tanımlamaktadır.[22] Aynı şekilde güncel bir eser olarak *Garapon, "sahip olmak ve var olmak skalasında adalet"*[23] isimli konuşmasında hukukun üzerine inşa edildiği *"hak sahibi"* olmak fikri ve daha da ötede *"sahip olmak"* fikri üzerinden inşa edilmiş adalet anlayışı yerine; *"var olmak"* ile bir adalet anlayışından bahsetmektedir ki yazara göre bu tam olarak onarıcı adaleti ifade etmektedir.[24]

Gerek *Christie'deki "özel mülkiyet olarak uyuşmazlık"*[25] gerekse *Garapon*'daki "*varlığın yeniden tesisi*" açısından tam bu noktada psikoloji devreye girmektedir. Çünkü *"adalet, ihtiyaçlarla başlar"*.[26] *Zehr*'in çalışmasında psikoloji perspektifinden çok yoğun yararlanılmış olduğunu gözlemlemekteyiz. Zira çalışmada onarıcı adalet, mağdur başta olmak üzere cezai uyuşmazlığın taraflarının psikolojik ihtiyaçlarını kademelendirerek süreç içerisinde temin edilmesi hedefinin üzerine inşa edilmektedir.

Onarıcı adaletin modern anlamda inşasında ve yayılmasında başat rol oynayan eserler, yoğun bir eleştirel düşünme pratiği içeren yaklaşımlarla, radikal bakış açısıyla ve eski gelenekler ile dinin etkisi gibi çok çeşitli kaynaklardan beslenerek meydana gelmişse de bugün itibarıyla mağdurun cezai uyuşmazlıkla ilgili rolü, hakları ve ihtiyaçları bakımından yadsınamayacak temel bir adalet anlayışına dönüşmüştür. Bu dönüşüm, Türk kanun koyucusu tarafından gerekçede şu şekilde vurgulanmıştı:[27] *"Çağımızda suç mağdurla-*

---

20 CHRISTIE, "Conflicts as Property", s. 1.

21 CHRISTIE, "Conflicts as Property", s. 11.

22 CHRISTIE, "Conflicts as Property", s. 12. Ayrıca bkz.: BARNETT, ss. 49-50.

23 GARAPON, ss. 148-167.

24 GARAPON, s. 148 vd..

25 *Christie*'nin İngilizce "*Conflicts as Property*" ifadesi Türkçe'ye "*Bir Mülkiyet Nesnesi Olarak Çatışmalar*" şeklinde daha önce çevrilmiştir. Bkz.: CHRISTIE Nils, "Bir Mülkiyet Nesnesi Olarak Çatışmalar", (çev. G. AKDENİZ / E. TABOĞLU), **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. 1, 2019, s. 215-234.

26 ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 191 vd..

27 AKDENİZ, s. 3.

*rına karşı ceza adalet sisteminde, mağdurların yararları yönünde yeni bir duyarlılığın ortaya çıktığı görülmektedir. ... XXI. Yüzyıl adalet sistemi mağdurun tatmin edilmesini de ön plâna çıkarmış bulunmaktadır"*.[28]

Türk hukukunda da bu şekilde onarıcı adalet 2005 yılında "uzlaştırma" kurumunun kabul edilmesi ile daha açık bir şekilde var olmaya başlamıştır. 2005 yılından bugüne uzlaştırmanın kapsamını genişletme yönünde bir eğilim olduğunu görmekteyiz. Bu genişletme sadece uzlaştırmaya tabi suç gruplarının çoğaltılması şeklinde değil; aynı zamanda uzlaştırma ve onarıcı adaletin temel unsurları açısından da karşımıza çıkmaktadır. Örneğin failin sorumluluğu üstlenmesi hususu, onarıcı adaletin temel kolonlarından biridir. Oysa "sorumluluk" meselesi, onarıcı adalet yaklaşımının temel yakıtıdır.[29] Bu şekilde Türk hukukunda onarıcı adalet yaklaşımında temel bir açık bulunmaktadır. Zira son değişikliklerle örneğin artık failin suçu kabul etmesi dahi aranmamaktadır. Yine, mağdurun zararının giderilmesi yerine edim öngörülmektedir ve bu da doğrudan failin edim yükümlülüğünün varlığı şeklinde düzenlenmemektedir. Nitekim biz uzlaştırma görüşmelerinde varılan edimin C. Savcısı tarafından hukuka uygun olup olmadığı yönünden incelenecek (CMK md. 253/17) olmasından haraketli edim yükümlülüğü olduğu sonucuna varmaktayız.

Buna karşılık diğer taraftan da onarıcı adalet programlarının geliştirilerek bazı zorlu suç gruplarının da dahil edilmesine yönelik gelişmelerin dışında kaldığımızı gözlemlemekteyiz. Karşılaştırmalı hukuktaki onarıcı adaletle ilgili son dönemdeki çalışmalar, cinsel suçlarda onarıcı adalet pratiğinin elverişli olup olmadığı, olası işlevleri ve önemine yoğunlaşmıştır.[30] Aynı

---

[28] TBMM, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)", Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm (Erişim Tarihi: 15/09/2023).

[29] Biz bu çalışmada temel incelenen eserler arasında yer vermedik. Ancak *Christie* ve *Zehr* gibi onarıcı adaletin temel esaslarını inşa edenlerden biri de *John Braithwaite'tir. Braithwaite'in "yeniden bütünleştirici utandırma"* teorisi, onarıcı adaletin yol kat etmesinde rol oynamıştır (HUDSON, ss. 237-256) *Braithwaite'in* bu teorisi için bkz.: BRAITHWAITE, **Restorative Justice and Responsive Regulation**, ss. 74-78. Ayrıca bkz.: Ayrıca bkz.: TOKDEMİR, ss. 90-92.

[30] Örneğin Avrupa Onarıcı Adalet Formunda yayınlanan güncel bir yazı için bkz.: SIDERIDOU Sofia/VASILEIADOU Sofia, "Unleashing The Benefits of Restorative Justice for Survivors of Sexual Violence", 2023, https://www.euforumrj.org/en/unleashing-benefits-restorative-justice-survivors-sexual-violence (Erişim Tarihi: 16/09/2023); KEENAN Marie / ZINSSTAG Estelle, **Sexual Violence and Restorative Justice**, online bası, Oxford Academic, 2022, https://doi.org/10.1093/oso/9780198858638.001.0001 (Erişim Tarihi: 25/10/2023); MARINARI Angela, **Restorative Justice for Survivors of Sexual Abuse**, Bristol University Press, Bristol, 2020.

yoğunlukta olmasa da aynı yoğunlaşma eğilimi aile içi şiddet ve kadına yönelmiş şiddet açısından da geçerlidir. Mevzuatımızda *cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda* uzlaştırma yasaklanarak (md. 253/3) cinsel suçlarda onarıcı adalet pratiğine ilişkin olumlu ve olumsuz tüm tartışmaların yolu kapatılmıştır. Aile içi şiddet ve kadına yönelmiş şiddette bazı fiillerle sınırlı olarak ve son olarak 2022 yılındaki değişiklikle bağımsız bir suç tipi olarak TCK md. 123/A olarak eklenen ısrarlı takip suçu açısından da aynı yıl CMK'da da yapılan değişiklikle uzlaştırmaya izin verilmeyerek onarıcı adalet uygulamalarındaki bu alanlardaki gelişmelerden de faydalanmanın önü kapatılmıştır.[31] Oysaki uzlaştırma ilk kabul edildiğinde mala karşı suçlar da dışında tutulmuştu ve bu durum öğretide haklı biçimde eleştirilmekte idi.[32] Ancak daha sonraları 2016 ve 2019 yılındaki değişikliklerle mala karşı işlenen suçlardan bazıları uzlaşma kapsamına alınmıştır. Vurgulanması gerekir ki, failler, mağdurlar ve suçların türleri ayırt edilmeksizin herkese onarıcı adalet programlarının sağladığı imkanların sunumunda *"eşit erişim" (equal access)* ilkesi ile hareket edilmesi gerekmektedir.[33]

Türk ceza muhakemesi hukukundaki uzlaştırmanın kabul edildiği 2005 yılından bugüne, özellikle yargının iş yükünü azaltmak amacıyla[34] uzlaştırmanın kapsamı gerçekte her geçen gün genişletilmektedir.[35] Uzlaştırmadaki onarıcı adaletin temel esaslarının yeterince güçlü biçimde temin edilememesi, uzlaştırmanın otomatik biçimde uygulanarak adeta C. Savcısının önödeme pratiğinden farkı kalmaması anlamına gelecektir. Keza bir diğer yönden de onarıcı adalet yaklaşımıyla ilgili kriminolojik açıdan zorlu suç gruplarıyla ilgili gelişmeleri karşılayıp kabul edebilecek bir sistem yerine daraltma eği-

---

[31] Türkiye sosyolojik gerçeğinde ve uzlaştırmanın pratik işleyişi dikkate alındığında, kadına yönelmiş şiddet ve aile içi şiddet alanındaki uzlaştırma pratiğinde doğacak olumsuz durumlarla ilgili haklı kaygılar mevcuttur. Bu şiddet türlerinde uzlaştırma uygulamalarının tasavvur edilebilmesi için bu kaygıların giderilmesi ile başlanması gerekir.

[32] NUHOĞLU Ayşe, "Uzlaşma Bakımından Şikâyete Bağlı Suçlar", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2010, s. 92.

[33] Örneğin İngiltere ve Galler açısından bkz.: The Ministry of Justice, Restorative Justice Action Plan for The Criminal Justice System For the Period to March 2018, Şubat 2017, ss. 4-5, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a8025bf40f0b62305b89759/rj-action-plan-to-march-2018.pdf (Erişim Tarihi: 25/10/2023).

[34] Ayrıca bkz.: ŞAHİN Cumhur / GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 12. bası, Seçkin, Ankara, 2022, ss. 212-213. Ayrıca bkz.: MERAKLI Serkan, "Das Schlichtungsverfahren im türkischen Strafprozess", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 131, S. 3, 2019, ss. 785-786.

[35] Bu kaygılara 2008 yılında dikkat çekmiş bir çalışma için bkz.: ÇETİNTÜRK, **Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma**, ss. 335-337.

limleri de mevcuttur. Her iki durum da onarıcı adalet yaklaşımının temel esaslarından uzaklaşmaya neden olabilmektedir.

Uzlaştırma ile ilgili Türk hukukunda ciddi bir literatür meydana gelmiş olmakla birlikte bizim bu çalışmada seçtiğimiz onarıcı adaletin tarihsel gelişimi ve temel esasları açısından ele alınması, daha önce *Ekrem Çetintürk* tarafından[36] ve *Galma Akdeniz* başta olmak üzere sınırlı sayıda yazar tarafından incelenmiştir.[37] Hatta bu çalışma için seçtiğimiz çalışmalardan Norveçli sosyolog ve kriminolog *Nils Christie*'nin *"Conflicts as Property"* adlı konuşması[38] da *Galma Akdeniz* ve *Ezgi Taboğlu* tarafından *"Bir Mülkiyet Nesnesi Olarak Çatışmalar"* şeklinde Türkçe literatüre kazandırılmıştır.[39]

Bu benzer amaçla birlikte bu çalışmanın farkı ise, seçtiğimiz onarıcı adaletle ilgili başat eserler ile onarıcı adalete yeni bir içeriksel derinlik katan güncel bir eserden hareketle çıkarılan onarıcı adaletin temel esasları ışığında, CMK'daki uzlaştırmanın koşullarını en güncel haliyle değerlendirmesidir. Diğer bir anlatımla bu çalışmanın iskeletini, Türk hukuku oluşturmaktadır. Buna göre onarıcı adalet programlarının Türk ceza muhakemesi sistemi ile ilişkisi, onarıcı adalet programının en temel örneği olarak uzlaştırma kurumunun terminolojisi, tarihi gelişimi, düzenleniş şekli, hukuki niteliği, şartları ve hukuki sonucu ile çalışmanın iskeleti inşa edilecektir. Sınırlı hallerde kovuşturma evresinde de uzlaştırma mümkün (CMK md. 254) ise de hukukumuzda uzlaştırma, soruşturma evresine hasredilmiş bir kurum olduğundan çalışma boyunca "soruşturma evresi" varsayılarak ilerlenecektir. Ancak bu iskeletin kaslarını onarıcı adaletin ilk çıkışında ve sonrasında köşe taşı mahiyetindeki eserlerden çıkardığımız onarıcı adaletin temel esaslarından hareketle yapacağımız değerlendirmelerle meydana getireceğiz. Bu köşe taşı eserleri, *Nils Christie*[40] ve *Howard Zehr*'den[41] seçtik. Bunlar gibi köşe taşı

---

[36] ÇETİNTÜRK, **Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma**, s. 7-27; ÇETİNTÜRK, "Onarıcı Adalet Anlayışı ve Uzlaştırma Kurumunun Türk Ceza Adalet Sisteminde Algılanışı (Geleneksel Ceza Adalet Anlayışına Eleştirel Bir Bakış)", s. 191; TÖNGÜR / ÇETİNTÜRK, s. 7.

[37] AKDENİZ, "Onarıcı Adalet Yaklaşımı ve Kavramsal Temelleri", ss. 1-23.

[38] CHRISTIE Nils, "Conflicts as Property", **The British Journal of Criminology**, C. 7, S. 1, 1977, ss. 1-15.

[39] CHRISTIE Nils, "Bir Mülkiyet Nesnesi Olarak Çatışmalar", (çev. G. AKDENİZ / E. TABOĞLU), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, 2019, ss. 215-234.

[40] CHRISTIE Nils, "Conflicts as Property", **The British Journal of Criminology**, C. 7, S. 1, 1977, ss. 1-15.

[41] ZEHR Howard, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, 1. bası, Herald Press, Scottdale, 1990.

mahiyetinde olmasa da seçtiğimiz eserlere, onarıcı adalete yeni bir içeriksel derinlik katan güncel örnek olarak *Antoine Garapon*'nın[42] bir çalışmasını ekledik. Bu şekilde onarıcı adalet programlarının temel esaslarını başat eserler ile güncel bir çalışmadan hareketle ortaya çıkararak, Türk ceza hukukundaki ana onarıcı adalet pratiği olan uzlaştırmayla ilgili düşünme pratiğinin geliştirilmesine katkıda bulunmak hedeflenmektedir.

Onarıcı adaletle ilgili eserlerin sayısının günümüzde çoğaldığı dikkate alındığında; bu alandaki kurucu temel eserlere daha önce Türk ceza hukuku literatüründe yeterince derinlemesine yer verilmediği gözlemlenmiştir. Bize göre bunun önemli bir nedeni, bu adalet anlayışının Türk hukukunun gündemine geldiği tarihte söz konusu başat eserlerinin yayınlandığı dönemlerin artık geride kalmış olmasıdır. Bu şekilde bizim de tarafı olduğumuz Avrupa Konseyi'nde çeşitli tavsiye kararlarında da Kıta Avrupası karşılığını bulmuş olmasıdır. Bu tavsiye kararları da Türk hukuku için temel oluşturmuştur.[43] Bu alanda uluslararası alanda hukuki düzenlemeler yapıldıkça, eserler yayınlandıkça ve bunların sayıları kayda değer biçimde arttıkça deniz yüzeyinde biriken köpükler literatürümüzde yer kaplamaya başlamış ve denizi meydana getiren asıl sular da bu kez bizim gerimizde kalmıştır. Kurumun temel esaslarından ziyade detaylarında kaybolunması riskinden bahsedebiliriz. Bu çalışmada da denizin asıl sularından faydalanılarak - yani onarıcı adalet programlarının temel esaslarını başat eserlerden hareketle ortaya çıkararak - Türk ceza hukukundaki ana onarıcı adalet pratiği olan uzlaştırmayla ilgili düşünme pratiğinin geliştirilmesine katkıda bulunmak hedeflenmektedir. Bu çalışmada *"onarıcı adalet nedir?"* veya *"uzlaşma nedir?"* şeklinde ayrıca bir başlık öngörülmedi.[44] Çünkü onarıcı adalet kavramının herkes tarafından kabul edilen bir tanımının bulunması imkansızdır.[45] Genelde açıklanmak yolu tercih edilmektedir. Çünkü tanım girişimi ya yetersiz olacaktır ya da ayrı bir çalışmayı meydana getirecektir. Bundan kaçınmak için bu çalışmada yeri geldikçe belirttiğimiz şekilde esasları fener ışıkları olarak kullanarak analitik biçimde ilerlemeyi tercih ettik.

---

[42] GARAPON Antoine, "Justice caught between being and having", **The International Journal of Restorative Justice**, C. 5, S. 2, 2022, ss. 148-167.

[43] Bkz.: NUHOĞLU, s. 86; DURSUN Selman, "Avrupa Konseyi'nin Uzlaştırmaya Dair Tavsiye Kararları ve Türk Uzlaştırma Düzenlemeleri" in **Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık. Çözüm Yöntemleri Sempozyumu**, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, Rize, 2018, ss. 56-63.

[44] Karş. DEĞİRMENCİ, ss. 66-71.

[45] Krş. AKDENİZ, ss. 4-5.

## I. ONARICI ADALET PROGRAMLARININ CEZA ADALET SİSTEMİYLE İLİŞKİSİNİN TESİSİ

Onarıcı adaletin programlarını, olağan ceza adalet sistemiyle nasıl ilişkilendireceğiz veya gerçekten ilişkilendirmeli miyiz? Onarıcı adalet sadece bir teori veya yaklaşım değil, bilakis *ceza muhakemesinin ve infazının*[46] ana faaliyetlerine alternatif bir programı ifade etmektedir. Hatta adeta bir sistem önererek bunları ikame etme iddiasında olduğu dahi söylenebilir. Bu adalet türünün, fail, mağdur, toplum ve adalete yaklaşımlarının olağan ceza muhakemesindekilerinden ve infaz sistemindekilerinden önde tutulması ihtimalinde dahi şöyle bir mesele karşımıza çıkmaktadır. Olağan ceza muhakemesi suçun sübutu ve kim tarafından işlendiğinin de sübutuna ilişkin faaliyeti objektif bir amaç olarak hedeflemektedir. Bu karşımıza CMK md. 160'ta C. Savcısının soruşturma görevinde açıkça ifade edildiği üzere *"maddî gerçeğin araştırılması"* faaliyeti olarak ortaya çıkar. İtham- tahkik sistemi skalasında Türk ceza muhakemesi için de geçerli olduğu üzere tahkik sistemine daha yakın olan ceza muhakemesi sistemlerinde şüphelinin ikrarı, kamu davasının açılması için; sanığın ikrarı ise mahkumiyet için yetmez.

Onarıcı adalete en büyük itirazlardan biri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) md. 6'da da güvence altına alındığı üzere herkesin bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından adil bir yargılanma hakkı olduğudur.[47] Mağdurun cezai uyuşmazlıktaki rolü (hak sahipliği), zararlarının karşılanması ve onarılmasının ötesine geçerek failler bakımından adil yargılanma hakkının önüne geçemez.[48] *Ashworth*'e göre;

> *"Devletçiliğin zayıflaması ve neo-liberalizmin yükselişi ile toplumdaki güvenliğin tesisinde özel bireylerin de sorumluluğu olduğunu kabul eden ileri seviye liberal programlar -onarıcı adalet gibi- ortaya çıksa da devletin ceza adaletini yönetme ve bu şekilde faillere adil bir yargılanma hakkı başta olmak üzere ceza muhakemesindeki temel haklarını sağlama şeklindeki ana rolünün muhafaza edilmesi gerekir."*[49]

Bu eleştiri, onarıcı adaletin zorunlu ve olağan muhakeme sistemi haline geldiğinde ve gelmiş ülke uygulamaları var ise o noktada anlaşılabilir bir iti-

---

46 Bu ikisini de kapsaması nedeniyle kısaca *"ceza adalet sistemi"* olarak da kullanmaktayız.

47 ASHWORTH, s. 429.

48 ASHWORTH, s. 426 ve 429.

49 ASHWORTH, s. 433.

razdır. Ancak meşruiyet açısından bakacak olur isek Türk hukukunu ele aldığımızda onarıcı adalette tarafların *özgür iradeleri* ile cezai uyuşmazlık üzerinde belirleyici olma yetkisi verilmesinin yanı sıra temel muhakeme güvencelerinin sağlandığı olağan ceza muhakemesinin işletilmesi, *bir seçenek olarak mevcudiyetini korumaktadır*. Çünkü bize göre suç ve suç etrafında adalet kavramları gibi hem kompleks hem de yüksek öncelikli kavramlara, yegâne bir adalet anlayışı sunulması ile yetinilmesi de başka bir haksızlıktır.

Onarıcı adalet programında gerçekten suçun sübutu ve kim tarafından işlendiğinin de sübutuna ilişkin objektif faaliyet kısmı yer almamaktadır. Bu nedenle henüz 1977 yılında *Christie*, mağdur odaklı bir ceza muhakemesi sisteminin inşa edilmesi ihtimalinde de her şeyden önce ilk aşamanın, ceza muhakemesi sisteminin olağan-klasik faaliyeti olmak zorunda olduğunu vurgulamıştır. Buna göre öncelikle; "*bir hukuk ihlali var mıdır, var ise bu ihlal gerçekten söz konusu kişi tarafından mı ihlal edilmiştir"*[50] şeklindeki tespitlerin yapılması gerekir. Bundan sonra mahkeme mağdur odaklı anlayışla aşama aşama ilerleyebilir.[51]

Onarıcı adalet, sübut meseleleri halledilmiş varsayılarak failin sorumluluğu kabul etmesine ve sonrasında mağdurun zararlarının giderilmesine atfedilmiş bir ilişki onarma süreci olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu varsayım, onarıcı adaletin amacı maddî gerçeğin araştırılmasından ziyade savunma ve iddia makamlarının taraf olarak birbirini ithamına dayanan itham sisteminin uygulandığı ceza muhakemesi sistemlerinin olduğu ülkelerde[52] ilk planda daha çok güç bulmuş olmasından kaynaklabilir. Örneğin itham anlayışına daha yakın olan İskoç ceza hukukunda sanık suçu kabul etmeyi seçer ve suçlu bulunabilir veya suçu reddeder ve delillerle suçu bulunabilir.[53] Nitekim onarıcı adaletin modern anlamda geliştirilmesinin ve kurumsallaştırılmasının rotası, Kanada'da başlamış, oradan ABD'ye ve oradan da İskandinav ülkeleri ve sonrasında Birleşik Krallık'a ve oradan diğer Avrupa ülkelerine yayılmak şeklinde olmuştur.[54]

---

50 CHRISTIE, "Conflicts as Property", s. 10.

51 CHRISTIE, "Conflicts as Property", s. 10.

52 ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 212.

53 The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), "Scotland's criminal justice system", 14 Temmuz 2023, https://www.copfs.gov.uk/the-justice-process/scotland-s-criminal-justice-system/ (Erişim Tarihi: 20/09/2023).

54 VAN NESS / HEETDERKS STRONG, s. 28.

O halde onarıcı adalet programlarıyla ilgili birinci mesele, onarıcı adalet programının olağan ceza muhakemesi ve infaz sistemine hangi aşamada ve nasıl dahil olacağına ilişkindir. Daha somut ifadeyle, onarıcı adalet sistemi programlarının ceza adaleti sistemine hangi aşamadan itibaren dahil olmasına izin verilebilir? Ülkeler farklı yollar seçmiştir. Kimi ülkeler, mahkumiyet kararı sonrasında *koşullu salıverme (parole)* altında izin vermişken[55]; kimi ülkeler de, örneğin Japonya gibi, onarıcı adalet programlarının en baştan olağan ceza adaleti sistemine paralel olarak var olmasına izin vermişlerdir.[56]

Bununla bağlantılı olarak ikinci temel mesele, şüphelinin bu cezai ilişkiyi suç işleyerek meydana getiren kişi olduğuna yönelik ne derece bir şüphe aranacağına ilişkindir. Başlangıç şüphesi yeterli görülebilecek midir? Kamu davasını açabilecek ölçüde bir şüphe mi yoksa mahkûmiyet hükmüne varacak düzeyde şüpheyi yenmeyi ifade eden bir kesinlik mi gereklidir? Türk hukukunda ise bunun ortasında bir yol tercih edilmiştir. Buna göre uzlaştırmaya tabi kılınan suçlarla ilgili kamu davasının açılmasını sağlayacak düzeyde *yeterli şüpheye* ulaşılmakta ise onarıcı adalet programı olarak uzlaştırma kurumu işlemeye başlamaktadır. CMK md. 253/4'e göre; *"Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması hâlinde, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir"*.

Bu şekilde onarıcı adalet programı örneği olarak uzlaştırma, Türk ceza muhakemesinde kamu davası açılmasının bir alternatifi olarak kabul edilmiştir.[57] Onarıcı adalete sistemde yer açıldığı ilk an, *"kamu davası açabilme"* anı olarak belirlenmiştir. Onarıcı adalet programı ile cezai uyuşmazlığın olağan ceza adaleti sisteminin dışına suçun işlendiğine dair "yeterli düzeyde şüphe" ile çıkarılması, eleştirilebilir. Suçla ilgili failin sorumluluğunu kabul etmesi ve bu sorumluluğun gereğinin yapılması, onarıcı adaletin temel esası olsa da özelikle ikrarın hukukumuzda tek başına suçun sübutunu kabul etmemizi sağlamadığını dikkate aldığımızda daha yüksek düzeyde bir şüphe ile bu çıkartılmaya izin verilmesi gerektiği savunulabilir. Kamu davası aç-

---

55 Bkz.: ÇETİNTÜRK, **Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma**, s. 32-33. Ayrıca bkz.: YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. bası, Seçkin, Ankara, 2022, s. 870.

56 ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 217. Kadına yönelmiş şiddetle ilgili uyuşmazlıklarla ilgili sistem dışında kuran bir örnek olarak Brezilya hukuku için bkz.: ÇAKIRHAN Selen, "Kadına Yönelik Şiddette Uzlaştırma Mümkün Olabilir mi?: Alternatif Bir Uzlaştırma Modeli Olarak Brezilya Örneği" in **Ceza Hukuku Perspektifinden Kadına Yönelmiş Şiddetle Mücadele**, Yay. Haz. Rahime Erbaş, Adalet, Ankara, 2022, s. 79-104.

57 ZAFER Hamide, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2006, s. 130.

manın bir alternatifi olması daha yüksek düzeyde bir şüphe derecesi aranmasına engel değildir. Soruşturma evresinde yapılan bazı işlemler (örneğin bazı koruma tedbirlerinde olduğu gibi) kamu davası açılmasından daha yüksek düzeyde şüphe gerektirebilmektedir. Nitekim, uzlaştırmaya izin verilen bir suç türü olduğu ve kamu davası açabilecek düzeyde yeterli şüphenin bulunduğu C. Savcısı tarafından tespit edildiğinde şüpheli ve mağdura uzlaştırma usulünün uygulanması üzere teklif süreci başladığında (CMK md. 253/4), bu teklif süreci soruşturmanın devamını etkilemez. Delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına devam edilir (CMK md. 253/8).

Onarıcı adalet programı ile - hukukumuzda uzlaştırma ile - cezai uyuşmazlığın olağan ceza adaleti sisteminin dışına suçun işlendiğine dair "yeterli düzeyde şüphe" ile çıkarılmasından bahsetmekteyiz. Burada "çıkarılmak" ile kast ettiğimiz, söz konusu cezai uyuşmazlığın artık olağan ceza muhakemesine tabi olmamasıdır. Türk hukukunda uzlaştırma, esas itibarıyla ceza makamları nezdinde ilerlemektedir. Aşağıda detaylı yer verilecektir.[58] Ancak kısaca burada işaret etmek gerekir ki, uzlaştırma kurumuna özgü C. Savcılarının arasında iş bölümü ile ayrı bir büro - uzlaştırma bürosu adı altında- oluşturulmuştur (özellikle 2016 yılından bugüne).[59] Bu, uzlaştırma usulünün hem soruşturma hem de kovuşturma evresindeki uygulanması için de geçerlidir. Ancak müzakerelerin yürütülmesi için dışarıdan bu konuda belirli bir eğitimi tamamlamış ve bu şekilde uzlaştırmacı sıfatını almış kişiler görevlendirilmektedir. Bu nedenle Türk ceza muhakemesinde cezai uyuşmazlığın olağan ceza muhakemesinden tam olarak *çıkmasından/sapmasından (diversion)* ziyade, entegre biçimde ve paralel olarak ilerleyişinden bahsedebiliriz.

## II. TÜRK HUKUKUNDA ONARICI ADALET PROGRAMININ DÜZENLENMESİ

Hukukumuzda onarıcı adalet yaklaşımının en temel örneği[60], uzlaştırmadır.[61] Bu kurum, Türk ceza hukukunda onarıcı adalet anlayışını karşılayan

---

58 Bkz.: Çalışmada *"Uzlaştırmada Yargının Temsilcisi: C. Savcısı ve Uzlaştırmacı"* başlığı.

59 Bkz.: ŞIK Hüseyin, **Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu**, Adalet, Ankara, 2018, s. 113. Ayrıca bkz.: YENİSEY / NUHOĞLU, ss. 881-882; ÖZTÜRK VE DİĞERLERİ, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. bası, Seçkin, Ankara, 2022, s. 67.

60 Onarıcı adaletin "onarım" ve "zararı giderme" yönlerinden bakıldığında ceza muhakemesi hukukunda uzlaştırma dışında hukukumuzda onarıcı adalet yaklaşımının mağdurun zararının giderilmesi unsurunu bünyesinde takdiri veya zorunlu barındıran kimisi soruşturma kimisi kovuşturma evresine, hatta kimisi infaz evresine ait muhtelif kurumlar mevcuttur. Bunlar; C. Savcısının *kamu davasını açmadaki takdir yetkisi* (CMK md. 171/2), *hükmünün açıklanması-*

bir kurum olarak öngörülmüş[62] ve istisnai haller dışında soruşturma evresine hasredilmiştir. Bu yönüyle uzlaştırma da tıpkı önödeme ve seri muhakemede olduğu gibi cezai uyuşmazlığı soruşturma evresinde sonlandıran bir kurum örneği olarak karşımıza çıkmaktadır.[63]

Kurum, Türk ceza hukukuna[64] ilk kez 2005 yılında "uzlaşma" adı altında girmiştir.[65] Bu düzenlemede *"uzlaşma"* terimi, *"mağdur-fail uzlaşmasına"*[66,67] indirgenerek kavramsallaştırılmıştır. Bu tarihten önce Türk hukuku literatüründe "uzlaşma" şüpheli-yargılama makamlarını da içerecek biçimde Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki *plea bergaining* teriminin de karşılığı olarak kullanılmakta idi.[68] Hatta önödeme de kamu davası açma konusunda

*nın geri bırakılması* (CMK md. 231), *hapis cezasının ertelenmesi* (TCK md. 51), *etkin pişmanlık* kurumunun kabul edildiği bazı suçlarda ayrıca mağdurun zararının giderilmesinin şart koşulduğu haller (TCK md. 168). Ayrıca özel infaz usulü olan *konutta infaz*, mağdurun zararının giderilmesine ilişkin hakları saklı tutulmak kaydı ile uygulanır (İnfaz Kanunu md. 110/3). Bunların dışında, failin mağdurun zararını giderici davranışları, "fiilden sonraki davranışları" olarak cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde *takdiri indirim nedenleri* (TCK md. 62/2) bağlamında dikkate alınan bir hususdur. Uzlaştırma- takdiri indirim nedenleri hususuna dikkat çeken çalışma için bkz.: ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 123. Ayrıca bkz.: KAPLAN, ss. 77-79, ayrıca ss. 83-84; TOPÇUOĞLU Tuba / DURSUN Selman, "Turkey: Victimology and Victim Protection" in **Mapping the Victimological Landscape of the Balkans: A Regional Study on Victimology and Victim Protection with a Critical Analysis of Current Victim Policies**, Yay. Haz. Gorazd Meško, Eszter Sarik ve Anna-Maria Getoš Kalac, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, s. 545.

61 TOPÇUOĞLU / DURSUN, s. 545.

62 Bkz.: ÜNVER Yener / HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 3**, 20. bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 2261.

63 KETİZMEN Muammer, "Uzlaşmanın Sirayet Etmezliği İlkesinin Sonucu Olarak Mağdurun Yargılanacak Kişiyi Seçebilme Yetkisi", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, 2012, s. 2.

64 Zira 4/1/1961 tarih ve 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Ek madde 1-12 arasında "uzlaşma" Kanun'un üçüncü bölümünde düzenlenmişti. Vergi Usul Kanunu'ndaki bu uzlaşma, "idari ceza kararnamesi" olarak nitelendirilmekte idi (ŞAHİN Cumhur, "Ceza Muhakemesinde Uzlaşma", **Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1-2, 1998, s. 241-242).

65 Bkz.: ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 124.

66 ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 120.

67 Onarıcı adaletin Anglo-Sakson ülkelerinde genellikle "aile grup konferansları" veya "toplum konferansları" şeklinde uygulanırken; Kıta Avrupası ülkelerinde onarıcı adalet "mağdur- fail uzlaşması" (*victim-offender mediation*) ve "cezai uzlaşma" (*penal mediation*) şeklinde uygulandığı belirtilmektedir. Bkz.: The European Forum for Restorative Justice, 'The Idea of Restorative Justice and How It Developed in Europe" 3, ayrıca Türkiye'ye de yer verdiği kısım için 4, https://www.euforumrj.org/sites/default/files/2020-01/the_idea_of_restorative_justice_and_how_it_developed_in_europe.pdf (Erişim Tarihi: 16/09/2023). Bu modellerle ilgili bkz.: KAPLAN, ss. 66-71; TOKDEMİR, ss. 94-99.

68 ŞAHİN, s. 229.

savcı-şüpheli arasında uzlaşma imkanı öngören bir kurum olarak nitelendirilmektedir.[69] Bu nedenle öğretide bir görüş, uzlaştırmanın da kendi içinde türlerinin olduğu, hukukumuzda kabul edilen uzlaştırmanın *"adliye içi bir uzlaşma şekli"*[70] olarak, *'mağdur-fail uzlaşması'*[71] şeklinde ifade edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Uzlaşma kavramı, bu şekilde cezai uyuşmazlığın yargı dışında çözülmesine imkân sağlayan her hal, yargılamanın karşıtı olarak "uzlaşma" olarak anlaşılmaktadır. Hukukumuzda özellikle CMUK döneminde muhakeme sürecinde mağdurun taraf olarak yer alışının taliliğini dikkate aldığımızda herhangi bir uzlaşının tarafı olarak ilk akla gelenin şüpheli- savcı olması tabiidir. Bu nedenle CMUK döneminde etkin pişmanlık kurumu dahi uzlaşmanın özel bir şekli olarak değerlendirilmekte idi.[72] Bunun bir nedeni de 4/1/1961 tarih ve 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun vergi uyuşmazlıkları ile ilgili vergi mükellefi ile devletin anlaşarak yargılama dışında vergi uyuşmazlığını çözmesini, 1963 yılında "uzlaşma" olarak kavramsallaştırıp düzenlemesi idi.[73] Ancak 2005 yılında yeni CMK ile onarıcı adalet düşüncelerinin esas alınması ile artık uzlaşma, cezai uyuşmazlıkla ilgili mağdurla uzlaşmaya hasredilmiştir.[74] Bu nedenle mağdur-fail uzlaşması şeklinde açıklayıcı biçimde kavramsallaştırma olmaksızın da uzlaşmadan kast edilenin artık mağdur-fail uzlaşması olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Uzlaştırma 5271 sayılı CMK'da *"Özel Yargılama Usulleri"* başlıklı Beşinci Kitap içerisinde *"Uzlaşma ve Müsadere"* başlıklı İkinci Kısım'da Birinci Bölüm'de 253., 254. ve 255. maddelerinde ve ayrıca 05.08.2017 tarihli Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği ile düzenlenmiştir.[75] Yönetmelik'te uzlaştırma tanımlanmıştır. Buna göre;

---

69 ŞAHİN, ss. 239-240; ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 121.

70 ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 122.

71 ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 120.

72 ŞAHİN, ss. 242-243.

73 4/1/1961 tarih ve 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda 19/2/1963 tarihli Ek madde 1-12 arasında "uzlaşma" Kanun'un üçüncü bölümünde düzenlenmişti. Vergi Usul Kanunu'ndaki bu uzlaşma, "*idari ceza kararnamesi*" olarak nitelendirilmekte idi.

74 Uzlaştırma kurumu olmasaydı, failin mağdurun zararını giderme veya onarma davranışları kovuşturma aşamasında cezanın belirlenmesinde *"takdiri indirim nedenleri"* başlıklı TCK md. 62/2'deki *"failin... fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları"* kapsamında dikkate alınabilecek bir husustur. Bu noktaya dikkat çeken çalışma: ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 123.

75 05.08.2017 Resmî Gazete Sayısı: 30145, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=23823&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5 (Erişim Tarihi: 15/09/2023).

*"Uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaştırılmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecini,.. ifade eder"* (md. 4/1-k).

Uzlaştırmada, mağdurun iradesi ile şüphelinin iradesinin bir araya gelerek ceza muhakemesinin akıbetini belirlemesine - cezai uyuşmazlığı soruşturma evresinde sonlandırılmak suretiyle - izin verilmiştir.[76] Uzlaştırmada cezai uyuşmazlık, C. Savcısının yetkisinde ceza muhakemesinin dışına çıkılarak ele alınmakta ve çözülmektedir.[77] Bu açıdan uzlaştırma aynı zamanda kamu davasının mecburiliği ilkesinin istisnalarından biridir.[78] Bir taraftan süreç, bağımsız uzlaştırmacılar ile yargı dışında ilerlemekte ise de süreç büyük resimde soruşturmanın yetkilisinin, C. Savcısının, nezdinde yürümekte ve nihayetlenmektedir.[79] Mağdur en baştan şikâyet hakkını kullanmayarak olayı cezai uyuşmazlık olarak muhakemenin konusu yapmayabilir. Bu şekilde de mağdur iradesi ile ceza muhakemesinin akıbetini belirlemiş olmaktadır. Ancak uzlaştırmada mağdur ceza muhakemesinin akıbetini şüpheli ile yargı makamlarının nezdinde karşı karşıya gelerek ve ona zararını onarma imkânı sunarak belirlemiş olmaktadır. Bu şekilde onarıcı ceza adaletinin Türk ceza muhakemesi hukukundaki en önemli karşılığı, uzlaştırma kurumudur.[80] Nitekim Genel Gerekçe'de bu husus, *"... çağımız ceza adaletinde önemle geliştirilen 'onarıcı adalet' kavramının uygulanmasını*

---

76 *"Ceza Muhakemesi hukukunda, mağdurların haklarının korunması ve suç faillerinin topluma kazandırılması amacıyla gelişen uzlaştırma; mağdur ve failin, özgür iradeleriyle kabul etmeleri hâlinde, tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla, suçtan ortaya çıkan sorunların çözümüne aktif olarak katıldıkları bir süreçtir. Uzlaştırmanın hedefi, suçun işlenmesinden sonra fail ve mağdur arasında meydana gelen çekişmeyi, tarafsız bir uzlaştırmacının girişimiyle çözmektir"* (Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma', 1, <https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2112018153707Ceza%20Muhakemesinde%20Uzlaştırma.pdf (Erişim Tarihi: 20/09/2023). Ayrıca bkz.: ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 125.

77 ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 121.

78 ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 119. Ancak kamu davasının mecburiliği Türk ceza muhakemesinde güçlü ve katı biçimde kabul edilmiş olsa da (MERAKLI, s. 807) ve gerçekten CMK md. 171'de maslahata uygunluk ilkesine çok dar bir sınır tanınmış olsa da bugün Türk ceza muhakemesinde C. Savcısının cezai uyuşmazlığı sonlandırma yetkisi artmaya devam etmektedir. Nitekim, Türk hukukunda cezai uyuşmazlığın soruşturma evresinde sonlandırılmasına hizmet eden ve kapsamı sürekli geliştirilen önödeme ve seri muhakeme başta olmak üzere birçok kurum mevcuttur.

79 C. Savcısının uzlaştırmacıya talimat verebilmesiyle ilgili eleştiriler için bkz.: SOYGÜT Mualla Buket, "Ceza Muhakemesinde Uzlaşma Temel Sorunlar ve Öneriler", **Suç ve Ceza**, S. 3, 2008, s. 91.

80 KETİZMEN, ss. 2-3.

*sağlayan ve "uzlaşma" olarak tanımlanan çok önemli bir yeni ceza hukuku kurumuna yer verilmiştir"*[81] şeklinde belirtilmiştir. Hâlihazırda her ne kadar onarıcı adalete vurgu yapılmakta ise de uzlaştırmanın Türk ceza muhakemesinde kabul edilmesinin en önemli gerekçesi, yargının iş yükünün azaltılmasıdır.

## III. TERMİNOLOJİ: ONARMAK MI YENİDEN İNŞA ETMEK Mİ?

Onarıcı adalet yaklaşımını kavramak ve hatta geliştirebilmek için terminolojiyi mercek altına almamız gerekir. Türkçe literatürdeki eserler incelendiğinde Türkçe'de neden *onarıcı* sözcüğünün kullanıldığı sorusunun tartışılmadığı görülmektedir.[82] Buna göre onarıcı adalet, kavramın modern anlamda türetildiği Batılı eserlerde *"restorative justice"* kelimesi ile karşılanmaktadır. İngilizce'deki *"to restore"* fiili, Türkçe'de *"onarmak"* ile karşılanmaktadır. Neden Türk hukukundaki eserler, *"onarmak"* fiilini seçilmiştir? Bu konu Türk hukukunda yeterince tartışılmamıştır.[83] Görünen o ki, *"to restore"* fiilinin ilk anlamı olan onarmak seçilmiş ve bu da literatürde kanıksanmıştır. Kanunda ise "onarmak" fiiline hiç rastlamamaktayız. Daha ziyade onarıcı adaletin bir uygulama anlayışı olarak nitelendirebileceğimiz "mağdur-fail uzlaşması" ve kısaca uzlaşma üzerinden konu düzenlenmektedir. Bununla birlikte İngilizce'de onarmak anlamına gelen *"repair"*, *"fix"* ve *"mend"*, *"redress"* veya hukuk terminolojisinde de kanun yollarında kullanılan (*legal remedies*) *"remedy"* gibi birçok sözcük ile karşılaşmaktayız. Neden Batılı eserler, *"to restore"* fiilini seçilmiştir? Bunun nedeni, burada amaçlananın sadece onarmak olmamasıdır. Amaç, bir şeyleri onarırken -ister bireyler ister toplum açısından olsun- düzenin yeniden inşa edilmesidir. Nitekim *Garapon'a* göre İngilizce'deki onarmak fiilinin karşılığı *"to restore"*, Fransızca *"restaurer"* sözcüğünden gelmekte ve bu kelime Fransızca'da da

---

[81] TBMM, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)", Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, (çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm, (Erişim Tarihi: 23/11/2021).

[82] Örneğin çalışmalarda *"onarıcı adalet kavramı"* şeklinde başlıkların Türkçe terminoloji tartışması içermediği görülmektedir. Bkz.: TÖNGÜR / ÇETİNTÜRK, ss. 9-10; AKDENİZ, ss. 4-6. Aynı şekilde 2023 yılında savunulan bir doktora tezinde de terim tartışması yapılmamıştır. Bkz.: ÖZEROĞLU Alev, **Türk ve Amerikan Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2023, s. 17. Terminoloji tartışması genellikle hukukumuzdaki onarıcı adalet formu olan *"mağdur- fail uzlaştırması"* ve dolayısıyla *"uzlaşma"-"uzlaştırma"* ile ilgili ve sıklıkla İngilizce terimler olan *"mediation"* ve *"conciliation"* üzerinden yapılmaktadır. Bkz.: DEĞİRMENCİ, ss. 87-89; DURSUN, ss. 52-53.

[83] Krş. TOKDEMİR, ss. 79-81.

aynı zamanda İngilizce *"re-establish"*, Türkçe yeniden tesis etme anlamına gelmektedir.[84] Çünkü onarmak, o düzeni yeniden inşa etmenin bir aracı olabilir, ancak tamamen kendisini ifade etmeye yetmez.

Keza *Christie*, cezai uyuşmazlığın bir fırsat olarak görülmesi gerektiğini savunur. Bu, örneğin yürütülen bir süreçle yanlışın gösterilmesi ve mağdurun haklılığı anlaşılarak normların belirlenmesini (*norm-clarification*)[85] sağlama fırsatı, pedagojik (eğitimle ilgili) fırsatlar, ülkede geçerli olan hukukun neyi temsil ettiğini ve amaçladığını tartışma fırsatı ve hırsızlık fiilinin ne kadar yanlış bir fiil olduğunu veya mağdurun ne kadar haklı olduğunu tartışma fırsatıdır.[86] Bu, her şeyden önce bir süreci ifade eder. Onarıcı adalet, süreci önemseyen ve süreç boyunca hem mağdur hem fail hem de toplum açısından onarmayı ve iyileştirmeyi hedefleyen bir anlayıştır.[87] CMK md. 253'te bu süreç, uzlaştırma müzakeresi, kısaca "müzakere" olarak belirtilmiştir. TCK tasarı gerekçesinde ise onarıcı adaletle amaçlananlar şu şekilde ifade edilmiştir: *"Uzlaşmanın hedefi suçun işlenmesinden sonra fail ve mağdur arasında meydana gelen çekişmeyi, bir arabulucunun girişimini sağlayarak çözmek ve adaleti sağlamaktır. Failin neden olduğu zararın giderilmesi, fail-mağdur arasındaki barış, uzlaşmanın asıl unsurunu oluşturur."*[88]

## IV. ONARICI ADALETLE İLGİLİ KURUMUN TÜRK HUKUKUNDA İLK DÜZENLENİŞİ

Uzlaştırma, Mülga TCK ve CMUK döneminde mevcut değildi.[89] 5237 Sayılı TCK'nın Genel Gerekçesi'nde Birleşmiş Milletler Konferansı'nın tavsiye ettiği uzlaştırma kurumuna yer verilmemiş olmasının önemli bir noksanlık olarak sayılması gerektiği belirtilmişti.[90] Buna göre;

---

84 GARAPON, ss. 150-151.

85 CHRISTIE, "Conflicts as Property", s. 8.

86 CHRISTIE, "Conflicts as Property", s. 8.

87 ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, ss. 186-188.

88 TBMM, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)", Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm (Erişim Tarihi: 15/09/2023).

89 Türk hukukunda uzlaştırma ile ilgili daha detaylı bilgiler için bkz.: AKBULUT / AKSAN, ss. 21-26; DEĞİRMENCİ, ss. 125-129.

90 TBMM, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)", Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, (çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm (Erişim Tarihi: 23/11/2021). Ayrıca bkz.: AKDENİZ, s. 3.

*"Çağımızda suç mağdurlarına karşı ceza adalet sisteminde, mağdurların yararları yönünde yeni bir duyarlılığın ortaya çıktığı görülmektedir. Ülkemizde bugüne kadar mağdurlara karşı gösterilen özel dikkat sadece bazı adam öldürme, terör ve örgütlü suçlar bakımından söz konusu oluyordu. ... XXI. Yüzyıl adalet sistemi mağdurun tatmin edilmesini de ön plâna çıkarmış bulunmaktadır. Bugün anlaşılmıştır ki, suça karşı salt ceza yaptırımları yeterli değildir. Zararın giderilmesi ve onarım, hiç şüphesiz, adaletin temel amacını oluşturmaktadır. Ancak bu, tek görünüm değildir."*[91]

---

[91] Devamı; "*Uzlaşmanın hedefi suçun işlenmesinden sonra fail ve mağdur arasında meydana gelen çekişmeyi, bir arabulucunun girişimini sağlayarak çözmek ve adaleti sağlamaktır. Failin neden olduğu zararın giderilmesi, fail-mağdur arasındaki barış, uzlaşmanın asıl unsurunu oluşturur. Fail-mağdur arasında uzlaşma dışında da, tazminatın sağlanması olanaklıdır. Ancak uzlaşma kurumunda, zararın giderilmesi ve onarım yanında ayrıca bir moral unsur da vardır. Bu nedenle fail-mağdur arasındaki uzlaşma suçun faili bakımından cezanın "özel önleme" fonksiyonuna yardım ettiği gibi mağdurun ve genel olarak kamunun da yararlarının korunmasını sağlar. Fail, uzlaşma ile, işlediği suçun sorumluluğunu kabul edip üstlenerek ve sonuçlarını da gidererek toplumla yeniden bütünleşme olanağını elde etmiş olur. Böylece failin ceza sorumluluğunu tespit ve zararın giderilmesi için gereken yapılmış bulunacağından, mağdur bakımından da adalet yerine getirilmiş olur. Fail-mağdur arasındaki uzlaşma, bundan başka, kamuda da, fiille ihlâl edilmiş olan hukuk kurallarının geçerliliğini vurgulamış ve dolayısıyla kamusal barışın yeniden kurulmasına hizmet etmiş olur. Tasarının kabul ettiği sisteme göre, uzlaşma aşağıdaki esaslara göre gerçekleştirilmektedir."*

*a) Uzlaşma sadece soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar için geçerlidir. Böylece sadece küçük ihtilâfları içeren suçlar bakımından (hakaret, sövme, tehdit, basit nitelikli eylem gibi) bu yola gidilebilecektir. Bu ayırım ile, hukukumuzda yargı organlarının daha ağır suçlara ayırabilecekleri zaman alanı genişletilmekte ve küçük suçlarda tamamen yenileştirilmiş bir yaptırım sistemi geliştirilmektedir. Tasarı, ceza adaletinde onarıcı bir sistemi böylece organik olarak gerçekleştirmektedir.*

*b) Failin suçu ve sorumluluğunu kabullenmesi gerekir. Fail fiilini inkâr etmemelidir. Fail, kendisine isnat olunan suçları işlemediğini öne sürecek olursa o zaman ceza yargılama kuralları uygulanarak durumun aydınlatılması gerekir ve uzlaşma kurumu işletilmez.*

*c) Fail suçtan doğan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemeli ve gidermelidir. Zararın giderilmesi failden dikkati çekecek surette büyük miktarda edimlerin yerine getirilmesini veya kişisel bir takım özverilerde bulunmasını gerektirdiği durumlarda, failin bütünüyle veya geniş bir kısmı itibarıyla mağdurun zararlarını tazmin etmeye çalışması aranır.*

*d) Fail ve mağdur özgür iradeleri ile uzlaşmalıdırlar. Uzlaşma yoluna gidecek olan fail ve mağdur, bu yolu, gönüllü olarak kabul etmelidirler. Fiil, doğru olarak ve her iki tarafça kabul edilebilecek şekilde saptanmalı ve bir çözüm yolu bulunmalıdır.*

*e) Fail veya mağdurun uzlaştıkları Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptanmalıdır. Suçtan doğan zararın onarımına veya zararın giderilmesine ilişkin taraf iradeleri ceza yargılama hukuku kurallarına göre saptanacaktır.*

*f) Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı fail-mağdur arasındaki uzlaşmayı saptadığında kamu davası açmayacaktır. Bu tespit kovuşturma evresinde hâkim tarafından yapıldığında fail hakkında mahkûmiyet hükmü verilemeyecektir. Bunun anlamı şudur ki, failin suçun zararlı sonuçlarını gidermek üzere yapacağı hareketler, ceza kovuşturmasının başlamaması veya son verilmesi ile sonuçlanacaktır"* (TBMM, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)", Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm (Erişim Tarihi: 15/09/2023).

Onarıcı adaletle ilgili ilk düzenleme yapılırken kanun koyucu, bu yeni adalet anlayışını iyice kavrayarak bilinçli bir şekilde hareket etmiştir.[92] Bunun önemli bir göstergesi olarak, onarıcı adaletin gelişiminde başat görülen *Eglash*'ın bu tür bir adalet anlayışıyla hareket edilmesinin suçluların rehabilitasyonuna hizmet edebileceği görüşü[93], TCK tasarı gerekçesine yansımıştır.[94] Buna göre,

> *"Fail-mağdur arasında uzlaşma dışında da, tazminatın sağlanması olanaklıdır. Ancak uzlaşma kurumunda, zararın giderilmesi ve onarım yanında ayrıca bir moral unsur da vardır. Bu nedenle fail-mağdur arasındaki uzlaşma suçun faili bakımından cezanın "özel önleme" fonksiyonuna yardım ettiği gibi mağdurun ve genel olarak kamunun da yararlarının korunmasını sağlar. Fail, uzlaşma ile, işlediği suçun sorumluluğunu kabul edip üstlenerek ve sonuçlarını da gidererek toplumla yeniden bütünleşme olanağını elde etmiş olur."*[95]

Bu şekilde Türk hukukunda ilk kez 2005 yılında 5237 sayılı TCK'da *'Dava ve Cezanın Düşürülmesi'* başlıklı dördüncü bölümünde yer alan şikayetin düzenlendiği 73. madde ayrıca uzlaşmayı da içerecek şekilde düzenlenmiştir. Bu hükmün başlığı, *"Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar, uzlaşma"* şeklinde idi. 73. maddenin 8. fıkrasında şöyle yer verilmişti:

> *"Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bulunan suçlarda, <u>failin suçu kabullenmesi</u> ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir."*[96]

Bu düzenlemenin şikâyet kurumunun düzenlendiği maddede düzenlenmesi nedeniyle TCK 73/8'deki bu hüküm hakkındaki öğretide bir görüşe göre *"yasa koyucu şikâyetten vazgeçmeyi, uzlaşma adı altında vazgeçme*

---

92 AKDENİZ, s. 2.

93 EGLASH, s. 620. *Eglash*'ın bu görüşüne işaret ederek dikkatimizi bu görüşe çeken çalışma ise BARNETT, s. 53.

94 Ayrıca bkz.: ÜNVER / HAKERİ, ss. 2262-2263.

95 TBMM, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)", Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm (Erişim Tarihi: 15/09/2023).

96 https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html (Erişim Tarihi: 15/09/2023).

*kurumuna belirli şartlar ekleyerek yeniden tanımlamıştır*."[97] Buna göre şikâyetten vazgeçme, uzlaşmaksızın da mümkün olabildiğinden taraflara "uzlaşmaya" göre daha geniş hareket alanı tanımaktadır.[98] Mağdur şikâyet hakkını kullandıktan sonra fail ile kendi arasında anlaşarak şikâyetten vazgeçer ise uzlaşma usulü engellenmiş olacaktır.[99]

Onarıcı adalet kurumu olarak uzlaştırma, Türk hukukuna ilk kez 2005 yılında girmesinden sonra da gelişmeye devam etti. Türk hukukunda onarıcı adaletin yerleşmesinde bilhassa Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları'nın önemli bir rol oynadığı söylenebilir.[100] Bugün itibarıyla uzlaştırmayla ilgili mevzuatın söz konusu Tavsiye Kararları ile uyumlu olduğu da belirtilmektedir.[101]

## V. HUKUKİ NİTELİĞİ: ÖZEL BİR YARGILAMA USULÜ OLABİLİR Mİ?

Uzlaştırma konusunda da, tıpkı önödeme gibi, kurum olarak yerinin ceza kanununa mı yoksa ceza muhakemesi kanununa mı ait olduğu yönünde bir tartışma mevcutur.[102] Örneğin bir görüşe göre "*.. uzlaşma bir yandan muhakemeyi engellemesi nedeniyle bir muhakeme hukuku kurumu; diğer yandan ise faille devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdirdiğinden ceza hukuku kurumudur; diğer bir söyleyişle çifte karakterli bir kurumdur."*[103] Ancak bu görüş uzlaşmaya ilişkin olası değişikliklerde yeni düzenlemelerin nasıl yorumlanacağına ilişkin sorunlar çıkabileceğini dikkate alarak nihayetinde kurumun yerinin muhakeme hukuku olduğu ve bu değişiklerin derhal uygulanması gerektiği sonucuna varmaktadır.[104] Ancak diğer görüşe göre ise uzlaştırmanın bu şekilde maddi ceza hukuku yönü de olduğundan lehe kanun uygulamasında uzlaştırma hükümlerinin de dikkate alınması gerekir.[105] Bir diğer görüşe göre ise uzlaştırma, hem maddi ceza hukuku hem de şekli

---

97 ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 122.

98 ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 121.

99 ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 128.

100 Detaylı bilgi için bkz.: DURSUN, ss. 56-63. Ayrıca bkz.: YENİSEY / NUHOĞLU, s. 870.

101 DURSUN, s. 63. Ayrıca bkz.: SOKULLU-AKINCI Füsun / DURSUN Selman, **Viktimoloji (Mağdurbilim)**, 3.bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 349-353.

102 Bkz.: AKBULUT / AKSAN, ss. 29-32; DEĞİRMENCİ, ss. 92-96; AŞCI Arzu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumuna Kısa Bir Bakış", **İzmir Barosu Dergisi**, C. 83, S. 1, 2018, ss. 89-90.

103 ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 125.

104 ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 125; DEĞİRMENCİ, ss. 96.

105 YENİSEY / NUHOĞLU, s. 871; AKBULUT / AKSAN, s. 34.

ceza hukuku kurumu olarak karma nitelikli bir kurumdur.[106] Bu ikilem kanun koyucu açısından da özellikle terminolojide gözlemlenmektedir. Bu hususa, uzlaştırma kurumunun Türk hukukuna ilk kez dahil edildiği TCK'nın genel gerekçesinde şöyle işaret edilmişti;

> *"...[U]zlaşma, esasında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yer alması gereken yeni bir kurumdur; ancak Ceza Kanununda esas hükmün yer alması ve Usul Kanununda uygulamanın düzenlenmesi zorunludur. Bu nedenle maddenin (2) numaralı fıkrasında kuruma yer verilmiştir."*[107]

Tıpkı şikâyette olduğu gibi uzlaşmada da mağdur, iradesi ile ceza muhakemesinin akıbetini belirlemiş olmaktadır. Diğer bir anlatımla, uzlaşma da şikâyette olduğu gibi bir muhakeme engeli olarak kabul edilmiştir.[108] Bu şekilde mağdurun fail ile uzlaşması soruşturmaya devam edilmemesi, şikayet şartının gerçekleşmemesi nedeniyle soruşturma yapılmaması işlevine üstünlük tanınarak şikayet ile birlikte düzenlenmiştir. Bu nedenle başlangıçta kurumun adı, "uzlaşma" idi. Ancak kısa bir süre sonra, 2006 yılında uzlaşma ceza muhakemesi kurumu olduğu gerekçesiyle 5560 sayılı Kanun[109] ile TCK'dan çıkarılarak CMK'ya "uzlaştırma" olarak eklenmiştir.[110]

Kurumun hukuki niteliğine ilişkin tartışma, terimine de yansımıştır. TCK'da 'uzlaşma" olarak ifade edilen kurum CMK'ya 'uzlaştırma' olarak alınmıştır. Zira tıpkı şikâyette olduğu gibi mağdurun etken konumda olduğu artık kişilerin şikâyet hakkını kullanmamasına veya şikayetten vazgeçmesine eşdeğer bir işlevi ifade eden mağdurun fail ile uzlaşması değildir. Daha ziyade artık ceza muhakemesi makamlarının girişimiyle -Kanun'un ifadesiyle uzlaştırılması girişiminde bulunulması ile- gerçekleşen mağdurun edilgen

---

[106] AKBULUT / AKSAN, s. 32; ERTEMÜR, s. 161.

[107] TBMM, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)", Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm (Erişim Tarihi: 15/09/2023).

[108] ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 124; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 213.

[109] 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, md. 45, Resmî Gazete Sayısı: 26381, Tarih: 19 Aralık 2006, https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/12/20061219-1.htm (Erişim Tarihi: 15/09/2023).

[110] Gerekçe şu şekildedir: *"Maddeyle, 5237 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin sekizinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Bir usul hukuku müessesesi olan uzlaşma ile ilgili olarak ceza muhakemesi kanununda ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Bu nedenle, uzlaşma kapsamına giren suçları belirleyen hükmün de Ceza Muhakemesi Kanununda yer almasının daha doğru olacağından fıkra yürürlükten kaldırılmıştır".* (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 5, Sayı: 1255, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1255m.htm (Erişim Tarihi: 15/09/2023).

konumda olduğu fail ve mağdurun uzlaştırılması söz konusudur. Yönetmelikte de *"uzlaştırmacı tarafından anlaştırılmaları"* denilmektedir (md. 4/1-k). "Uzlaşma" ve "uzlaştırma", bir arada varlığını devam ettirmektedir. Uzlaştırma başarısız kaldığında, taraflar uzlaştırmacı olmaksızın kendileri uzlaşabilirler.[111] Bu halde düzenlenecek belge artık *uzlaştırma raporu* değil; *uzlaşma belgesi* adını alır. Keza cezai ilişkinin birden fazla fail tarafından meydana getirildiğinde nasıl bir yol izleneceğini düzenleyen 255. maddenin başlığı *"birden çok fail bulunması hâlinde uzlaşma"* şeklindedir. Ayrıca Uzlaştırma Yönetmeliği'nde iki terim de tanımlanmıştır.[112] Keza 253/19'da *"Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde,..."* nasıl bir yol izleneceği düzenlenmiştir.

Uzlaştırma, Türk hukukunda, şartlarından, işlevinden ve sonuçlarından hareketle de hukuki olarak nitelendirilmektedir. Örneğin *Yenisey ve Nuhoğlu'na* göre *"uzlaştırma, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan, ağır olmayan suçlarda, toplumun suç ile bozulan kamu düzenini, 'tarafların barışması' yolu ile yeniden ihdas eden, mağdurun zararını da giderilmesi suretiyle, adaleti yerine getiren, yeni bir yaptırım benzeri kurumdur".*[113] Ayrıca yazarlara göre uzlaştırma, *"Devletin ceza verme hakkını ortadan kaldıran bir sebep"*[114] niteliğinde kabul edilmelidir. Sonucundan hareketle, *Zafer'e* göre *"uzlaşma, iddianamenin alternatifi bir kurumdur."*[115]

Uzlaştırmanın hukuki niteliğine ilişkin Türk hukuk literatüründe farklı görüşlere rastlanmasının birçok nedeni bulunmaktadır. Birinci temel nedeni yukarıda *"Onarıcı Adalet Programlarının Ceza Adalet Sistemine İlişkisinin Tesisi"* başlığında gösterdiğimiz üzere, onarıcı adaletin programlarının olağan ceza adalet sistemiyle nasıl ilişkilendirileceği veya ilişkilendirilip ilişkilendiri-

---

[111] CMK md. 253/16: "*Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler*".

[112] **Yönetmelik *(md. 4/1- j):*** "*Uzlaşma: Uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak anlaşmış olmalarını, ifade eder."*

**Yönetmelik *(md. 4/1-k):*** *"Uzlaştırma: Uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaştırılmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecini, ifade eder."*

[113] YENİSEY / NUHOĞLU, s. 871.

[114] YENİSEY / NUHOĞLU, s. 871.

[115] ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 130.

lemeyeceğine ilişkin meseleden doğmaktadır. Onarıcı adalet diğer adalet anlayışlarının aksine suça, faile, mağdura ve toplumun suçla ilgili rolüne ya da menfaatlerine ilişkin olağan ceza adaleti sisteminden büyük ölçüde ayrışan, kendine özgü yaklaşımlarını programa dönüştürebilmiş bir adalet anlayışıdır. *Zehr*'in ifadesiyle "*onarıcı adalet, bir harita değil; bir pusuladır.*"[116] Bu şu anlama gelmektedir: Onarıcı adalet, olağan ceza muhakemesinde yollarımızı bulmamızı sağlayan bir harita değil; suç, fail, mağdur, toplum ve adalet kavramları üzerinden yönümüzü bulmaya çalıştığımız bir pusuladır. Haritamız aynı değil ise bize pusula işlevi gören onarıcı adalet ile ceza muhakemesi haritasındaki hukuki nitelendirmeleri ancak şartları, işlevi ve sonuçları gibi çeşitli tutamak noktalarından hareketle hukuki açıdan nitelendirebiliriz. Bu yöntemle hukuki nitelendirmeleri tüketemeyiz. Bunun yanı sıra örneğin bu suçlarda müsadere kurumunun uygulanması veya kanun yolları meselesi gibi uzlaştırmanın birçok tartışmalı yan sonucu doğmaktadır.[117]

CMK'nın sistematiğinden kanun koyucunun uzlaşmayı "*özel yargılama usulü*" olarak kabul ettiği sonucu çıkmaktadır. Nitekim CMK'da *"Özel Yargılama Usulleri"* başlıklı Beşinci Kitap içerisinde *"Uzlaşma ve Müsadere"* başlıklı İkinci Kısım'da Birinci Bölüm, "Uzlaşma" kurumuna hasredilmiştir. Uzlaşmanın olağan ceza muhakemesinin dışında bir usul olması itibarıyla "özel bir usul" olarak nitelendirilmesi isabetlidir. *Kunter'in* de işaret ettiği gibi fiili durumda ceza muhakemesi değil; ceza muhakemeleri durumu oluşmaktadır.[118] Ancak mesele, uzlaştırma usulünün gerçekten bir yargılama faaliyeti olup olmadığı noktasındadır. Yargılamak, *Kunter*'in betimlediği üzere yarmak, şüpheyi yenmek ve uyuşmazlığı yararak bir karar vermektir.[119] Uzlaştırmada veya kişilerin kendilerinin uzlaşmasında böyle bir faaliyetten bahsedemeyiz. Türk hukukunda uzlaştırmada bağımsız uzlaştırmacılar görev alsa da teşkilatlandırma açısından esas itibarıyla ceza makamları nezdinde ilerlemesi nedeniyle uzlaştırmada cezai uyuşmazlığın olağan ceza muhakemesinden tam olarak *çıkmasından/sapmasından (diversion)* ziyade, entegre biçimde ve paralel olarak ilerleyişinden bahsedebiliriz. Bu teşkilat-

---

[116] ZEHR Howard, **The Little Book of Restorative Justice. Intercourse**, 1. bası, Good Books, Pensilvanya, 2002, s. 10.

[117] Detaylı bilgiler için bkz.: ÜNVER / HAKERİ, ss. 2285-2287.

[118] KUNTER Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. bası, Beta, İstanbul, 1989, ss. 9-10. Ancak nasıl ki günümüzde cezaların türleri artmasına rağmen cezalar hukuku değil, "ceza hukuku" şeklinde ifade etmekteyiz, ceza muhakemeleri hukuku değil; ceza muhakemesi hukuku şeklinde ifade edilmesi, isabetlidir (KUNTER, 10).

[119] KUNTER, s. 126.

landırma nedeniyle bir yargılama usulü - özel bir yargılama usulü - olarak kabul edilerek *"Özel Yargılama Usulleri"* başlıklı Beşinci Kitap'ta uzlaştırmaya yer verildiği kanaatindeyiz. Faaliyet türü olarak ise uzlaştırmanın "yargılama" faaliyeti olmadığını; süreci önemseyen, süreç boyunca onarmayı ve süreçle yanlışın gösterilmesi ve mağdurun haklılığının anlaşılarak normların belirlenmesini (*norm-clarification*)[120] hedefleyen, failin sorumluluğunu almasını temel alan, mağdurunkiler başta olmak üzere failin de ihtiyaçlarını karşılamayı ve tarafları güçlendirmeyi hedefleyen bir süreçtir.[121] Bu şekilde bir süreç tasarlayıp süreç boyunca onarımı hedefleyen bir anlayışın, gerçekten yargılama faaliyeti olarak nitelendirilmesi güçtür.[122]

## VI. UZLAŞTIRMANIN KONUSU OLARAK CEZAİ UYUŞMAZLIK

Türk hukuku açısından ilk planda suçun işlenmesiyle meydana getirilen cezai uyuşmazlığın[123] uzlaştırmanın konusunu oluşturduğu ve bu şekilde yargılama faaliyetinin konusu olan uyuşmazlığın, yargılamanın görece dışarısında alternatif bir yol olarak uzlaştırma kurumu ile ortadan kaldırıldığını söyleyebiliriz.[124] İkinci planda, onarıcı adaletin esaslarına indiğimizde onarıcı adalette cezai uyuşmazlık, suçun işlenmesi ile fail ve devlet arasında değil; kişilerin somut çevresi de dikkate alınarak mağdur ve fail arasında kurulur.[125] Olağan ceza muhakemesi anlayışının dayandığı adalet anlayışında kavramlar, örneğin Devlet, cezai uyuşmazlık, failin sorumluluğu ve toplum gibi soyut kabullere dayanırken; onarıcı adalette her bir suç işlenmesi durumu somut olarak anlaşılır ve onarılır.[126]

ABD hukukunda mağdur haklarının gelişimi ile yaptığımız 2015 yılındaki çalışmada, Türk hukuku gibi birçok ülkede de geçerli olan bu hukuk sistemindeki şu soyut kabulü belirterek ilerlemiştik: *"Amerikan hukukunda suçla-*

---

120 CHRISTIE, "Conflicts as Property", s. 8.

121 ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 177.

122 Bu nedenle onarıcı adaletin Türk hukukunda hukuki olarak yapılandırma tartışmalarına (MERAKLI, ss. 795-797) katılmamaktayız. Çünkü en temelde şu soruların kesin cevabı bulunmamaktadır: onarıcı adalet, hukuki bir kurum mudur? Yahut hukuki bir kurum olmak zorunda mıdır?

123 *"Ceza ilişkisi kamu davasının açılmasıyla değil, suçun işlenmesiyle doğmaktadır"* (ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75)**, 8. bası, Beta, İstanbul, 2021, s. 744).

124 CENTEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 751 vd..

125 ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 181.

126 ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, ss. 40, 50, 75 184 ve 202.

*rın devlete karşı işlendiği; diğer bir anlatımla işlenen suçun mağdurunun, bizatihi bireylerden ziyade bir bütün olarak toplum olduğu anlayışının hakim olması oluşturmaktadır. Suçun devlete karşı işlendiği kabulünün bir sonucu olarak suçları soruşturmak ve kovuşturmak, yalnızca savcının görevidir. Mağdur, ceza muhakemesinin bir süjesi olarak kabul edilmez; genellikle şüpheli veya sanık aleyhine ifade veren bir tanık muamelesine tabi tutulur."*[127]

Onarıcı adalet, bu kabulü radikal biçimde reddetmektedir. *Zehr*'e göre *"suç, kişilerin ihlale uğraması ve ilişkilerin ihlal edilmesidir"*.[128] Bu, kişiye dönük bir ihlaldir. Çünkü, *"... basit bir mala karşı bir suç işlendiğinde dahi malın değeri az olsa ve ihlal doğrudan mala yönelik olsa bile burada kişi, kendisinin ihlale uğradığını hisseder. Çünkü suç bizim güven duygumuzu zedeler, şüpheci hale gelmemize, yabancılaşmamıza ve hatta bazen ırkçı hislerin doğmasına neden olur"*.[129] İlişkiler ihlal edilmiştir çünkü, *"... suçun işlenmesi; kişinin arkadaşları, komşuları, akrabaları ve sevdikleri arasında duvarlar örer. Suça maruz kalmak, bizim etrafımızla olan ilişkilerimizi etkiler"*.[130] *"Suç, mağdur ve fail arasında kötü bir ilişki meydana getirir. Eğer daha önce mağdur ve fail arasında bir ilişki mevcut değil ise suçun işlenmesi ile bir ilişki meydana gelir."*[131]

Norveçli kriminolog *Nils Christie*'nin, bugün onarıcı adaletin baş yapıtlarından addedilen 1977 tarihli makalesine[132] şu sözlerle başlaması oldukça çarpıcıdır: *"Belki de biz kriminoloji disiplinine hiç sahip olmamalıyız. Belki de kurumlar açmak yerine, onları kapatmalıyız. Belki de kriminolojinin sosyal sonuçları, bizim düşündüğümüzden daha şüphelidir. Ki bence öyleler. Ve bu, "uyuşmazlık, mülkiyettir" başlıklı bu konumla oldukça bağlantılıdır. Kuşkum odur ki kriminoloji, uyuşmazlıktan doğrudan etkilenen kişilerin elinden uyuşmazlığı alarak ya uyuşmazlığın yitmesine ya da başkalarının mülkiyeti haline gelmesine yol açan süreci güçlendirmeye bir ölçüde hizmet etmektedir."*[133]

---

[127] ERBAŞ, s. 77. Bu ifadeler oluşturulurken şu eserden yararlanılmıştı: MARINESCU Liviu Mihail, "Judicial Aspects Concerning the Victim in the American Justice System", **Acta Universitatis Danubius Juridica**, C. 3, S. 1, 2007, s. 64.

[128] ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 181.

[129] ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 181.

[130] ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 181.

[131] ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 181.

[132] Türk hukuku literatüründe eserin bu baş yapıt niteliğinden bahseden bir çalışma için bkz.: AKDENİZ, s. 16 ve 18.

[133] CHRISTIE, "Conflicts as Property", s. 1.

*Christie'*ye göre kriminoloji, yardımcı bir bilim dalı olarak suçun kontrolüne odaklanır. Çalışma alanının ana konusu, faildir ve fail üzerinden suçun nedenlerini araştırarak failleri yönlendirmeye ve kontrol etmeye odaklanır. Bu bağlamda geçmişte kriminoloji ile bugünkü (1970'li yıllar) arasındaki fark, geçmişte suçun nedenleri failin kişisel veya sosyal yetersizliklerinde aranırken bugün ekonomik çatışmalarda aranmasıdır. Geçmişin kriminolojisi, çatışmanın yitirilmesine neden olurken; bugünün kriminolojisi çatışmayı, kişisel çatışmadan sınıf çatışmasına taşımıştır.[134] Keza aynı şekilde avukatlar da çatışmaları çalmaktadır. Hatta *Christie'*nin ifadesiyle *"avukatlar, uyuşmazlık çalmakta hususi olarak iyidir"*.[135] Cezai uyuşmazlık, bizim bugün kanıksadığımız üzere suçun işlenmesiyle fail- devlet arasında oluşan bir durum değil midir? *Christie'*ye göre cevap, kesinlikle hayır. Cezai uyuşmazlık, özel mülkiyettir. Sadece tamamen bireysel bir özel mülkiyet değil; *somut topluluğa ait (neighbourhood- property)* de bir uyuşmazlıktır.[136] Onarıcı adalet yaklaşımı, cezai uyuşmazlığın kamusal değil; özel bir mülkiyet olduğu iddiası üzerine inşa edilmektedir.[137]

*Garapon*, "*sahip olmak ve var olmak skalasında adalet*"[138] isimli konuşmasında cezai uyuşmazlığın taraflarından öteye geçilerek adalet kavramını onarıcı adalet açısından, *Christie'*nin görüşünü daha da derinleştirerek anlamlandırır. Dağıtıcı ve cezalandırıcı adalette her şey sahip olmak üzerinden ilerler: Mallara, sosyal statüye, ailede bir konuma veya şerefe sahip olmak. Adalet; haklar, haklara sahip olmak veya hakların tartılması ve bu şekilde adalet sayısallaştırılması (taksim etme ve ölçme) üzerine ilerler. *Themis* heykelinde dahi bu tartmayı ve dolayısıyla ölçmeyi görürüz. *Garapon*'a göre adalet, matematiğe bundan daha fazla yakın olamazdı.[139] *Garapon*'a göre *"onarıcı adalet, ne ceza muhakemesi ve hukuki pozitivizmin katılıklarını telafi edecek palyatif bir adalet biçimi olarak ne de olağan ceza adaletine alternatif olarak mütalaa edilebilir. Bu, adaletin diğer boyutunu, sahip olma yerine var olma boyutunu yeniden canlandırmanın bir yoludur"*.[140]

---

134 CHRISTIE, "Conflicts as Property", s. 5.

135 CHRISTIE, "Conflicts as Property", s. 4.

136 CHRISTIE, "Conflicts as Property", s. 12. Ayrıca bkz.: AKDENİZ, s. 16.

137 Bu konuya hasredilmiş bir başka çalışma için bkz.: GARAPON, s. 148 vd..

138 GARAPON, s. 148 vd.

139 GARAPON, s. 149.

140 GARAPON, s. 164.

Kişinin varlığına odaklanan bir adalet anlayışı - onarıcı adalet - Batılı hukuk sistemlerinin tarihinde uzun süre ihmal edilmiş, baskılanmış "var olmayı", "sahipliklerin" tazmini ile yeniden canlandıran köşe taşı bir olaydır. Var olma odaklı bir adalet anlayışı, adaleti sonsuz sayıda nicelleştirmeye doğru giden adalet anlayışına karşı çıkılması demektir.[141] Yazar biri, kitlesel öldürmeler; diğeri, geniş çaplı kalabalıklar arasında işlenen cinsel dokunulmazlığa karşı ihlal fiilleri olmak üzere iki temel örnek üzerinden ilerler. *Garapon*'a göre biri öldürme ve diğeri cinsel suç olan iki vaka birbirine çok uzak gözükse, aslında ortak noktaları vardır.[142] *"Bu olaylarda artık mesele, sahip olma meselesi değildir. Artık mesele bir gücün var olması ya da bir kişinin var olması ile ilgili bir meseledir."*[143] Çünkü bu ihlaller, sahip olmaya yönelik değil; var olmaya yöneliktir.[144] O da "*bu ihlallerden sonra ortaya çıkan durumu nasıl onaracağız sorusudur*".[145] Var olma odaklı adalet anlayışında onarma araçlarını bulmada zorlukla karşılaşılır. Sahip olma odaklı olan alışılmış adalet anlayışında, para veya herhangi bir maddi değer önemli yer tutar. Ancak var olma odaklı adalet anlayışında maddi veya parasal onarım, sadece sembolik olabilir. Nitekim para göreceli bir değerdir.[146]

Onarıcı adalet, adına da yansıdığı üzere onarmayı hedeflerken neden onarma konusu bu kadar belirsiz kalmıştır? İngilizcedeki onarmak fiilinin karşılığı *"to restore"* Fransızca "*restaurer"* kelimesinden gelmekte ve bu kelime Fransızca da aynı zamanda İngilizce *"re-establish"*, Türkçe yeniden tesis etme anlamına gelmektedir.[147] Çünkü, *Garapon*'a göre "*adaletin amacı, verdiği iki örnekte (öldürme ve cinsel suç) kişilerin veya gücün tekrar var olmasını sağlamaktır"*.[148] Bu anlaşılacağı üzere, her zaman sadece maddi bir değerle -parayla- yeniden inşa edilemez. O halde bu var olmayı yeniden inşa etmek üzere, kreatif yaklaşım sergilenebilir.

Türk hukukunda da kanun koyucu bu tür bir yaklaşıma imkan tanımıştır. CMK'da sadece edimden bahsedilmektedir. Bu şekilde onarma meselesini

---

141 GARAPON, ss. 164-165.

142 GARAPON, s. 151.

143 GARAPON, s. 151.

144 GARAPON, s. 160.

145 GARAPON, s. 151, ayrıca 161.

146 GARAPON, s. 161.

147 GARAPON, ss. 150-151.

148 GARAPON, s. 148, ayrıca 156.

maddi zararı karşılamaya göre daha üst bir perspektiften ele almış olmaktadır. Türk hukukunda da uzlaştırma TCK'dan CMK'ya alındığı 2006 yılından itibaren artık *fail, mağdurun zararını karşılar, tazmin eder yahut öder* şeklinde açık bir ifadenin yer almaması anlaşılamamıştı. Yerine "edim" şeklindeki daha üst ve soyut bir kavramın tercih edilerek, yargının iş yükünü azaltmak için uzlaştırma uygulamalarının artırılmasının hedeflenmesi eleştirilmiştir. Ancak onarıcı adalete sadece sahip olma perspektifi yerine *Garapon* gibi var olma meselesi olarak bakıldığında zararı karşılama yerine "edim" ifadesinin kullanılmasının, onarıcı adalette onarım sürecinde daha kreatif bir yaklaşım sergilemeye hizmet ettiği görüşündeyiz. *Zehr*'in kreatif bir yönteme işaret ettiği onarıcı adalet çiftçileri gibi hareket ederek yeni deneylerle ve bulgularla mağdurlara yeni hizmetler sunmak, bu şekilde mümkün olabilir.[149]

## VII. TÜRK HUKUKUNDA UZLAŞTIRMAYA TABİ CEZAİ UYUŞMAZLIKLAR

Onarıcı adaletin programlarını, olağan ceza adalet sistemiyle nasıl ilişkilendireceğiz/entegre edeceğiz veya gerçekten ilişkilendirmeli miyiz, sorusu birinci sorumuzdu. Onarıcı adalet programlarında maddi gerçeğin aranması ve sübut meselelerine ilişkin bir sistem önerisi olmadığından ve bunların halledilmiş olduğu varsayımına dayandığından bu ilk soru, bize göre olağan ceza muhakemesi açısından onarıcı adalet yaklaşımı karşısında haklı bir savunma pozisyonu doğurmaktadır. Gerçekten, şüphelinin bu cezai ilişkiyi suç işleyerek meydana getiren kişi olduğuna yönelik ne derece bir şüphe aranacaktır? Başlangıç şüphesi yeterli görülebilecek midir? CMK md. 253'te kabul edildiği üzere kamu davasını açabilecek ölçüde bir şüphe mi yoksa mahkûmiyet hükmüne varacak düzeyde şüpheyi yenmeyi ifade eden bir kesinlik mi gereklidir? Saydığımız sorulara onarıcı adalette bir yanıt bulamamaktayız.

Şimdi karşımızdaki ikinci soru ise cezai uyuşmazlığı meydana getiren hangi suçlarla ilgili olarak uzlaştırmaya izin verileceği veya müsaade edilmeyeceği şeklindedir. Onarıcı adalet anlayışında suç kategorisi ayrımı yapmadan suçun işlenmesi, kişinin ihlale uğraması ve ilişkilerin ihlal edilmesi ve bu şekilde kişilerin özel mülkiyeti olan bir uyuşmazlık olarak nitelendirilmektedir. Devletin kişilerin uyuşmazlıklarını elinden aldığı yaklaşımı ile bu kez onarıcı adalet, olağan ceza muhakemesi karşısında savunma pozisyonunda yer almaktadır.

---

[149] ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 223.

### A. Suçların Türleri ve Özellikleri[150,151]

Türk hukukunda da suçun işlenmesiyle bir uyuşmazlığın meydana geldiği ve bu şekilde ceza yargılamasının konusunun fail ve devlet arasında meydana gelen cezai uyuşmazlık olduğu kabul edilir. Ancak ceza hukukunda uzlaşma ile asıl olan ceza muhakemesinden bir ayrılma (diversion) söz konusudur. Bize göre bu bütün suçların kural olarak topluma karşı işlendiği kabulünden de bir

---

[150] CMK md. 253: "*(1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:*

*a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.*

*b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;*

*1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),*

*2. Taksirle yaralama (madde 89),*

*3. (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Tehdit (madde 106, birinci fıkra),*

*4. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),*

*5. (Ek: 17/10/2019-7188/26 md.) İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (madde 117, birinci fıkra; madde 119, birinci fıkra (c) bendi),*

*6. (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Hırsızlık (madde 141),*

*7. (Ek: 17/10/2019-7188/26 md.) Güveni kötüye kullanma (madde 155),*

*8. (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Dolandırıcılık (madde 157),*

*9. (Ek: 17/10/2019-7188/26 md.) Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (madde 165),*

*10. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),*

*11. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239),*

*suçları.*

*c) (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar.*

*(2) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.*

*(3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda ve ısrarlı takip suçunda (madde 123/A), uzlaştırma yoluna gidilemez. (Ek cümle: 26/6/2009-5918/8 md.) Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.*

*(4) Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması hâlinde, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir. Büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Uzlaştırmacı, uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır".*

[151] Ayrıca yan ceza kanunlarında yer alan ve şikayete tabi olması nedeniyle uzlaşmaya tabi olan suçlara örnekler için bkz.: YENİSEY / NUHOĞLU, s. 877-878; ÖZTÜRK VE DİĞERLERİ, s. 62.

ayrılmayı ifade etmektedir. Uzlaştırma ile belirtilen suçlarla sınırlı kalmak üzere Devletin cezai uyuşmazlığındaki taraf olma pozisyonunu esas itibarıyla mağdura bıraktığını söyleyebiliriz.[152] Nitekim Türk hukukunda ağırlıklı olarak bireyi ilgilendiren ve bu nedenle *kişilere karşı işlenen suçlardan* şikâyete tabi kılınmış suçlar da bu ayrılmada ilk ve ana basamağı oluşturmuştur. Diğer bir anlatımla, uzlaştırmaya ilk olarak *suçun soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikâyete tabi olup olmamasından hareketle* yapılmıştır. Şikâyete tabi suçun TCK'da veya yan ceza kanunlarda düzenlenmesi arasında fark bulunmamaktadır.[153] Ayrıca aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlar yurtdışında bir Türk vatandaşı tarafından işlendiğinde o suç Türkiye'de *re'sen* soruşturulan ve kovuşturulan bir suç olsa da bu halde Türkiye'de soruşturulması ve kovuşturması zarar görenin veya yabancı hükümetin şikâyetine tabidir (TCK md. 11/2). Bu durumda da zarar görenin kamu hukuku tüzel kişisi olmaması kaydıyla suç şikâyete tabi suç kategorisinde uzlaşmaya tabidir.[154]

CMK md. 253/1-a)'da uzlaştırma girişiminde bulunulması gereken *şikâyete tabi suçlardır*. Nitekim uzlaştırma, ilk olarak uzlaşma olarak TCK'da düzenlendiğinde yalnızca soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bulunan suçlarda uzlaşmaya izin vermekte idi.[155] Kurum 2006 yılında CMK'ya alındığında maddenin ilk halinde şikâyete tabi suçların yanı sıra ikinci basamak olarak şikâyete tabi olup olmadığından bağımsız olarak bazı suçlar *katalog olarak* sıralanmıştır. Bu şekilde uzlaştırmanın kapsamı ilk kez genişletilmiş[156] ve *re'sen* soruşturulan ve kovuşturulan suçlar bakımından da uzlaştırma ile cezai uyuşmazlığın yargılama faaliyeti dışında çözülmesi kabul edilmiştir. Bu katalog haricindeki suçlar bakımından uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması şartı getirilmiştir (CMK md. 253/2). Bu katalog ise 2016 ve 2019 yıllarında genişletilmiştir. CMK'daki hükmün ilk halinde aşağıdaki suçlar sıralanmıştır:

---

[152] *Jus Puniendi* terimi genellikle devletler hukukunda devletin ceza yargılamasında ilişkin tekelini ifade etmek üzere kullanılır. Ancak *Jus Puniendi'nin* devri sadece devletler arasında veya devlet- uluslararası oluşumlar (mahkemeler) arasında olmaz. Onarıcı adalette olduğu gibi bazen Devlet- birey arasında da olabilir. Bu konuyu 26-29 Haziran 2023 tarihleri arasında İspanya'nın Valensiya şehrinde düzenlenen 4. Valensiya Hukuk Fakültesi Yaz Okulu Etkinliğinde 4. '*Restorative justice in Penal Matters between Peace and Jus Puniendi: The Turkish Law Approach'* başlığıyla sunduk.

[153] ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 127.

[154] ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 128.

[155] Bkz.: ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", ss. 127-128.

[156] KETİZMEN, s. 5.

*Kasten yaralama suçu (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),*

*Taksirle yaralama suçu (madde 89),*

*Konut dokunulmazlığının ihlali suçu (madde 116),*

*Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu (madde 234),*

*Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239) suçları.*

On yıl sonra - 2016 yılında - 6763 sayılı Kanun'un 34. maddesi ile iki tanesi malvarlığına karşı suçlar ve bir tanesi hürriyete karşı suç olmak üzere üç suç tipi daha kataloğa eklenmiştir.

*Tehdit (madde 106, birinci fıkra),*

*Hırsızlık (madde 141),*

*Dolandırıcılık (madde 157).*

Son eklemeyle, 2019 yılında 7188 sayılı Kanun'un 26. maddesi ile, iki tanesi malvarlığına karşı suçlar ve bir tanesi hürriyete karşı suç olmak üzere; toplam üç suç tipi daha kataloğa eklenmiştir. Eklenen suçlar;

*İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (madde 117, birinci fıkra; madde 119, birinci fıkra (c) bendi),*

*Güveni kötüye kullanma (madde 155),*

*Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (madde 165).*

Üçüncü basamakta ise karşımıza *eşik yöntemine göre* belirleme çıkmaktadır. Bu sadece *suça sürüklenen çocuklar* bakımından ve mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması şartı ile kabul edilmiştir (CMK md. 253/1-c). Buna göre suça sürüklenen çocuklar bakımından birinci ve ikinci basamaktaki tüm bu suçlara ilave olarak üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar da uzlaştırma kapsamındadır.

Dördüncü basamakta ise bazı suçlarda uzlaştırmaya izin verilmemesi yer almaktadır.[157] Hukukumuzda *cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda* uzlaştırmaya

[157] *"(3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez"* (https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/12/20061219-1.htm).

izin verilmemiştir (md. 253/3). Başlangıçta cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların yanı sıra *etkin pişmanlık* kurumunun tanındığı suçlar bakımından da izin verilmemişti. Ancak 2016 yılında, etkin pişmanlık içeren suçlara ilişkin sınırlama kaldırılmıştır.[158] Ayrıca 2022 yılında *ısrarlı takip suçu* (TCK md. 123/A) bakımından da uzlaştırmaya izin verilmediği madde metnine eklenmiştir.[159]

Şikâyete tabi suçlar ile belirli suçları katalog olarak sıralanmış ve katalog haricindeki suçlar bakımından uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması şartı getirilmiştir. Bu şekilde kanun koyucunun uzlaştırmayı istisnai olarak kabul ettiğini ve bu şekilde uzlaştırmanın kapsamını belirlemede izin verme usulünü benimsediğini görmekteyiz. O halde kanun koyucu, uzlaştırma kurumunun işlemesini izin vererek mümkün kılmakta ise neden bazı suçlar bakımından uzlaştırmayı yasaklama suretiyle de uzlaşmanın kapsamını belirleme gereği duymuştur? Çünkü kanun koyucu, uzlaştırmaya izin verdiği suç tiplerini birden fazla yaklaşımla belirlemiştir. Buna göre temelde soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete tabi olup olmamasından hareketle izin vermiştir. Daha sonra da bu yaklaşımdan bağımsız olarak sınırlı sayıda suç tiplerini katalog olarak sıralamıştır. Sonrasında da failin sıfatından hareketle -suça sürüklenen çocuk olmasından- hareketle yapmıştır. Bu şekilde temel hareket noktası, hukuki değerler olmamıştır. Bu halde uzlaştırmanın uygun görülmediği hukuki değerleri koruyan suçların soruşturmasının ve kovuşturmasının *re'sen* olabileceği gibi şikâyete tabi olabileceği veya failin suça sürüklenen çocuk olabileceği ihtimali dikkate alınarak ayrıca bazı suçlar açısından yasaklama usulü benimsenmek zorunda kalmıştır.

Türk hukukunda uzlaştırmanın uygulanabilmesi için uzlaştırmanın bu şekilde yasaklanmadığı ve birinci ve ikinci basamaklarda olduğu gibi izin verildiği suçun söz konusu olması gerekir. Yasaklanan veya izin verilmeyen suçların uzlaştırma dışında tutulmasının nedeni hukuki değerin uzlaştırma konusu olamayacağı olunca bu suçlar, uzlaştırma kapsamındaki bir suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmesi durumunda uzlaştırma kurumunun uygulanmasına izin verilmemiştir. Buna göre md. 253/3-2. cümle şöyledir:

> *"Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz."*

---

158 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanunun 34. maddesi.

159 12/5/2022 tarihli ve 7406 sayılı Kanunun 12'nci maddesiyle bu ekleme yapılmıştır.

### B. Suçun Şüpheli/Sanık Tarafından İşlendiğini Gösteren Şüphe Derecesi

İki husus arasındaki farkın iyi ayırt edilmesi gerekmektedir. Onarıcı adalette failin sorumluluğunu idrak etmesi -suçu kabullenmesi- ve sonrasında bu sorumluluğun gereği olarak mağdurun zararlarını gidermeye yönelik davranışlarda bulunması ile ceza muhakemesinde söz konusu suçun şüpheli/sanık tarafından işlendiğinin sübutu özdeş değildir.[160] Yukarıda değindiğimiz üzere Türk ceza muhakemesi için de geçerli olduğu üzere tahkik sistemine daha yakın olan ceza muhakemesi sistemlerinde şüphelinin ikrarı, kamu davasının açılması için; sanığın ikrarı ise mahkumiyet için yetmez. Onarıcı adalet programında suçun sübutu ve kim tarafından işlendiğinin de sübutuna ilişkin objektif faaliyet kısmı yer almamaktadır. Onarıcı adalet programlarında bunların halledilmiş olduğu varsayımına dayandığını görmekteyiz. Onarıcı adaletteki "suçu kabullenme" unsuru da keza ikrar anlamına gelmemektedir.[161]

CMK'ya uzlaştırmanın eklendiği 2006 yılındaki düzenlemenin hemen öncesindeki TCK'nın uzlaşma düzenlemesinde *"failin suçu kabullenmesi"* koşulu mevcut idi (TCK mülga madde 73/8).[162] Hatta kişi ikrar etse dahi C. Savcısının delil araştırmasına devam etmesi gerektiği, zira kamu davası açacak düzeyde yeterli düzeyde şüpheye ulaşılmadığında uzlaştırma usulünün uygulanamayacağı belirtilmekte idi.[163] Ancak yine de failin suçunu kabullenmesi şartının bu dönemde sübut problemleri açısından ara yol işlevi gördüğü kanaatindeyiz. Bu nedenle Türk hukukunda suçun sübutu ile failin suçunu kabullenmesinin özdeş algılandığını söyleyebiliriz. Onarıcı adalette failin sorumluluğunu idrak etmesinin -suçu kabullenmesinin- aşağıda "failin sorumluluğu" başlığı üzerinde ele alacağımız üzere sübuttan farklı bir işlevi vardır.

Uzlaştırma CMK'ya alındığında *"failin suçu kabullenmesi"* koşulu alınmamış ve 2006 yılında uzlaştırmanın CMK'da ilk düzenlendiği bu şeklinde cezai uyuşmazlığın varlığı yeterli görülerek, C. Savcısı nazarında "başlangıç şüphesi" yeterli görülmüştür. Buna göre; "*Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması halinde, Cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine*

---

160 Bunların ikisini özdeş ele alan çalışmalar için bkz.: SOYGÜT, s. 85; AŞCI, ss. 96-97.

161 ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 129. Ayrıca bkz.: ÜNVER / HAKERİ, ss. 2293-2294.

162 Detaylar için bkz: ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", ss. 129-130.

163 ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", ss. 129-130.

*adlî kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur".*[164]

Şüphelinin suçu işlediğine dair yeterli veya güçlü herhangi bir yoğunlukta bir şüphe derece aranmamıştır. Bu düzenlemedeki *Cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine* ibaresi, *kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması hâlinde,* ibaresi ile 2016 yılında değiştirilmiştir. Nitekim *Zafer'in* işaret etmiş olduğu üzere, uzlaştırma iddianameye alternatif işlevdedir[165] ve yeterli şüpheye ulaşmadan uzlaşma usulü başlatılır ise bu durum kötüye kullanılabilir.[166] Bu şekilde uzlaşmanın konusu olan cezai uyuşmazlık, kamu davasının açılabilmesi için zorunlu olan failin suçu işlediğine dair "yeterli şüpheyi" içeren cezai uyuşmazlıktır. CMK'nın 253. maddesinin 4. fıkrasına göre;

> *"Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması hâlinde, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir."*

Uzlaştırmanın yeterli şüpheye rağmen uygulanmadığı ihtimalde: kamu davası açıldıktan sonra (1) mahkeme iddianameyi iade edebilir veya (2) kamu davası, kişinin beraati ile sonuçlanabilir. Burada faile yaptığı yanlış davranışı, telafi etme imkanı verilmesi ile mağdurun onarımı öne çıkarılmış gözükse de esasında amaç, mahkemelerin artan iş yükünü azaltmaktır.[167] Kanun koyucu daha güçlü bir şüphe derecesi arayabilirdi ki bugün seri muhakemede savcıya mahkûmiyete yol açacak düzeyde şüpheye karar verme yetkisi verilmiştir. Yukarıda *"Onarıcı Adalet Programlarının Ceza Adalet Sistemiyle İlişkisinin Tesisi"* başlığında belirttiğimiz üzere daha güçlü bir şüphe düzeyi aranması gerektiği kanaatindeyiz.

### C. Ceza İlişkisinin Birden Fazla Mağdur ve Fail İçermesi

Cezai ilişkinin birden fazla mağdur ve fail içerdiği hallerde nasıl bir yol izleneceği kanunda gösterilmiştir. Çokluğun mağdur tarafında olması ile fail tarafında olması, farklı muameleye tabi tutulmuştur. Çokluk eğer mağdur tarafında ise uzlaştırmanın gerçekleştirilebilir olması için tüm mağdurların

---

[164] 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, md. 24, Resmî Gazete Sayısı: 26381, Tarih: 19 Aralık 2006, https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/12/20061219-1.htm (Erişim Tarihi: 15/09/2023).

[165] ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 130.

[166] ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 129.

[167] KETİZMEN, s. 5 ve 9.

uzlaşmayı kabul etmesi gerekir. CMK md. 253/7'ye göre; *"Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir"*.

Bu yaklaşım TCK md. 72/3'deki "*şikayet hakkı olan birkaç kişiden birisi altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakları düşmez"* yaklaşımı ile uyumludur. Çokluk fail tarafında ise - ki bu hususa *"birden çok fail bulunması hâlinde uzlaşma"* başlıklı müstakil bir madde hasredilmiştir - uzlaştırmanın gerçekleştirilebilir olması için tüm faillerin uzlaşmayı kabul etmesi şart değildir. Yalnızca uzlaşan fail, uzlaşmadan yararlanacaktır. Buna göre CMK md. 255 şöyledir: *"Aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır"*. Eğer şikayetten vazgeçme kurumu işletilse idi hepsi yararlanacaktı[168] ancak uzlaşmada bu mümkün değildir.

Bu yaklaşım, TCK md. 72/5'deki *"İştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar"* yaklaşımı ile uyumlu değildir. Bu, öğretide eleştirilmektedir.[169] Uzlaşmada yalnızca uzlaşan failin uzlaşmadan yararlanabilmesi, mağdura yargılanacak kişiyi dolaylı seçme yetkisi verildiği gerekçesiyle eleştirilmektedir.[170] Şikayet ve uzlaştırma birbirlerinden farklı kurumlardır. Şikayet, bir kovuşturma şartıdır.[171] Zira uzlaşılmış olması şikayetten feragat edildiği anlamına da gelmez.[172]

Ayrıca şikâyetten vazgeçme, uzlaşmadan daha kapsamlıdır.[173] Eğer mağdur şikâyet hakkını kullandıktan sonra fail ile kendi arasında anlaşarak şikâyetten vazgeçer ise bu vazgeçmeden mağdurla anlaşmayan diğer failler de yararlanacaktır.[174] Ancak, uzlaşma usulünü tercih ettiklerinde sadece uzlaşan fail yararlanacak diğerleri yararlanamayacaktır. Oysa suç işlenmesi ile bir cezai uyuşmazlık meydana gelmiş ise suç işleyen faillerden birisi bunu tek başına ortadan kaldıramaz mı?

---

168 YILDIZ Ali Kemal, "Uzlaşma- Şikayet İlişkisi", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2010, s. 115.

169 KETİZMEN, ss. 7-8.

170 KETİZMEN, ss. 8-9.

171 NUHOĞLU, s. 90.

172 ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 214.

173 YILDIZ, ss. 113-114.

174 ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 128.

Bu çelişkili gibi gözükse de uzlaşmaya hukukumuzda onarıcı adaletin bir kurumu olarak yer verildiği için onarıcı adaletin temel ayaklarından birisi failin yaptığı davranışla ilgili sorumluluk alması olduğundan uzlaşmayan diğer faillerin yararlandırılmaması pek tabiidir. Onarıcı adalet somut olarak ve kişilerin mülkiyeti olarak cezai uyuşmazlığı anladığı ve *"suç, kişilerin ihlale uğraması ve ilişkilerin ihlal edilmesidir"*[175] şeklinde tanımladığı için her bir mağdur açısından konunun ele alınması gerekir. Olağan ceza muhakemesinde olduğu üzere cezai uyuşmazlık soyut bir kavram ve fail ile Devlet arasındaki uyuşmazlık olarak kabul edilse idi, o zaman bir mağdurla failin uzlaşması yeterli görülebilirdi. Bu nedenle uzlaştırmanın şikayet kurumuna değil; şikayetten vazgeçme kurumunun uzlaştırma dikkate alınarak tekrar şekillendirilmesi gerektiği düşünülebilir. Özellikle, şikayetten vazgeçmenin uzlaştırmadan daha kapsayıcı olması sebebiyle şikayete tabi suçlarda uzlaşma kurumunun uygulanmasının önündeki engellerin kaldırılması açısından bu daha isabetli olacaktır.[176]

### D. Ceza İlişkisinin Birden Fazla Suç İçermesi

Aynı mağdura karşı uzlaştırmaya tabi birden fazla aynı suçun işlenmesinde teorik olarak uzlaşmanın uygulanmasında engel bulunmamaktadır. Bu suçlar aynı zamanda işlenebileceği gibi farklı zamanlarda işlenebilir. Kamu davasının açılması ihtimalinde bu davalar, CMK md. 8 açısından "bağlantı" olarak addedilerek davaların birleştirilmesi gündeme gelebilirdi. Ancak uzlaştırma kamu davasının alternatifi mahiyetinde olduğundan uzlaştırma bürosundaki C. Savcısı tarafından bu çokluğun değerlendirilmesi gerekir. Bu konuda açık bir hüküm öngörülmesinde fayda vardır. Ancak bu halde mağdurun ihtiyaçlarının büyüklüğü, onarıcı adaletin gereklerinin, failin sorumluluklarını yerine getirebilmesinin ve fiili anlamda onarıcı bir sürecin tesisine engel olabilir. Her ne kadar uyuşmazlığın büyüklüğüne veya karmaşıklığına göre görevlendirilen uzlaştırmacı sayısı artırılabilirse de onarıcı adaletteki *"adalet ihtiyaçlarla başlar"*, *"suç işlemek yükümlülükler doğurur"* veya *"tarafları güçlendiren ve bilgilendiren bir sürecin dizaynı"* gibi unsurların çoklu suçlarda temini güç olabilir.

Aynı mağdura karşı aralarında uzlaştırmaya tabi olmayan en az bir suçun da olduğu birden fazla suçun işlenmesinde uzlaşmanın uygulanmasına izin verilmemiştir. CMK md. 253/3-2'de bu hususu, *"Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun,*

---

[175] ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 181.

[176] YILDIZ, ss. 113-115.

*bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz"* şeklinde açıklığa kavuşturmuştur.

## VIII. ŞÜPHELİ VE MAĞDURA UZLAŞTIRMA USULÜNÜN UYGULANMASI TEKLİFİ

Uzlaştırmaya izin verilen bir suç türü olduğu ve kamu davası açabilecek düzeyde yeterli şüphenin bulunduğu C. Savcısı tarafından tespit edildiğinde şüpheli ve mağdura uzlaştırma usulünün uygulanması üzere teklif süreci başlar (CMK md. 253/4).[177] Bu teklif sürecinin başlaması, soruşturmanın devamını etkilemez. Delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına devam edilir.[178] Bu süreç, C. Savcısının yönetimindeki *"uzlaştırma bürosu"* ve onun görevlendireceği *"uzlaştırmacı/lar"* tarafından yürütülmektedir. Kişilere söz konusu teklif, uzlaştırmacı tarafından soruşturmanın tabi olduğu, başta soruşturmanın gizliliği olmak üzere ilkelere[179] uygun olmak kaydıyla, kanunda belirtilen usullere göre yapılmaktadır. Taraflar da kendilerine teklif iletildiğinde üç (3) gün içinde yanıt vermek zorundadır. Aksi halde teklifi reddetmiş sayılırlar.[180] Kişilere ulaşılmaz ise uzlaştırma usulünde ısrar edilmez. Genel usullere devam edilir.[181] Bu teklifte *"... kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır"* (CMK md. 253/5).

---

[177] CMK md. 253/4: *"Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması hâlinde, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir. Büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Uzlaştırmacı, uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır".*

[178] CMK md. 253/8: *"Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir".*

[179] CMK md. 253/11: *"Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Uzlaştırma bürosu uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır".* Ayrıca md. 253/13: *"Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafi ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır".*

[180] CMK md. 253/4.

[181] CMK md. 253/6: *"Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanunî temsilcisine ulaşılamaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır".*

Uzlaştırma teklifinin taraflarca kabul edilmesi ile süreç başlar. Eğer cezai uyuşmazlığın birden fazla mağdur tarafı var ise teklifin kabul edildiğinden bahsedilebilmek için tüm mağdurların teklifi kabul etmiş olması zorunludur. Buna göre CMK md. 253/7 şöyledir: *"Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir"*.

## IX. FAİLİN SORUMLULUĞUNU ANLAMASI VE KABUL ETMESİ

*"Suç, yükümlülükler doğurur."*[182] Bu yükümlülükler birincil olarak suç işleyen kişinin üzerindedir.[183] Ancak toplumun da yükümlülükleri vardır.[184] Failin neden olduğu zararı anlaması ve kabul etmesi için faile destek olunması ve yanlış durumu düzeltmesi için ister kısmi isterse sembolik bazı adımları atabilmesi için cesaretlendirilmesi gerekir.[185] Düzeltmek, İngilizce'de *"making rights"* olarak kullanılmakta ve onarıcı adaletin kalbinde yer alan bir unsur olarak addedilmektedir.[186] Burada kabul etme -yaptığı yanlışı bir nevi "tanıma"- çok önemlidir. Bu nedenle cesaretlendirme ve hatta belli ölçüde zorlama gerekebilir. Çünkü *Zehr*'e göre birçok fail, önyargılar, kalıplaşmış kök inançları ve kendi davranışını rasyonalize etme girişimleri nedeniyle başlangıçta bundan kaçabilir ve isteksiz davranabilir. Hatta belki cezaevine girmek, bazı failler için daha kolay olabilir. Çünkü önyargılarını, kalıplaşmış kök inançları ve kendilerine rasyonalize ettikleri düşüncelerini değiştirmek zorunda kalmazlar. Cezaevine ilk girdiklerinde bir süre acı çekerler, ancak hiç kimseye karşı yerine getirmek zorunda oldukları bir yükümlülükleri olmaz.[187] Bu nedenle failin suç işlemesi nedeniyle yaptığı yanlışı ve ortaya çıkan yükümlülüklerini kabul etmesi bugün öğretide onarıcı adaletin manevi unsuru olarak kavramsallaştırılmakta; *"belli bir moral hükmünün ifadesi"* olarak ifade edilmektedir.[188]

---

[182] ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 196.

[183] ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 197.

[184] ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 202.

[185] ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 197.

[186] ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 197.

[187] ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 197.

[188] KETİZMEN, s. 5. Kanun'un hükümet tasarısında uzlaştırmanın düzenlenmesi planlanan 39. maddenin gerekçesinde bu moral unsuruna dikkat çekilmiştir.

CMK'ya uzlaştırmanın eklendiği 2006 yılındaki düzenlemenin hemen öncesindeki TCK'nın uzlaşma düzenlemesinde *"failin suçu kabullenmesi"* koşulu mevcut idi (TCK mülga madde 73/8).[189] Nitekim TCK'nın uzlaşmanın da yer aldığı maddesinin gerekçesinde bu husus şu şekilde vurgulanmıştır:

> *"Failin suçu ve sorumluluğunu kabullenmesi gerekir. Fail fiilini inkâr etmemelidir. Fail, kendisine isnat olunan suçları işlemediğini öne sürecek olursa o zaman ceza yargılama kuralları uygulanarak durumun aydınlatılması gerekir ve uzlaşma kurumu işletilmez."*[190]

Kabullenme, ikrar ile özdeş görülmemekte idi.[191] Hatta kişi ikrar etse dahi C. Savcısının delil araştırmasına devam etmesi gerektiği, zira kamu davası açacak düzeyde yeterli düzeyde şüpheye ulaşılmadığında uzlaştırma usulünün uygulanamayacağı belirtilmekte idi.[192] Bu nedenle bir görüşe göre uzlaşma için failin suçu kabul etmesinin aranması, yasal hiçbir sonuç doğurmamakta; yalnızca uzlaşmanın uygulamasını daraltmaktadır. Bu açıdan kabullenmeyi aramak gereksiz bir tespit idi.[193] Nitekim uzlaştırma CMK'ya alındığında bu koşula yer verilmedi. Bu ise onarıcı adalet noktasından haklı olarak eleştirilmektedir.[194] Onarıcı adaletteki *"belli bir moral hükmünün ifadesi"* olan failin suçunu kabul etmesi artık aranmamaktadır.[195]

Failin kabullenmesi şartının kaldırılması, onarıcı adalet yaklaşımına uygun değildir. Bir ara yol olarak TCK'daki ilk uzlaşma düzenlemesinde olduğu gibi, failin suçunu kabullenmesi şartı öngörülebilirdi. Onarıcı adalet, sadece mağdurun zararlarının onarılması değildir. Failin de gerçekleştirildiği hukuk aykırı davranışın sorumluluğunu almasını gerektirir. Bu şekilde onarıcı adaletin kurucu unsurunun artık aranmaması, uzlaştırmanın koşullarını indirgemek suretiyle uygulamasını mümkün olduğunca artırmak ve bu şekilde yargının iş yükünü azaltmak amacının ön planda olduğu tezi güçlenmektedir.

---

189 Detaylar için bkz: ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", ss. 129-130.

190 TBMM, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)", Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm (Erişim Tarihi: 15/09/2023).

191 ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 129.

192 ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", ss. 129-130.

193 ZAFER, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", s. 130.

194 KETİZMEN, ss. 5-6.

195 KETİZMEN, s. 5. Kanun'un hükümet tasarısında uzlaştırmanın düzenlenmesi planlanan 39. maddenin gerekçesinde bu moral unsuruna dikkat çekilmiştir.

## X. FAİLİN ONARMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SONUCU OLARAK 'EDİM'

Onarmak, bu adalet yaklaşımına adını veren en önemli kavramdır. Esasında bu çalışma tamamıyla onarmak üzerine ilerlemektedir. Bu adalet türündeki onarmak ve cezalandırma arasındaki ilişki eleştirilmektedir. Buna göre İngiliz hukukçu *Ashworth*, mağdurun meşru menfaati olarak tazminat (onarma) ile cezalandırmanın iç içe geçirilmesine karşı çıkmaktadır. Mağdurun cezai uyuşmazlıktaki rolü (meşru menfaati), zararlarının karşılanması ve onarılmasının ötesine geçerek failin cezalandırılmasının bir parçası veya niceliği olamaz.[196] Zira failin cezalandırılmasında mağdurun menfaati, toplumdaki herhangi bir kişiden ne daha fazladır ne de daha azdır. Buna göre bir kişiye karşı suç işlendiğinde o kişinin, failin cezalandırılması ile ilgili söz hakkı, demokratik bir toplumda mahkemelerin önüne geçemez.[197]

"*Onarıcı adalet, failleri ve toplumu onarmanın yanı sıra mağdurları onarmak, daha fazla mağdur odaklı bir ceza adalet sistemi demektir.*"[198] Onarmada psikolojik ihtiyaçların giderilmesi öne çıkar. Birincil ihtiyaç, *kapanış (closure)* ihtiyacıdır.[199] Bu aslında bizim *Zehr*'in kitabında en başından okumaya başladığımız bir konudur.[200] Çünkü ona göre olağan ceza adaleti sistemi, mağduru büyük ölçüde dışarıda tutarak mağdur açısından maruz kaldığı suçun meydana getirdiği ilişkiyle ilgili kapanış ihtiyacını giderememesine neden olmaktadır. Kapanış ihtiyacı, insan için çok temel bir ihtiyaçtır. Bu kapanış sadece mağdurun değil, failin de ihtiyacıdır. Esasında onarma sadece mağdurun onarılması değildir. Onarıcı adalet failin de suçtan sonra ihtiyaçları olduğunu kabul eder.[201] Çünkü suçun işlenmesi ile sadece mağdur zarar görmez, fail de zarar görür.[202] Failin bu ihtiyaçlarını şöyle sıralar: işle-

---

196 ASHWORTH, ss. 426-427.

197 ASHWORTH, s. 427.

198 BRAITHWAITE John, "Restorative Justice and A Better Future", in **A Restorative Justice Reader**, Yay. Haz. Gerry Johnstone, Willan Publishing, Portland, 2005, s. 86.

199 *Kapanış* ihtiyacı (İngilizce; *need for closure*), bir psikolojik ihtiyaçtır. "Bilişsel kapanış" (İngilizce; *cognitive closure*) olarak ifade edilir. Buna göre insanın belirsizlik, kafa karışıklığı veya muğlaklık durumlarındaki sorularına kesin bir yanıt alma arzusu olarak ele alınmaktadır. Bkz.: KRUGLANSKI Arie W./ FISHMAN Shira, "The Need for Cognitive Closure" in **Handbook of Individual Differences in Social Behavior**, Yay. Haz. Mark R. Leary / Rick H. Hoyle, The Guilford Press, New York, 2009, ss. 343-353.

200 Örneğin bkz.: ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 32, 44, 47, 162.

201 ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 200.

202 ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 182.

dikleri suç ve mağdurla ilgili kafalarında kök inançlarının ve rasyonalize etme eğilimlerinin ele alınması gerekir. Daha fazla sorumluluk sahibi davranmayı öğrenme, mesleki faaliyet ve kişiler arası iletişim becerilerini edinme, duygusal destek, öfke ve bunalımların daha uygun nasıl düzenleyeceklerini öğrenme, kendileri ile ilgili saha sağlıklı ve olumlu bir kendilik imgesi (benlik saygısı) sahip olma ihtiyacı. En önemlisi ise suçluluk duygusuyla baş etme ihtiyacıdır. Bunlar ele alınmaz ise *Zehr*'e göre mağdur bakımından da olduğu gibi bir kapanış (*closure*) mümkün olmaz.[203]

Onarıcı adaletin temel amacı, kuruma da ismini veren suçun işlenmesiyle meydana gelen durumun onarılması ve somut olarak mağdurun zararlarının giderilmesidir. Bu süreçte bir iyileştirme hedeflense de bunun her durumda ve her koşulda tamamıyla mümkün olamayacağı belirtilerek iyileşme hissinin ve kapanış hissinin verilmesinin yeterli olduğu söylenir. Bu şekilde adaletin tamamen tecellisinden değil ama adaletin tecelli ettiği yönünde bir hissin mağdurda, failde ve toplumda oluşmasının önemi vurgulanır.[204]

Uzlaştırma ilk kez TCK'da "uzlaşma" olarak yer verildiğinde; *"... doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla"* (TCK md. 73/8) ibaresi mevcuttu. Kurum CMK'ya alındığında bu ibareye yer verilmemiştir. Hali hazırda uzlaşma düzenlemelerinde uzlaşmanın gerçekleştirebilmesi için "fail, mağdurun zararını gidermesi şartı aranır" yahut "failin mağdurun zararını gidermesi, uzlaştırmanın başarılı olarak sonuçlandır" şeklinde bir kabule rastlanılmamaktadır. Ancak failin neden olduğu zararı onarma yükümlülüğü olduğu sonucundan -edimden- hareketle düzenlenmiştir. Bu hususu CMK md. 253/17'de tespit edebiliyoruz. Bu hükme göre;

> *"Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder"*.

Uzlaştırma görüşmelerinde varılan edimin C. Savcısı tarafından hukuka uygun olup olmadığı yönünden incelenecek olması, failin mağdura karşı işlediği fiille ilgili yükümlülük altında olduğunu göstermektedir. "Edimi yerine getirmek" ile "mağdurun zararını gidermek" özdeş filler değildir.

---

[203] ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 200. Faillerin ihtiyaçları ile ilgili bkz.: BRAITHWAITE, "Restorative Justice and a Better Future", ss. 88-89.

[204] ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, ss. 188-189.

Edim, zararı gidermekten daha geniş bir kavramdır. Edim kavramını kullanarak kanun koyucu, uzlaştırmaya daha fazla imkân tanımak istediğini göstermektedir.[205]

CMK md. 253/19: *"... açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır."*.

Bu hükmün başında nokta ile belirttiğimiz kısımda yer alan "*uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılamaz"* şeklindeki kısım Anayasa Mahkemesi tarafından 26 Temmuz 2023 tarihinde Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerini ihlal ettiği sonucuna varılarak iptal edilmiştir.[206] Anayasa Mahkemesi'ne göre tazminat davasının açılmasına izin verilmemesi, yargının iş yükünü arttırmamak için mahkemeye erişim hakkının ölçülülük ilkesinin ihlal edilerek sınırlandırılmasıdır.[207]

Benzer şekilde sadece "edim" yükümlülüğünün olduğunun kabul edilmesi de yargının iş yükünü azaltma amacına hizmet etmektedir. Gerçekten bu failin yükümlülüklerini azalttığı ve bu şekilde uzlaştırma uygulamasını daha fazla artırarak mağdurun (neyinin) onarılmasından ziyade yargının iş yükünün azaltılmasının öncelikli tutulduğu eleştirilerini akla getirse de (neye?) "edim" olarak yer verilmesini daha isabetli bulmaktayız. İlk olarak bu çalışmanın *"uzlaştırmanın konusu olarak cezai uyuşmazlık"* başlığında gerekçelendirdiğimiz üzere onarmayı, para gibi göreceli maddi değerlere indirgememiş olacağız. Onarma, zararın karşılanmasında her zaman özdeş değildir ve çoğu zaman da bu kadar olmayabilir. "*Restitution"* olarak girişte bahsettiğimiz mağdur hakları yaklaşımında dahi parasal karşılık anlamına gelen tazminatla sınırlı değildir. Bu nedenle bu terimin Türkçe'ye tazminat olarak çevrilmesi-

---

[205] KETİZMEN, ss. 5-6.

[206] Anayasa Mahkemesi, E. 2023/43, K. 2023/141, T: 26/07/2023, Resmi Gazete Sayısı: 32343, para. 30, https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/10/20231018-10.pdf (Erişim Tarihi: 25/10/2023).

[207] Anayasa Mahkemesi nihai olarak şu şekilde gerekçelendirmiştir: *"Bu bağlamda uzlaşma görüşmeleri esnasında sağlıklı şekilde belirlenmesi güç veya öngörülmesi mümkün olmayan zararlara ilişkin açılacak davalar yönünden herhangi bir ayrım yapılmaksızın uzlaşmanın sağlanması durumunda tazminat davası açılamayacağını düzenleyen kuralla ilgililere katlanamayacakları bir külfet yüklenmiştir. Başka bir deyişle kuralda yargının iş yükünün azaltılması amacıyla mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlama arasında makul bir denge kurulamamıştır"* (Anayasa Mahkemesi, E. 2023/43, K. 2023/141, T: 26/07/2023, Resmi Gazete Sayısı: 32343, para. 28-29.

nin kavramı karşılamadığından bahsetmiştik. Bize göre kanun koyucunun zararı (maddi) karşılamaktan daha geniş bir üst kavram olarak "edim", onarım için bize kreatif olabilmemiz için daha büyük bir kapı açmaktadır.

İkinci olarak ise bizim hukukumuzda CMK'da zarar gören tek tarafın mağdur, zararı karşılaması gereken tek tarafın fail olduğu kabulünden ilerlenmektedir. Oysa onarıcı adaletin esasında bir suç işlendiğinden suçtan zarar görenler ve bu nedenle ihtiyaçları giderilmesi gerekenler -mağdur birincil konumda olmakla birlikte-, 1) mağdur, 2) ilişkiler, 3) fail, 4) toplum olarak sıralanır.[208] Ancak biz sadece mağdura odaklanmaktayız. Diğer taraftan, sorumluluk sahibi olan ve onarma yükümlülüğü olanlar -fail birincil konumda olmakla birlikte- aynı zamanda toplum da olabilir. *Zehr*'e göre eğer fail tespit edilemediyse veya tespit edilmiş ancak bir türlü sorumluluklarını kabul etmemekte ise o zaman toplum bir rol üstlenebilir.[209] Ancak bizim hukukumuzda eğer suçla ilgili şüpheli tespit edilemez[210] veya tespit edilmekle birlikte o kişiyle ilgili yeterli düzeyde şüpheye ulaşılamaz yahut da kişi tespit edilir yeterli derecede şüpheye ulaşır fakat o kişi ölmüş (TCK md. 64) ise kovuşturmaya yer olmadığı kararı (CMK md. 172) verilecektir. Her ne kadar Türk ceza hukuku, fiil ceza hukuku olsa da sanığın varlığı bir muhakeme koşuludur. Uzlaştırma, kamu davasının açılmasının alternatifi olduğundan uzlaştırma işlemleri de bu durumda başlamayacaktır.

## XI. UZLAŞTIRMADA YARGININ TEMSİLCİSİ: C. SAVCISI VE UZLAŞTIRMACI

Uzlaştırma usulünün hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde uygulanmasında bu kuruma özgü C. Savcılarının arasında iş bölümü ile ayrı bir büro, *uzlaştırma bürosu* adı altında oluşturulmuştur. Buna göre uzlaştırmanın uygulanmasında yetkili makam, savcılık makamıdır. Ancak müzakerelerin yürütülmesi için dışarıdan bu konuda belirli bir eğitimi tamamlamış ve bu şekilde uzlaştırmacı sıfatını almış kişiler görevlendirilir.[211] Bu görevlen-

---

[208] ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 184.

[209] ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 189.

[210] Örneğin, iddianamede şüphelinin kimliğinin de belirtilmesi zorunludur (CMK md. 170).

[211] CMK md. 253/24 (Değişik: 24/11/2016-6763/34 md.): *"Her Cumhuriyet başsavcılığı bünyesinde uzlaştırma bürosu kurulur ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısı ile personel görevlendirilir. Uzlaştırmacılar, avukatların veya hukuk öğrenimi görmüş kişilerin yer aldığı, Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen uzlaştırmacı listelerinden görevlendirilir. Uzlaştırmacı, hazırladığı raporu, tutanakları ve varsa yazılı anlaşmayı büroya gönderir. Uzlaştırma süreci sonun-*

dirmeyi yaparken CMK'nın hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebeplerine ilişkin hükümlerinin dikkate alınması zorunludur (md. 253/10).[212] Görevlendirmenin ardından büro tarafından uzlaştırmacıya uzlaştırma müzakereleri için yeterli olacak miktarla sınırlı olmak kaydıyla dosyadaki belgelerin örnekleri verilir (md. 253/12).[213] "*Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir"* (md. 253/14). Uzlaştırma müzakereleri en geç otuz gün içinde sonuçlandırılmak zorundadır. Gerek olması halinde bu süre, *"... her defasında yirmi günü geçmemek üzere en fazla iki kez daha uzatabilir"* 253/12). Bu şekilde uzlaştırma usulü için yetmiş (70) günlük bir azami süre öngörülmüştür. Bundan sonraki süreç ise Kanun'a göre md. 253'te şöyle sıralanmıştır:

> *"(15) Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte uzlaştırma bürosuna verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır. (Ek cümle:*
>
> *24/11/2016-6763/34 md.) Uzlaştırma bürosu soruşturma dosyasını, raporu ve varsa yazılı anlaşmayı Cumhuriyet savcısına gönderir.*
>
> *(16) Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler.*

---

*da soruşturma dosyaları, uzlaştırma bürosunda görevli Cumhuriyet savcıları tarafından sonuçlandırılır".*

CMK md. 253/25 (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.): *"Uzlaştırmacıların nitelikleri, eğitimi, sınavı, görev ve sorumlulukları, denetimi, eğitim verecek kişi, kurum ve kuruluşların nitelikleri ve denetimleri ile uzlaştırmacı sicili, uzlaştırmacılar ve eğitim kurumlarının listelerinin düzenlenmesi, Cumhuriyet başsavcılığı bünyesinde kurulan uzlaştırma bürolarının çalışma usul ve esasları, uzlaştırma teklifi ile müzakere usulü, uzlaştırma anlaşması ve raporda yer alacak konular ile uygulamaya dair diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Adalet Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenir".*

CMK md. 253/22 (Değişik birinci cümle: 24/11/2016-6763/34 md.): *"Uzlaştırmacıya Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen tarifeye göre ücret ödenir. Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler Devlet Hazinesi tarafından karşılanır".*

[212] CMK md. 253/10: *"Bu Kanunda belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur".*

[213] CMK md. 253/10: *"Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Uzlaştırma bürosu bu süreyi her defasında yirmi günü geçmemek üzere en fazla iki kez daha uzatabilir".*

*(17) Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder.*

*(18) Uzlaştırmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez.*

*(20) Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz.*

*(21) Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunulduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek uzlaştırma bürosuna verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez*".

## XII. UZLAŞTIRMA İLE CEZAİ UYUŞMAZLIĞIN SONLANDIRILMASINDA KARAR/HÜKÜM TÜRLERİ

Uzlaştırma müzakereleri başarılı sonuçlanır ve C. Savcısı uzlaşmanın, tarafların *özgür iradelerine dayandığını* ve *edimin hukuka uygun*[214] olduğunu belirler ise C. Savcısı uzlaştırma raporunu veya uzlaşma belgesini mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder (CMK md. 253/17).

Uzlaştırma ile cezai uyuşmazlık soruşturma evresinde sona erdirildiğinde verilecek karar, CMK m. 253/19'da gösterilmiştir. Bu noktada edimin peyderpey mi yoksa def'aten yerine getirilmesine göre ayrım yapılmıştır. Buna göre soruşturma evresinde şüphelinin edimi, def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı; takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir.[215] CMK md. 253/23: "*Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir.*"

---

[214] Bkz.: AKBULUT / AKSAN, ss. 43-47.

[215] CMK m. 253/19: *"Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı islemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. (...) açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır".*

Kovuşturma evresi bakımından ise hüküm çeşitleri ayrı bir maddede - 254. maddede-düzenlenmektedir. Kovuşturma evresinde şüphelinin edimi, def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine; takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına kararı verilir.[216] Soruşturma evresinde gerçekleşen uzlaştırma sonucu verilen karar türleri ile aynı maddede bu kararlara ilişkin itiraz kanun yolu düzenlenmiştir.

Uzlaştırma başarısız olduğunda ise tekrar uzlaştırma yoluna gidilmesine izin verilmemiştir.[217] Ancak sonuçsuz kalan bir uzlaştırma müzakeresinden sonra taraflar, kamu davasının açılması için iddianame düzenlenene kadar uzlaştırmacı olmaksızın da kendi aralarında uzlaşabilirler. Ancak bu halde belge, *uzlaştırma raporu* değil; *uzlaşma belgesi* adını alır. Her iki belge de 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'na göre eşdeğerde ilam mahiyetini haiz belge niteliğindedir. CMK md. 253/16'ya göre;

> "*Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler*".

## SONUÇ

> "*Bizler ayrıca adalet çiftçileri olmayız. Kendi deneylerimizi ve bulgularımızı ekmeliyiz. Hatta daha da fazla mağdur-fail uzlaşması programları ekmeliyiz ki örneğin bunların yeni formlarını test etmeliyiz. Mağdurlara onarıcı çerçeveden yeni hizmetler sunmalıyız*".[218]

Onarıcı adalet, üzerinde sürekli fikir üretilebilecek kreatif ve dinamik bir program olarak karşımıza çıkmaktadır. Geliştirilecek ve öğrenilecek ol-

---

[216] CMK m. 254/2: *"Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır."*

[217] CMK m. 253/18: *"Uzlaştırmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez*".

[218] ZEHR, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, s. 223.

dukça fazla perspektifi bulunmaktadır. Bize göre suç ve suç etrafında adalet kavramları gibi hem kompleks hem de yüksek öncelikli kavramlara, yegâne bir adalet anlayışı sunulması ile yetinilmesi de başka bir haksızlıktır. O nedenle yeni perspektifler açması sebebiyle onarıcı adalet programları, önemli bir boşluğu da doldurmaktadır. Demokratik bir hukuk devletinde olağan ceza muhakemesinin gerek inşası gerekse taraflara (özellikle şüpheli ve sanığa) tanıdığı haklar ve güvenceleri dikkate aldığımızda uzlaştırma kurumunun da meşruiyetinin olduğu görüşündeyiz. Türk hukukunda onarıcı adalette tarafların *özgür iradeleri* ile cezai uyuşmazlık üzerinde belirleyici olma yetkisi (belli düzeyde de olsa) verilmektedir. Özgür iradenin hem uzlaştırmaya katılmak hem müzakere süreçleri ve hem de uzlaştırmanın sonucu için aranmasının yanı sıra temel muhakeme güvencelerinin sağlandığı olağan ceza muhakemesinin işletilmesi, *bir seçenek olarak mevcudiyetini korumaktadır*.

Halihazırda Türk hukukunda, kanun koyucunun uzlaşma pratiğinin artırılması yönünde bir yaklaşımının olduğunu gözlemlemekteyiz. Nitekim kanuni düzenlemedeki değişikliklerden uzlaştırmanın kapsamını sürekli genişletme eğlimi olduğu anlaşılmaktadır. Bu, ülkemizde mağdur odaklı bir adalet anlayışını geliştirmek için önemli bir motivasyondur. Gerçekten bu durum, bizim için onarıcı adaletle ilgili üretken olmamız ve mağdur başta olmak üzere cezai uyuşmazlığın taraflarına yeni hizmetler ve olanaklar sunmak üzerinde çalışmamız için önemli bir neden olabilir. Bu sürece katkı sağlayabilmek amacıyla bu çalışma boyunca *Nils Christie, Howard Zehr* ve güncel örnek olarak *Antoine Garapon*'a ait eserleri seçtik. Bu eserlerden çıkardığımız onarıcı adaletin temel esaslarından hareketle bugünkü uzlaşmaya ilişkin hükümlerimizdeki şartları değerlendirdik. Bu adalet türüyle ilgili temel esasları sıralamak yerine, bu esasları başat eserlerden hareketle ortaya çıkararak, Türk ceza hukukundaki ana onarıcı adalet pratiği olan uzlaştırmayla ilgili düşünme pratiğinin geliştirilmesine katkıda bulunmayı hedefledik.

Bu eserlerden birçok sonuç çıkarılabilir, fakat bize göre kesin olarak çıkarılabilecek bir sonuç var ise o da şudur: Yöntem olarak olağan ceza adalet sistemine radikal biçimde *"eleştirel"* yaklaşan; içerik olarak ise *kreatif ve dinamik* bir yapıya sahip onarıcı adalette *en baştan kategorik yasaklarla veya kabullerle ilerlenmemesi* gerektiğidir. Uzlaştırma pratiğini artırma eğilimine rağmen, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, aile içi şiddet ve kadına yönelmiş şiddetteki bazı fiilleri içeren suçlar ve ısrarlı takip gibi bazı zorlu

suç grupları kategorik olarak dışarda tutulmuştur. Örneğin uzlaştırma ilk kabul edildiğinde mala karşı suçlar da dışında tutulmuştu, fakat daha sonraki değişikliklerle mala karşı işlenen suçlardan bazıları uzlaşma kapsamına alınmıştır. Bu alanlarda da onarıcı adaletin kabul edilmesinde bir engel teorik olarak bulunmamaktadır. Mesele, ne şekilde ve hangi şartlarla uygulayacağımızla ilgilidir.

Bununla birlikte bu genişletme eğilimi sadece uzlaşmaya tabi suç tiplerinde değil; uzlaştırma ve onarıcı adaletin temel unsurlarının asgariye indirilmesi şeklinde de karşımıza çıkmaktadır. Örneğin failin suçu kabul etmesi artık aranmamaktadır. Mağdurun zararının giderilmesi yerine edim öngörülmektedir. Edim konusu dahi doğrudan "failin edim yükümlülüğü vardır" şeklinde düzenlenmemiştir. Uzlaştırma görüşmelerinde varılan edimin C. Savcısı tarafından hukuka uygun olup olmadığı yönünden incelenecek (CMK md. 253/17) olmasından hareketle edim yükümlülüğü olduğu sonucuna biz varmaktayız. Onarıcı adaletin temel esaslarından uzaklaşmak veya uzlaştırmadaki onarıcı adaletin temel esaslarının yeterince güçlü biçimde temin edilememesi, uzlaştırmanın otomatik biçimde uygulanarak adeta C. Savcısının önödeme pratiğinden farkı kalmaması anlamına gelir. Tek fark, önödemede C. Savcısının bedeli soruşturma giderleriyle birlikte şüpheliden mağdur yerine Devlet hazinesine yatırmasını öngörmesi olacaktır. Bu da onarıcı adalet yaklaşımının hukukumuzdaki karşılığı olan uzlaştırmanın, onarıcı adaletin amaçlarından ziyade yargının iş yükünün azaltılması kaygısıyla ele alındığı eleştirilerini güçlendirecektir.

## KAYNAKÇA

AKBULUT Berrin / AKSAN Murat, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma**, 2. bası, Seçkin, 2019.

AKDENİZ Galma, "Onarıcı Adalet Yaklaşımı ve Kavramsal Temelleri", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2019, C. 16, S. 1, ss. 1-23.

ALLARD Pierre / NORTHEY Wayne, "Christianity: The Rediscovery of Restorative Justice", in **A Restorative Justice Reader,** Yay. Haz. Gerry Johnstone, Willan Publishing, Portland, 2005, ss. 158-169.

ASHWORTH Andrew, "Responsibilities, Rights and Restorative Justice" in **A Restorative Justice Reader**, Yay. Haz. Gerry Johnstone, Willan Publishing, Portland, 2005, ss. 426-437.

AŞCI Arzu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumuna Kısa Bir Bakış", **İzmir Barosu Dergisi**, C. 83, S. 1, 2018, ss. 87-110.

BARNETT Randy E., "Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice" in **A Restorative Justice Reader**, Yay. Haz. Gerry Johnstone, Willan Publishing, Portland, 2005, ss. 46-56.

BAYTAZ A. Batuhan, "Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 71, S. 1, 2013, ss. 117-129.

BRAITHWAITE John, "Restorative Justice and a Better Future", in **A Restorative Justice Reader**, Yay. Haz. Gerry Johnstone, Willan Publishing, Portland, 2005, ss. 83-97.

BRAITHWAITE John, **Restorative Justice and Responsive Regulation**, 1. Baskı, Oxford University Press, New York, 2002.

CENTEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. bası, Beta, İstanbul, 2020.

CHRISTIE Nils, "Bir Mülkiyet Nesnesi Olarak Çatışmalar", (çev. G. AKDENİZ / E. TABOĞLU), **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. 1, 2019, ss. 215-234.

CHRISTIE Nils, "Conflicts as Property", **The British Journal of Criminology**, C. 7, S. 1, 1977, ss. 1-15.

CONSEDINE Jim, "The Maori Restorative Tradition" in **A Restorative Justice Reader**, Yay. Haz. Gerry Johnstone, Willan Publishing, Portland, 2005, ss. 152-157.

ÇAKIRHAN Selen, "Kadına Yönelik Şiddette Uzlaştırma Mümkün Olabilir mi?: Alternatif Bir Uzlaştırma Modeli Olarak Brezilya Örneği" in **Ceza Hukuku Perspektifinden Kadına Yönelmiş Şiddetle Mücadele**, Yay. Haz. Rahime Erbaş, Adalet, Ankara, 2022, ss. 79-104.

ÇETİNTÜRK Ekrem, **Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008.

ÇETİNTÜRK Ekrem, "Onarıcı Adalet Anlayışı ve Uzlaştırma Kurumunun Türk Ceza Adalet Sisteminde Algılanışı (Geleneksel Ceza Adalet Anlayışına Eleştirel Bir Bakış)", **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 9, 2009, ss. 191-245.

DALY Kathleen, "Restorative Justice: The Real Story", **Punishment & Society**, C. 4, S. 1, 2002, ss. 55-79.

DEĞİRMENCİ Olgun, **Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma**, 2. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

DURSUN Selman, "Avrupa Konseyi'nin Uzlaştırmaya Dair Tavsiye Kararları ve Türk Uzlaştırma Düzenlemeleri" in **Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık. Çözüm Yöntemleri Sempozyumu**, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, Rize, 2018, ss. 51-64.

EGLASH Albert, "Creative Restitution. A Broader Meaning for an Old Term", **The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science**, C. 48, S. 6, 1958, s. 619-622.

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. 75-118.

ERTEMÜR Hazal, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Uzlaştırma**, Seçkin, Ankara, 2021.

GARAPON Antoine, "Justice caught between being and having", **The International Journal of Restorative Justice**, C. 5, S. 2, 2022, ss. 148-167.

HUDSON Barbara, "Restorative Justice: The Challenge of Sexual and Racial Violence", **Journal of Law and Society**, C. 25, S. 2, Haziran 1998, ss. 237-256.

KAPLAN Mahmut, "Onarıcı Adalet ve Türk Hukukuna Yansımaları", **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, Haziran 2015, ss. 59-86.

KEENAN Marie / ZINSSTAG Estelle, **Sexual Violence and Restorative Justice**, online bası, Oxford Academic, 2022, https://doi.org/10.1093/oso/9780198858638.001.0001 (Erişim Tarihi: 25/10/2023).

KETİZMEN Muammer, "Uzlaşmanın Sirayet Etmezliği İlkesinin Sonucu Olarak Mağdurun Yargılanacak Kişiyi Seçebilme Yetkisi", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, 2012, ss. 1-10.

KRUGLANSKI Arie W./ FISHMAN Shira, "The Need for Cognitive Closure" in **Handbook of Individual Differences in Social Behavior**, Yay. Haz. Mark R. Leary / Rick H. Hoyle, The Guilford Press, New York, 2009, ss. 343-353.

KUNTER Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. bası, Beta, İstanbul, 1989.

MARINARI Angela, **Restorative Justice for Survivors of Sexual Abuse**, Bristol University Press, Bristol, 2020.

MARINESCU Liviu Mihail, "Judicial Aspects Concerning the Victim in the American Justice System", **Acta Universitatis Danubius Juridica**, C. 3, S. 1, 2007, ss. 63-68.

MERAKLI Serkan, "Das Schlichtungsverfahren im türkischen Strafprozess", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 131, S. 3, 2019, ss. 783-807.

NUHOĞLU Ayşe, "Uzlaşma Bakımından Şikâyete Bağlı Suçlar", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2010, ss. 86-92.

ÖZBEK Veli Özer, **Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.

ÖZEROĞLU Alev, **Türk ve Amerikan Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2023.

ÖZTÜRK Bahri / TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / GEZER Özge Sırma / SAYGILAR KIRIT Yasemin F./ ALAN Esra / ÖZAYDIN Özdem / TÜTÜNCÜ Efser Erden / ALTINOK VILLEMIN Derya / TOK Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. bası, Seçkin, Ankara, 2022.

SHERMAN Lawrence W./ STRANG Heather, "Delil Temelli Hüküm Olarak Onarıcı Adalet", (çev. E. BEKAR CANPOLAT), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1-2, 2014, ss. 281-322.

SIDERIDOU Sofia / VASILEIADOU Sofia, "Unleashing The Benefits of Restorative Justice for Survivors of Sexual Violence", 2023, https://www.euforumrj.org/en/unleashing-benefits-restorative-justice-survivors-sexual-violence, (Erişim Tarihi: 16/09/2023).

SOKULLU-AKINCI Füsun / DURSUN Selman, **Viktimoloji (Mağdurbilim)**, 3. bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

SOYGÜT Mualla Buket, "Ceza Muhakemesinde Uzlaşma Temel Sorunlar ve Öneriler", **Suç ve Ceza**, S. 3, 2008, ss. 81-98.

ŞAHİN Cumhur, "Ceza Muhakemesinde Uzlaşma", **Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1-2, 1998, ss. 221-297.

ŞAHİN Cumhur / GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 12. bası, Seçkin, Ankara, 2022.

ŞIK Hüseyin, **Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu**, Adalet, Ankara, 2018.

TOKDEMİR Sercan, "Ceza Adaleti Sistemine Yeni Bir Yaklaşım: Tamamlayıcı Bir Sistem Olarak 'Onarıcı Adalet' Mekanizması", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, S. 1-2, 2017, ss. 75-114.

TOPÇUOĞLU Tuba / DURSUN Selman, "Turkey: Victimology and Victim Protection" in **Mapping the Victimological Landscape of the Balkans: A Regional Study on Victimology and Victim Protection with a Critical Analysis of Current Victim Policies**, Yay. Haz. Gorazd Meško, Eszter Sarik ve Anna-Maria Getoš Kalac, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, ss. 531-571.

TÖNGÜR Ali Rıza / ÇETİNTÜRK Ekrem, "Onarıcı Adalet Anlayışının Teorik Temelleri", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 2, 2018, ss. 7-26.

ÜNVER Yener / HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 3**, 20. bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

VAN NESS Daniel W./ HEETDERKS STRONG, Karen, "A Brief History of Restorative Justice: The Development of a New Pattern of Thinking" in **Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice**, Yay. Haz. Daniel W. Van Ness / Karen Heetderks Strong, 5. bası, Routledge, 2015, ss. 23-41.

YAZZIE Robert / ZION James W., "Navajo Restorative Justice: The Law of Equality and Justice" in **A Restorative Justice Reader**, Yay. Haz. Gerry Johnstone, Willan Publishing, Portland, 2005, ss. 144-151.

YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. bası, Seçkin, Ankara, 2022.

YILDIZ Ali Kemal, "Uzlaşma- Şikayet İlişkisi", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2010, ss. 93-115.

ZAFER Hamide, "Türk Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2006, ss. 117-140.

ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75)**, 8. bası, Beta, İstanbul, 2021.

ZEHR, Howard, **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**, 1. bası, Herald Press, Scottdale, 1990.

ZEHR Howard, **The Little Book of Restorative Justice. Intercourse**, 1. bası, Good Books, Pensilvanya, 2002.

***İnternet Kaynakları***

05.08.2017 Resmî Gazete Sayısı: 30145, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=23823&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5 (Erişim Tarihi: 15/09/2023).

5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, md. 24, Resmî Gazete Sayısı: 26381, Tarih: 19 Aralık 2006, https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/12/20061219-1.htm (Erişim Tarihi: 15/09/2023).

5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, md. 45, Resmî Gazete Sayısı: 26381, Tarih: 19 Aralık 2006, https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/12/20061219-1.htm (Erişim Tarihi: 15/09/2023).

Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma', https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2112018153707Ceza%20Muhakemesinde%20Uzlaştırma.pdf (Erişim Tarihi: 20/09/2023).

Anayasa Mahkemesi, E. 2023/43, K. 2023/141, T: 26/07/2023, Resmi Gazete Sayısı: 32343, para. 29, https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/10/20231018-10.pdf (Erişim Tarihi: 25/10/2023).

TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 5, Sayı: 1255, https://www.tbmm.gov.tr/ sirasayi/donem22/yil01/ss1255m.htm (Erişim Tarihi: 15/09/2023).

https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html (Erişim Tarihi: 15/09/2023).

TBMM, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)", Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, https://www.tbmm.gov.tr/ sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm (Erişim Tarihi: 15/09/2023).

The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), "Scotland's criminal justice system", 14 Temmuz 2023, https://www.copfs.gov.uk/the-justice-process/scotland-s-criminal-justice-system/ (Erişim Tarihi: 20/09/2023).

The European Forum for Restorative Justice, 'The Idea of Restorative Justice and How It Developed in Europe" 3, ayrıca Türkiye'ye de yer verdiği kısım için 4, https://www.euforumrj.org/sites/default/files/2020-01/the_idea_of_restorative_justice_and_how_it_developed_in_europe.pdf (Erişim Tarihi: 16/09/2023).

The Ministry of Justice, Restorative Justice Action Plan for The Criminal Justice System For the Period to March 2018, Şubat 2017, ss. 4-5, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a8025bf40f0b62305b89759/rj-action-plan-to-march-2018.pdf (Erişim Tarihi: 25/10/2023).

**Hakemli Makale** **GSÜHFD**, 2023; 2: 1235-1265

# ULUSLARARASI STANDARTLAR IŞIĞINDA HÜCREYE KOYMA DİSİPLİN CEZASININ UYGULANMASININ ESASLARI VE İLGİLİ SORUNLAR(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Yaprak ÖNTAN**(**)

**Öz:** Mahpusların özgürlüklerini en uç seviyede sınırlandıran hücre cezasının ıslah ediciliği ve caydırıcılığı tartışmaya açıktır. Bununla beraber, bugün halen birçok ülke mevzuatında bir disiplin cezası olarak da yer aldığından, hücreye koymanın bazı temel ilkelere ve asgari maddi koşullar ile infaz rejimine ilişkin gerekliliklere riayet edilerek uygulanması üzerinde durulmalıdır. Uluslararası standartlarda belirtilen, kanunilik, orantılılık, gereklilik, hesap verilebilirlik ve ayrımcı olmama şeklindeki temel ilkelere uygun olmayan düzenlemeler ve asgari maddi koşullarla cezanın infaz edilebilmesi şartlarına riayet edilmeden yapılan uygulamalar hak ihlalleriyle sonuçlanmaktadır. Bu makalede, söz konusu uluslararası standartlar ile iç hukukta mevzuattan ve uygulamadan kaynaklanan bazı sorunlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve diğer mahkeme içtihatları ışığında tartışmaya açılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Hücreye Koyma, Disiplin Cezası, İnfaz Rejimi, Orantılılık, Koşullu Salıverilme.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 18.09.2023 - Makale Kabul Tarihi: 30.10.2023.

(**) Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye.
(ORCID: http://orcid.org/0000-0003-4665-6737; E-posta: yontan@ankara.edu.tr).

# PRINCIPLES OF THE IMPLEMENTATION OF THE DISCIPLINARY SANCTION OF SOLITARY CONFINEMENT IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL STANDARDS AND RELATED PROBLEMS

**Abstract:** Whether solitary confinement, which limits the freedom of prisoners to the extreme, is rehabilitative and deterrent, is open to debate. However, since it is still included as also a disciplinary sanction in the legislation of many countries today, emphasis should be placed on the implementation of solitary confinement by complying with some basic principles, minimum material conditions and requirements regarding the execution regime. Regulations that do not comply with the basic principles of lawfulness, proportionality, necessity, accountability and non-discrimination specified in international standards, and practices that do not correspond to the minimum material conditions and requirements of the execution of the sanction, result in violations of rights. In this article, these international standards and some problems arising from legislation and practice in domestic law will be discussed in the light of the European Court of Human Rights, the Constitutional Court and other court precedents.

**Keywords:** Solitary Confinement, Disciplinary Sanction, Execution Regime, Proportionality, Conditional Release.

## I. GENEL OLARAK

Hükümlülere ve tutuklulara uygulanabilen bir disiplin cezası olarak hücreye koyma cezası, temel olarak, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 44. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre hücreye koyma, hükümlünün *"açık havaya çıkma hakkı saklı kalmak üzere, geceli ve gündüzlü bir hücrede tek başına tutulması ve her türlü temastan yoksun bırakılmasıdır."*

Hücreye koyma cezası eylemin niteliği ve ağırlığına göre bir günden yirmi güne kadar uygulanabilmektedir. Ancak bu süre, bir günden on güne ve onbir günden yirmi güne olmak üzere yine cezayı gerektiren eylemin niteliği ve ağırlığına göre bölümlenmiştir.

Hücreye koyma cezasının verilmesi ve uygulanmasına ilişkin ilave hükümler Kanun'un 48. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, *"Hücreye koyma ve odaya kapatma cezasının infazına, infaz hâkiminin onayı ile başlanır."* ve *"Hücreye koyma cezasına ilişkin disiplin cezalarının infazından önce ve infazı sırasında hükümlü, hekim tarafından muayene edilir. İlgilinin bu cezaya katlanamayacağı anlaşılırsa cezanın infazı sonraya bırakılır veya hekiminin belirleyeceği aralıklarla infaz edilir."*

5275 sayılı Kanun'a göre ayrıca, hücreye koyma cezası hükümlünün disiplin nedeniyle naklini gerektirebilir. 55. maddeye göre, *"Hükümlü, hücreye koyma cezasını gerektiren eylemlerde bulunması hâlinde kurum yönetimince hakkında disiplin işlemi yapılır ve kurum en üst amirinin istemi üzerine Bakanlıkça başka kurumlara nakledilebilir."*

Hücreye koyma cezası, hükümlüler kadar tutuklular bakımından da söz konusu olabilir. Bu husus ise Kanun'un 116. maddesinde düzenlenmiştir.[1]

Belirtmek gerekir ki, hücreye koyma disiplin cezası yalnızca yetişkin hükümlü ve tutuklular hakkında uygulanabilen bir cezadır. Buna karşılık çocuklar bakımından Kanun'da odaya kapatma cezası öngörülmüştür. Bu ceza, niteliği ve şartları itibariyle hücreye koyma cezasından farklı olmakla

---

[1] ÖLMEZ Gökhan / ÜNAL Osman Gazi / KARABULAT Efe Can vd., **İnfaz Hukuku**, Özgenç İzzet / Şahin Cumhur (Editör), 4. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 163.

Bu sonuca 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu'nun 6/2. maddesi uyarınca da ulaşılabilir. Hükme göre, *"Disiplin cezasına karşı yapılan şikâyet üzerine infaz hâkimi, hükümlü veya tutuklunun savunmasını aldıktan ve talep edilen diğer delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra kararını verir."*

bu çalışmanın konusu değildir. Ancak şu kadarını ifade etmek gerekir ki, çocuklar bakımından hücreye ya da odaya kapatma cezalarına mevzuatta yer verilmemelidir.[2]

Ceza infaz kurumu ya da tutukevine girmek olgusu kendiliğinden hükümlü ve tutuklular açısından sayısız olumsuz etkiye yol açmaktadır. Ceza infaz kurumlarının suçun öğrenildiği okullara dönüşme riski, cezaevilileşme, özellikle uzun süreli hükümlülüğün sosyalleşme üzerindeki etkisi nedeniyle yeniden topluma kazandırmayı zorlaştırması, fiziksel ve psikolojik sorunlar ve bu arada kendine zarar verici eylemlerde bulunma, bu olumsuz etkilerin başlıcaları ancak aynı zamanda sadece bir kısmıdır.[3]

Söz konusu olan zaten özgürlükleri kısıtlanmış ve bu nedenle birçok sıkıntı yaşayan bireylerin en uç şekilde sınırlandırılması; yani hücreye alınması olduğunda, bu olumsuz etkilerin bir kısmının çok daha yoğun bir şekilde ortaya çıkması hayli olasıdır.[4] Avrupa Konseyi İşkencenin Önlenmesi Komi-

---

[2] Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları (Havana Kuralları) 67'ye göre; *"Bedensel ceza, karanlık bir hücreye konulma, kapatma veya hücre hapsi ya da çocuğun fiziksel veya ruhsal sağlığını riske atabilecek türden herhangi bir ceza da dahil olmak üzere, zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele teşkil eden tüm disiplin tedbirlerinin uygulanması kati olarak yasaklanmalıdır."* https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/United_Nations_Rules_for_the_Protection_of_Juveniles_Deprived_of_their_Liberty.pdf (E.T. 25.07.2023).

[3] Ceza infaz kurumlarının hükümlüler üzerindeki olumsuz etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SHALEV Sharon, **A Sourcebook on Solitary Confinement,** 2008, s. 9 vd., (https://www.solitaryconfinement.org/_files/ugd/f33fff_18782e47330740b28985c5fe33c92378.pdf?index=true E.T. 27.07.2023); STINNEFORD John F., "Is Solitary Confinement a Punishment?", **Northwestern University Law Review,** Vol: 115, No: 1, 2020, s. 42 vd.; DEMİRBAŞ Timur, **İnfaz Hukuku,** 8. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 233 vd.; ÖZBEK Veli Özer, İnfaz Hukuku, 16. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 141 vd.

Ayrıca bkz. Hücre Hapsinin Kullanımı ve Etkilerine İlişkin İstanbul Bildirgesi, s. 2, https://www.solitaryconfinement.org/_files/ugd/f33fff_74566ecc98974f8598ca852e854a50cd.pdf (E.T. 29.07.2023).

"*Mahkeme uzun süreli hücre hapsinin istenmeyen bir durum olduğunu ... ve AİÖK tarafından çeşitli vesilelerle belirtildiği üzere, böylesi uzun bir sürenin, ruh sağlığı üzerindeki zararlı etkileri nedeniyle endişeye yol açtığını yinelemek ister.*" AİHM, **Rzakhanov v. Azerbaycan,** Başvuru no. 4242/07, 4.7.2013, § 73.

[4] *"Dosya kapsamına göre, ...Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda yağma suçundan hükümlü olarak bulunan ..."ın 01/11/2011 tarihinde B4 koğuşunda intihara teşebbüsü eyleminin ardından disiplin soruşturmasının selameti açısından 5275 sayılı Kanunun 49. maddesi uyarınca tekli koğuşa alındığı, 03/11/2011 tarihinde duş aparatına çarşaf bağlayarak kendini asmış halde bulunduğu, yapılan müdahalelere rağmen kurtarılamayarak öldüğü, ... Adli Tıp Grup Başkanlığının 29/12/2011 tarihli raporuna göre ölümün asıya bağlı mekanik asfiksi sonucu gerçekleştiğinin tesbit edildiği; ... Eğitim ve Araştırma Hastanesi kayıtlarına göre 18/08/2009 ile 21/08/2009 tarihleri arasında şizofreni tanısı ile tedavi gördüğü, CİK sosyal çalışmacılarının*

tesi'ne (CPT/AİÖK) göre hücre cezası, bireylerin zihinsel, bedensel ve sosyal sağlığı üzerinde ani etkiler doğurabilmekte, bu olumsuz etkiler cezanın belirsizliği ve uzunluğuna göre artış gösterebilmektedir. Genel infaz kurumu nüfusuna oranla hücre hapsine tabi tutulan mahpuslarda intihar oranı çok daha yüksektir.[5] Ayrıca yine AİÖK'ün de belirttiği gibi hücre hapsi uygulaması sırasında mahpusların kötü muameleye uğrama ihtimalleri de bulunmaktadır.[6] Bunlar ve ayrıca ıslah edici ve caydırıcı olmayışı, tersine mahpusları şiddet eylemlerine yöneltebilmesi[7] nedenleriyle uygulanmasına tamamen son verilmesi gerektiği de[8] belirtilebilecek olan hücreye koyma cezasının,

*30/11/2010 tarihinde şahsın kendisine zarar verme eğiliminde olduğundan sağlık kuruluşunda tedavi edilmesi gerektiği yönünde görüş bildirdikleri, tekli koğuşa alındığı sırada lavabo camını kırıp kollarını keserek kendisine zarar vermesi sonrasında tutulan 18/03/2011 tarihli tutanakta hükümlünün psikolojik rahatsızlıkları nedeniyle tekli koğuşlarda kalamayacağının belirlenmesi; katılan, soruşturma evresinde dinlenen tanıklar ve sanıkların ifadelerinden kendisine zarar verme eğiliminde olduğunun anlaşılması karşısında; sanıkların hükümlünün kendisine zarar verme eğiliminde olduğunu bilmelerine rağmen gerekli güvenlik önlemlerini almadan, tek başına kendisine zarar verebilecek eşyalardan arındırılmadan tekli koğuşa almak suretiyle mevzuattaki emredici hükümlerin gereğini yerine getirmekte ihmal ve gecikme gösterdikleri ve bu şekilde …'ın duş aparatına kendisini asarak intihar etmesine neden olunduğu anlaşılmakla, yüklenen suçun yasal unsurları itibariyle oluştuğu gözetilmeden yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde sanıkların beraatlerine karar verilmesi, Kanuna aykırı,"* Y. 5. CD, E. 2013/16375, K. 2016/829, 25.01.2016 (Akt. **ÖZBEK,** s. 159). Söz konusu kararda, hükümlünün intihar girişiminden sonra soruşturmanın selameti açısından tedbiren tekli koğuşa alındığı, intiharın hücreye koyma cezasının infazı sırasında gerçekleşmediği anlaşılmakla beraber, karar, tekli koğuşta kalmasının mümkün olmadığı belirlenmesine rağmen hükümlünün tecritiyle beraber psikolojik durumunun kötüleştiğini ve intihar ettiğini göstermesi bakımından önem taşımaktadır ve bu açıdan da göz önünde bulundurulabilir niteliktedir.

5 CPT, Solitary Confinement of Prisoners, Extract from the 21st General Report, 2011, CPT/Inf(2011)28-part2, s. 2, https://rm.coe.int/16806cccc6 (E.T. 05.07.2023).

6 CPT, Solitary Confinement of Prisoners, s. 1.

7 ANDERSON Danika Jo, "Solitary Confinement as Illegitimately Proscribed and Disproportional Punishment: Another Angle from Which to Attack the Inhumane Practice", **Notre Dame Journal of Law, Ethic & Public Policy,** Vol: 35:1, 2021, s. 316-317, 323.

8 Esasında, 5275 sayılı Kanun'un hücreye koyma cezasını düzenleyen 44. maddesinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. *"Başvuru kararında, hücre cezasının infazı sırasında ve infazından sonra hükümlü ve tutukluların terk edilmişlik, dışlanmışlık ve yalnızlık düşüncelerine itildiği, ruh hâllerinin olumsuz etkilenerek psikolojilerinin negatif yönde geliştiği, bu hâliyle hücre cezasının, ceza infaz kurumlarında cezaların çektirilmesinin yanı sıra infaz rejiminin asıl amacı olan hükümlü ve tutukluların ıslah edilerek dışarı ile uyum içinde suçtan uzak kalarak yaşayabilmelerinin sağlanması amacına aykırılık teşkil ettiği, infaz sonrası ruh sağlığını yitirmiş kişinin toplum için daha zararlı hâle geldiği, bu açıdan hücre cezasının işkence olarak değerlendirilebileceği, insan onuruna yaraşmayan ve ruh sağlığını bozan sonuçları da bulunan hücre cezasının ölçülü olarak düzenlenmediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür."* AYM, E. 2013/137, K. 2014/94, 22.5.2014. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 2 ve 17. maddelerine aykırı olmadığına karar vermiştir.

uygulanmasından vazgeçilmemesi halinde, hiç değilse, esaslarını ve infaz rejiminin gerekliliklerini net bir şekilde ortaya koymak önem taşımaktadır.

## II. HÜCREYE KOYMA CEZASININ ESASLARI

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Avrupa Cezaevi Kurallarına Dair Üye Devletlere Rec(2006)2-rev Sayılı Tavsiye Kararı (Avrupa Cezaevi Kuralları) 60.3'e göre, *"Toplu cezalar, bedensel cezalar, karanlık bir hücreye kapatarak cezalandırma ve diğer insanlık dışı veya aşağılayıcı cezalandırma biçimleri yasaklanmalıdır"*.[9] Bunun dışında, hücreye koyma/hücre hapsi, kendiliğinden, insanlık dışı bir muamele ya da ceza ve AİHS'nin ihlali anlamına gelmemektedir.[10] Hücreye koyma, güvenlik, disiplin ya da koruma nedenleriyle uygulanabilmekte[11] ancak AİHM içtihatlarına bakıldığında, hangi amaçla uygulanırsa uygulansın hücre hapsinin belli temel ilkelere, koşullara ve uygulama rejimine uygun olması gerekmektedir. Bir diğer ifa-

---

9 https://rm.coe.int/cm-revision-of-epr-01072020-tr/1680a09978 (E.T. 25.07.2023).

10 AİHM, **Ilaşcu ve Diğerleri v. Moldova ve Rusya,** Başvuru no. 48787/99, 8.6.2004, § 432; AİHM, **Ramirez Sanchez v. Fransa,** Başvuru no. 599450/00, 4.7.2006, § 123.

*"Anayasa Mahkemesi daha önce ceza infaz kurumlarında hükümlü ya da tutuklu statüsüyle tutulan kişilerin hücre hapsine alınmasının ya da diğer tutulanlardan ayrılmasının tek başına Anayasa'nın 17. maddesine aykırı bir durum oluşturmadığını belirtmiştir. Buna göre disiplinin sağlanması, güvenlik gerekçesi veya ayrı tutulan kişiyi diğer tutulan kişilerden korumak kaygısıyla bu tür uygulamalar yapılabilmektedir (Turan Günana § 43; Ahmet Yeter, B. No: 2014/5100, 16/2/2017, § 39). Ayrıca tek başına tutma tedbirinin sadece güvenlik veya disiplini sağlama kaygısıyla değil mahpusların devam eden soruşturmalarda hileli iş birliği veya dışarıdakilerle yeni bir suç işlemek için iş birliği yapmalarını önleme gibi amaçlarla uygulanması da mümkündür (Raşit Konya, B. No: 2017/26780, 28/6/2018, § 44).*

*Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde ceza infaz kurumlarında tutulma koşullarını değerlendirirken başvurucular tarafından ileri sürülen somut olaylara ilişkin iddialarla birlikte koşulların bir bütün olarak gözetilmesi ve bu kapsamda önlemlerin şiddeti, süresi, amacı ve bireyler için sonuçlarının birlikte değerlendirilmesi gerektiğini de kabul etmiştir (Turan Günana, § 38). Dolayısıyla her başvuruda somut olayın özel koşulları, alınan tedbirin niteliği ve süresi, amacı ve söz konusu kişi üzerindeki etkisi değerlendirilmelidir."* AYM, **Timur Demir Başvurusu,** 9.5.2019, Başvuru no. 2018/33190, § 43-44.

*"Ceza infaz kurumlarında kötü muamele olarak kabul edilecek hususlar farklı şekillerde tezahür edebilir. Bu bağlamda tek kişilik bir odada tutulmaya ilişkin koşullarolayın kendine özgü koşullarına göre kötü muamele yasağı kapsamında gerçek bir sorun olarak ortaya çıkarabilir. Bununla birlikte bu koşulların söz konusu uygulamanın niteliğinden kaynaklanan ve özgürlükten mahrum kalmanın doğal sonucu olan kaçınılmaz elem seviyesinin ötesinde asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olması gerekmektedir."* AYM, **Raşit Konya Başvurusu,** 28.6.2018, Başvuru no. 2017/26780, § 50.

11 ANDERSON, s. 307.

deyle, hücreye koyma/hücre hapsi bugün için belirli şartlar altında uygulanabileceği kabul edilen bir tedbir ya da ceza olarak görülmektedir.

AİHM'e göre; "*Bununla birlikte, belirli bir davada böyle bir tedbirin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girip girmeyeceği değerlendirilirken, özel koşullar, tedbirin sertliği, süresi, güdülen amaç ve ilgili kişi üzerindeki etkileri dikkate alınmalıdır. Tam bir sosyal izolasyonla birleşen tam duyusal izolasyon, şüphesiz sonunda kişiliği tahrip edebilir; böylelikle, 3. maddede yer alan işkence ve insanlık dışı muamele yasağının mutlak karakteri ışığında, güvenlik gereklilikleri ile haklı gösterilemeyecek bir insanlık dışı muamele biçimi oluşturur.*"[12] Bu nedenle, hücreye koyma cezasının esasen uygun olması gereken temel ilkelerin ve cezanın maddi koşulları ile uygulanma rejimine ilişkin gerekliliklerin neler olduğu ortaya konulmalıdır.

## A. Temel İlkeler

Genel olarak disiplin cezaları ve özelde hücreye koyma cezasının hükümlü ve tutukluların hak ve özgürlükleri açısından temel bazı ilkelere uygun olması gerekmektedir. Bu ilkelerin doktrin, AİÖK raporları ve AİHM kararları ışığında belirlenmesi ve değerlendirilmesi konunun açıklanması ve hücreye koyma cezasına ilişkin iç hukuktaki düzenlemelerin yerindeliğinin tartışılarak uygulamadaki sorunları ele almak noktasında belirli bir perspektif kazanmak açısından elzemdir.

Bu doğrultuda, en genel anlamda temel ilkeler; kanunilik, orantılılık, hesap verilebilirlik, gereklilik ve ayrımcı olmama olarak sayılabilir.[13]

### 1. Kanunilik

Hükümlülere uygulanabilecek tüm disiplin cezaları gibi hücreye koyma cezasının da kanunla düzenlenmesi şarttır. Diğer personel, mesleki ve öğrenci disiplin cezaları bakımından da kanunilik ilkesi geçerli olmakla beraber, bunlar bakımından disiplin suçu teşkil eden fiillerin kanunda tek tek sayılması gerekmediğine yönelik tartışmaların, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan disiplin cezaları bakımından yürütülmesi mümkün değildir. Hükümlü ve tutukluların hak ve özgürlükleri söz konusu olduğunda, disiplin

---

[12] AİHM, **Ramirez Sanchez v. Fransa,** Başvuru no. 599450/00, 4.7.2006, § 120; AİHM, **Rzakhanov v. Azerbaycan,** Başvuru no. 4242/07, 4.7.2013, § 64. Ayrıca bkz. AİHM, **Rohde v. Danimarka,** Başvuru no. 69332/01, 21.7.2005, § 93.

[13] CPT, Solitary Confinement of Prisoners, s. 2.

cezalarının yanı sıra disiplin suçu teşkil eden fiillerin de kanunla düzenlemesi şarttır.[14] Kaldı ki, infaz hukukunda kanunilik ilkesi geçerlidir. İnfaza ilişkin düzenlemeler temel hak ve hürriyetlerle ilgili olduklarından ancak kanunla düzenlenebilirler.[15] Ayrıca, Anayasa ve Türk Ceza Kanunu'ndaki suçlar ve cezaların kanuniliği ilkesi, ceza mahkûmiyetinin sonuçları ve bu doğrultuda infaz hukuku normları bakımından da geçerlidir.[16]

5275 sayılı Kanun'un 6/1-b maddesine göre; *"Hükümlülerin, Anayasada yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, bu Kanunda öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabilir."* Aynı maddenin c bendine göre de; *"Hükümlünün kanun ve yönetmeliklerle tanınmış haklarının dokunulmazlığını sağlamak üzere cezanın infazında ve iyileştirme çabalarında kanunîlik ve hukuka uygunluk ilkeleri esas alınır."*

Nitekim AİÖK'e göre de, hücre cezaları kanunla düzenlenmelidir. İç hukuktaki düzenlemeler, cezanın hangi durumlarda, hangi merci tarafından ve hangi prosedür sonucu uygulanabileceğini, prosedür boyunca hükümlünün kendisini temsil ettirebileceğini, hükümlüye mümkün olduğunca gerekçeli bir karar sunulmasını, kararın denetlenmesi sıklık ve usulünü ve karara karşı başvuru yollarını kapsamalıdır.[17]

Ayrıca, 5275 sayılı Kanun'un 48. maddesinin; *"37 ilâ 46 ncı maddelerde yer alan eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan eylemler, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde,*

---

14 *"Burada öncelikle çözümlenmesi gereken konu disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan suç ve cezalar kapsamında olup olmadığıdır. Genel olarak disiplin cezaları kamu görevi ile ilgili bir ceza türü olarak benimsenmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasa'nın 38. maddesi kapsamındadır."* AYM, E. 1990/12, K. 1991/7, 4.4.1991.

OKUYUCU ERGÜN Güneş, **Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 198-199; DONAY Süheyl, **Türk Ceza İnfaz Hukuku,** Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 108; ARAS Bahattin, **İnfaz Aşamasında İnfaz Hâkimliğinin ve Esas Mahkemesinin Görev ve Yetkileri,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 160; ARAS Bahattin / GÜVERÇİN Sezgin, **İnfaz Hukuku,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 277 vd.

15 ÖZBEK, s. 68-69; AKBULUT Berrin (Editör) / DEMİRKOL Neslihan / TURAN Taha Yasin, **İnfaz Hukuku**, Adalet Yayınları, Ankara, 2021, s. 52.

16 AKBULUT / DEMİRKOL ve diğ., s. 51.

17 CPT, Solitary Confinement of Prisoners, s. 2.

Başvurucunun haberleşme hakkının kanuna dayanarak sınırlandırılmamış olması nedeniyle verilen bir ihlal kararı için bkz. AİHM, **Labita v. İtalya,** Başvuru no. 26772/95, 06.04.2000, § 175 vd.

*aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanırlar."* şeklindeki birinci fıkrasını iptal eden Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde de; *"İnsan haklarına önem veren bir ceza infaz sisteminin amaçlarına ulaşabilmesi için, öncelikle Anayasa ve uluslararası belgelerde kabul edilen hukukun temel ilkelerine uygun kurallara dayanması zorunludur. Ceza infaz kurumlarında uygulanacak disiplin yaptırımlarının da aynen diğer ceza yaptırımları gibi belirlilik ve kanunilik ilkelerine uygun şekilde düzenlenmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle bu kurumlarda bulunan hükümlü ve tutukluların hangi fiillerinin disiplin suçu oluşturduğunu açık olarak bilmeleri gerekmektedir."*[18] ifadeleri yer almaktadır. Söz konusu düzenleme Anayasa'nın 2 ve 38. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Dahası, hiç kuşkusuz kanunun açık ve anlaşılabilir[19] olması gerekmektedir. Kanunilik ilkesinin alt ilkesi[20] olan açıklık ilkesi, belirsiz, muğlak ifadelere yer verilmemesini[21], disiplin suçu teşkil eden fiillerin net bir şekilde ortaya konulmuş olmasını gerektirmektedir. Hukuk devleti ilkesi gereği, hükümlü ve tutukluların Anayasal güvence altında olan hakları yalnızca açık ve belirli[22] kanunlarla sınırlandırılabilir.

### 2. Orantılılık

Disiplin cezalarının tümü bakımından geçerli olduğu üzere, hücreye koyma cezasının da orantılı olması gerekmektedir.[23] Hükümlü ya da tutuklunun haklarının daha ileri düzeyde sınırlandırılması, davranışlarıyla yarattığı ya da potansiyel olarak yaratacağı zararla orantılı olmalıdır.[24] Hücreye koyma cezası en ağır disiplin cezası olması ve çeşitli riskleri içinde barındırması nedeniyle, yaratılan zararın bu risklere eşit olması ve zararın ancak bu cezanın uygulanması yoluyla bertaraf edilebilecek olması gerekir.[25] Ayrıca disip-

---

18 AYM, E. 2013/28, K. 2013/106, 3.10.2013.

19 CPT, Solitary Confinement of Prisoners, s. 2.

20 TOROSLU Nevzat / TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım,** 26. bası, Savaş Yayınları, Ankara, 2021, s. 48.

21 TOROSLU / TOROSLU, s. 58 vd.

22 DEMİRBAŞ, s. 61; AKBULUT / DEMİRKOL ve diğ., s. 53.

23 *"Bir disiplin hapsi tedbiri tek başına bu gereklilikleri (madde 3'ün) ihlal etmeyebilir. Yukarıdaki hüküm kapsamında sorgulanabilir olan, daha ziyade, uygulanmasının orantılılığı ve hapsetme koşullarıdır."* AİHM, **Ramishvili ve Kokhreidze v. Gürcistan,** Başvuru no. 1704/06, 27.01.2009, § 82.

24 Aynı yönde bkz. ÖZBEK, s. 64.

25 CPT, Solitary Confinement of Prisoners, s. 2.

lin cezasının uzunluğu da yine orantılılık ilkesi uyarınca belirlenmeli, her somut olayda bu ilkeye riayet edilmelidir.

Ceza infaz kurumlarının düzen ve disiplinini bozan en ağır fiillere verilmesi gereken en ağır ceza olan hücreye koyma cezası, hükümlü ve tutuklunun fiziksel ve ruhsal sağlığı ve özellikle iyileştirme süreci açısından büyük riskler ihtiva etmektedir. Bu nedenle söz konusu en ağır cezaya zorunlu olmadıkça başvurulmamalı, bu ceza son çare olarak uygulanmalıdır.[26] Orantılılık ilkesi belirtildiği üzere, cezanın süresinin belirlenmesi bakımından da geçerlidir.[27]

---

[26] SHALEV, s. 28; DONAY, s. 108.

Avrupa Cezaevi Kuralları 60.6.c'ye göre; *"Hücre hapsi, istisnaî haller dışında disiplin cezası olarak uygulanmamalı, mümkün olduğu ölçüde kısa olacak şekilde ve belirli bir süre için uygulanmalı ve asla işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza teşkil edecek şekilde uygulanmamalıdır."* https://rm.coe.int/cm-revision-of-epr-01072020-tr/1680a09978 (E.T. 25.07.2023).

Mahpuslara Muameleye Dair Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kurallar (Nelson Mandela Kuralları) 45/1'e göre de; *"Hücre hapsi sadece istisnai durumlarda, son çare olarak, mümkün olduğunca kısa bir süre için ve bağımsız denetime tabi olarak, sadece yetkili merciin izni ile kullanılmalıdır. Mahpusun aldığı cezaya istinaden uygulanamaz."* https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-E-ebook.pdf (E.T. 25.07.2023).

*"Hücre hapsi, yalnızca kısmi izolasyon gerektiren durumlarda bile, bir mahpusa süresiz olarak uygulanamaz ve hakiki gerekçelere dayandırılmalı, gerekli usuli güvencelerle ve her türlü önlem alındıktan sonra yalnızca istisnai olarak hükmedilmelidir."* AİHM, **A.T. v. Estonya (No. 2),** Başvuru no. 70465/14, 18.03.2019, § 73.

Hücre hapsi cezasının ancak istisnai olarak uygulanabilecek bir ceza olduğu ve 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle birlikte cezanın uygulanma alanın genişletilmesinin yerinde olmadığı hakkında bkz. MEMİŞ KARTAL Pınar, "7242 Sayılı Kanun ile 5275 Sayılı CGTİHK'nun Birinci Kitap, İkinci Kısmının "Disiplin Ceza ve Tedbirleri, Ödüllendirme" Başlıklı Sekizinci Bölümünde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", **7242 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere İlişkin Değerlendirmeler** içinde, 2020, s. 84 (https://www.tchd.org.tr/wp-content/uploads/2020/06/infaz.pdf, E.T: 01.10.2023).

[27] *"Başvurucu, Disiplin Kurulunun kararına karşı Adıyaman İnfaz Hâkimliğine (Hâkimlik) şikâyette bulunmuştur. Hakimlik, 24/7/2019 tarihli kararla itirazın kısmen kabulüne ve başvurucunun 1 gün hücreye koyma disiplin cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:*

*"H/T ait disiplin dosyasının incelenmesinden; Hükümlü hakkında, 5275 sayılı CGTİHK 44/2-j maddesince 'Kurum görevlilerine hakaret veya tehditte bulunmak.' eyleminden dolayı 10 gün hücreye koyma cezası verildiği, aynı kanunun 44/2 maddesinde 'bir günden on güne kadar hücreye koyma cezası' verilir denildiğinden, TCK 3/1 maddesi uyarınca suçta ve cezada orantılılık ilkesi CGTİHK 6/1-e maddesi gereğince adalet ilkesi açısından hükümlünün itirazının kısmen kabulüne 10 gün hücre hapsinin 1 gün hücre hapsi ile değiştirilmesine karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur." (...)*

*Disiplin Kurulu başvurucunun işlediğini kabul ettiği eylem bakımından öngörülen en üst hadden cezalandırılmasına karar vermiştir. Her ne kadar mahpusların ıslah amacı ve en küçük davranışlarına bile dikkat etmek zorunlulukları nedeniyle cezalandırılabilir olduğu kabul*

Kanun'da hücreye koyma cezasının öngörüldüğü somut fiiller incelendiğinde ise, cezanın her durumda orantılı olup olmadığı soru işaretleri uyandırmaktadır. Bu konuya aşağıda detaylı olarak yer verilecektir.

### 3. Gereklilik

Esasında gereklilik, orantılılık ilkesini tamamlayıcı bir nitelikte görülebilir. Kurum düzeni, disiplini ve güvenliğin sağlanması için gerçekten gerekli olmadıkça hükümlüler ve tutukluların hakları daha ileri ölçüde sınırlandırılmamalıdır.[28]

AİÖK'e göre gereklilik ilkesi, ayrıca, hücre hapsi sırasında, ziyaretlerin, telefon görüşmelerinin, yazışmaların ve mahkûmların kitap okumak gibi normalde erişebildikleri diğer kaynakların otomatik olarak kaldırılmamasını da kapsar. Aynı zamanda bu ilke uyarınca, cezanın uygulanma rejimi bireysel vakalar özelinde ve bireysel olarak değerlendirilen risk oranında, kısıtlamaların hafifletilebilmesine olanak tanıyacak şekilde esnek olmalıdır.[29]

### 4. Hesap Verilebilirlik

Hücreye koyma cezasının cezanın uygulandığı birey açısından çeşitli riskleri ihtiva ediyor olması ve en ağır disiplin cezası olması nedeniyle, uygulanma usulü de çok önemlidir. Hesap verilebilirliğin sağlanması adına, hücreye koyma cezası kararı, kararın gerekçesi, hükümlü ya da tutuklunun kararın verilmesi sürecindeki katkısı ya da tutumu ve kararın gözden geçirilmesine ilişkin detaylı kayıtlar tutulmalıdır.[30] Aynı şekilde cezanın infazın-

---

*edilse bile başvurucunun aleniyet kazanmayan, muhatabına ulaşmayan, iki kişinin konuşması sırasında fevren söylendiği izlenimi bulunan, kurum disiplin ve güvenliğini tehlikeye düşürdüğü ortaya konulamayan başvuru konusu sözleri nedeniyle kanunda öngörülen en üst sınırdan ve ulaşılmaya çalışılan amaç bakımından önemli ölçüde orantısız biçimde cezalandırılmasının zorlayıcı bir ihtiyaca karşılık geldiği ikna edici bir şekilde gösterilememiştir."* AYM, **Sinan Bozkurt Başvurusu,** 13.4.2023, Başvuru no. 2019/31782, § 9, 32.

28 Aynı yönde bkz. ÖZBEK, s. 64.

29 CPT, Solitary Confinement of Prisoners, s. 2, 7.

30 CPT, Solitary Confinement of Prisoners, s. 2.

*"Anayasa Mahkemesi, benzer iddialarla yapılan bir başvuruyu yine İnan Gök kararında değerlendirmiştir. Söz konusu kararda; hücre cezasının kaldırılmasına ilişkin infaz hâkimliği kararını inceleyen itiraz merciinin, Cumhuriyet savcısının itirazını kabul ederek başvurucunun şikâyetini kesin olarak reddederken gerekçe gösterme yükümlülüğünden muaf olmadığı vurgulanmıştır. Kararda, merci kararında şikâyetin kabul edilmesine ilişkin infaz hâkimliği kararında yer alan gerekçelerin neden hukuka uygun olmadığının açıklanmadığı, dolayısıyla infaz hâkimliği kararı karşısında hükme ulaşmayı sağlayan sebepler ve sonuca götüren nedensellik kurgusu değerlendirmelerinin yeterli açıklıkta yapılmadığı ifade edilmiştir. Sonuç*

da, hükümlünün süreç boyunca personelle ve diğerleriyle iletişimine ve sağlık kontrollerine ilişkin olarak detaylı kayıt tutulması hesap verilebilirlik ilkesinin birer gereğidir.

Bu şartlarla ilgili olarak, AİHM bir kararında; "*Başvurucunun hücre hapsinde tutulması bakımından, hapsin süresinden bağımsız olarak, son derece kısıtlayıcı tutma koşullarının keyfi olarak uygulanmasına karşı koruma sağlamak için gereken usuli güvencelerden hiçbirinin bulunmadığı açıktır. Mahkeme, AİÖK'ün, Kıbrıs ziyaretini takiben vardığı, hücre hapsine konulanlara sağlanacak garantilerle ilgili olarak Cezaevi Düzenlemelerinde eksiklik olduğu yönündeki sonuca atıfta bulunur. Mevcut davada Mahkeme, başvurucunun hücre hapsinde tutulması için yeterli bir gerekçenin bulunmadığını, süresinin belirsizliğini, hücre hapsi tedbirlerini kaydetmek ve başvurucunun izin verilen sürenin ötesinde hapsedilmemesini sağlamak için güvenilir bir sistem kurmakta başarısız olunduğunu, yetkililerin, hapse karar vermeden önce ilgili unsurları değerlendirdiğine dair herhangi bir kanıtın bulunmadığını ve tutmanın niteliğine veya koşullarına itiraz etme olasılığının bulunmadığını vurgular.*"[31] demek suretiyle, diğer nedenlerle birlikte 47 günlük bir hücre hapsi uygulamasının Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.[32]

---

*olarak kararda, gerek hükmün dayanağını oluşturan gerekçeli kararın gerekse dosyanın incelenmesinde anılan kabul gerekçesinin adalet gereksinimini giderecek ölçü ve nitelikte, yeterli ve ilgili olduğunun söylenemeyeceği belirtilerek gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır (İnan Gök, §§ 64-66). Somut olayda da anılan kararlarda yer alan ilkelerden ve ulaşılan sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.*

*Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."* AYM, **Adem Bozkurt ve Diğerleri Başvurusu,** 19.1.2023, Başvuru no. 2019/16600, § 33-34.

*"somut olayda hükümlü ...'nun disiplin cezası ile cezalandırılmasına karar verilmesine rağmen disiplin cezasını gerektiren eyleminin Disiplin Kurulu Başkanlığının kararında somut olarak denetime imkan verecek şekilde gösterilip, gerekçelendirilmediği anlaşılmakla verilen ve kesinleşen disiplin cezasının usul ve yasaya aykırı olması nedeniyle disiplin cezasının infazına başlanmasına yer olmadığına ve disiplin cezasının kaldırılması için idari işlemlerin başlatılması amacıyla yetkili ve görevli idari birimlere bildirimde bulunmasına karar verilmesi gerekirken disiplin cezasının onanmasına dair verilen karar Kanun'a aykırı olup kanun yararına bozma talebi açıklanan bu sebeple yerinde görülmüştür."* Y. 1. CD, E. 2023/2377, K. 2023/1287, 24.03.2023 (www.lexpera.com, E.T. 31.07.2023).

[31] AİHM, **Onoufriou v. Kıbrıs,** Başvuru no. 24407/04, 07.01.2010, § 73.

[32] Benzer bir şekilde bkz. *"Mahkeme ayrıca, hücre hapsi uygulandığında veya uzatıldığında yetkililer tarafından hiçbir somut gerekçe sunulmadığını kaydeder. Gerekçelendirmenin yokluğunda, dava konusu kısıtlamanın keyfi olarak algılanmış olması gerekir. Mahkûmlar gibi kırılgan kişilere uygulanan keyfi kısıtlayıcı tedbirler, kaçınılmaz olarak boyun eğme, tam ba-*

### 5. Ayrımcı Olmama

Hücreye koyma cezasının verilmesinde ve infazında ayrımcılık yasağı ihlal edilmemelidir. İlgisiz nedenlerle bu cezanın tatbikinden imtina edilmeli ve yetkili merciler, belirli bir veya bir grup hükümlü ya da tutuklu bakımından cezanın orantısız olarak ve objektif ve makul gerekçeye dayanmaksızın verilmemesini gözetmelidir.[33]

Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı sırasında ayrımcılık yasağı Kanun'un 2/1. maddesinde, *"Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kurallar hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefî inanç, millî veya sosyal köken ve siyasî veya diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanır."* denmek suretiyle infazda temel ilke olarak gösterilmiştir. Bu kural, hiç kuşkusuz tüm infaz rejimi ve bu arada disiplin cezalarının tatbikinde de geçerlidir.

## B. Hücreye Koyma Cezasının Maddi Koşulları ve Uygulanma Rejimine İlişkin Gereklilikler

### 1. Hücreye Koyma Cezasının Maddi Koşullarına İlişkin Gereklilikler

Disiplin cezası olarak hücreye koyma cezasının infazı sırasında da, diğer tüm hükümlü ve tutukluların barındırılma, beslenmeleri ve açık havaya çıkma ile spor yapabilme şeklindeki hakları ile bunlar bakımından söz konusu olan standartlara uyulması gerekmektedir.

Öncelikle diğer hükümlü ve tutukluların barındırılmalarında geçerli olan asgari standartlar olarak, yeterli büyüklük (AİÖK'e göre en az 6 metrekare), ısıtma, havalandırma ve doğal ışık koşulları hücreye koyma cezasının infaz edildiği alanlar bakımından da geçerli olmalıdır. Aynı şekilde, yıkanmak dahil doğal ihtiyaçların giderilebilmesine ve hijyen koşullarının sağlanmasına riayet edilmesi gerekir.[34]

---

*ğımlılık, güçsüzlük ve sonuç olarak aşağılanma hissine katkıda bulunur."* AİHM, **Csüllög v. Macaristan,** Başvuru no. 200042/08, 07.06.2011, § 37.

33 CPT, Solitary Confinement of Prisoners, s. 3.

34 CPT, Solitary Confinement of Prisoners, s. 6.

*"Mahkeme'ye göre, cezaevi kayıt defteri, başvurucunun 47 gün boyunca çok kısıtlayıcı bir tutma rejimine tabi olduğuna dair iddiasını doğrulamaktadır. Kayıt defterindeki kayıtlardan, başvurucunun hücresinin ne sıhhi tesisata ne de şebeke suyuna sahip olduğu açıktır. Buna gö-*

Hücreye konan hükümlü ve tutuklulara verilen yemek diğer hükümlü ve tutuklularınkinden farklı olmamalı ancak gerekliyse özel beslenme rejimlerine dikkat edilmelidir.[35]

Hücreye koyma cezası infaz edildiği sırada yalnızca açık havaya çıkma izni verilmesi yeterli değildir. İlgili hükümlü ya da tutuklunun diğer tüm hükümlü ve tutuklular gibi spor yapma imkânından yararlandırılması ve bunun için de vücutlarını gerçekten çalıştırmalarına imkân sağlayan bir alanın tanınmış olması gerekmektedir.[36]

Ceza infaz edildiği sırada tek başına olan hükümlü ya da tutuklu bakımından, kurum idaresine ve personele erişimin sağlanması diğer hükümlü ve tutuklulara kıyasla daha da önemli olabilir. Buna olanak tanıyan yeterli araç ve imkânlar sağlanmalı[37], bunların işleyişi düzenli olarak kontrol edilmelidir.

Kanun'da hücreye koyma cezasının maddi koşullarıyla ilgili ayrıca düzenleme yapılmamıştır. Ancak Kanun'da yer alan ve genel olarak ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı bakımından uyulması gereken kurallar burada da geçerlidir. Hücrenin fiziki koşullarına ise Yönetmelikte yer verilmiştir. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik madde 120/1-b uyarınca; *"Hücre, yaşamsal gereksinmeleri karşılayacak şekilde ve özellikle, bel hizasında 100x75 cm ebadında penceresi olan ve en az odanın genişliğinde havalandırması bulunan dokuz veya on metrekare büyüklüğünde, duş ve tuvaleti olacak şekilde düzenlenir."*[38]

---

*re, başvurucunun gardiyanlardan tuvalete gitmesine izin vermelerini istemesi gerekmiştir. Mahkeme'nin cezaevi kayıt defterini incelemesi, başvurucunun birçok sefer, tuvaleti gün içinde yalnızca bir kez kullandığını göstermektedir, ki bu, tutulmasının belirli dönemlerinde ihtiyaçları için su şişeleri ve naylon torbalar kullanmak zorunda olduğu şeklindeki iddiasını doğrular niteliktedir. Mahkeme, böyle bir uygulamanın aşağılayıcı olduğu kanısındadır."* AİHM, **Onoufriou v. Kıbrıs,** Başvuru no. 24407/04, 07.01.2010, § 75.

35 CPT, Solitary Confinement of Prisoners, s. 6.

36 CPT, Solitary Confinement of Prisoners, s. 6.

37 CPT, Solitary Confinement of Prisoners, s. 6.

38 *"Fiziksel koşullarla ilgili olarak Mahkeme, başvurucunun genel cezaevi koşullarından (ısıtma, aydınlatma, havalandırma, hijyen koşulları, yemek vb.) şikayet etmediğini kaydeder. Hükümet, ilgili süreç boyunca başvurucunun farklı hücrelerde tutulmasına rağmen, hepsinin aynı büyüklükte, yani yaklaşık 9,9 metrekare olduğunu ileri sürmüştür... Alınan güvenlik tedbirlerine göre, başvurucu hücresinde yalnızdı. Başvurucunun, hücrenin Hükümet tarafından ileri sürüldüğünden daha küçük olduğunu iddia etmesine rağmen..., bu iddiayı belirginleştirmemiş veya hücrenin, AİÖK'ün tek kişilik hücreler için uygun gördüğü 6 metrekareden daha küçük olduğunu iddia etmemiştir... Cezaevinin diğer spor tesislerini kullanmasına izin verilmemesi-*

Kanun'da hücreye koyma cezasının *"açık havaya çıkma hakkı saklı kalmak üzere"* uygulanacağı da belirtilmiştir. Ancak bu hakkın egzersiz ve vücudunu çalıştırabilme imkânını içermesi gerekir. AİHM kararlarında, hücre cezasının maddi koşulları bir bütün olarak değerlendirilmekte ve koşullara uygun çektirilmeyen ceza ihlal kararıyla sonuçlanabilmektedir.[39]

### 2. Hücreye Koyma Cezasının Uygulanma Rejimine İlişkin Gereklilikler

Hücreye koyma cezasının uygulanabilmesi için Kanun'un 44. maddesindeki fiillerden birinin işlenmesi yeterli değildir. Ayrıca diğer disiplin cezaları bakımından da geçerli olduğu üzere, madde 37/1'deki; *"Hükümlü hakkında kurumda, düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması bakımından kanun, yönetmelikler ile idarenin uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları, kusurlu olarak ihlâl ettiğinde, eyleminin niteliği ile ağırlık derecesine göre Kanunda belirtilen disiplin cezaları uygulanır."* şeklindeki hükümde yer alan şartlar da göz önünde bulundurulur. Buna göre söz konusu fiillerin ceza infaz kurumundaki güvenliği veya disiplini bozacak ya da düzenli yaşamın sürdürülmesini önleyecek şekilde ve kusurlu olarak gerçekleştirilmesi gerekir.[40]

---

*ne rağmen, başvurucunun cezaevi egzersiz avlusunda günde bir saat açık havada kalmasına izin verilmiştir."* AİHM, **A.T. v. Estonya (No. 2),** Başvuru no. 70465/14, 18.03.2019, § 78.

[39] AİHM bir kararında; *"Mahkeme, başvurucunun, yaşam alanı bunun yarısını aşmayan, 7 metrelik bir hücreye yerleştirildiğini gözlemlemektedir. Hücrenin yatağı ve tuvaleti vardı ama lavabosu yoktu. Hükümet, başvurucunun odanın çok az aydınlatılmış, çok kirli ve fare istilasına uğramış olduğu yönündeki beyanına itiraz etmemiştir. Bu hücre, disiplin tedbiri olarak hücre hapsinde tutulan veya pedofili ya da tecavüzle suçlanan mahkumlar için tasarlanmış bir hücreydi. Başvurucu bu hücredeyken diğer mahkûmlarla herhangi bir temastan ve herhangi bir sosyal faaliyetten mahrum bırakılmıştır. Açık havada egzersiz yapmasına olanak tanınmamış ve avukatıyla görüşmesi veya yaklaşık ayda bir kez yapılan duruşmalara katılması dışında hücresinden çıkmasına izin verilmemiş."* diyerek diğer nedenlerle beraber değerlendirildiğinde AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. AİHM, **X. v. Türkiye,** Başvuru no. 24626/09, 09.10.2012, § 36.

[40] *"Disiplin suç ve cezaları yönünden genel hüküm niteliğinde olan 5275 sayılı Kanun'un 37. maddesi uyarınca kanun kapsamındaki bir disiplin suçunun oluşabilmesi ve cezasının uygulanabilmesi için sadece her bir disiplin suçu yönünden belirlenen özel hükümdeki şartların gerçekleşmesi yeterli olmayıp ayrıca 37. maddedeki şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir. 5275 sayılı Kanun'un 37. maddesine göre ceza infaz kurumunda düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması bakımından kanun, tüzük, yönetmelikler ile idarenin uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları, kusurlu olarak ihlal ettiğinde eyleminin niteliği ile ağırlık derecesine göre hükümlü hakkında kanunda belirtilen disiplin cezaları uygulanacaktır (AYM, E. 2013/6, K. 2013/111, 10/10/2013; Memiş Berber, B. No: 2017/38744, 20/10/2021, § 22).*

Diğer disiplin cezalarından farklı olarak, hücreye koyma cezasının infaz edilebilmesi için kesinleşmesi yeterli değildir. Cezanın uygulanabilmesi için infaz hâkiminin onayına ihtiyaç vardır. Kanun'un 48. maddesinin 3-a fıkrasına göre*; "Hücreye koyma ve odaya kapatma cezasının infazına, infaz hâkiminin onayı ile başlanır. Hücreye koyma ve odaya kapatma cezasına ilişkin diğer hükümler saklı kalmak üzere, kesinleşen disiplin cezalarının infazına derhâl başlanır."* Buna göre, hücreye koyma cezası, disiplin soruşturması tamamlandıktan sonra, cezanın kesinleşmesinden; yani şikâyet ve itiraz yollarının tüketilmesi veya şikâyet edilmemesi ve akabinde infaz hâkiminin onay vermesinden sonra infaz edilebilir.[41] Hücreye koyma cezasının mahiyeti itibariyle en ağır ceza olması, hükümlü ve tutukluların hak ve özgürlüklerinin azami düzeyde sınırlandırılıyor olması ve yukarıda belirtildiği üzere çeşitli riskleri bünyesinde barındırıyor olması nedeniyle kanun koyucu cezanın infaz edilebilmesi için kararın hâkim denetiminden geçmesini aramıştır.

Buna ek olarak, hücreye koyma cezasının uygulanabilmesi için ilgilinin cezaya katlanabilecek olması gerekir. Kanun'un 48. maddesinin 3-c fıkrası-

---

*Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, ceza infaz kurumunda yapılacak bir eylemin 5275 sayılı Kanun'un 39. ile 44. maddeleri arasında öngörülen disiplin suçunu oluşturduğu açık olsa dahi bu durumun disiplin cezası verilmesi için tek başına yeterli olmayacağını, eylemin ceza infaz kurumundaki güvenliği veya disiplini bozacak ya da düzenli yaşamın sürdürülmesini önleyecek şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğini kabul etmiştir (AYM, E. 2013/6, K. 2013/111, 10/10/2013; Murat Karayel (5), §§ 43, 44; Cihat Özdemir, B. No: 2015/214, 9/5/2018, § 22). Dolayısıyla somut olayda başvurucunun yazdığı mektupta yer alan sözlerin kurumdaki güvenliği veya disiplini bozacak ya da düzenli yaşamın sürdürülmesini önleyecek nitelikte kabul edilmesinin mümkün olup olmadığı incelenmelidir."* AYM, **Şeyhmus Ablak Başvurusu,** 30.3.2023, Başvuru no. 2019/14529, §27-28.

41 *"Benzer bir olay sebebiyle Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 31/08/2006 tarihli ve 2006/10881 Esas, 2006/9823 Karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere, 01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 48/3-a maddesi 1. cümlesinde yer alan "Hücreye koyma cezasının infazına, infaz hakiminin onayı ile başlanır." şeklindeki düzenlemenin kesinleşmiş hücre cezaları için geçerli olduğu, anılan Kanun'un 52. maddesi yollamasıyla disiplin cezalarına karşı şikayet ve itiraz durumunda 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanacağı, keza anılan Kanun'un 5. maddesinde işlem veya faaliyetin öğrenildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde şikayet yoluyla infaz hakimliğine başvurulabileceği, bu karara karşı da tebliğinden itibaren bir hafta içinde ağır ceza mahkemesine itiraz yoluna gidilebileceği şeklindeki düzenleme karşısında, anılan disiplin cezasının 07/09/2007 tarihinde hükümlüye tebliğ edildiği, söz konusu hücreye koyma cezasına karşı 15 günlük şikayet süresi beklenmeden, kararın henüz kesinleşmediği bir dönemde, merciin onayına sunulamayacağı nazara alındığında, hükümlü hakkındaki hücreye koyma cezasının onanmasına ilişkin talebin usul yönünden reddi gerekirken yazılı şekilde onanmasına karar verilmesinde,"* Y. 1. CD, E. 2022/8163, K. 2022/6720, 09.09.2022 (www.lexpera.com, E.T. 31.07.2023).

na göre; *"Hücreye koyma cezasına ilişkin disiplin cezalarının infazından önce ve infazı sırasında hükümlü, hekim tarafından muayene edilir. İlgilinin bu cezaya katlanamayacağı anlaşılırsa cezanın infazı sonraya bırakılır veya hekiminin belirleyeceği aralıklarla infaz edilir. Koşullu salıverilme tarihine kadar hükümlünün iyileşemeyeceğinin tam teşekküllü Devlet veya üniversite hastanesi sağlık kurulu raporu ile saptanması hâlinde hücreye koyma cezası infaz edilmez; yerine 44 üncü maddenin ikinci fıkrasının uygulandığı hâllerde iki ay, üçüncü fıkrasının uygulandığı hâllerde dört ay süreyle ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası uygulanır. Raporlar infaz dosyasına konulur."* Görüldüğü üzere hücreye koyma cezasının infaz edilebilmesi için infazdan önce hükümlü ya da tutuklunun hekim muayenesinden geçmesi ve cezaya katlanabilecek olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Ayrıca ilgilinin infaz sürecinde de hekim tarafından muayene edilmesi şarttır. Ancak Kanun'da bu muayenenin ne kadar sıklıkla yapılacağı düzenlenmemiştir. Eğer hükümlü ya da tutuklunun bu cezaya katlanması mümkün değilse cezanın infazı sonraya bırakılır veya aralıklı olarak infaz söz konusu olur. İlgilinin koşullu salıverilinceye kadar iyileşmesinin mümkün olmaması halinde ise, bu ceza yerine ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası uygulanacaktır.

Avrupa Cezaevi Kuralları 43.2'de; *"Hekim veya ona bağlı nitelikli hemşire, hücre hapsinde tutulan mahpuslara özel dikkat göstermeli, onları her gün görmeli ve bu mahpusların ya da cezaevi personelinin talebi üzerine onlara süratle tıbbî tedavi ve destek sağlamalıdır."* ve 43.3'te *"Hekim, süregelen özgürlükten yoksunluk yüzünden veya hücre cezası da dâhil olmak üzere alıkonulma koşullarından herhangi biri nedeniyle bir mahpusun bedensel veya ruhsal sağlığının ciddi bir biçimde risk altında bulunduğunu değerlendirirse, bu durumu kurum müdürüne bildirmelidir."* denmektedir.[42] Yine 60.6.b'de, *"Hücre hapsine ilişkin karar, ilgili mahpusun mevcut sağlık durumunu dikkate almalıdır. Hücre hapsi zihinsel veya fiziksel engelli mahpuslara, durumları bundan dolayı kötüleşecekse uygulanmamalıdır. Hücre hapsinin uygulandığı durumlarda, mahpusun zihinsel veya fiziksel durumu kötüleşirse, uygulama sonlandırılmadı veya askıya alınmalıdır."* belirlemesi yapılmıştır.[43] Nelson Mandela Kuralları 45/2'ye göre de; *"Zihinsel ya da fiziksel engelli mahpuslar bakımından, bu tür tedbirlerle durumlarını*

[42] https://rm.coe.int/cm-revision-of-epr-01072020-tr/1680a09978 (E.T. 25.07.2023).

[43] https://rm.coe.int/cm-revision-of-epr-01072020-tr/1680a09978 (E.T. 25.07.2023).

*kötüleştirilmesi olasılığında, hücre hapsi yasaklanmalıdır."*[44] Ne var ki bu noktada bir parantez açılarak, hücre hapsinin verilmesinde hekimin belirleyici rol oynaması bakımından çeşitli çekincelerin olduğuna da dikkat çekilmelidir.[45]

Hücreye koyma cezasının infazı süresince yapılan sağlık kontrolü dışında, hükümlü ya da tutuklunun ceza infaz kurumu müdürü ya da üst yönetim-

---

[44] https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-E-ebook.pdf (E.T. 25.07.2023).

[45] Avrupa Cezaevi Kuralları 1 no.lu dipnotta; *"Tavsiye Kararı'nın 2006 yılında kabulü sonrasında ve Bakan Delegeleri toplantılarına ilişkin Usul Kuralları Madde 10.2 c uyarınca, Danimarka Temsilcisi, hükümetinin, hücre hapsinde tutulan mahpusların her gün sağlık personeli tarafından ziyaret edilmesi şartının bu tür personelin mahpusların hücre hapsine uygunluğunu etkin bir şekilde belirlemede olası rolüne dair ciddi etik endişeler taşıması sebebiyle Tavsiye Kararı ekinde yer alan 43. Kural 2. paragraf hükümlerine uymak ya da uymamak hakkını saklı tuttuğunu ifade etmiştir."* denmektedir.

Mahpusların hücre hapsine dair raporda ayrıca şu tespitler yapılmıştır:

*"Hapishanelerdeki sağlık personeli, mahpusların kişisel doktorları olarak hareket ederler ve mahkûmlarla aralarındaki olumlu doktor-hasta ilişkisinin teminat altına alınması, mahkûmların sağlığı ve esenliğinin korunmasında başlıca bir faktördür. Hapishane doktorlarınca mahkûmların ceza olarak (veya mahkûmun arzusu hilafına uygulanan herhangi bir tür hücre hapsi) hücre hapsine tabi tutulup tutulamayacağına ilişkin rapor vermeleri uygulamasının bu ilişkiye olumlu katkı yapması uzak bir ihtimaldir. Bu konu Bakanlar Komitesinin Gözden Geçirilmiş Hapishane Kuralları konulu Rec(2006) 2 sayılı Tavsiye Kararında göz önüne alınmış olup, eski Kurallarda yer alan, hapishane doktorlarının mahkûmların hücre hapsine tabi tutulup tutulamayacağına dair rapor vermesi yükümlülüğünü artık ortadan kaldırılmıştır. AİÖK, söz konusu tedbirin tıbbi nedenlerle uygulanması durumu haricinde, sağlık personelinin, herhangi bir tür hücre hapsiyle sonuçlanabilecek bir karar verme sürecinin herhangi bir kısmında asla iştirak etmemesi gerektiği kanaatindedir.*

*Öte yandan, sağlık personeli hücre hapsine tabi tutulan tüm mahpusların durumuyla ilgili olarak çok dikkatli olmalıdır. Sağlık personeli her bir hücre hapsi durumundan haberdar edilmeli ve mahpusu hücre hapsine konulur konulmaz ve daha sonrasında da günde en az bir kere olmak üzere düzenle aralıklarla ziyaret etmeli ve gerekirse onlara acil tıbbi yardım ve gerekli tedaviyi sağlamalıdır. Sağlık personeli, hücre hapsinde tutulmak nedeniyle mahpusun hayatı ciddi bir riske sokulduğunda hapishane müdürüne bilgi vermelidir."* CPT, Solitary Confinement of Prisoners, s. 8.

Nelson Mandela Kuralları 46'ya göre de; *"1. Sağlık personeli, disiplin yaptırımlarının veya diğer kısıtlayıcı tedbirlerin uygulanmasında rol almamalıdır. Ancak herhangi biçimde istek dışı ayrı tutulan mahpusun, günlük olarak bu mahpusları ziyaret etmek, uygun tıbbi desteği ve ilgili mahpusun ya da hapishane görevlilerinin isteği üzerine tedavi sağlamak da dâhil, sağlık durumuna özellikle dikkat etmelidir. 2. Sağlık personeli, disiplin yaptırımı veya diğer kısıtlayıcı tedbirlerin bu yaptırım ya da tedbirin uygulandığı mahpus üzerindeki olumsuz fiziksel veya zihinsel etkilerini, gecikmeksizin hapishane müdürüne bildirmeli ve fiziksel ya da zihinsel sağlık nedenleriyle bunlara son verilmesi ya da bunların değiştirilmesi gerektiğini değerlendirirlerse müdüre tavsiyede bulunmalıdır."* https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-E-ebook.pdf (E.T. 25.07.2023).

Sağlık mesleği mensubunun disiplin cezası olarak hücre hapsi uygulamasında karar verici konumda olmasının yarattığı etik sorunlar hakkında detaylı bilgi için bkz. SHALEV, s. 57 vd.

den bir kişi tarafından günlük olarak kontrol edilmesinin[46] önemini de vurgulamak yerinde olacaktır. Nitekim Avrupa Cezaevi Kuralları 60.6.f'de; *"Hücre hapsinde bulunan mahpuslar cezaevi müdürü veya cezaevi müdürü adına hareket eden bir personel dâhil olmak üzere, kurum personeli tarafından her gün ziyaret edilmelidir."* denmektedir.[47]

Hiç kuşkusuz bu sağlık kontrolü, hükümlü ya da tutuklunun hem fiziki hem de zihinsel ve psikolojik sağlığı gözetilerek yapılmalı ve fiziksel, zihinsel ve/veya psikolojik olarak hücreye koyma cezasına katlanıp katlanamayacağı belirlenmelidir.[48]

---

[46] CPT, Solitary Confinement of Prisoners, s. 5.

[47] Kurum kapasitelerine kıyasla sağlık personelin sayıca yetersizliği günlük kontrollerin yapılmasını güçleştirmektedir. Ceza infaz kurumlarında sağlık hizmetine erişimde yaşanan güçlüklerle ilgili olarak bkz. AKSOY RETORNAZ E. Eylem, "Cezaevlerinde Sağlık Hizmetlerine Erişimde Güncel Sorunlar", **Suç ve Ceza,** S: 4, 2019, s. 31 vd.

[48] *"Son olarak Mahkeme, Joselito Renolde'ye intihar girişiminden üç gün sonra, bir ceza hücresinde alıkonulma anlamında en ağır disiplin cezasının verildiği gerçeğini dikkate almıştır. Olayla ilgili soruşturma sırasında tutarsız ifadeler vermesine ve "çok rahatsız" olarak tanımlanmasına rağmen, ruhsal durumu dikkate alınmamış görünmektedir.*

*Mahkeme, bir ceza hücresine yerleştirmenin mahpusları ziyaretlerden ve tüm aktivitelerden mahrum bırakarak tecrit ettiğini ve bunun mevcut intihar riskini muhtemelen artıracağını gözlemlemektedir (...)*

*Mahkeme, akıl hastası kişilerin kırılganlığının özel koruma gerektirdiğini yineler. Bu durum, mevcut davada olduğu gibi, şiddetli rahatsızlıktan muzdarip bir mahpusun, zihinsel durumu üzerinde kaçınılmaz olarak bir etkisi olacak uzun süreli hücre hapsine veya bir ceza hücresine yerleştirildiği ve bundan kısa bir süre önce fiilen intihara teşebbüs etmiş olduğu durumda daha da geçerlidir.*

*Tüm bu değerlendirmelerin ışığında Mahkeme, mevcut davadaki yetkililerin Joselito Renolde'nin yaşam hakkını korumaya yönelik pozitif yükümlülüklerine uymakta başarısız oldukları ve Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır."* AİHM, **Renolde v. Fransa,** Başvuru no. 5608/05, 16.01.2009, § 106, 107, 109, 110.

*"Ayrıca M.E.D.nin psikolojik durumu nedeniyle tek kişilik odada kalmasına müsaade edilmezken yangın çıkarma eylemi nedeniyle aldığı hücre disiplin cezasının infaz edilmesinin Kurum doktoru tarafından uygun bulunması ve bunun sonrasında hücre cezasının infazı sırasında psikolojik durumunun kötüleşmesi nedeniyle yine doktor raporu üzerine infaza ara verilmesinden (bkz. § 25) iki ay geçtikten sonra yine Kurum doktoru tarafından M.E.D.nin psikolojik durumunda iyileşme görülmesi üzerine hücre cezasının infazına devam edilmiş olması da (bkz. § 26) M.E.D.nin ölümüne dair süreçte Ceza İnfaz Kurumu görevlilerinin ihmali bakımından göze çarpmaktadır.*

*Her ne kadar M.E.D. Bakırköy Ruh Sağlığı ve Sinir Hastalıkları Hastanesindeki tedavisi sonrası taburcu olmuş ise de şahsın kısmi salah ile taburcu olduğu ve ilaç tedavisinin uygun görüldüğü (bkz. § 21-v) gözden kaçırılmaması gereken bir hususdur. Bu durumdaki birinin - çoklu odada intihar ettiği güne kadar- iki gün boyunca tek başına barındırılması (bkz. § 26) ve kaldığı odada intihar eylemini gerçekleştirmede kullandığı pet şişeleri kesmek suretiyle ip elde etme imkânı bulmuş olması (bkz. § 28) müteveffanın yaşamının korunması için alınması*

Ayrıca AİÖK'e göre, hücreye konulan mahkûmların aileleriyle teması tamamen kaldırılmamalı, temaslarla ilgili kısıtlama yalnızca eylemin bu tür temaslarla ilgili olması halinde konmalıdır.[49] Tek başına açık havaya çıkma ya da spor yapma imkânının sağlanması çoğu durumda yeterli değildir.[50]

Hücreye koyma cezası olsa bile hükümlü ya da tutuklunun avukatıyla görüşmesine engel olunamaz. AİÖK de bu kuralın altını çizmektedir.[51]

Cezanın infazı sırasında mahkûmların zihinsel sağlıklarını korumalarına yardımcı olacak çeşitli zihinsel uyarıcılara sahip olmalarının hayati önem taşıdığı da belirtilmektedir.[52]

## III. HÜCREYE KOYMA CEZASIYLA İLGİLİ MEVZUATTAN VE UYGULAMADAN KAYNAKLANAN TEMEL SORUNLAR

### A. Orantılılıkla İlgili Sorunlar

Disiplin cezalarının orantılı olması gerektiği hususuna yukarıda değinilmişti. Kanun'daki mevcut düzenlemelere bakıldığındaysa, hücreye koyma cezasını gerektiren bazı fiiller bakımından orantılılık ilkesi açısından sorun olduğu ifade edilebilir.

Belirtmek gerekir ki, söz konusu sorun yalnızca hücreye koyma cezasıyla ilgili değildir. Diğer ceza türleri ve bunların verilmesini gerektiren fiiller bakımından da benzer değerlendirmelerde bulunulabilir. Ayrıca diğer disiplin cezaları bakımından, bu cezaların mahiyet ve caydırıcılıklarıyla bağdaşmayan fiillere karşılık olarak öngörülmüş olmaları da eleştiriye açıktır. Örneğin; ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası, ziyaretçi kabulü sırasında gerçekleştirilmesi aranmayan veya bu hakla ilgili olmayan birçok başka fiilin karşılığı olarak öngörülmüştür.

---

*gereken tedbirler yönünden önemli bir eksikliktir."* AYM, **Emine Doğan ve Fikri Doğan Başvurusu,** 29.6.2021, Başvuru no. 2017/34363, § 97-98.

49 CPT, Solitary Confinement of Prisoners, s. 7.

50 *"Yetkililer, uzun süreli hücre hapsinin başvurucunun fiziksel ve zihinsel durumu üzerindeki olumsuz etkilerini gidermek için herhangi bir önlem almamıştır. Mahkeme'nin görüşüne göre, özellikle başvurucu güvenli bir ortamda kelepçelendiğinden, mevcut koşullar altında sınırlı erişilebilen açık havada kalma veya spor yapma fırsatı, bu olumsuz etkileri giderebilecek nitelikte kabul edilemez."* AİHM, **Csüllög v. Macaristan,** Başvuru no. 200042/08, 07.06.2011, § 37.

51 CPT, Solitary Confinement of Prisoners, s. 7.

52 CPT, Solitary Confinement of Prisoners, s. 7.

Çalışmanın konusu özelinde ise, hücreye koyma cezasının öngörüldüğü fiillerin bir kısmı bakımından bu cezanın orantılı olmadığının altı çizilmelidir. Örnek vermek gerekirse, 1 ila 10 gün hücreye koyma cezasını gerektiren fiillerden *"firara teşebbüs etmek"* ile *"kurum görevlilerine hakaret etmek"* veya *"kuruma alkol sokmak, kurumda alkol bulundurmak veya kullanmak"* fiillerinin kurum düzenini bozma tehlikesi açısından aynı ağırlıkta olduğunu söylemek güç gözükmektedir.[53] *"Kurum görevlilerine karşı uygunsuz söz sarf etmek veya davranışta bulunmak"* fiilinin çok daha hafif bir ceza olan bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezasını gerektirmesine rağmen, *"kurum görevlilerine hakaret etmek"* fiilinin hücreye koyma cezasını gerektirmesi orantısızlığın başka bir örneğidir. Yine *"Görevlilere hediye vermek veya buna kalkışmak"* kınama cezasını ve *"Çıkar sağlamak amacıyla hükümlülere veya kurum görevlilerine eşya vermek veya satmak"* bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezasını gerektirirken, *"Kurum görevlileri ile dış güvenlik görevlilerine rüşvet teklif etmek veya vermeye kalkışmak"* hücreye koyma cezasını gerektirmektedir. Burada da, hem orantılılık hem de fiillerin mahiyetleri itibariyle çok benzer olması ve ayrımın yapılmasının güç olması nedeniyle sorun bulunmaktadır. Keza onbir ila yirmi gün arasında hücreye koyma cezasını gerektiren fiillerden *"Adam öldürmek"* ile *"Suç örgütlerine ait her türlü yayın, bez afiş, pankart, resim, sembol, işaret ve benzeri eşyayı kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek"* açısından da aynı değerlendirmelerde bulunulabilir. Tüm bu örnekler, orantılılık ilkesi ve hücreye koyma cezasının son çare olarak uygulanması esasıyla bağdaşmamaktadır.[54]

---

[53] Ne var ki, AYM'nin, diğer fiillerle karşılaştırma yapmaksızın, kurum görevlilerine hakaret nedeniyle uygulanan 7 günlük hücreye koyma cezasının orantılı olduğunu kabul ettiği bir kararı şu şekildedir:

*"Somut olayda Disiplin Kurulu, başvurucunun başka bir ceza infaz kurumunda bulunan arkadaşına gönderdiği mektupta yer alan bazı sözlerin kurum görevlilerine yönelik hakaret ve tehdit oluşturduğunu kabul etmiş; başvurucunun disiplin cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. (...)*

*Sonuç olarak başvurucunun ceza infaz kurumunda bulunmanın gerektirdiği sorumluluğa uygun davranmaması nedeniyle verilen cezanın zorunlu bir ihtiyacı karşıladığı, başvurulan yöntemden beklenen fayda ile ceza infaz kurumundaki disiplinin sağlanması arasındaki dengenin sağlandığı değerlendirilmiştir. Öte yandan Ceza İnfaz Kurumu idaresinin ve İnfaz Hâkimliğinin takdir payları birlikte değerlendirildiğinde başvurucuya eylem nedeniyle 5275 sayılı Kanun'un 44. maddesi uyarınca verilen 7 gün hücreye koyma disiplin cezasının orantılı olduğu, bu nedenle müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır."* AYM, **Ali Sarıbey Başvurusu,** 21.9.2022, Başvuru no. 2018/24272, § 38, 45.

[54] Örnekler çoğaltılabilir: *"2. 5275 sayılı Kanun'un 44 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendine göre, kurum tesislerine, araç ve gereçlerine zarar vermek bir günden on güne kadar hücre cezasını gerektiren eylem olarak düzenlenmiştir.*

### B. Hücreye Koyma Cezasıyla Beraber Diğer Hakların da Sınırlandırılması Sorunu

Gereklilik ilkesinin, hücre hapsi sırasında, ziyaret, telefon görüşmesi, yazışma, gibi dış dünyayla iletişim haklarının ve mahkûmların kitap okumak, iyileştirme faaliyetlerine katılmak gibi normalde erişebildikleri diğer kaynakların otomatik olarak sınırlandırılmaması anlamına geldiğine yukarıda değinilmişti.[55]

5275 sayılı Kanun'daki düzenlemenin bu ilkeyi yeterli düzeyde karşıladığı söylenemez. Nitekim Kanun'a göre, hücreye koyma cezası *"açık havaya çıkma hakkı saklı kalmak üzere,"* uygulanır, Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik madde 120/1-ç'ye göreyse, hükümlünün kitap okumasına izin verilir ve *"Hücreye konulan hükümlünün, resmî ve yetkili merciler ve avukat ile görüşmesine engel olunmaz."* Ancak hükümlü cezanın infazı sırasında "her türlü temastan yoksun" bırakılmaktadır ve sınırlandırmanın bireyler özelinde hafifletilmesine olanak tanıyan esnek bir mekanizma söz konusu değildir.

Nitekim Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik madde 74/2-a'ya göre; *"Hükümlüler, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakılma veya kısıtlama cezası ile hücreye koyma cezasının infazı sırasında olmamak koşuluyla, idarenin kontrolünde bulunan ve kurumun uygun yerlerine yerleştirilen telefonlardan yararlandırılır."* Ayrıca Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik madde 5/1-a'ya göre de; *"Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma ve hücreye koyma disiplin cezası kesinleşmiş olup da bu cezaları infaz edilmekte olan hükümlü ve tutuklular dışında kalan hükümlü ve*

---

*3. Somut olayda, ceza infaz kurumunda bulunan hükümlünün plastik kaplamalı askı borusuna zarar verdiği gerekçesiyle başlatılan disiplin soruşturması sonucunda eylemi sabit görülerek eylemine uyan kanun maddesinde öngörülen disiplin cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği anlaşılmakla, hükümlünün verilen disiplin cezasına karşı yaptığı şikayetin reddi yerine kabulüne dair İnfaz Hakimliğince verilen karara karşı yapılan itirazın kabulü yerine reddine dair itiraz merciince verilen karar Kanun'a aykırı olup, kanun yararına bozma talebi yerinde görülmüştür."* Y. 1. CD, E. 2023/4083, K. 2023/3255, 18.05.2023 (www.lexpera.com, E.T. 30.07.2023).

55 *"Ayrıca, cezaevi kayıt defterinden, başvurucunun insan temasının çoğunlukla cezaevi personeliyle olan ilişkileri ve mahkemeye yaptığı ziyaretlerle sınırlı olduğu da açıkça görülmektedir. AİÖK, Kıbrıs hakkındaki raporunda, Kıbrıs'ta hücre hapsiyle beraber dış dünyayla temasın mutlak olarak yasaklanmasını kınamış ve ziyaretlere ilişkin kısıtlamaların yalnızca kayda değer nitelikteki güvenlik kaygılarına veya kaynakların müsaitliğine dayanması gerektiğinde ısrar etmişti."* AİHM, **Onoufriou v. Kıbrıs,** Başvuru no. 24407/04, 07.01.2010, § 78.

*tutuklular ziyaretçiler ile görüşebilir."* Kısacası hükümlü ve tutuklular, hücreye koyma cezasının infazı sırasında resmi merciler ile avukatları haricinde ziyaretçi kabul edememekte ve haberleşme ile telefonla görüşme hakkından yararlandırılmamaktadır.[56]

Yukarıda ayrıca, cezanın uygulanmasında bireysel vakaların ve bireysel olarak değerlendirilen risk oranının göz önünde bulundurulmasının ve gerektiğinde kısıtlamaların hafifletilebilmesine olanak tanıyacak esnek bir mekanizmanın önerilmiş olduğu üzerinde de durulmuştu. Ne var ki Kanun'da, bu şekilde gerçek anlamda esnek bir mekanizmaya izin veren düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu anlamda, sağlık durumu nedeniyle cezaya katlanamayacak olan hükümlü ya da tutuklunun cezasının sonraya bırakılabileceği veya aralıklı olarak infaz edilebileceğine dair düzenleme akla gelmekteyse de, bu husus hücreye koyma cezasının beraberinde gelen neredeyse diğer tüm hak ve olanakların da otomatik olarak kısıtlanması gerçeğinden farklıdır.[57]

Sorunun çözümü ise, mevzuatta esaslı değişiklikleri gerektirmektedir. Bu doğrultuda yalnızca hücreye koyma cezası sırasında hükümlünün diğer haklarını kullanabileceğinin düzenlenmesi yeterli olmayacaktır. Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma ve haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama disiplin cezalarının, bu hakların kötüye kullanılması ve/veya haklar kullanılırken işlenen disiplini bozucu eylemlerle ilişkilendirilerek yeniden düzenlenmesi de gerekecektir. Aksi halde hücreye koyma cezasının uygulanmasını gerektirecek denli ağır bir fiilin işlenmiş olmasına rağmen söz konusu haklar kullanılabilirken, daha hafif fiiller bakımından bu hakların kısıtlanması açıklanamaz.

### C. Hücreye Koyma Cezasının Süresi ile Üst Üste ve Aralıksız Uygulanabilmesi Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar

Hâlihazırdaki düzenlemeler uyarınca hücreye koyma cezası 20 güne kadar uygulanabilmektedir. Çeşitli fiiller arasında ayrıma gidilerek bir ila on günlük ve onbir ila yirmi günlük süre sınırları belirlenmiştir.

---

[56] *"Somut olayda da başvurucunun 11 gün süreyle hücreye koyma disiplin cezasının infazı, haberleşme veya iletişim araçlarından ve ziyaretçi kabulünden yoksun bırakılması sonucunu ortaya çıkardığından disiplin cezasının kişisel hak ve bu bağlamda medeni hak niteliğinde olduğu,"* AYM, **İnan Gök Başvurusu,** 28.1.2021, Başvuru no. 2018/1936, §40.

[57] Hücre hapsine rağmen diğer hakların tamamen kısıtlanmadığı, bu hakların ancak ilave tedbirler anlamında belirli ölçüde kısıtlanabildiği İtalya, Hollanda ve Amerika örnekleri hakkında bkz. SHALEV, s. 47.

Ancak üst sınır olarak belirlenen 20 günlük süre, AİÖK'ün azami süre olarak işaret ettiği 14 günlük sürenin üzerindedir.[58] Hücreye koyma cezasının mahkûmlar üzerindeki olumsuz etkileri ve taşıdığı riskler düşünüldüğünde 20 günlük sürenin en fazla 14 gün olmak üzere düşürülmesi değerlendirilmelidir.[59] Ayrıca azami sürenin 20 gün olarak belirlenmesinin ne ölçüde caydırıcı olduğu ve bu doğrultuda orantılılık ilkesini ihlal edip etmediğinin de tartışılması yerinde olacaktır.

Bu noktada karşılaşılan bir diğer sorun mevzuata göre hücreye koyma cezalarının üst üste ve aralıksız olarak uygulanabiliyor olmasıdır. Gerçekten de örneğin; haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama cezası için Kanun'un 42/3 maddesinde öngörülen; *"Hükümlüye gelen mektup, faks ve telgraflar, disiplin cezasının infazından sonra kendisine verilir. Aynı türden olsa bile sonraki disiplin cezasının infazına bu işlem yapılmadan başlanamaz."* hükmüne benzer bir düzenleme hücreye koyma cezası için öngörülmemiştir. Birden çok hücreye koyma disiplin cezası alan bir hükümlü ya da tutuklu, bu cezalar arasında asgari bir bekleme süresi öngörülmemiş olduğundan, pratikte azami sürenin de üzerinde hücrede kalabilir ve yukarıda değinildiği gibi bu sırada diğer haklarını da kullanamayabilir. Oysa Avrupa Cezaevi Kuralları 60.6.e'de de; *"Hücre hapsinde azamî süreyi doldurmuş olan bir mahpusa yeni bir disiplin suçu nedeniyle hücre hapsi cezası verildiğinde, bu ceza, mahpusun önceki hücre hapsi süresinin olumsuz etkilerinden kurtulması sağlanmadan uygulanmamalıdır"*.[60] denmektedir.

Kaldı ki, Kanun'un 48/2. maddesine göre, *"Bir eylemden dolayı verilen disiplin cezası kesinleştikten sonra bu cezanın infazı tamamlanıp kaldırılması için dördüncü fıkrada belirtilen süreler geçinceye kadar yeniden disiplin cezasını gerektiren bir eylemde bulunan hükümlü hakkında, her defasında bir üst ceza uygulanır."* Buna göre de, 1 ila 10 gün hücreye koyma cezasını gerektiren bir eylemin, disiplin cezasının kaldırılması için aranan süreler geçmeden tekrar edilmesi halinde, artık ceza süresi 11 ila 20 gün arasında belirlenecektir.[61]

---

58 CPT, Solitary Confinement of Prisoners, s. 4.

59 Örneğin; İtalya'da, Ceza İnfaz Sistemi Yasası *(Legge sull'ordinamento penitenziario)* madde 39'a göre, toplu aktivitelerden alıkoyma (bir diğer deyişle izolasyon) olarak ifade edilen en ağır cezanın süresi azami 14 gündür.

60 https://rm.coe.int/cm-revision-of-epr-01072020-tr/1680a09978 (E.T. 25.07.2023).

61 *"Ceza İnfaz Kurumu Disiplin Kurulu Başkanlığı (Disiplin Kurulu) 28/1/2016 tarihli kararıyla, başvurucu hakkında 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İn-*

Hücreye koyma cezasının özellikle de 10 günün üzerinde olması halinde, cezaların infazı arasında ara verilmiyor olması, üst üste uygulanabilmeyle birlikte düşünüldüğünde süre konusunun yarattığı sıkıntıyı pekiştirmektedir. Bütün bunlara ek olarak, iç hukuktaki mevzuata göre cezanın infazı sırasında herhangi bir şekilde anlamlı insan temasına olanak tanınmaması da eleştirilmelidir.[62]

Sonuç olarak, anlamlı insan teması olmaksızın, aralıksız ve üst üste uzun süreli hücreye koyma cezasının uygulanabilmesi yerinde değildir ve uluslararası standartlara aykırıdır[63]. Hücreye koyma cezasının süresinin azami 14 gün olarak belirlenmeli ve hükümlü ve tutukluların aldıkları birden çok hücreye koyma cezası arasında hiç olmazsa talebe bağlı olarak (ya da

---

*fazı Hakkında Kanun'un 42. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (j) bendinde düzenlenen "kurum görevlilerine hakaret veya tehditte bulunma" eylemini gerçekleştirdiği gerekçesiyle 1 günden 10 güne kadar hücreye koyma cezası ile cezalandırılmasına, daha önceden disiplin cezası aldığı gözetilerek 5275 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca bir üst ceza olan 11 gün hücreye koyma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir."* AYM, **Sözdar Oral Başvurusu,** 13.9.2022, Başvuru no. 2018/21028, § 11.

62 Avrupa Cezaevi Kuralları madde 60.6.a'da; *"Hücre hapsi, yani bir mahpusun, anlamlı insan teması olmaksızın günde 22 saatten fazla tek başına tutulması, çocuklara, hamile kadınlara, emziren annelere veya cezaevinde bebekleriyle birlikte bulunan ebeveynlere asla uygulanmamalıdır."* denmektedir. https://rm.coe.int/cm-revision-of-epr-01072020-tr/1680a09978 (E.T. 25.07.2023). Buna ek olarak ifade etmek gerekir ki, diğer hükümlülerin de anlamlı insan temasına izin verilmeksizin 22 saatten fazla hücre hapsine tabi tutulmaması, çocuk hamile kadın, emziren anne ve cezaevinde bebekleriyle bulunan ebeveynlere ise hücre hapsi yerine daha hafif ve alternatif cezaların uygulanması değerlendirilmelidir.

Nelson Mandela Kuralları 44'e göre ise; *"Bu kuralların amaçları bakımından, hücre hapsi, mahpusun günde 22 saat ya da daha fazla bir süre anlamlı insan teması olmaksızın hapsedilmesi anlamına gelir. Uzatılmış hücre hapsi, aralıksız 15 günü aşan bir süre hapis anlamına gelir." Kural 45/3'te ise, "Suçun önlenmesi ve ceza adaleti hakkında diğer Birleşmiş Milletler standartları ve normlarında belirtildiği üzere, kadın ve çocukların söz konusu olduğu durumlarda, hücre hapsine benzer tedbirlerin uygulanması yasakları geçerlidir."* https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-E-ebook.pdf (E.T. 25.07.2023).

63 1992 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Genel Yorum No:20'ye göre de; hükümlü ve tutukluların uzun süreyle hücre hapsine tabi tutulması, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin işkence veya zalimane, insanlık dışı, onur kırıcı ceza ya da muamele yasağına ilişkin 7. maddesiyle yasaklanan fiillere vücut verir. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCCPR%2FGEC%2F6621&Lang=en (E.T. 09.10.2023).

İki metrekarelik bir hücrede tutulan, 23 saat tam izaolasyon altında olan günde 10 dakikadan fazla güneş ışığını göremeyen hükümlü bakımından Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 7 ve 10. maddelerinin ihlal edildiği yönündeki örnek bir karar için bkz: BM İnsan Hakları Komitesi, **Rosa Espinoza de Polay v. Peru,** 6.11.1997, No. 577/1994, § 8.7.

açıkça karşı çıkmama halinde)[64] asgari bekleme süresi öngörülmelidir. Bu süre, hükümlü ya da tutuklunun kullanamadığı telefonla görüşme ve en az bir ziyaret hakkı kullandırılacak ve kendisine verilmeyen mektup, faks ve telgraflar verilecek şekilde belirlenebilir. Ayrıca cezanın infazı sırasında, yakınlarla görüşme, bu olmadığı takdirde en azından iyileştirme programlarına katılabilme[65], psiko-sosyal servisle görüşme gibi yöntemlerle anlamlı insan temasına olanak tanınması yerinde olacaktır.[66] Bu konuda acilen düzenleme yapılması, uygulamada kurum idarelerinin kendi takdirleriyle gerçekleştirdikleri ara verme vb. pratiklerin yasal zemine kavuşturulması önem arz etmektedir.

### D. Hücreye Koyma Cezasının Koşullu Salıverilme Açısından Yarattığı Sorunlar

Hücreye koyma cezası, üst üste uygulandığında, cezanın verilmesinde bir azami sınır da olmaması nedeniyle koşullu salıverilmeden yararlanmayı oldukça uzun bir süre erteleyebilmekte hatta imkânsız hale getirebilmektedir.

Hücreye koyma cezasının azami süresi 20 gün olsa dahi cezanın kaldırılması için gerekli süre, bu cezanın en ağır disiplin cezası olması nedeniyle, oldukça uzun olarak belirlenmiştir. *"İnfaz edildiği tarihten itibaren disiplin cezasının kaldırılmasında ve iyi hâlin kazanılmasında"*, Kanun'un 48/4-f maddesine göre, *"Hücreye koyma cezası 44 üncü maddenin ikinci fıkrasındaki hâllerde altı ay, üçüncü fıkrasındaki hâllerde bir yıl"*lık süre *"Sonunda disiplin cezası almamak ve iyi hâlli olmak koşuluyla (a) ve (b) bentlerinde belirtilen cezalar kurum en üst amiri tarafından, diğer bentlerde belirtilen cezalar, kurumun en üst amirinin önerisi ve disiplin kurulu kararıyla kaldırılır."* Bir diğer ifadeyle, bir ile on günlük hücreye koyma cezası verildiğinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren altı ay; onbir ila yirmi günlük hüc-

---

[64] Hücreye koyma cezaları arasında bekleme süresi getirildiğinde, cezaların kaldırılması için gerekli olan sürelerin işlemeye başlaması da uzayacağından ve bunun sonucu olarak koşullu salıverilmeden yararlanmak için gerekli olan iyi hal kararı daha geç verileceğinden hükümlülerin bir kısmının cezalar arasında bekleme süresi olmasını istemeyeceği de açıktır. Bu nedenle, talebe bağlı olarak, bekleme süresinin kullanılmamasına olanak tanınan bir düzenleme yapılabilir.

[65] Kısa süreli disiplin cezaları bakımından hükümlü programlara katılmayabilecek olsa da, uzun süreli cezalar bakımından programlara devamlılığın sağlanması yönünde bkz. SHALEV, s. 45.

[66] Aynı yönde bkz. SHALEV, s. 45-46.

reye koyma cezası verildiğinde ise bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren bir yıldan sonra, disiplin cezası almamak ve iyi halli olmak koşuluyla kurumun en üst amirinin önerisi ve disiplin kurulu kararıyla söz konusu ceza kaldırılacaktır. Disiplin cezası kaldırılmadan iyi hale ve koşullu salıverilmeye hak kazanmak mümkün değildir.

Görüldüğü üzere, birden çok hücreye koyma cezasının verilmesi durumunda, hükümlünün her bir ceza için bu cezanın infazından sonra altı ay ya da bir yıllık sürelerin geçmesi ve cezaların kaldırılmasından önce koşullu salıverilmeden yararlanması mümkün değildir. Düzenlemeler, bir hükümlüye verilebilecek hücreye koyma cezasının bir üst sınırı olmaması nedeniyle, koşullu salıverilmeye tamamen engel olabilecek bir durumu da ortaya çıkarabilir.[67]

Dahası, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 17/2. maddesine göre; *"disiplin cezası olarak üç defa hücre hapsi cezası almış olanlar, bu disiplin cezaları kaldırılmış olsa bile şartla salıverilmeden yararlanamazlar."* Düzenlemeye göre, Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki hükümlülerin üç defa hücreye koyma cezası alması halinde cezaları kaldırılsa dahi koşullu salıverilme imkânları kalmamaktadır; ancak bu durum eleştiriye açıktır.

Bilindiği üzere, AİHM müebbet hapis cezalarının verilebileceğini kabul etmekte ancak her halükarda hükümlünün koşullu salıverilme umudu olması; bir diğer ifadeyle uzun sürelerden sonra olsa bile bir gün infaz kurumundan ayrılabilme imkânının olması gerektiğini ifade etmektedir.[68] Mevzuatta yer alan ve bazı hükümlülere koşullu salıverilme yasağı getiren düzenlemeler doktrinde de eleştirilmektedir.[69]

Bu doğrultuda, koşullu salıverilme imkânını ortadan kaldırabilecek mahiyette üst üste ve bir üst sınır olmaksızın hücreye koyma cezası verilebilmesi ve 3713 sayılı Kanun'daki düzenleme isabetli değildir.

---

[67] Kaldı ki bu durum açık ceza infaz kurumuna ayrılmaya da engel teşkil etmektedir. Düzenlemenin Kanun yerine Yönetmelikle yapılmış olmasının kanunilik ilkesi bakımından yarattığı sakınca bir yana bırakılacak olursa, Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'nin *"Açık Kuruma Ayrılamayacak Hükümlüler"* başlıklı 8/1-c maddesine göre; *"Haklarında iyi hal kararı verilse bile, 5275 sayılı Kanunun 44 üncü maddesinde sayılan eylemlerden dolayı toplam beş ve daha fazla hücreye koyma cezası alıp, son hücreye koyma cezasının kaldırılması üzerinden bir yıl geçmemiş olanlar"* açık kurumlara ayrılamaz.

[68] Bkz. AİHM, **Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık,** Başvuru no. 66069/09, 130/10 ve 3896/10, 9.7.2013; AİHM, **Kafkaris v. Kıbrıs,** Başvuru no. 21906/04, 12.2.2008; AİHM, **Öcalan v. Türkiye (No. 2),** Başvuru no. 24069/03, 197/04, 6201/06 and 10464/07, 18.3.2014.

[69] Bkz. ÖZBEK, s. 148; DEMİRBAŞ, s. 241; ARAS/GÜVERÇİN, s. 187.

## IV. SONUÇ

Islah edici ve caydırıcı olmadığı ifade edilen, dahası bireylerin zihinsel, bedensel ve sosyal sağlığı üzerinde ani etkiler doğurabilen hücre hapsinin tamamen kaldırılması önerilmekteyse de bugün halen birçok ülke mevzuatında uygulama alanı bulmaktadır. Uygulamadan vazgeçilmediği müddetçe, söz konusu olumsuz etkilerin en aza indirgenebilmesi adına, hücre hapsinin esasları ile infaz rejimine ilişkin gerekliliklerin net bir şekilde ortaya konması önem taşımaktadır.

Güvenlik veya koruma amacıyla ya da bir disiplin cezası olarak uygulanabilen hücreye koyma cezasının, uluslararası standartlarda da ifadesini bulan, kanunilik, orantılılık, gereklilik, hesap verilebilirlik ve ayrımcı olmama ilkelerine uygun olması gerekmektedir.

Hücre hapsi cezasını infazı sırasında barındırılma, beslenme, açık havaya çıkma ve spor yapma imkânlar mahpuslara tanınmalı ve bunların her biri bakımından asgari standartlara uyulmalıdır. Kurum idaresi ve personele erişim hakkı ve buna olanak tanıyan yeterli araçların bulunması da bu disiplin cezasının maddi koşullarına ilişkin gereklilikler arasında yer almaktadır.

Mevzuata göre, hücreye koyma cezasının infaz edilebilmesi için kesinleşmiş olması yeterli değildir. Kesinleşen cezanın uygulanabilmesi için infaz hâkiminin onayı gerekir. Ayrıca ilginin cezaya katlanabilecek olup olmadığının tespiti açısından infazdan önce ve infaz sırasında hekim tarafından muayene edilmesi şartı öngörülmüştür. Bu noktada, son yıllarda, hekimin karar mekanizmasında yer almasına dair çekincelerin, doktor-hasta ilişkisinin teminatı açısından etik endişelerin olduğuna da dikkat çekilmelidir.

Hücreye koyma disiplin cezasıyla ilgili temel ilkeler, maddi koşullara ve uygulanma rejimine ilişkin gereklilikler ortaya konulduğunda, mevzuattan ve uygulamadan kaynaklanan bazı sorunlar tespit edilebilmektedir. Söz konusu disiplin cezası bakımından kanunilik ilkesine riayet edildiği söylenebilecekse de, orantılılık ilkesi açısından aynı saptamayı yapmak güçtür. Hücreye koyma cezasının öngörüldüğü fiillerin bir kısmı bakımından cezanın orantılı olmaması, bu cezanın son çare olarak uygulanması esasıyla bağdaşmamaktadır.

Hücreye koyma cezasıyla beraber, ziyaret, telefon görüşmesi, yazışma gibi dış dünyayla iletişim haklarının ve hükümlülerin normalde erişebildikleri bazı kaynakların da otomatik olarak sınırlandırılıyor olması gereklilik

ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Yine cezanın uygulanmasında bireysel vakaların ve bireysel olarak değerlendirilen risk oranının göz önünde bulundurulması ve gerektiğinde kısıtlamaların hafifletilebilmesine olanak tanıyacak esnek bir mekanizmanın olmaması da ilkeyle çelişmektedir.

Hücreye koyma cezasının üst sınırı olarak belirlenmiş olan 20 günlük süre uluslararası standartlarda ifade edilen azami 14 günlük sürenin üzerindedir. Ayrıca, hücreye koyma cezalarının üst üste ve aralıksız olarak uygulanabiliyor olması, anlamlı insan teması olmaksızın azami sürenin üzerinde hücrede kalmaya, bu sırada diğer pek çok hakkın da kullanılamamasına yol açmakta ve koşullu salıverilmeden yararlanmayı oldukça güçleştirmektedir.

Tüm bu tespitler ışığında, hücreye koyma disiplin cezasının ve genel olarak disiplin cezalarına ilişkin düzenlemelerin gözden geçirilmesi ve uluslararası standartlara uygunluk açısından kapsamlı değişiklikler yapılması gerektiği ifade edilmelidir.

## KAYNAKÇA

AKBULUT Berrin (Editör) / DEMİRKOL Neslihan / TURAN Taha Yasin, **İnfaz Hukuku**, Adalet Yayınları, Ankara, 2021.

AKSOY RETORNAZ E. Eylem, "Cezaevlerinde Sağlık Hizmetlerine Erişimde Güncel Sorunlar", **Suç ve Ceza,** S: 4, 2019, ss. 25-40.

ANDERSON Danika Jo, "Solitary Confinement as Illegitimately Proscribed and Disproportional Punishment: Another Angle from Which to Attack the Inhumane Practice", **Notre Dame Journal of Law, Ethic & Public Policy,** Vol: 35:1, 2021, ss. 301-324.

ARAS Bahattin, **İnfaz Aşamasında İnfaz Hâkimliğinin ve Esas Mahkemesinin Görev ve Yetkileri,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

ARAS Bahattin / GÜVERÇİN Sezgin, **İnfaz Hukuku,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

CPT, Solitary Confinement of Prisoners, Extract from the 21st General Report, 2011, CPT/Inf(2011)28-part2, https://rm.coe.int/16806cccc6 (Erişim Tarihi: 05.07.2023).

DEMİRBAŞ Timur, **İnfaz Hukuku,** 8. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

DONAY Süheyl, **Türk Ceza İnfaz Hukuku,** Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

MEMİŞ KARTAL Pınar, "7242 Sayılı Kanun ile 5275 Sayılı CGTİHK'nun Birinci Kitap, İkinci Kısmının "Disiplin Ceza ve Tedbirleri, Ödüllendirme" Başlıklı Sekizinci Bölümünde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", **7242 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere İlişkin Değerlendirmeler** içinde, 2020, ss. 83-88, https://www.tchd.org.tr/wp-content/uploads/2020/06/infaz.pdf (Erişim Tarihi: 01.10.2023).

OKUYUCU ERGÜN Güneş, **Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

ÖLMEZ Gökhan / ÜNAL Osman Gazi / KARABULAT Efe Can vd., **İnfaz Hukuku**, Özgenç İzzet / Şahin Cumhur (Editör), 4. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

ÖZBEK Veli Özer, İnfaz Hukuku, 16. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

SHALEV Sharon, **A Sourcebook on Solitary Confinement,** 2008, https://www.solitaryconfinement.org/_files/ugd/f33fff_18782e47330740b28985c5fe33c92378.pdf?index=true (Erişim Tarihi: 27.07.2023).

STINNEFORD John F., "Is Solitary Confinement a Punishment?", **Northwestern University Law Review,** Vol: 115, No: 1, 2020, ss. 9-45.

TOROSLU Nevzat / TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım,** 26. bası, Savaş Yayınları, Ankara, 2021.

***İnternet Kaynakları***

https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/.

https://rm.coe.int/.

https://tbinternet.ohchr.org/.

https://www.unodc.org/.

https://www.solitaryconfinement.org/.

hudoc.echr.coe.int.

www.lexpera.com.

**Hakemli Makale** **GSÜHFD**, 2023; 2: 1267-1313

# İLAÇTA YERELLEŞME POLİTİKASININ ULUSLARARASI HUKUKLA İMTİHANI: *TURKEY-PHARMACEUTICAL PRODUCTS (EU)* DAVASI(*)

Dr. **Müslüm YILMAZ**(**)

**Öz:** AB tarafından Türkiye aleyhine DTÖ'de açılan *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)* davası Türkiye aleyhine sonuçlanmış ve kesin karara bağlanmıştır. Davayı karara bağlayan Panel ve Hakem Heyeti ilaçta yerelleşme uygulamasının GATT 1994'ün III:8(a) maddesinde yer alan kamu alımı derogasyonu kapsamına girmediğine ve madde III:4'te yer alan ulusal muamele yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Türkiye'nin bu uygulamanın GATT 1994'ün XX. maddesinin (a) ve (d) paragraflarında yer alan genel istisnalar kapsamına girdiği iddiası da reddedilmiştir. Türkiye'ye kararın gereğinin yerine getirilmesi için verilmiş olan makul süre sona ermiştir. Türkiye'nin, kararın gereğini yerine getirmek üzere yapacağı mevzuat değişikliğinin AB tarafından yeterli görülmesi durumunda dava sona erecek, aksi halde AB bu mevzuat değişikliğini de dava konusu yapabilecektir. Diğer bir ifadeyle, Türkiye'nin kararın gereğini yerine getirmemiş olduğu sonucuna varılması halinde, süreç AB'nin Türkiye'ye karşı ticari misillemeye gitmek üzere yetkilendirilmesine kadar gidebilecektir. Bu davada verilen karar Türkiye'nin ticaret politikası alanında gelecekte yapacağı düzenlemelerde de dikkate alınması gereken önemli tespitleri içerdiğinden bu makaleye konu yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** İlaç Sanayii, Yerelleşme, Sosyal Güvenlik Kurumu, Dünya Ticaret Örgütü, Ulusal Muamele.

---

(*) Makale Gönderim Tarihi: 05.05.2023 - Makale Kabul Tarihi: 25.11.2023.

Bu çalışmada ileri sürülen görüşler tamamıyla yazara ait olup, DTÖ üyelerini ve Sekretaryasını bağlamaz.

(**) DTÖ Sekretaryası Hukuk İşleri Direktörlüğü'nde Kıdemli Hukuk Müşaviri.
(ORCID: http://orcid.org/0000-0002-7382-9712; E-posta: muslum.yilmaz@wto.org).

# TESTING THE LOCALISATION REQUIREMENT IN PHARMACEUTICALS UNDER INTERNATIONAL LAW: THE TURKEY-PHARMACEUTICAL PRODUCTS (EU) CASE

**Abstract:** The *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)* initiated by the EU against Türkiye concerning Türkiye's localisation requirement in the imports of pharmaceuticals has ended against Türkiye and the decision has become final. Both the Panel and the Arbitrator working on this case decided that the localisation requirement does not fall under the government procurement derogation in Article III:8(a) of the GATT 1994 and that it violates the national treatment obligation set forth in Article III:4. Türkiye's argument that this measure falls within the scope of the general exceptions laid down in paragraphs (a) and (d) of Article XX of the GATT 1994 has also been rejected. The reasonable period of time accorded to Türkiye for the implementation of this decision has expired. If the legislative amendment to be made by Türkiye with a view to implementing this decision is found satisfactory by the EU the dispute will end, if not the EU will have the opportunity to challenge the WTO-consistency of Türkiye's implementing measure. Ultimately, if it is decided that Türkiye has not complied with the decision, the process might lead to the EU being authorized to resort to trade retaliation against Türkiye. The decision made in this dispute has been chosen as the topic of this article because it involves important findings that should be taken into consideration in designing Türkiye's future trade policy.

**Keywords:** Pharmaceuticals, Localisation, Social Security Institution, World Trade Organization, National Treatment.

## I. GİRİŞ

Avrupa Birliği (AB) Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) anlaşmazlıkların halli sistemini kullanarak Türkiye'nin ilaç üretimi ve ithalatında takip ettiği yerelleşme uygulaması, yerelleşmiş ürünlerin ithalatındaki yasaklama ve SGK'ca ödenen ilaçlar listesine girme başvurularında yerli ilaçlara öncelik verilmesi uygulamalarını 2019 yılında dava etmiş ve dava Türkiye aleyhine sonuçlanmıştır. *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)* isimli dava söz konusu üç uygulamayı içermekle birlikte, davanın ağırlık merkezi yerelleşme uygulaması olmuştur. Bu nedenle, çalışmamızda davanın yerelleşme uygulamasıyla ilgili yönleri ele alınmıştır.[1]

DTÖ'yü Kuran Marakeş Anlaşması'nın (DTÖ Anlaşması) dibacesi, DTÖ'nün temel misyonunu ticaretin serbestleştirilmesi yoluyla küresel ölçekte üretim ve istihdamın artırılması, bunun sonucu olarak da gelir düzeyi ve talebin güçlendirilmesinin yanı sıra yaşam standartlarının yükseltilmesi olarak tanımlamaktadır. Ancak, DTÖ'de vücut bulan çok taraflı ticaret sistemi, ekonomik nitelikteki bu hedeflerin gerçekleştirilmesi yönünde atılacak adımların, ekonomik olmayan birtakım değerlerin korunması ihtiyacı ile zaman zaman çatışabileceğini öngörmüş ve DTÖ üyesi devletlere bu konularda düzenleme yapacakları bir alan bırakmıştır. Bu kapsamda, Anlaşma'nın dibacesi "sürdürülebilir kalkınma" ve "çevrenin korunması" kavramlarına atıfta bulunmaktadır. Sürdürülebilir kalkınma ve bilhassa çevrenin korunması toplum sağlığıyla ilgili kavramlar olup, uluslararası ticaretle toplum sağlığı arasındaki ilişkiye, bu arada ticaretin serbestleştirilmesiyle insan sağlığını korumaya yönelik olarak yapılacak düzenlemeler arasında gözetilmesi gereken dengeye işaret eder. DTÖ Anlaşması'nda yer alan bu genel ifadelere ilave olarak, DTÖ Anlaşması ekinde yer alan ve mal ticaretini düzenleyen Ticarette Teknik Engeller Anlaşması ile Sağlık ve Bitki Sağlığı Önlemlerinin Uygulanmasına İlişkin Anlaşma'nın dibacelerinde insan sağlığının korunması konusuna açık atıfta bulunulmaktadır.

Çalışmamızın konusu olan davanın hukuki dayanağını teşkil eden ve DTÖ'nün mal ticaretine dair kurallarının -hem tarihi hem de içerik bakımından- anayasası niteliğinde olan Tarifeler ve Ticaret Genel Anlaşması'nın

---

[1] Panel, yerelleşmiş ürünlerin ithalatındaki yasaklama konusundaki iddiaları karara bağlamaya gerek görmemiş ve hukuk ekonomisi uygulamış, SGK'ca ödenen ilaçlar listesine girme başvurularında yerli ilaçlara öncelik verilmesi uygulamasının ise GATT 1994'ün III:4 maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Bkz. DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.230, 7.245, 7.258, 7.275 ve 7.334.

[*General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT)] "genel istisnalar" başlıklı XX. maddesi de DTÖ üyelerinin insan sağlığını korumaya yönelik önlemler alma yetkilerine açıkça yer vermektedir. Bu düzenlemeler, DTÖ kurallarının insan sağlığı konusunu ticaretin serbestleştirilmesi hedefinin üzerinde konumlandırdığını ve üye devletlere kamu sağlığının korunmasına yönelik düzenleme yapmak konusunda serbesti tanıdığını göstermektedir.[2] Sağlık ve ticaret arasındaki ilişkinin mutlaka bir karşıtlık üzerine bina edilmemesi, bu iki kavramın birbirini bütünleyecek ve insanlığa daha iyi hizmet edecek şekilde ele alınması ve gerekli düzenlemelerin yapılması yerinde olacaktır.[3] GATT 1994'te yer alan düzenlemelerin de böyle bir dengeli yaklaşımı yansıttığı görülmektedir.

Şüphesiz kamu sağlığını yakından ilgilendiren konulardan birisi ilaç üretimi ve ticaretidir. DTÖ Anlaşması, ilaç ticaretini etkileyen önemli düzenlemeler içermektedir. DTÖ'nün pazara erişimi etkileyen tarifeler ve tarife dışı önlemler ile fikri mülkiyet haklarının korunmasına dair kuralları bu kapsamda ilk akla gelen düzenlemelerdir.[4] İlaç sektörüyle ilgili hassasiyetler 2001 yılında DTÖ Bakanlar Konferansı'nın, üye devletlere kamu sağlığının korunması ve bilhassa herkesin ilaca erişiminin temin edilmesi amacıyla belirli esneklikleri kullanma hakkı veren, bir Deklarasyonu yayınlamasıyla sonuçlanmıştır.[5] COVID-19 pandemisiyle mücadele döneminde de DTÖ Bakanlar Konferansı ilaç ticaretini kolaylaştırmaya yönelik adımlara öncülük etmiştir.[6] Ayrıca, Bakanlar Konferansı COVID-19 aşılarının üretimini kolaylaştırmak amacıyla bir muafiyet (*waiver*) kararı almıştır.[7]

Böyle bir süreçte DTÖ gündemine gelen *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)* davası, ticaretin serbestleştirilmesi ile DTÖ üyelerinin ilaca erişimi kolaylaştırmaya yönelik düzenleme yapma yetkisi arasındaki ilişkiyi ele alması bakımından önemlidir.

---

2 WTO Agreements & Public Health, A joint study by the WHO and the WTO Secretariat, 2002, who_wto_e.qxd (Erişim tarihi: 27/4/2023), s. 30-31.

3 GOSTIN Lawrence O., **Global Health Law**, Harvard University Press, 2014, s. 301.

4 OESCH Matthias, "International Trade in Pharmaceutical Products and the GATT 1994: The Case of Traditional Medicine", in DANIEL Kraus, BUNN Tony, MULDER Michelle (eds.), **Requirements for Access to Affordable and Efficacious Traditional Medecine(s)**, pp. 17-39, s. 18-19.

5 DTÖ belgesi, *Declaration on the TRIPS agreement and public health*, WT/MIN(01)/DEC/2.

6 Örnek olarak bkz. DTÖ belgesi, *Ministarial Declaration on the WTO Response to the COVID-19 Pandemic and Premaredness for Future Pandemics*, WT/MIN(22)/31.

7 DTÖ belgesi, *Ministerial Declaration on the TRIPS Agreement*, WT/MIN(22)/30.

Çalışmamız giriş dışında dört bölümden oluşmaktadır. Girişten sonra ikinci bölümde, yerelleşme uygulaması hakkında genel bilgiler verilmektedir. Üçüncü bölümde, davanın usul bakımından izlediği aşamalar ele alınmaktadır. Bu kapsamda, özellikle, DTÖ uyuşmazlık çözümü sisteminin temyiz aşamasının işlerliğini yitirmiş olduğu bir ortamda *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)* davasında verilen panel kararının, DTÖ sisteminde esasen bir alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemi olarak öngörülen tahkim yoluyla temyizen incelenerek kesinleştirilmiş olması konusuna değinilmektedir. Dördüncü bölümde, davada verilen Panel ve Hakem Heyeti kararları ayrıntılı olarak irdelenmektedir. Beşinci bölümde, davada verilen karar sonrası olası senaryolar tartışılmaktadır. Çalışma, kararın Türkiye'nin ilaç sektörü ve daha geniş anlamda ticaret politikası bakımından öneminin de değerlendirildiği, sonuç kısmıyla son bulmaktadır.

## II. YERELLEŞME UYGULAMASI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Türkiye'de geçerli olan genel sağlık sigortası sistemi 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda düzenlenmektedir.[8] Genel sağlık sigortalısı sayılanlar Kanunun 60. maddesinde, finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri ise 63. maddesinde açıklanmaktadır. 63. maddenin (b) bendi, hastalanan kişilerin tıbbi tedavilerinin finansmanının, (f) bendi ise tedavi kapsamında gerekli olan ilaçların finansmanının SGK tarafından sağlanacağını belirtmektedir.

SGK tarafından bedeli ödenen ilaçların listesi, bu Kurum tarafından çıkarılan Sağlık Uygulama Tebliği'nin 4/A Ekinde (4/A listesi) yer almaktadır.[9] Ürününün burada yer alan listeye girmesini isteyen firmaların, Sosyal Güvenlik Kurumu İlaç Geri Ödeme Yönetmeliği'nde[10] yer alan usul çerçevesinde başvuruda bulunması gereklidir. Hangi ilaçların bedelinin SGK tarafından ödeneceği ve 4/A listesine gireceği kararı İlaç Geri Ödeme Komisyonu tarafından verilir (Yönetmelik, md. 5.a).

İlaçta yerelleşme konusu Türkiye'nin kalkınma stratejisi içerisinde yer verilen konular arasındadır. Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018) ilaç sanayiiyle ilgili stratejik hedefi şu şekilde ortaya koymaktadır:

---

8 RG 16.6.2006/26200.

9 Sağlık Uygulama Tebliği, RG 24.3.2013/28597.

10 Sosyal Güvenlik Kurumu İlaç Geri Ödeme Yönetmeliği, RG 10.2.2016/29620.

> "İlaç sanayiinin daha fazla ihracat yapabilen, uluslararası standartlardaki yüksek teknolojisini Ar-Ge ile bütünleştirmiş, uzun vadede yeni molekül geliştirme yönünde gerekli adımları atan, başta biyoteknolojik ve biyobenzer ürünler olmak üzere daha yüksek katma değerli ilaçlar üreten rekabetçi bir yapıya kavuşması sağlanacaktır. Bu çerçevede, Ar-Ge ekosistemi geliştirilecek, ilaç sanayii stratejik bir yaklaşımla ele alınacaktır."[11]

Planın bir parçasını teşkil eden Sağlık Endüstrilerinde Yapısal Dönüşüm Programı da ilaç sektörünün kalkınmadaki önemine atıfta bulunmaktadır. Bu çerçevede, artan ve yaşlanan nüfus, artan refah düzeyi gibi nedenlerle ilaç talebinde yaşanan artışın sosyal güvenlik harcamaları ve cari açık üzerinde yarattığı baskıya, uzun vadede Türkiye'nin ilaç Ar-Ge ve üretim merkezi olması, bu alanda rekabetçi bir konuma ulaşmasının önemine değinilmektedir. Bu amaçla Plan, yurtiçi ilaç ihtiyacının değer olarak %60'ının yerli üretimle karşılanması hedefini ortaya koymaktadır.[12] Plan, ayrıca, üretim ve ihracatın desteklenmesine yönelik olarak "[y]erli ilaç üretimini ve ihracatını teşvik için uluslararası yükümlülüklerle uyumlu bir şekilde yeni önlemlerin devreye sokulması"ndan da bahsetmektedir.[13]

İlaçta yerelleşme konusu 64. Hükümet 2016 Yılı Eylem Planı'nda da şu ifadelerle yer almaktadır:

> "Türkiye'de üretilmek üzere başvurusu yapılan ilaçların SGK geri ödeme politikaları ile birlikte ele alınarak Sağlık Bakanlığınca hızla ruhsatlandırılması sağlanacaktır. Sosyal Güvenlik Kurumu, mevzuatında gerekli düzenlemeleri yaparak, yurt içinde imal edilen sağlık ürünlerinin geri ödeme listesine alınması için değerlendirme sürecini hızlandıracaktır."[14]

Eylem Planı'ndaki bu hedefin gerçekleştirilmesine yönelik olarak Sağlık Bakanlığı ve SGK tarafından ortak olarak yayımlanan Yerelleşme Süreci

---

[11] T.C. Kalkınma Bakanlığı, Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018), Onuncu Kalkınma Planı-2014-2018 (sbb.gov.tr) (Erişim tarihi: 27/4/2023), par. 669.

[12] T.C. Kalkınma Bakanlığı, Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018), Onuncu Kalkınma Planı-2014-2018 (sbb.gov.tr) (Erişim tarihi: 27/4/2023), s. 202.

[13] T.C. Kalkınma Bakanlığı, Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018), Onuncu Kalkınma Planı-2014-2018 (sbb.gov.tr) (Erişim tarihi: 27/4/2023), s. 203.

[14] 64. Hükümet 2016 Yılı Eylem Planı, Eylem No. 46, 64.HukumetEylemPlaniKitapcik.pdf (Erişim tarihi: 6/4/2023).

Hakkında Duyuru'da, İthalden İmale Geçiş Komisyonu'nun kurulduğu ve bu sürecin bu Komisyon tarafından takip edileceği belirtilmektedir. Bu kapsamda, belirli bir takvim çerçevesinde, belirlenmiş olan bazı eşdeğer grupların yerelleşme süreci başlatılmıştır. Duyuru'da, bu sürecin amacının ithal ürünlerin geri ödemeden çıkarılması olmayıp, öngörülebilir bir süre çerisinde yerel üretimi teşvik etmek olduğu da belirtilmektedir.[15]

*Turkey-Pharmaceutical Products (EU)* davasına bakan Panel, tarafların sunduğu delil ve argümanlara dayanarak, yerelleşme uygulamasının beş aşamadan oluştuğunu tespit etmiştir. Bu aşamalar, yeterli yerli eşdeğer grup üretimi olan ilaçlardan başlayıp, eşdeğer ürünü olmayan ilaçlara kadar bütün ilaçları kapsayacak şekilde tespit edilmiştir.[16]

## III. DAVANIN USUL BAKIMINDAN İZLEDİĞİ AŞAMALAR

DTÖ'de görülen davaların tâbi olduğu usul kuralları DTÖ Anlaşması'nın ekindeki çok taraflı anlaşmalardan birisi olan Anlaşmazlıkların Halline Dair Mutabakat Metni'nde (AHMM) yer almaktadır. Süreci özetle açıklamak gerekirse, davacı devletin öncelikle yazılı olarak danışmalarda bulunma talebi sunması gereklidir (md. 4). Davanın tarafları sorunu danışmalar aşamasında çözemezlerse, davacı devlet, yine yazılı olarak, bir panel kurulmasını talep edebilir (md. 6). Panelin verdiği karar temyiz edilmezse, Anlaşmazlıkların Halli Organı (AHO) tarafından kabul edilir (md. 16). Bu kabulle birlikte, panel kararında yer alan tespit ve tavsiyeler AHO'nun tespit ve tavsiyelerine dönüşür ve davalı devlet açısından yerine getirilmesi gereken uluslararası hukuk yükümlülükleri teşkil eder. Temyiz durumunda ise, Temyiz Organı panel kararını temyizen inceleyerek son kararı verir (md. 17). Bu durumda Temyiz Organı kararı ve panel kararı -birlikte- AHO tarafından kabul edilir. Davalının AHO tarafından kabul edilen kararın gereğini yerine getirmemesi durumunda sistem, davacı devlete, davalıya karşı misillemede bulunma hakkını vermek dahil, çeşitli zorlayıcı araçların devreye sokulmasını da öngörmektedir (md. 21 ve 22).

---

[15] Yerelleşme Süreci Hakkında Duyuru, yerelleşme süreci hakkında duyuru.pdf (Erişim tarihi: 6/4/2023).

[16] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU),* par. 2.23.

*Turkey-Pharmaceutical Products (EU)* davası AB'nin 2 Nisan 2019 tarihli yazılı danışmalarda bulunma talebiyle başlamıştır.[17] Taraflar 9-10 Mayıs 2019 tarihlerinde Cenevre'de danışmalarda bulunmuş ancak uyuşmazlığı çözememişlerdir.[18] Bunun üzerine, AB davayı karara bağlamak üzere bir panel kurulmasını 2 Ağustos 2019 tarihinde yazılı olarak AHO'dan talep etmiştir.

AB'nin talebini müteakip AHO, 30 Eylül 2019 tarihli toplantısında Panelin kurulmasına karar vermiştir. Panelin, davanın taraflarının görüşlerini aldıktan sonra kabul ettiği Çalışma Usullerinde, Panelin ilke olarak bir duruşma yapacağı, tarafların talep etmesi halinde ikinci bir duruşmanın yapılacağı belirtilmiştir.[19] Böyle bir talep olmadığından tek duruşma ile yetinilmiştir.[20] Panel nihaî raporunu 11 Kasım 2021 tarihinde davanın taraflarına göndermiştir. Ancak bu rapor, DTÖ'nün diğer çalışma dillerine tercüme edilip bütün üyelere açık olacak şekilde ilan edilmeden önceki aşamada AB, AHMM'nin 12.12 maddesine dayanarak Panelden çalışmasını bir ay için askıya almasını talep etmiş, Panel de bu talebin gereğini yaparak askıya alma kararını 22 Aralık 2021 tarihinde taraflara bildirmiştir. Bu süre daha sonra birkaç kez uzatılmış, davanın tarafları, 22 Mart 2022 tarihli bir yazıyla, panel raporunun temyizen incelenmesine yönelik olarak bir tahkim sürecini takip etmek konusunda anlaşmaya vardıklarını bildirmişlerdir. Bu tahkim anlaşmasının[21] 4. paragrafında yer alan kurala göre, anlaşmanın Panele bildirilmesi AHMM madde 12.12 çerçevesinde Panelin çalışmasının belirsiz bir süre için askıya alınması talebinde bulunulması anlamına gelmektedir. Panel de tarafların bu ortak talebinin gereğini yaparak çalışmasını süresiz olarak askıya almıştır.[22]

---

17 DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Request for Consultations by the European Union*, WT/DS583/1.

18 DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Request for the Establishment of a Panel by the European Union*, WT/DS583/3, s. 1.

19 DTÖ belgesi, *Turkey - Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Report of the Panel, Addendum*, WT/DS583/12/Add.1, s. 6, par. 15.

20 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 1.8. Panel kararının metni Türkiye'nin temyiz talebini içeren DTÖ belgesinin ekinde yer almaktadır.

21 DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU*, WT/DS583/10.

22 DTÖ belgesi, *Turkey - Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Suspension of Panel Work Communication from the Panel*, WT/DS583/11.

Davanın taraflarının bu sıra dışı adımı atarak Panelin çalışmasını askıya almasını talep etmelerinin nedeni, Panel kararının temyizi konusunda ikili bir anlaşmaya varmak amacıyla müzakerelere başlamış olmalarıdır. Bu noktada, böyle bir müzakereye neden ihtiyaç duyulduğunu kısaca açıklamakta fayda vardır.

DTÖ anlaşmazlıkların halli sistemi iki aşamadan oluşmaktadır. Bir davayı ilk olarak inceleyip karara bağlayan organ paneldir. Panel kararının temyiz edilmesi durumunda ise davadaki nihaî karar Temyiz Organı tarafından verilir. Temyiz konusu AHMM'nin 17. maddesinde düzenlenmiştir. Panellerde görev yapacak panelistlerin ataması her dava için *ad hoc* şekilde yapılırken Temyiz Organı yedi daimî üyeden oluşur; bu üyelerden kura usulüyle seçilen üçü belirli bir temyiz incelemesini yapar ve davayı kesin karara bağlar. ABD yıllar içerisinde Temyiz Organı'nın işleyişinde tespit ettiği birtakım sakıncaların giderilmesi gerektiğini belirtmiş, bu talebinin cevap bulmadığı kanaati oluştuğunda ise Temyiz Organı'nda boşalan üyeliklere yeni üye seçilmesi sürecini bloke etme kararı almıştır.[23] Bu sürecin sonunda, Aralık 2020 itibarıyla Temyiz Organı'nda hiç üye kalmamış ve bu Organ işlerliğini fiilen yitirmiştir. Bu süreçte verilen panel kararlarının önemli bir kısmı temyiz edilmiştir. Temyiz Organı'nın işlerliğini yitirmiş olması nedeniyle, boşluğa temyiz (*appeal into the void*) olarak da adlandırılan bu temyizler, ilgili panel kararlarının icrasını geciktirmektedir. Bazı yazarlara göre, bu durum DTÖ anlaşmazlıkların halli sisteminin zorunlu yargı yetkisini (*compulsory jurisdiction*) içerme özelliğini de zaafa uğratmıştır.[24]

Temyiz Organı'nın işlerliğini yitirmesi DTÖ üyelerini bu soruna çözüm bulma çabasına yöneltmiş, bu konuda en kapsamlı öneri ise AB'den gelmiştir.[25] AB, temyiz krizinin çözümüne yani Temyiz Organı'nın yeniden işlerlik kazanmasına kadar geçecek süreçte kullanılmak üzere, "AHMM'nin 25. maddesi Çerçevesinde Çok Taraflı Ara Dönem Temyiz Tahkimi Mekaniz-

---

[23] ABD'nin sistemin işleyişiyle ilgili eleştirileri konusundaki ayrıntılar için bkz. DE ANDRALE Mariana, "Procedural innovations in the MPIA: A way to strengthen the WTO dispute settlement mechanism?", **Questions of International Law, Zoom-out**, 2019, pp. 121-149, s. 123-130.

[24] Örnek olarak bkz. VAN DAMME Isabelle, "25 Years of Law and Practice at the WTO: Did the Appellate Body Dig its Own Grave?", **26 Journal of International Economic Law**, 2023, pp. 124-132, s. 125-126.

[25] Bazı yazarlar DTÖ anlaşmazlıkların halli sisteminin bir tek panel aşamasından ibaret olmasının daha yararlı olacağı görüşünü ileri sürmektedir. Örnek olarak bkz. IYNEDJIAN Marc, "Reform of the WTO Appeals Process", **6 Journal of World Investment&Trade**, 2005, pp. 809-844, s. 821-834.

ması" (*Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU - MPIA*)[26] adını verdiği bir mekanizmayı önermiştir.[27] Bu mekanizmaya bugüne dek, aralarında Çin'in de bulunduğu, 26 DTÖ üyesi taraf olma kararı almıştır. Bunun anlamı şudur: MPIA'e taraf olan DTÖ üyeleri kendi aralarında meydana gelen DTÖ davalarının panel kararlarını temyiz etmek isterlerse bu mekanizmayı kullanacaklardır.[28]

Türkiye MPIA'e taraf değildir. Ancak, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)* davasında Türkiye ve AB, içerik olarak MPIA'yle neredeyse aynı olan, bir *ad hoc* temyiz tahkimi mekanizması üzerinde anlaşmışlardır.[29] Davanın temyiz aşamasında tahkim yoluna başvurulmasının hukuki dayanağı bu anlaşmadır. Taraflar arasındaki tahkim temyizi anlaşması gereğince, davayı ilk aşamada karara bağlayan Panel, kararını, normal panel inceleme sürecinden farklı olarak, resmî bir DTÖ belgesi şeklinde yayınlamamıştır. Böylece bu Panel kararı onaylanmak üzere AHO önüne gelmemiş ve uluslararası hukuk bakımından bir bağlayıcılık kazanmamıştır. Panelin kararı, Türkiye'nin temyiz beyanını içeren DTÖ belgesinin[30] ekinde yer almış ve bu şekilde kamuya açıklanmıştır.

Türkiye, AB ile imzaladığı temyiz tahkimi anlaşmasına dayanarak, 25 Nisan 2022 tarihinde panel kararını temyiz etmiştir.[31] Türkiye'nin temyiz talebi Panel kararının üç yönüyle ilgilidir: 1) Yerelleşme uygulamasının GATT 1994'ün III:8(a) maddesinde yer alan kamu alımları derogasyonu kapsamına girmediği yönündeki karar; 2) yerelleşme uygulamasının GATT

---

[26] DTÖ belgesi, *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU*, JOB/DSB/1/Add. 12.

[27] MPIA'in getirdiği yeniliklerin ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. DE ANDRALE Mariana, "Procedural innovations in the MPIA: A way to strengthen the WTO dispute settlement mechanism?", **Questions of International Law, Zoom-out**, 2019, pp. 121-149, s. 130-147.

[28] MPIA'in ilk kullanıldığı dava AB ile Kolombiya arasında gündeme gelmiştir. Bu davada verilen Hakem Heyeti kararı için bkz. DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Colombia - Frozen Fries*.

[29] DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Agreed Procedures for Arbitration Under Article 24 of the DSU*, WT/DS583/10.

[30] DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Notification of an Appeal by Turkey under Article 25 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlemetn of Disputes (DSU), under Paragraph 5 of the Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU (Arbitration Agreement), and Under Rule 20 of the Working Procedures for Appellate Review*, WT/DS583/12.

[31] DTÖ belgesi, *Notification of an Appeal by Turkey under Article 25 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU), under paragraph 5 of the Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU (Arbitration Agreement), and under Rule 20 of the Working Procedures for Appellate Review*, WT/DS583/12.

1994'ün XX(b) maddesinde yer alan istisna düzenlemesi anlamında, insan, hayvan veya bitki hayatını ya da sağlığını korumaya yönelik olmadığı yönündeki karar; ve 3) yerelleşme uygulamasının GATT 1994'ün XX(d) maddesinde yer alan istisna düzenlemesi anlamında, Türkiye'nin, ulaşılabilir, etkili ve finansal açıdan sürdürülebilir nitelikte bir sağlık sistemini temin etmesini gerektiren kanunlara uymak amacıyla alınmış bir önlem olmadığı yönündeki karar. Hakem Heyeti kararı 25 Temmuz 2022 tarihinde resmî bir DTÖ belgesi olarak yayınlanmıştır.[32]

## IV. DAVADA VERİLEN KARAR

Bu bölümde, davada yerelleşme uygulamasıyla ilgili olarak verilen kararı ayrıntılı olarak inceleyeceğiz. Bunu yaparken, tekrara düşmemek amacıyla, Panel ve Hakem Heyeti kararlarını birlikte ele alacağız. Ancak bu iki kararda aynı konuda farklı hukuki yorumlara yer verildiği durumlarda farklılığı açıklayacağız.

Yerelleşme uygulamasıyla ilgili tespitler, sırasıyla, davacı AB'nin Türkiye tarafından alınmış olan böyle bir önlemin varlığını kanıtlayıp kanıtlayamadığı, yerelleşme uygulamasının GATT 1994'ün III:8(a) maddesi anlamında kamu alımı teşkil edip etmediği, yerelleşme uygulamasının GATT 1994'ün III:4 maddesine aykırı olup olmadığı ve bu politikanın GATT 1994'ün XX(b) ve (d) maddelerinde yer alan savunma kapsamına girip girmediği hususlarından oluşmaktadır. Biz de açıklamalarımızı bu sırayı takip ederek takdim edeceğiz.

### A. Yerelleşme Uygulamasının Varlığının ve İçeriğinin Tespiti

DTÖ anlaşmazlıkların halli sisteminde sık sık gündeme gelen sorunlardan birisi davacı devletin dava konusu yaptığı önlemin varlığını ve içeriğini kanıtlayıp kanıtlayamadığı meselesidir. Bugüne dek açılan davalarda, çok değişik nitelikte önlemler dava konusu yapılmıştır.[33] Bu konudaki genel ku-

---

[32] DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Arbitration under Article 25 of the DSU, Award of the Arbitrators, WT/DS583/ARB25*. (Çalışmamızda bu karara kısaca "DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*" şeklinde atıfta bulunuyoruz).

[33] DTÖ davalarına konu olabilecek önlemler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. YILMAZ Müslüm, "Measure: Dispute Settlement System of the World Trade Organization (WTO)", **Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law [MPEiPro]**, Oxford Public International Law: Measure: Dispute Settlement System of the World Trade Organization (WTO) (ouplaw.com) (23.3.2023).

ral, bir DTÖ üyesine atfedilebilen her türlü eylem veya ihmalin DTÖ davaları açısından bir önlem teşkil ettiği yönündedir.[34]

Bazı davalarda dava konusu yapılan önlemin hem varlığı hem de içeriği kolay kanıtlanabilir nitelikte olmakla birlikte, özellikle dava konusu yapılan önlemlerin yazılı bir düzenlemeye dayanmadığı veya birden fazla yazılı hukuki düzenlemeyi kapsadığı hallerde, bu konuda zorluklar gündeme gelebilmektedir. Önlemin tanımlanması hem davanın kapsamının belirlenmesi bakımından hem de dava sonucunda önlemin hukuka aykırı olduğuna karar verilmesi durumunda davalı devletin kararın gereğini ne şekilde yerine getireceğinin tespitinde önemli bir rol oynamaktadır. Diğer taraftan, dava konusu önlemler, davacı tarafından ileri sürülen hukuka aykırılık iddialarıyla (*claims*) birlikte, panelin yargılama yetkisiyle (*jurisdiction*) ilgilidir. Yargılama yetkisinin mevcut olması hukuka uygun yargılamanın şartlarından biri olduğundan, davalı devletin bu konuda bir itirazı olmasa dahi, panelin dava konusu yapılan önlemlerin kendi yargı yetkisine girip girmediği hususunu re'sen inceleme yükümlülüğü vardır.[35]

AB, yerelleşme uygulamasının, bu uygulamanın işleyişinde rol oynayan çok sayıda hukuki düzenleme bulunmasına rağmen, tekil ve tutarlı bir önlem (*single and cohesive measure*) teşkil ettiği iddiasında bulunmuştur. Türkiye ise AB'nin böyle bir önlemin varlığı ve/veya içeriğini kanıtlayamadığını ileri sürmüştür.[36]

Panel, AB'nin panel kurulması talebinde üç önlemin tanımlandığını, ayrıca bu önlemlerin uygulanmasında rol oynayan 28 değişik hukuki düzenlemeyi içeren bir listeye yer verildiğini dikkate almıştır.[37] Panel kurulması talebi üç önlemi üç ayrı kısımda tanımlamaktadır. İlgili kısımda, yerelleşme uygulaması şu şekilde tanımlanmıştır:

---

[34] DTÖ Temyiz Organı kararı, *US - Corrosion-Resistant Steel Sunset Review*, par. 81. Bu yaklaşım Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu Konusundaki Taslak Maddelerinde yer alan ilkenin DTÖ hukuku alanında uygulanması anlamına gelmektedir. Bkz. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001*, md. 2, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries - 2001 (un.org) (Erişim tarihi: 22/3/2023).

[35] Kaynağını genel uluslararası hukuktan alan bu yaklaşım, DTÖ davalarında da yerleşmiştir. Örnek olarak bkz. DTÖ Temyiz Organı kararı, *US - 1916 Act*, par. 54 ve dn. 30.

[36] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.2-7.3.

[37] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.15.

> "Türkiye yabancı üreticilerden, bazı ilaç ürünlerindeki üretimlerini Türkiye'de gerçekleştirme taahhüdünde bulunmalarını istemektedir. Bu taahhütler verilmez, verilip de Türk makamları tarafından kabul edilmez veya gerekleri yerine getirilmezse, ilgili ilaç ürünleri Türkiye'nin sosyal güvenlik sistemi tarafından işletilen, eczaneler tarafından hastalara satılan ilaç ürünlerinin geri ödenmesi sisteminin kapsamı dışına çıkarılır."[38]

Panel, AB'nin panel kurulması talebinde tanımlanan şekliyle, yerelleşme uygulamasının bileşik (*composite*) bir önlem olduğunu ve önlemin iki unsuruna atıf yapan bu tanımın önlemin içeriğini ortaya koyduğunu belirtmiştir. Panele göre, AB'nin panel kurulması talebinde yerelleşme uygulamasının yürütülmesinde rol oynayan hukuki düzenlemelere yapılan atıflar, bu önlemin varlığının ispatı ve ne şekilde uygulandığının gösterilmesi amacına yöneliktir. Dolayısıyla yerelleşme uygulamasının içeriğinin tanımı ile bu uygulamanın yürütülmesinde rol oynayan hukuki düzenlemeler birbirinden tamamen bağımsız iki hususdur.[39]

Panel, bilahare, AB'nin yerelleşme uygulamasının bu davada tekil bir önlem olarak ele alınmasının yerinde olup olmayacağı konusunda yeterli argüman sunup sunmadığı meselesini ele almıştır. Panel, AB'nin ilk dilekçesinde, Türkiye'de geniş kapsamlı bir devlet programının parçası olan ve Sağlık Sektöründe Yapısal Dönüşüm Programı gibi belgelerde yer verilen bir yerelleşme politikasının takip edildiğini ve bu politikanın uygulamada büyük ölçüde Türk makamları ile yabancı ilaç üreticileri arasındaki ikili yazışmalarla yürütüldüğünü gösteren delillerin sunulduğunu tespit etmiştir. Panele göre, AB'nin bu argümanları, Türkiye'nin itirazları olmazsa, yerelleşme uygulamasının bu davada tekil bir önlem olarak ele alınabileceğini göstermektedir.[40]

Türkiye esasen yerelleşme uygulamasının var olduğunu kabul ettiğini ancak AB'nin tekil bir önlem olarak dava konusu yaptığı bu uygulamanın yürütülmesinde rol oynayan hukuki düzenlemelerin ve araçların tamamını tanımlamak ve bunların birbirleriyle olan ilişkilerini ortaya koymakla yükümlü olduğunu ileri sürmüştür.[41] Panel Türkiye'nin bu iddiasının, AB'nin yerelleşme uygulamasını bu önlemin yürütülmesinde rol oynayan hukuki

---

38 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.16.

39 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.17.

40 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.21.

41 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.23.

düzenlemelere atıfla tanımladığı varsayımına dayandığını belirtmiş ve bu varsayımı reddetmiştir. Türkiye'nin argümanı, yerelleşme uygulamasını, bu uygulamanın yürütülmesinde rol oynayan hukuki düzenlemelerle karıştırmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, Panelin görüşüne göre AB bu önlemi önlemin yürütülmesinde rol oynayan hukuki düzenlemelere dayanarak tanımlamamıştır.[42] Sonuç olarak Panel, AB'nin tekil bir önlem teşkil eden yerelleşme uygulamasının varlığını kanıtladığı sonucuna varmıştır.[43]

## B. Yerelleşme Uygulamasının GATT 1994'ün III:8(a) Maddesinde Yer Alan Kamu Alımları Derogasyonu Kapsamına Girdiği İddiası

### 1. Giriş

GATT 1994'ün III. maddesi ulusal muamele (*national treatment*) yükümlülüğünü içerir. Ulusal muamele yükümlülüğü, genel olarak, ithalatçı bir DTÖ üyesinin içeride aldığı vergiler ve diğer mali yükümlülükler ile (alım-satım, taşıma, dağıtım gibi) iç piyasadaki ticari faaliyetleri etkileyen her türlü düzenleme ve yükümlülüklerin uygulanmasında, yerli malların ithal mallardan daha avantajlı konuma sokulmasını yasaklar (par. 1). Maddenin ikinci paragrafı bu genel ilkenin içeride alınan vergiler ve diğer mali yükümlülüklerle ilgili yönlerini, dördüncü paragrafı ise iç piyasadaki ticari faaliyetleri etkileyen düzenleme ve yükümlülüklerle ilgili yönlerini ayrıntılı olarak açıklar. Ulusal muamele yükümlülüğünün temel işlevi, DTÖ üyelerinin gümrük vergileri konusunda verdikleri tavizleri, iç piyasaya yönelik düzenlemeler yoluyla etkisiz hale getirmelerini engellemektir.[44]

Bir GATT yükümlülüğü olan ulusal muamele yükümlülüğünün ihlaline karar verilen hallerde davalı devletin GATT'ta yer alan istisna hükümlerine dayanması mümkündür. Bunlardan en sık başvurulanı, GATT 1994'ün XX. maddesinde yer alan genel istisnalardır. Nitekim, aşağıda[45] ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, Türkiye bu davada madde XX'ye dayanmıştır.

Bütün GATT yükümlülükleriyle ilgili olarak başvurulabilecek olan genel istisnalara ilave olarak, GATT 1994'ün III. maddesi kendi içerisinde de

---

42 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.24.

43 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.31.

44 DAVEY William J., **Non-discrimination in the World Trade Organization: The Rules and Exceptions**, Hague Academy of International Law, Ail-Pocket, 2012, s. 154-155.

45 Bkz. aşa. s. (D. Yerelleşme Uygulamasının GATT 1994'ün XX. Maddesinde Yer Alan Hukuka Uygunluk Nedenleri Kapsamına Girdiği İddiası) vd..

bir derogasyona yer vermektedir. GATT'ın ilk müzakereleri esnasında ortaya çıkan çekinceleri gidermek üzere[46] maddenin 8(a) paragrafında yer verilen ve uygulamada "kamu alımları" (*government procurement*) derogasyonu olarak anılan bu düzenleme, özetle, kamusal amaçlarla devlet tarafından yapılan tedarik işlemlerini ulusal muamele yükümlülüğünün kapsamı dışında tutmaktadır.[47] Türkiye bu davada yerelleşme uygulamasının bu derogasyonun kapsamına girdiğini ileri sürmüş AB ise bu iddiayı reddetmiştir.

Madde III:8(a) şu hükmü içermektedir:

> "Bu madde hükümleri, ticari olarak yeniden satılmamak veya ticari olarak satılacak malların üretiminde kullanılmamak üzere devlet kurumları tarafından kamusal amaçlarla satın alınan malların tedariğini düzenleyen kanun, yönetmelik veya yükümlülüklere uygulanmaz."

Bu davada hem Panel hem de Hakem Heyeti, yerelleşme uygulamasının madde III:8(a)'da yer alan derogasyon kapsamına girmediğine karar vermiştir. Ancak, Hakem Heyeti, Panelin madde III:8(a) ile ilgili yorumuna katılmamış ve farklı bir yorumda bulunmuştur. Varılan sonuç aynı olmakla birlikte, ortaya konan iki hukuki yorum arasındaki fark - bilhassa Türkiye'nin bu davanın gereğini nasıl yerine getireceği meselesi açısından- önemli olduğundan, bu bölümde Panel ve Hakem Heyeti kararlarını ayrı ayrı açıklamak yerinde olacaktır.

### 2. Panel Kararı

Panel, daha önce bu konuda verilmiş olan kararlara da dayanarak, madde III:8(a)'da yer alan düzenlemenin ulusal muamele yükümlülüğünün kap-

---

[46] DAVIES Arwel, "The GATT Article II:8(a) Procurement Derogation and *Canada - Renewable Energy*", **18 Journal of International Economic Law**, 2015, pp. 543-554, s. 547.

[47] Belirtmek gerekir ki DTÖ hukuku açısından kamu alımları aynı zamanda çoklu (*plurilateral*) bir anlaşma olan Kamu Alımları Anlaşması'nda da düzenlenmektedir. Çoklu anlaşmalar, DTÖ anlaşmalarının büyük ağırlığını oluşturan çok taraflı (*multilateral*) anlaşmalardan farklı olarak, bütün DTÖ üyelerini değil, yalnızca imza koyan devletleri bağlayan anlaşmalardır. Türkiye Kamu Alımları Anlaşması'na taraf değildir.

Kamu Alımları Anlaşması kapsam olarak GATT madde III:8(a)'dan daha dar kapsamlıdır zira bu Anlaşma yalnızca imzacı devletler tarafından belirlenen kamu kurumları tarafından ve belirli mal ve hizmetler açısından uygulanır (Kamu Alımları Anlaşması, md. 1). Çoklu anlaşma niteliğindeki Kamu Alımları Anlaşması'nın kapsamı dar olduğundan, bütün DTÖ üyelerini bağlayan GATT 1994 madde III:8(a)'nın nasıl yorumlanacağı konusu hayati önem kazanmaktadır. FANG Mandy Feng, "Shades of Green: Mapping the Parameters of the GATT Article III:8(a) Government Procurement Derogation in the Renewable Energy Transition", **20 Journal of World Investment&Trade**, 2019, pp. 553-576, s. 558.

samını sınırlandıran bir derogasyon olduğunun altını çizmiş ve bu derogasyondan faydalanabilmek için gerekli dört şartı şu şekilde sıralamıştır:

a. Dava konusu önlem "... tedariğini düzenleyen kanunlar, yönetmelikler veya yükümlülükler" kapsamına girmelidir;

b. Dava konusu önlem bir "devlet kurumu" tarafından malların "satın alınmasını" içermelidir;

c. Mallar "kamusal amaçlarla" satın alınmalıdır; ve

d. Mallar "ticari olarak yeniden satılmak veya ticari olarak satılacak malların üretiminde kullanılmak üzere" satın alınmamalıdır.[48]

Panel, bilahare, dava konusu yerelleşme uygulamasının bu dört şartın tamamını karşıladığını kanıtlayıp kanıtlamadığının değerlendirmesine geçmiştir. Bu kapsamda Panel, yerelleşme uygulamasının yukarıda belirtilen ikinci şartı karşılamadığına karar vermiş, bu nedenle de diğer şartlarla ilgili inceleme yapmaya gerek görmeyerek hukuk ekonomisi uygulamıştır.[49]

Yerelleşme uygulamasının ilaçların devlet kurumları tarafından satın alınmasını içerdiğini ileri süren Türkiye, bu iddiasını üç argümana dayandırmıştır. Öncelikle, madde III:8(a)'da yer alan "satın alma" (*purchase*) kavramının dar yorumlanmaması gerektiğini iddia etmiştir. İkinci olarak, satın alma kavramının çok dar yorumlanması durumunda dahi SGK tarafından yapılan bir satın almanın söz konusu olduğunu ileri sürmüştür. Üçüncüsü, bu argüman kabul edilmese dahi, eczanelerin ilaç toptancılarından yaptığı satın almayı SGK adına yaptıklarını, bunun da bizzat eczanelerin devlet kurumu olduğunu gösterdiğini iddia etmiştir.[50]

Panel, öncelikle madde III:8(a) anlamında "satın alma" kavramının ne anlama geldiği konusunda bir yorum yapmış, bilahare bu yorumu dava konusu olaya uygulayarak yerelleşme uygulamasının SGK tarafından yapılan bir satın almayı içerip içermediğini ele almış, son olarak da Türkiye'nin, eczanelerin SGK adına satın alma yaptıkları ve bu anlamda devlet kurumu teşkil ettikleri yönündeki alternatif iddiasını değerlendirmiştir.[51]

---

48 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.36-7.37.

49 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.104-7.106.

50 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.64.

51 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.65.

a. Madde III:8(a) Anlamında "Satın Alma" Kavramının Yorumlanması

Bu kısımdaki açıklamalarımıza geçmeden önce konuyla ilgili Türkçe terminolojiyi açıklığa kavuşturmakta fayda vardır. Anlaşmanın İngilizce metninde *purchase* ve *procurement* kelimeleri yer almaktadır. *Purchase* kelimesinin Türkçe karşılığı olarak "satın alma" ifadesini kullanmayı yerinde buluyoruz. *Procurement* kelimesinin karşılığını tespit etmekse daha zor görünmektedir. *Government procurement* kavramının Türkçeye "kamu alımları" olarak tercüme edildiğini ve bu ifadenin yerleştiğini görüyoruz. Örneğin, DTÖ anlaşmalarından biri olan *Government Procurement Agreement* Türkçeye Kamu Alımları Anlaşması olarak tercüme edilmiştir. Tek başına *procurement* kelimesi ise, Panelin bu davada da açıkladığı üzere, *purchase* kelimesinden daha geniş bir anlam taşımaktadır. *Procurement* kelimesinin karşılığı olarak çalışmamızda "tedarik" kelimesini kullanmayı uygun bulduk. Nitekim, İngilizcede olduğu gibi, Türkçede de bir malın tedariği satın alma dışında yöntemlerle gerçekleştirilebilir.

Panel, yorumuna başlarken, klasik anlamda ve en sık rastlanan şekliyle, kamu alımının devletin kendi kullanımı veya tüketimi için, kendi ihale mevzuatı çerçevesinde satın alma yapması hallerini içerdiğini belirtmiştir. Bu gibi durumlarda malın devlet tarafından kamusal amaçlarla satın alındığı ve ticari olarak yeniden satılmasının söz konusu olmadığı kolayca görülür.[52] Ancak, madde III:8(a)'da yer alan derogasyon bu klasik örnekteki tedarik yöntemiyle sınırlı değildir. Temyiz Organı'nın da belirttiği üzere, madde metninde yer alan "kamusal amaçlarla satın alınan mallar" ifadesi yalnızca devlet tarafından tüketilen malları değil "devletin kamusal işlevlerini yerine getirirken alıcılara temin ettiklerini" de kapsar. Davanın tarafları da bu yoruma itiraz etmemiştir.[53]

Panel, devletin nihaî olarak bizzat kendisi tarafından değil de devletle ilgisi olmayan üçüncü taraflarca kullanılan ve tüketilen mallar için ödemede bulunduğu durumlarda madde III:8(a)'da yer alan derogasyonun uygulanmasının güçlük arz edebileceğinin altını çizmiştir. Bu gibi durumlarda, devletin yaptığı ödemenin "satın alma" amacına yönelik olduğu ve derogasyon kapsamına girdiği hallerin, finansman, iade, fonlama olarak nitelendirilebilecek ve derogasyon kapsamına girmeyen hallerden ayırt edilmesi zor olabilir. Ayrıca, "satın alınan mal" kavramının ne anlama geldiğini tespit etmek ve satın alma

---

[52] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.66.

[53] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.67.

işlemini diğer işlem türlerinden ayırt etmek, işlemin oluşturduğu sonucun değişmediği, yani devlet tarafından ödemesi yapılan malların üçüncü taraflarca kullanıldığı veya tüketildiği hallerde özellikle zorluk arz eder. Bu nedenle, madde III:8(a)'nın uygulanmasının objektif bir hukuki ölçüte ve "satın alınan mal" kavramının mantıklı bir yorumuna dayandırılması gereklidir.[54]

Maddeyi Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31(1) maddesinde yer alan genel yorum kuralına göre inceleyen Panel, "satın alınan" (*purchased*) ifadesini, yalnızca malların mülkiyetinin elde edilmesi sonucunu doğuran işlemleri kapsayacak şekilde yorumlamanın "satın alma" (*purchase*) kavramını, daha geniş bir anlama sahip olan "tedarik etme" (*procurement*) kavramından ayırt etmeye imkân vereceğini belirtmiştir.[55] Panele göre, devletin elde ettiği malı gerek bizzat tükettiği gerekse o malı tüketilmek üzere başka alıcılara verdiği hallerde öncelikle devletin malın mülkiyetini kazanmış olması gerekir.[56] Panel, Türkiye'nin ileri sürdüğü geniş yorumun kabul edilmesi durumunda, gıda kuponları verilmesi, gayrimenkul renovasyonu sübvansiyonları ve çevre dostu satın almalar için sağlanan vergi avantajları gibi işlemler de devlet tarafından satın alma olarak nitelendirilecektir. Türkiye, SGK'nın ilaç ödemelerindeki rolünün basit bir finansman işleminin ötesinde olduğunu iddia etmiştir. Ancak, devlet tarafından yapılan bir satın alma işleminin, ilgili malın devlet dışındaki alıcılara verildiği ve onlar tarafından tüketildiği hallerdeki özel satın alma işlemleri için finansman sağlanması durumundan -mülkiyetin kazanılmış olup olmadığı dışında- hangi ölçüte göre ayırt edilebileceğini açıklayamamıştır.[57]

Panel bu yorumdan, madde III:8(a) açısından, bir malın devlet tarafından satın alınmış sayılabilmesi için malın mülkiyetinin mutlaka devlete geçmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Panele göre, SGK'nın alınan ilaç için bir ödemede bulunuyor olması o ilacın SGK tarafından satın alındığını göstermez, bunun için SGK'nin ilacın mülkiyetini kazandığının ortaya konması gerekir. Türkiye'nin de iddia ettiği üzere, bir malın mülkiyetinin nasıl elde edileceği malın niteliği gibi faktörlere göre değişiklik gösterebilir. Ancak, mülkiyet geçmeden bir satın almanın gerçekleştiği ileri sürülemez.[58]

---

54 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.68.

55 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.71.

56 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.72.

57 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.73.

58 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.74.

Türkiye, SGK'nın ilaçların mülkiyetini kazanmasa da maliyetini karşılamaya yönelik ödeme yapması nedeniyle, ilaçların SGK tarafından satın alındığına hükmedilmesi gerektiğini ileri sürmüş, ancak Panel, daha önce benzeri bir önlemle ilgili olarak verilmiş olan bir panel kararına dayanarak, Türkiye'nin bu argümanını reddetmiştir.[59]

Türkiye, geçmişteki uygulamada SGK'nın ilaçları bizzat satın aldıktan sonra ihtiyaç sahiplerine verdiğini ancak verimli olmaması nedeniyle bu sistemin 2003 yılında Sağlıkta Dönüşüm Programıyla terk edildiğini ve bugünkü sisteme geçildiğini belirtmiştir. Türkiye'ye göre AB, eski sistem devam etse idi SGK'nın yaptığı tedariğin madde III:8(a) anlamında satın alma olduğunu kabul edeceğini zira ilaçların devlete ait eczaneler aracılığıyla hastalara verilmiş olacağını belirtmiştir. Oysa, sistemin esası reformdan sonra da değişmemiştir: Tek fark, önceden SGK tarafından yerine getirilen işlevlerin bir kısmının eczanelere devredilmiş olmasıdır. Türkiye'ye göre, AB'nin yorumu aşırı şekilcidir ve şekli esasın önüne koymaktadır.[60]

Panel bu yorumu ikna edici bulmamıştır. AB'nin, bir kamu alımının madde III:8(a) kapsamına girebilmesi için ilgili devlet kurumunun malın fiili zilyetliğini (*physical possession*) kazanması gerektiği şeklinde bir iddiası yoktur. Panele göre, madde III:8(a)'yı bir devlet kurumunun, örneğin devlete ait bir eczane veya hastanenin, ilacı satın alıp bilahare hastalara verdiği halleri kapsayacak, ancak devletin hastaların satın aldığı ilacın maliyetine katkıda bulunduğu halleri kapsamayacak şekilde yorumlanması aşırı şekilci bir yaklaşım olarak değerlendirilemez. AB'nin iddiası da Panelin bu yorumuyla aynıdır.[61]

Panel bu değerlendirmelere dayanarak, "devlet kurumları tarafından kamusal amaçlarla satın alınan malların tedariği" ifadesi çerçevesinde bir malın devlet tarafından satın alınmış sayılabilmesi için devletin bir ödeme karşılığında o malın mülkiyetini kazanmış olması gerektiğine karar vermiştir. Panel, Türkiye'nin, SGK'nın ilaçlar için ödemede bulunması karşısında, mülkiyetlerini kazanmasa da bu malların nihaî alıcısı olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki geniş yorumunu reddetmiştir.[62]

---

59 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.75-7.77.

60 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.78.

61 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.79.

62 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.81.

b. SGK'nın İlaçları Eczanelerden Satın Aldığı İddiası

Panel, madde III:8(a) anlamında "satın alma" kavramını bu şekilde yorumladıktan sonra bu yorumun dava konusu olaylara uygulanması aşamasına geçmiştir. Bu kapsamda Panel, Türkiye'nin, "satın alma" kavramının dar şekilde yorumlanması durumunda dahi, SGK'nın pratikte ilaçların mülkiyetini kazandığı iddiasını ele almıştır. Türkiye'ye göre, bir eczanenin hastanın reçetesindeki QR kodunu taradığı ve Medula sisteminin o ilacın o hastaya verilmesini onayladığı anda SGK ilacın mülkiyetini kazanmaktadır.[63]

Bu konuda Panel, öncelikle, devletin bir malın mülkiyetini kazanmasının çeşitli işlemlerle gerçekleşebileceğinin ve fiilî zilyetliğin satın alma işleminin zorunlu bir unsuru olmadığının altını çizmiştir.[64] Panele göre önemli olan, SGK'nın ilaçlar üzerinde, mutat olarak mülkiyetin edinildiği fikrini oluşturacak bir hukuki hakkı kazanıp kazanmadığıdır. Bu çerçevede Panel, örnek olarak, eczanelerin ilaçları toptancılardan satın aldıklarında, nihaî tüketicilerin ise eczanelerden satın aldıklarında mülkiyet hakkını edinmiş sayılacaklarına değinmiş ve davanın taraflarının da bu görüşü paylaştıklarını belirtmiştir.[65]

Panele göre, eldeki deliller ve argümanlardan, SGK'nın ilaçlar üzerinde, mülkiyet hakkı bir yana, herhangi bir hakkı kazandığı sonucuna varılması mümkün değildir.[66] Örneğin, SGK ilaçların fiilî zilyetliğini kazanmamaktadır. Her ne kadar satın alanın mutlaka satın alınan malın fiilî zilyetliğini elde etmesi gerekmese de fiilî zilyetliğin elde edilmemesi mülkiyetin de elde edilmediği yönünde güçlü bir emare teşkil etmektedir. İlaç gibi, rahatça taşınıp depolanabilecek türden mallar için bu bilhassa geçerli bir durumdur.[67] Panel, Türkiye'nin, SGK'nın ilaçlar üzerinde ne şekilde tasarrufta bulunulacağına karar verdiği iddiasını da reddetmiştir. Dosyadaki deliller, ilaç üzerinde nasıl tasarruf edileceğine reçeteyi yazan doktor, ilacı temin eden eczane ve son kullanıcı olan hastanın karar verdiğini, SGK'nın ilacın maliyetini tamamen veya kısmen ödemesi söz konusu olmasaydı dahi ilacın üzerindeki tasarruf durumunun değişmeyeceğini göstermektedir.[68] Panele göre, Medula sisteminden alınan onay, hastanın SGK'lı olduğunu ve reçete konusu ilacın

63 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.82.

64 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.83.

65 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.84.

66 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.85.

67 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.86.

68 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.87.

SGK ödemelerine dahil olan ilaçların yer aldığı 4/A listesinde bulunduğunu teyit etmektedir. Bu ise, o ilacın eczane tarafından SGK'ya fatura edilebileceğini göstermektedir. Bu sistemi, SGK'nın Medula sisteminde onaylanan ilaç üzerinde tasarruf yetkisini kazandığı, dolayısıyla ilacı eczane aracılığıyla hastaya verdiği, hastanın da aynı anda ilacın mülkiyetini kazandığı şeklinde yorumlamak mantıklı değildir. Ayrıca, SGK ile Türk Eczacılar Birliği arasında imzalanan protokolde de SGK'nın ilaçların mülkiyetini kazandığı iddiasını destekleyecek herhangi bir ibare yer almamaktadır.[69]

Bu veriler ışığında Panel, SGK'nın 4/A listesinde yer alan ilaçların mülkiyetini kazandığı iddiasını reddetmiştir.[70]

c. Eczanelerin Birer Devlet Kurumu Olarak İlaçları SGK Adına Satın Aldıkları İddiası

Türkiye, ilaçların SGK tarafından satın alındığı iddiasının kabul edilmemesi durumunda, alternatif bir argüman olarak, eczanelerin birer devlet kurumu olarak SGK adına hareket ettikleri, dolayısıyla onların satın alma işlemlerinin madde III:8(a) anlamında devlet kurumları tarafından yapılan satın alma olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.[71]

Panel, madde III:8(a)'nın bir devlet kuruluşunun bir malı devletle ilgili olmayan bir aracı marifetiyle satın almasına engel teşkil etmediği konusunda Türkiye ile aynı görüşte olduğunu belirtmiştir. Ancak, bir satın alma işleminin bu madde kapsamına girebilmesi için, bir veya birden fazla özel aracı marifetiyle yapılan satın almanın devletin ilgili malın mülkiyetini edinmesi sonucunu doğurması gereklidir. Aksi yorum, devlet ilgili malın mülkiyetini kazanmasa da, özel tarafların yaptıkları satın alma işlemlerinin madde III:8(a) kapsamına girdiği sonucuna götürecektir.[72] Panele göre, Türkiye'nin, SGK'nın ilaç ürünlerinin temin edilmesi sürecini tamamen kontrol ettiği ve eczanelerin bu süreçte nasıl hareket edebileceklerini belirlediği argümanı kabul edilse dahi, eczaneler ilaçların mülkiyetini devletten bağımsız bir şekilde kazandıkları sürece, eczanelerin devlet kurumlarına veya bunların satın almalarının kamu alımlarına dönüştüğünü kabul etmek mümkün değildir.[73]

---

69 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.88.

70 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.90.

71 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.92.

72 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.96-7.97.

73 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.100.

Aksi halde, devletin özel aktörleri bazı malları satın almaya yönlendirdiği her durumda bu aktörler devlet kurumu sayılacak ve bunların yaptıkları satın alma işlemleri de madde III:8(a) kapsamına girecektir.[74]

Madde III:8(a) çerçevesindeki incelemesini bu şekilde tamamlayarak Türkiye'nin dava konusu önleminin bu derogasyon kapsamına girmediği sonucuna varan Panel, AB'nin yerelleşme iddiasının GATT 1994'ün III:4 maddesine aykırı olduğu iddiasının incelenmesine geçmiştir.

### 3. Hakem Heyeti Kararı

Panel kararını temyiz eden Türkiye, Hakem Heyeti önünde, Panelin "satın alma şartı" konusunda yanlış hukuki yorumda bulunduğunu belirterek kararın bozulmasını talep etmiştir. Türkiye bu çerçevede iki iddia ileri sürmüştür. Birincisi, Panelin madde III:8(a) açısından satın almanın bir devlet kurumu *tarafından* gerçekleştirilmesi gerektiği yorumu yanlıştır. İkincisi, satın almanın mutlaka ilgili malın mülkiyetinin kazanılmasını gerektirdiği yönündeki yorum hatalıdır. Hakem Heyeti, bu iddialardan ilkini incelemiş ve Türkiye'nin haklı olduğuna karar vermiş, ikinci iddiayı incelemeye gerek görmemiştir.[75]

Hakem Heyeti, öncelikle, Panelin yaptığı incelemede izlediği sıranın Türkiye'nin iddiasını ortaya koyma şeklini yansıttığını belirtmiştir. Türkiye, Panel önünde, SGK'nın 4/A listesinde yer alan ilaçları satın aldığını, veya -alternatif bir argüman olarak- eczanelerin SGK adına satın aldıklarını ileri sürdüğü için, Panel de incelemesini satın alma konusu üzerinde yoğunlaştırmıştır.[76] AB Türkiye'nin temyiz aşamasında ileri sürdüğü, satın almanın devlet kurumları tarafından yapılmasının gerekmediği iddiasını Panel aşamasında ileri sürmediğini belirterek Hakem Heyetinin bu iddiayı temyiz aşamasında değerlendirmeye alamayacağını ileri sürmüş, ancak Hakem Heyeti bu argümanı reddetmiştir. Heyete göre, Türkiye'nin temyizde ileri sürdüğü iddia Panel aşamasında madde III:8(a) açısından malların satın alınması konusuyla ilgili olarak ileri sürdüğü iddiayla bağlantılıdır ve temyizde incelenmesinde bir sakınca yoktur.[77]

---

74 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.101.

75 DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 6.50.

76 DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 6.34.

77 DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 6.36.

Türkiye'ye göre, madde III:8(a) açısından önemli olan satın almanın değil, tedariğin bir devlet kurumu tarafından yapılmasıdır. Dolayısıyla, tedariğin bir devlet kurumu tarafından yapıldığı kanıtlanmak kaydıyla, ilgili malların başka bir antite tarafından satın alınması mümkündür.[78] Hakem Heyeti bu görüşe katılmıştır. Heyet, öncelikle, madde metninin kamu alımı çerçevesinde tedarik edilen malların hangi antite tarafından satın alınacağı hususunda bir açıklık içermediğinin altını çizmiştir. İlgili hukukî düzenlemede bu hususta bir açıklık bulunmadıkça, düzenlemeye konu olan eylemin hangi şekilde ve hangi şartlar çerçevesinde gerçekleştirileceği konusunda herhangi bir sınırlamanın getirilmediğini kabul etmek gerekir. Satın almanın mutlaka bir devlet kurumu tarafından yapılması gerektiğine karar vermek, madde metninde yer alan "devlet kurumları tarafından" ifadesini "satın alınan mallar" ifadesiyle bağlantılandırmak anlamına gelecektir ki bu yaklaşım bu kavramların metindeki yerleriyle bağdaşmayacaktır. Madde metnine bağlamı çerçevesinde bakıldığında bu sonucu çıkarmak mümkün değildir. Dolayısıyla, tedariğin bir devlet kurumu tarafından yapılması ve kamusal amaçlarla satın alınan malların tedariği söz konusu ise, satın alma başka bir antite tarafından da gerçekleştirilebilir.[79] Ancak Hakem Heyeti yaptığı bu yorumun madde III:8(a)'da yer alan derogasyonun kapsamını genişletmemektedir. Heyetin yorumu, III. maddenin, iç vergiler ve düzenleyici işlemlerin uygulanmasında korumacılığın engellenmesi yönündeki temel amacına halel getirmemektedir.[80]

Anlaşma metnini bu şekilde yorumlayan Hakem Heyeti, bilahare bu yorumu dava konusu önleme uygulamış ve Panelin vardığı sonuca, yani yerelleşme uygulamasının derogasyon kapsamına girmediğine karar vermiştir.

Türkiye, eczanelerin 4/A listesinde yer alan ilaçları satın almaları ve tedariğin de SGK adına yapılması sebebiyle yerelleşme uygulamasının madde III:8(a) kapsamına girdiğini ileri sürmüştür.[81] Hakem Heyeti, öncelikle, "satın alma"nın "tedarik"i gerçekleştiren işlem türlerinden biri olduğunun altını

---

78 DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 6.37.

79 DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 6.46. Yun, bu davayla ilgili olarak yaptığı analizde, Panelin bu konudaki yorumunu eleştirmiş ve Hakem Heyetinin yaptığı yoruma katılmıştır. YUN Mikyung, "Government Procurement Defence Under GATT 1994 Article III:8(a): A Critical Review of the Turkey-Pharmaceutical Products Dispute", **57 Journal of World Trade**, 2023, pp. 183-207, s. 200.

80 DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 6.47.

81 DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 6.54.

çizmiştir.[82] Davanın iki tarafının da kabul ettiği üzere, tedarik, ilgili malların mülkiyetinin kazanıldığı hallerle sınırlı değildir. Ancak, tedariği yapan kamu kurumunun tedarik konusu mallar üzerinde belli ölçüde kontrole sahip olması gerekir.[83] Hakem Heyetine göre, her bir olayın kendi şartlarına bağlı olarak, bir kamu kuruluşu tarafından gerçekleştirilen tedariğin söz konusu olup olmadığına karar verirken şu faktörler dikkate alınabilir: kamu kurumunun mallar üzerinde mülkiyet hakkına sahip olması; kamu kurumunun mallar üzerinde sair hukuki veya akdî haklara sahip olması veya bu hakları kullanması; kamu kurumu tarafından fiyatın tespit edilmesi veya ödeme yapılması; malların kamu kurumu tarafından kullanılması; kamu kurumunun malların zilyedi olması; kamu kurumunun mallar üzerinde kontrolünün olması; mallardan nihaî olarak faydalananın kamu kurumu olması; ve kamu kurumunun mallarla ilgili, ticari riskler gibi, riskleri taşıması. Bu sınırlı bir liste değildir ve somut bir olayda ilgili faktörlerin tamamının birlikte ele alınması gereklidir. Hakem Heyeti, ayrıca, malların elde edilmesinin (*acquiring or obtaining*) o malların elde edilmesi sürecinde yalnızca finansman sağlanması veya düzenleme yapılmasıyla eşdeğer tutulmasının mümkün olmadığının da altını çizmiştir.[84]

Hakem Heyeti Panelin satın alma konusuyla ilgili olarak yaptığı olgusal tespitlerin, tedarik konusunda Heyetin yapacağı değerlendirmede de dikkate alınabileceğini belirtmiştir. İlave olarak, dava dosyasında bulunan ve tarafların itiraz etmedikleri olgular da mevcuttur.[85] Bu kapsamda, Hakem Heyeti, Panelin SGK'nın ilaçların mülkiyetini kazanmadığı tespitini dikkate almıştır. Ayrıca, Panel raporunda, eczanelerin ilaçların mülkiyetini devletten bağımsız olarak elde ettiklerini de tespit etmiştir.[86]

Türkiye SGK'nın 4/A listesinde yer alan ilaçların temini ve hastalara verilmesi sürecinin tamamını kontrol ettiğini iddia etmiştir. Hakem Heyeti, her ne kadar devlet kurumu tarafından yapılan tedariğin aracı bir antite tara-

---

82 DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 6.57.

83 Yun Hakem Heyetini, "belli ölçüde kontol"den ne anlaşılmak gerektiğini açıklığa kavuşturmamakla eleştirmiş ve kastedilenin devletin ilgili malları, mülkiyet anlamında olmasa da, bir şekilde doğrudan edinmesi olduğunu belirtmiştir. YUN Mikyung, "Government Procurement Defence Under GATT 1994 Article III:8(a): A Critical Review of the Turkey-Pharmaceutical Products Dispute", **57 Journal of World Trade**, 2023, pp. 183-207, s. 203.

84 DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 6.58.

85 DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 6.60 ve 6.65.

86 DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 6.65 ve 6.66.

fından gerçekleştirilmesi mümkün ise de, madde III:8(a)'da yer alan derogasyon açısından, kamusal amaçlarla satın alınan malların tedariğini devlet kurumlarının gerçekleştirdiğini gösteren bir sürecin mevcut olması gerektiğini belirtmiştir.[87] Heyete göre, Türkiye, iddia ettiği kontrol süreci sonucunda, SGK'nın satın alınan ilaçları ne şekilde tedarik ettiğini açıklamamıştır. Türkiye, eczaneler tarafından veya başka şekilde satın alınan ilaçlar üzerinde SGK'nın yeterli düzeyde bir kontrole sahip olduğuna işaret eden unsurları ortaya koymamıştır. SGK'nın hangi ilaçların 4/A listesinde yer alacağına karar vermesi ve bunların fiyatlarını belirlemesi, eczanelerle sözleşmeler imzalaması, eczaneler tarafından düzenli olarak gönderilen reçetelerin bedelini ödemesi, SGK tarafından gerçekleştirilen bir tedariğin olduğunu göstermez.[88]

Hakem Heyeti, bu değerlendirmeler ışığında, eczanelerin ilaçları toptancılardan satın almaları anında veya başka şekilde, SGK tarafından kamusal amaçlarla satın alınan malların tedariğinin gerçekleştirilmediği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla, Heyet, Panelle farklı hukuki yorum yapmış olmakla birlikte yerelleşme uygulamasının madde III:8(a)'da yer alan derogasyon kapsamına girmediği konusunda aynı sonuca varmıştır.[89]

### C. Yerelleşme Uygulamasının GATT 1994'ün III:4 Maddesine Aykırı Olduğu İddiası

GATT 1994'ün ulusal muamele yükümlülüğüyle ilgili III. maddesinin 4. paragrafı şu düzenlemeyi içermektedir:

> "Bir Üyenin topraklarına ait olup başka bir Üyenin topraklarına ithal edilen mallar, iç satışlar, satışa sunum, satın alma, taşıma, dağıtım veya kullanımlarını etkileyen tüm kanunlar, yönetmelikler ve yükümlülükler açısından, milli menşeli benzer mallara uygulanan muameleden daha dezavantajlı bir muameleye tabi tutulamazlar."

AB, dava konusu olan yerelleşme uygulamasının ithal ilaçları SGK ödemeleri kapsamı dışında bırakması nedeniyle, Türkiye'nin ithal malları yerli benzer mallara nazaran daha dezavantajlı bir muameleye tabi tuttuğunu

---

87 DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 6.67.

88 DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 6.67.

89 DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 6.68-6.69. Hakem Heyeti, Panel raporunun Hakem Heyetinin bozduğu hukukî yorumları içeren paragraflarının hükümsüz (*moot*) hale geldiğine de karar vermiştir. Ibid., par. 7.4.

ve bunun da madde III:4'ü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Türkiye ise, dava konusu önlemin madde III:8(a)'daki derogasyon kapsamına girdiği ve madde III:4'e aykırılık yönünde verilebilecek bir kararın da madde XX(b) veya (d)'de yer alan istisna düzenlemesinden yararlanacağı görüşünde olduğundan, madde III:4'e aykırılık iddiasının karara bağlanmasının gerekli olmadığını ileri sürmüştür.[90]

Panel, öncelikle, Türkiye'nin madde III:4'e aykırılık iddiasına cevaben herhangi bir argüman ileri sürmemiş olmasının Panelin herhangi bir inceleme yapmadan bu maddenin ihlal edildiği sonucuna varmasına dayanak teşkil etmeyeceğinin altını çizmiştir.[91]

Panel, yerelleşme uygulamasını madde III:4'te yer alan yükümlülüğün dört şartı açısından değerlendirmiştir. Öncelikle, Panel, yerelleşme uygulamasının ürünler arasında yaptığı ayrımın salt menşe ile ilgili olduğundan hareketle bu iki ürün grubunun benzer ürün teşkil ettiğine karar vermiştir. İkincisi, yerelleşme uygulaması madde III:4'te zikredilen, malların iç satışlar, satışa sunum, satın alma, taşıma, dağıtım veya kullanımlarını etkileyen bir "yükümlülük" teşkil etmektedir. Üçüncüsü, yerli ürünü satın alan tüketicilere ithal ürünü alanların sahip olmadığı bir malî avantaj sağlayan bir önlemin "dezavantajlı bir muamele"ye neden olduğu açıktır. Bu nedenlerle, Panel, yerelleşme uygulamasının madde III:4'te yer alan hukuki yükümlülüğü ihlal ettiğine karar vermiştir.[92] Türkiye, Panelin bu kararını temyiz etmemiştir.

## D. Yerelleşme Uygulamasının GATT 1994'ün XX. Maddesinde Yer Alan Hukuka Uygunluk Nedenleri Kapsamına Girdiği İddiası

### 1. Giriş

Türkiye, yerelleşme uygulamasının GATT 1994'ün III:4 maddesini ihlal ettiğine karar verilmesi durumunda, bu yükümlülüğün Türkiye'deki hastaların güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaçlara ulaşabilmeleri amacını gütmesi nedeniyle aynı Anlaşmanın XX maddesinin (b) paragrafı, bu kabul edilmezse (d) paragrafı, kapsamına girdiği ve dolayısıyla hukuka uygun olduğuna karar verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.[93] AB ise, ilaca erişimin temin

---

90 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.109-7.110.

91 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.121.

92 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.123-7.127.

93 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.129.

edilmesinin çok önemli bir amaç olduğunu kabul etmekle birlikte, dava konusu yerelleşme uygulamasının XX. maddenin (b) ve (d) paragraflarında yer alan şartları karşılamadığını iddia etmiştir.[94]

GATT 1994'ün XX. maddesinin ilgili kısımları şu düzenlemeyi içermektedir:

"***Madde XX***

*Genel İstisnalar*

Bu Anlaşmada yer alan hiçbir şey, aynı şartların cari olduğu ülkeler arasında keyfi ve gerekçesiz bir ayrımcılık veya uluslararası ticarette gizli bir kısıtlama teşkil etmemesi kaydıyla, herhangi bir âkit tarafı:

...

(b) insan, hayvan veya bitki hayatını veya sağlığını korumak için gerekli olan;

...

(d) ... dahil, bu Anlaşma hükümlerine aykırı olmayan kanunlar veya yönetmeliklere uygun hareket etmek için gerekli olan;

önlemleri yürürlüğe koymaktan veya bunları uygulamaktan alıkoyacak şekilde yorumlanamaz."

DTÖ'nün mal ticaretine dair genel kurallarını içeren GATT 1994'ün önemli unsurlarından birisi olan madde XX bugüne dek birçok davada davalı devletler tarafından gündeme getirilmiş ve paneller ve Temyiz Organı, GATT 1994'te yer alan bir yükümlülüğü ihlal eden bazı önlemlerin madde XX'de sıralanan değerlerden birini korumaya yönelik olması nedeniyle hukuka uygun sayılmasına karar vermiştir. Madde XX'de yer alan genel istisnalar GATT 1994'te yer alan düzenlemelerle yakından ilgilidir ve bir davada tartışılması için davalı tarafından açıkça ileri sürülmesi gereklidir.[95]

Madde XX'de yer alan bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunun kanıtlanabilmesi iki aşamalı bir incelemeyi gerektirir. Öncelikle, dava konu-

---

[94] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.130.

[95] MARCEAU Gabrielle / DIOUF El Hadji Abourrahmane, "L'OMC réconcilie commerce et santé: La nouvelle jurisprudence de l'Organe d'appel dans l'affaire CE - Amiante", **L'Observateur des Nations Unies**, Numéro 12, Printemps-Eté 2002, pp. 49-70, s. 60.

su önlemin madde XX metninde sıralanan değerlerden birini korumaya yönelik olduğunun kanıtlanması gereklidir. Bu kanıtlandıktan sonra, önlemin maddenin giriş kısmında yer alan iki şartı karşıladığının da gösterilmesi gereklidir.

Bu davada Türkiye yerelleşme uygulamasının madde XX'nin (b) ve (d) paragraflarında yer alan değerleri korumaya yönelik olduğunu ileri sürmüş, Panel de bu iddiaları sırasıyla değerlendirmiştir.

### 2. Madde XX(b)

Madde XX(b), insan hayatını ve sağlığını korumak için gerekli olan önlemleri kapsar. Yukarıda belirttiğimiz üzere, GATT 1994'e aykırı olan bir önlemin madde XX(b) çerçevesinde hukuka uygun sayılabilmesi için, öncelikle davalı devletin önlemin insan hayatı veya sağlığını korumak için gerekli olduğunu göstermesi gerekir. Burada sıkı bir gereklilik şartı aranır. Bu konudaki ikinci kısıtlama ise XX. maddenin giriş kısmında yer alır: İnsan hayatını veya sağlığını korumak için gerekli olduğu kanıtlanan bir önlemin, keyfi ve gerekçesiz bir ayrımcılık veya uluslararası ticarette gizli bir kısıtlama teşkil etmemesi de gerekir.[96] *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)* davasında Panel Türkiye'nin ilk şartı karşılayamadığına, diğer bir deyimle, yerelleşme uygulamasının insan hayatı veya sağlığını korumak için gerekli olduğunu ispat edemediğine karar vermiş, bu nedenle bu uygulamanın XX. maddenin giriş metninde yer alan şartları karşılayıp karşılamadığının incelenmesine gerek kalmamıştır.[97]

Türkiye, yerelleşme uygulamasının "Türkiye'deki bütün hastalar için güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaçlara kesintisiz bir şekilde ulaşabilmelerini" sağlamak amacına yönelik bir önlem olduğunu ileri sürmüştür. Yerelleşme uygulaması, belirli ilaçların 4/A listesi kapsamına alınabilmeleri için Türkiye'de üretilmelerini zorunlu hale getirmekle Türkiye'deki hastaların bu ilaçlara erişebilmelerini sağlamaktadır. Güvenli ve etkili ilaçlara kesintisiz

---

[96] BENTLEY Q. C. Philip, "A Re-Assessment of Article XX, Paragraphs (b) and (g), of GATT 1994 in the Light of Growing Consumer and Environmental Concern about Biotechnology", **12 Fordham International Law Journal**, Issue 1, 2000, pp. 107-131, s. 12.

[97] XX. maddenin giriş kısmında yer alan şartlar konusunda ayrıntılı bir inceleme için bkz. BARTELS Lorand, "The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstuction", **109 American Journal of International Law**, 2015, pp. 95-125; GAINES Sanford, "The WTO's reading of the GATT Article XX chapeau: a disguised restriction on environmental measures", **22 U. Pa. J. Int'l Econ. L.**, 2001, pp. 739-862.

erişimin sağlanmasında en önemli faktörlerden birisi üretim yerinin tüketim yerine olan yakınlığıdır. Yerelleşme uygulamasının ilaca erişimi sağlamak ve dolayısıyla insan hayatını ve sağlığını korumak amacına yönelik olduğu, bu önlemin şekil ve yapısından, önlemi uygulamakla yükümlü makamlardan ve bazı resmî belgelerden anlaşılmaktadır.[98] AB, ilaca yeterli erişim sağlanmasının genel olarak madde XX(b) kapsamına girdiğini kabul etmekle birlikte, dava konusu yerelleşme uygulamasının Türkiye'nin tarif ettiği kamu sağlığı amacına hizmet eden bir önlem olduğuna itiraz etmiştir. AB'ye göre, yerelleşme uygulaması ekonomik kalkınmaya ve Türkiye'nin ilaç sektörü için tespit ettiği sanayi politikası hedeflerine yönelik bir önlemdir.[99] Türkiye, bir önlemin birden fazla amaca yönelik olarak yürürlüğe konulabileceğini, dava konusu yerelleşme uygulamasının hizmet ettiği kamu sağlığı ve sanayi politikası hedeflerinin meşru hedefler olduğunu, zira güçlü bir ilaç sanayiinin ilaca kesintisiz erişimin teminine katkıda bulunacağını belirtmiştir.[100]

Panel, madde XX(b) çerçevesinde yaptığı değerlendirmede, ilaç ürünlerine erişim sağlanması amacının gerek DTÖ anlaşmalarında gerekse diğer bazı uluslararası anlaşmalarda atıfta bulunulan önemli bir amaç olduğunun altını çizmiştir.[101] Panel, evrensel sağlık hizmeti verilmesi, ilaca erişimin sağlanması ve insan sağlığının korunmasının meşru kamusal amaçlar olduğunu kabul etmekle birlikte, bu davada tartışılan şeyin Türkiye'nin güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaç kıtlığı yaşanmasını engellemeye yönelik uzun erimli amacının olmadığını belirtmiştir. Bunun meşru bir amaç olduğu konusunda davanın tarafları arasında bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Ayrıca, madde XX(b) çerçevesinde, DTÖ üyeleri bir kıtlık baş göstermeden önce önleyici mahiyette önlemler de alabilirler.[102] Bu davada madde XX(b) çerçevesinde tartışma konusu olan husus, Türkiye'nin yerelleşme uygulamasının güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaç arzında uzun vadede bir kıtlık oluşmasını engellemek amacıyla uygulamaya konan bir önlem olduğunu ve, öyle ise, yerelleşme uygulamasının bu amaca ulaşmak için gerekli olduğunu kanıtlayıp kanıtlayamadığıdır.[103] Panel, geçmiş davalarda takip edilen yaklaşımı takip ederek, bu incelemeyi iki aşamalı olarak yapmıştır. Panel, öncelikle,

---

98 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.142.

99 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.143.

100 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.144.

101 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.158-7.160.

102 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.161-7.162.

103 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.163.

yerelleşme uygulamasının madde XX (b) kapsamına girip girmediğini, ardından da bu önlemin maddenin giriş kısmında yer alan iki şartı karşılayıp karşılamadığını incelemiştir.

Paragraf (b) çerçevesindeki tartışmanın merkezî konusu Türkiye'nin, ilaç konusunda ithalata aşırı bağımlı hale gelmenin riskleriyle ilgili iddiası olmuştur. Türkiye'ye göre, ilaçta ithalata aşırı bağımlılık uzun vadede güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaç arzında sıkıntıya girme riskini yaratmakta, yerelleşme uygulaması ise üretimin Türkiye'de gerçekleştirilmesini sağlayarak bu riski ortadan kaldırmak ve güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaca erişimi temin etmek amaçlarına hizmet etmektedir. AB ise, Türkiye'de uzun vadede güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaç arzında sıkıntı riski iddiasını destekleyen delilin bulunmadığını ve yerelleşme uygulamasının Türkiye'nin ekonomik kalkınma ve ilaç sektörü için tespit ettiği sanayi politikası hedeflerine hizmet eden bir önlem olduğunu iddia etmiştir.[104]

Panel, öncelikle, ithalata aşırı bağımlılığın uzun vadede arz sıkıntısına neden olacağı iddiasının daha önceki davalarda da ileri sürüldüğüne, panel ve Temyiz Organı kararlarında ise ithalata aşırı bağımlılıktan kaynaklanacağı iddia edilen riskin teorik bir olasılıktan ibaret olmaması gerektiği değerlendirmesinin yapıldığına dikkat çekmiştir.[105] Panele göre, önceki davalarda XX. maddenin diğer paragraflarıyla ilgili olarak yapılan bu yorum (b) paragrafı açısından da geçerlidir. Dolayısıyla, XX. maddede yer alan genel istisnalardan birine dayanan davalı devlet, varlığı ileri sürülen riskin mevcut olduğunu belirli bir olasılık düzeyinde ortaya koymak durumundadır.[106] Bu konuda önceden tespit edilmiş bir ispat eşiği bulunmamaktadır. Davalı devletin, insan hayatı veya sağlığına yönelik belirli bir riskin bulunması olasılığının ciddi düzeyde olduğunu gösteren delil ve argümanlar sunması durumunda, dava konusu olan önlemin o riske karşı koruma sağlamak amacıyla alındığını ve dolayısıyla madde XX(b) kapsamına girdiğini kanıtlaması da kolaylaşacaktır.[107]

Türkiye'nin, ithalata aşırı bağımlılığın uzun dönemde güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaç arzında sıkıntı yaşanmasına neden olacağı iddiası ithal ilaçların maliyetiyle ilgili şu faktörlere dayanmaktadır: (i) Türkiye'de ilaç

---

104 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.165.

105 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.166-7.169.

106 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.170.

107 DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.171.

fiyatlarının düşük olması, yabancı üreticilerin ürünlerini Türkiye yerine başka ülkelerde daha yüksek fiyatlardan satmaya karar vermelerine neden olabilir; ve (ii) Türk Lirasının (TL) değer kaybetmesi durumunda SGK ithal ilaçların bedelini ödeyememek durumunda kalabilir.[108]

Panele göre, Türkiye'nin atıfta bulunduğu risk, geçmiş davalarda panellerin ve Temyiz Organı'nın madde XX'nin içerdiği ispat yükünü karşılamadığına karar verdikleri, teorik olasılık düzeyinde kalmaktadır. Türkiye geçmişte yabancı ilaç üreticilerinin Türkiye'deki fiyatların düşüklüğü nedeniyle ürünlerini Türkiye'ye göndermekten vazgeçip başka ülkelerde daha yüksek fiyatlardan satmaya yöneldiklerini veya TL'nin değer kaybetmesi nedeniyle bir arz sıkıntısı yaşandığını gösteren delilleri oraya koymamıştır.[109] Türkiye, geçmişte bazı ilaçların eksikliğinin yaşandığını gösteren gazete haberlerini delil olarak sunmuştur. Panele göre, bu haberler, Türkiye'de ilaç arzında yaşanan sıkıntıları ortaya koymaktadır ve bu ürünler ithal kaynaklı olduğu ölçüde sıkıntının ithalatla bağlantılı olduğunu da göstermektedir. Bu tür sorunların önemi de ortadadır. Ancak, bu haberler, belirli bir ürünün arzında yaşanmış olan sıkıntının, yabancı ilaç üreticilerinin Türkiye'deki fiyatların düşüklüğü nedeniyle ürünlerini Türkiye'ye göndermekten vazgeçip başka ülkelerde daha yüksek fiyatlardan satmak istemelerinden veya TL'nin değer kaybetmesinden kaynaklandığını göstermemektedir.[110]

Türkiye, ayrıca, Türk makamlarının bazı ilaçların temininde yaşanan güçlüklerle ilgili yazışmalarını da delil olarak sunmuştur. Ancak Panel, bu yazışmaların bahse konu ilaçların Türkiye'de mi üretildiği yoksa ithal mi edildiğini belirtmediğini ve yaşanan arz sıkıntılarının ithalattaki azalmadan kaynaklanıp kaynaklanmadığını da ortaya koymadığını tespit etmiştir. Geçmişte yaşanan bu arz sıkıntılarını ithalata aşırı bağımlılığa bağlayan delillerin bulunmaması Türkiye'nin tanımladığı riskin teorik olduğunu gösterir.[111] Panel, ayrıca, Türkiye'nin tanımladığı riskin her sektörde her dönemde meydana gelebilecek nitelikte olduğunu belirtmiştir. Türkiye'nin bu çok genel nitelikteki argümanının kabul edilmesi, her DTÖ üyesinin her sektörünün sürekli bir şekilde mal kıtlığı riskiyle karşı karşıya olduğu anlamına gelecektir. Dolayısıyla, Türkiye'nin mantığına göre, insan hayatı veya sağlı-

---

[108] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.172.

[109] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.173.

[110] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.174-7.175.

[111] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.176-7.177.

ğının korunması için gerekli olan sektörlerde ticaretin liberalleştirilmesi insan hayatı veya sağlığını madde XX(b) anlamında daimî bir risk altına sokacaktır.[112]

Panel, COVID-19 pandemisi sürecinin, Türkiye'nin ileri sürdüğü ilaç arzında sıkıntı riskini ispat ettiği görüşüne de katılmamıştır. Türkiye, pandeminin güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaç arzında kısıntı yaşanması riskinin teorik olmadığını gösterdiğini zira pandemi gibi akut bir aciliyet halinin bu sıkıntıları tetikleyebileceğinin ortaya çıktığını iddia etmiştir. Panele göre ise, pandeminin ortaya çıkardığı tek husus, herhangi bir sektörde meydana gelen akut bir aciliyet halinin her ürünün kısa dönemdeki arzında sıkıntıya neden olabileceğidir. Pandemi, küresel ölçekte satışı bulunan ilaçların ithalatına aşırı bağımlılığın uzun vadede bu ürünlerin arzında ne şekilde bir sıkıntıya neden olacağını ya da eczacılık ürünlerinin bir kısmında yaşanan arz sıkıntısının bu ürünlerin tamamı açısından nasıl bir arz sıkıntısı yaratacağını ortaya koymamıştır.[113]

Panel, bu değerlendirmelerine ilave olarak, yerelleşme uygulamasının uygulanmasında rol oynayan hukuki düzenlemelerin büyük bir kısmında kamu sağlığı amacına atıfta bulunulmadığının da altını çizmiştir. Rastlanan birkaç atıf ise kamu sağlığı amacına genel olarak değinmekte, bu amacı yerelleşme uygulaması veya güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaca erişim meselesiyle bağlantılı olarak ele almamaktadır.[114] Panele göre, yerelleşme uygulamasının dayanağını teşkil eden üç temel düzenleme olan Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018), Sağlık Endüstrilerinde Yapısal Dönüşüm Eylem Planı ve 64. Hükümet Eylem Planında yer alan ifadeler yerelleşme uygulamasının bir kamu sağlığı amacı değil, sınaî kalkınma amacı güttüğünü göstermektedir.[115]

Panele göre, bütün bu tespitler, Türkiye'nin ilaç sanayiinin performansını artırmak çabası içinde olduğunu ve bu kapsamda özellikle yerli sanayinin iç talepten aldığı payı yükseltmek amacını güttüğünü göstermektedir. Ancak, yerelleşme uygulamasıyla ilgili düzenlemeler, böyle bir performans artışının kamu sağlığı açısından da faydalı olabileceği genel görüşünün ötesinde, bu genel amaçla, güvenli ve uygun fiyatlı ilaca erişim veya iç piyasa-

---

[112] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.178.

[113] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.179.

[114] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.184 ve 7.198.

[115] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.185-7.191.

daki ilaç talebinin uluslararası piyasalardan karşılanamama riski arasında bir bağlantı kurmamaktadır. Bu durum, Türkiye'nin, yerelleşme uygulamasının güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaca erişim amacı doğrultusunda uygulamaya konulduğu iddiasını zayıflatmaktadır. Yerelleşme uygulamasıyla ilgili hukuki düzenlemelerden anlaşılan haliyle bu yükümlülüğün güttüğü amaçla güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaca erişim amacı arasında bir mantık bağlantısının bulunmaması da Panelin tespitini güçlendirmektedir.[116]

Panel bu konuda son olarak, Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018)'nda, Sağlık Endüstrilerinde Yapısal Dönüşüm Planının iki program hedefinden biri olarak, yerli ilaç talebinin %60'ının yerli üretim tarafından karşılanmasına yer verildiğine dikkat çekmiştir. Panele göre, bu düzenlemelerden, yerelleşme uygulamasının da yerli ilaç talebinin %60'ının yerli üretim tarafından karşılanması amacına hizmet ettiği sonucu açıkça ortaya çıkmaktadır.[117] Bu bağlamda Panel, Türkiye'nin, her DTÖ üyesinin kendi sürdürülebilir kalkınma hedeflerine paralel olarak, güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaca erişimi temin etmek amacıyla kendi eczacılık sektörünü geliştirmeye yönelik hedeflerini belirleme hakkı olduğu görüşüne katılmıştır. Türkiye'nin de bu amaçla yerli sanayinin iç talebin %60'ını karşılamasını bir hedef olarak koyduğu ortadadır. Ancak Panele göre bu durum, bir DTÖ üyesinin kendi eczacılık sektörünü büyütmek amacıyla tespit ettiği her hedefin otomatik olarak güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaca erişimi temin etmek amacına yönelik sayılacağı anlamına gelmez. Tersine, bir DTÖ üyesinin eczacılık sektörünü büyütmek amacıyla uygulamaya koyduğu bir önlemin bir kamu sağlığı amacına yönelik olduğunun kabul edilebilmesi için o üye tarafından eczacılık sektörünü büyütmek için belirlenen hedefle, varlığı iddia edilen kamu sağlığı amacı arasında bir mantık bağlantısının bulunması gereklidir.[118]

Panel, Türkiye'nin yerli sanayinin ilaç talebini karşılama oranını %40'tan %60'a çıkarma hedefi ile güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaca erişimi temin etmek amacı arasında böyle bir mantık bağlantısı göremediğini belirtmiştir. Öncelikle, %60 hedefine ulaşılmasının güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaca erişimi temin etmek amacına ne şekilde katkıda bulunacağı konusunda bir delil veya argüman bulunmamaktadır. İkincisi, %60 hedefi iç piyasa satışlarının toplam değeri üzerinden hesaplanmıştır ve bu hedefin

---

[116] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.199-7.201.

[117] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.202.

[118] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.203.

performans göstergelerinin de güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaca erişimi temin etmek amacıyla bir bağlantısı görülmemektedir. Türkiye, %60 değil de örneğin %40 ya da %100'lük bir hedefin neden güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaca erişimi temin etmek amacına katkıda bulunmayacağını açıklamamıştır.[119] Diğer taraftan, Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018)'nda ve Sağlık Endüstrilerinde Yapısal Dönüşüm Programı'nda, performans göstergesi olarak "ihracatın ithalata oranı", "Türkiye'de tıbbi cihaz üreten şirketlerin sayısı", "ilaç sektöründe çalışan işçi sayısı" veya "kapasite kullanım oranı" gibi faktörlere yer verilmekte olması da yerelleşme uygulamasının güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaca erişimi sağlamak amacına hizmet ettiği görüşüyle bağdaşmamaktadır.[120]

Bütün bu nedenlerle, Panel, Türkiye'nin yerelleşme uygulamasının GATT 1994'ün XX(b) maddesi kapsamına girdiği iddiasını reddetmiştir.[121] Türkiye Panelin bu kararını temyiz etmiş ancak Hakem Heyeti kararı onamıştır.[122]

### 3. Madde XX(d)

Türkiye, Panelin yerelleşme uygulamasının madde XX(b) kapsamına girmediğine karar vermesi durumunda, alternatif bir argüman olarak, madde XX(d) kapsamına girdiğine karar vermesini talep etmiştir. Ancak, Panele göre, Türkiye'nin madde XX(d) çerçevesinde ileri sürdüğü argümanlar esas itibarıyla madde XX(b) çerçevesinde ileri sürdüğü argümanlarla aynıdır. Türkiye'nin madde XX(b)'yle ilgili temel iddiası, yerelleşme uygulamasının güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaca erişimi sağlamak için gerekli olduğudur. Madde XX(d)'yle ilgili iddiası ise yerelleşme uygulamasının Türkiye'nin güvenli, etkili ve uygun fiyatlı ilaca erişimi sağlamak durumunda olduğu hükmünü içeren kanunlara uygun hareket edebilmesi için gerekli olduğudur. Bu nedenle Panel, Türkiye'nin yerelleşme uygulamasının madde XX(d) kapsamına girdiği iddiasını da reddetmiştir.[123] Türkiye Panelin bu kararını temyiz etmiş ancak Hakem Heyeti kararı onamıştır.[124]

---

[119] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.204-7.205.

[120] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.207.

[121] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.211.

[122] DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 6.146.

[123] DTÖ Panel kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.218-7.219.

[124] DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 6.171.

## V. DAVA SONRASI SÜREÇ

Bu bölümde, öncelikle, dava konusu önlemin DTÖ kurallarına aykırı olduğunu tespit eden AHO tespit ve tavsiyelerinin yerine getirilmemesinin sonuçları konusundaki genel kuralları, ardından bu kuralların *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)* kararı açısından ortaya çıkarabileceği durumu açıklayacağız.

### A. AHO'nun Tespit ve Tavsiyelerinin İcrası Konusundaki Genel Kurallar

DTÖ'de verilen bir panel veya Temyiz Organı kararında yer alan tespit ve tavsiyelerin (*rulings and recommendations*) davalı devlet açısından birer uluslararası hukuk yükümlülüğüne dönüşmesi ancak kararın AHO tarafından onaylanmasına (*adoption*) bağlıdır. AHO'da panel ve Temyiz Organı kararlarının onaylanması, öğretide negatif oydaşma (*negative consensus*) olarak adlandırılan kural gereğince, otomatik olarak gerçekleşir (AHMM, md. 16.4 ve 17.14). Davalı devletin AHO'nun kabul kararını veto etme yetkisi yoktur. Bu onay işlemiyle, kabul edilen kararda yer alan tespit ve tavsiyeler AHO'nun tespit ve tavsiyelerine dönüşür ve davalı devlet bunların gereğini yerine getirme yükümlülüğü altına girer.

AHO'nun onay kararını müteakip, davayı kaybeden devlet, kararın gereğinin ne şekilde yerine getirileceğini belirleme yetkisine sahiptir. Önemli olan kararda tespit edilen hukuka aykırılıkların giderilmesidir. AHO tarafından kabul edilen panel ve Temyiz Organı kararlarının icrası konusu AHMM'nin 21 ve 22. maddelerinde düzenlenmektedir. Kural, AHO kararının derhal yerine getirilmesidir (AHMM, md. 21.1). Bunun mümkün olmadığı durumlarda, davalı devlete makul bir süre verilebilir (AHMM, md. 21.3). Makul sürenin bitiminde, üç olasılık gündeme gelebilir. Davalı devlet, önlemi yürürlükten kaldırabilir, kararda tespit edilen hukuka aykırılıkları gidermek amacıyla önlemde değişiklik yapabilir veya kararın gereğinin yerine getirilmesi konusunda hiçbir adım atmayabilir.

Önlemin yürürlükten kaldırılması davayı sona erdirir. Diğer iki durumda ise kararın icrası sürecinde ilave birtakım usul aşamalarından geçilmesi gerekebilir. Önlemde değişiklik yapılması durumunda, davacı devlet yapılan değişikliğin AHO tarafından tespit edilen hukuka aykırılıkları ortadan kaldırdığı fikrinde olursa, dava süreci sona erer. Aksi halde, davacı devlet, dava konusu önlemin, davacının yaptığı değişikliklere rağmen, DTÖ kurallarına aykırı olduğuna karar verilmesi için bir panel kurulmasını talep edebilir

(AHMM, md. 21.5). Bu panel kararı temyiz edilebilir. Bu süreç sonunda önlemin DTÖ kurallarına uygun hale getirildiğine karar verilirse dava süreci sona erer. Karar, önlemin bu kurallara aykırı olmaya devam ettiği yönünde olursa, davalı tarafa ilave bir süre verilmez ve icranın bir sonraki aşamasına geçilir. Bu son aşama, davalının DTÖ kurallarına aykırı bulunan önlemde herhangi bir değişiklik yapmadığı durum açısından da aynen geçerlidir.

Bu aşamada iki olasılık gündeme gelir. Davanın taraflarının bir tazminat (*compensation*) üzerinde anlaşmaları veya davacının misillemeye gitme hakkını kullanması. Tazminattan kastedilen, bir ticari tavizdir. Buna göre, davalı, dava konusu önlemdeki hukuka aykırılıkları gidememiş olmasının karşılığında, davacıya başka bir ticari taviz verebilir. Ancak bu ticari taviz en çok gözetilen devlet (MFN-most favoured nation) kuralına tabi olacağından (AHMM md. 22.1), diğer tüm DTÖ üyeleri de bu tavizden faydalanacaktır. Bu nedenle, uygulamada tazminat üzerinde anlaşma durumuna nadiren rastlanmaktadır. Tazminat üzerinde anlaşılamaması durumunda, icra sürecinin son aşamasına girilir ve davacı davalıya karşı misillemede bulunmak üzere AHO'dan yetkilendirme talep eder. Misillemenin, AHO tarafından tespit edilen ihlale (*nullification or impairment*) denk (*equivalent*) olması gereklidir (AHMM md. 22.4). Davalının davacı tarafından AHO'ya önerilen misillemenin düzeyine veya usulî yönlerine itiraz etmesi durumunda mesele otomatik olarak tahkime sevk edilir ve misillemenin uygun düzeyi hakem tarafından tespit edilir (AHMM md. 22.6). Hakem kararı üzerine AHO, kararda belirtilen düzeyde misillemeye onay verir ve davacı böylece misillemeye fiilen başvurma hakkını kazanır. Belirtmek gerekir ki gerek tazminat gerekse misilleme geçici nitelikte önlemlerdir ve ancak dava konusu önlemin ihtiva ettiği hukuka aykırılıkların giderilmesine kadar yürürlükte kalır (AHMM md. 22.1).

### B. *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)* Kararının İcrası

AHO'nun tespit ve tavsiyelerinin icrasıyla ilgili süreci yukarıda açıkladık. *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)* davasındaki karara döndüğümüzde, öncelikle, bu davada verilen kararların AHO tarafından kabul edilme sürecine girmediğini ve dolayısıyla ortada herhangi bir AHO tespit ve tavsiyesinin bulunmadığını belirtmek gerekir.[125] Yukarıda açıkladığımız üzere,

[125] Tarafların imzaladığı temyiz tahkim anlaşması da Hakem Heyeti kararının AHO'ya bildirileceğini ancak AHO tarafından kabulünün söz konusu olmayacağını açıkça belirtmektedir. DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Agreed Procedures for Arbitration Under Article 24 of the DSU*, WT/DS583/10, par. 15.

davanın tarafları, verilen Panel kararının AHMM'nin 25. maddesi çerçevesinde kurulacak bir hakem heyeti tarafından temyizen incelenmesine karar verdiklerinden, Panel kararı resmî bir DTÖ belgesi olarak yayınlanmamıştır.

Tarafların kabul ettiği temyiz tahkim anlaşmasına göre, *"Panelin yetkisinin AHMM'nin 12.12. maddesine göre sona ermesi durumunda, [Hakem Heyeti] Panelin tespit ve çıkarımlarının tamamını içeren bir kararı hazırlar."*[126] Anlaşma, ayrıca, *"Panelin temyize konu olmayan tespitleri, Hakem Heyetinin kendi tespitleriyle birlikte, Hakem Heyeti kararının ayrılmaz bir parçasını teşkil eder"* ifadesini de içermektedir.[127] Nitekim, Hakem Heyeti kararı da, son paragrafında, Türkiye'nin dava konusu önlemi Hakem Heyeti kararı ve Panel kararının Hakem Heyeti kararıyla değiştirilmiş metniyle uyumlu hale getirmesini tavsiye etmiştir.[128] Bu durumda, Hakem Heyeti kararını, Türkiye'nin bu dava çerçevesinde yüklendiği uluslararası hukuk yükümlülüklerini içeren tek metin olarak görmek, Panel kararının temyiz edilmeyen kısımlarının da Hakem Heyeti kararının bir parçası olduğunu kabul etmek gereklidir.

Yine yukarıda açıkladığımız üzere, 25. madde çerçevesinde başvurulacak tahkim, yalnızca tahkime konu olan davanın taraflarını bağlayan ihtiyari bir uyuşmazlık çözümü mekanizmasıdır. Bu durumda, bu davada verilen Hakem Heyeti kararının AHMM'nin kararların icrasına dair kuralları çerçevesinde icra edilmesi mümkün müdür? AHMM'nin 25.4. maddesi bu soruya şu şekilde cevap vermektedir: *"Bu Mutabakat Metni'nin 21 ve 22. maddeleri hakem kararlarına mutatis mutandis uygulanır."* Tarafların kabul ettikleri temyiz tahkim anlaşması da bu düzenlemeyi tekrar etmektedir.[129] Dolayısıyla, icra konusuyla ilgili bu iki maddede yer alan düzenlemeler, nitelikleri uygun olduğu ölçüde, bu davada verilen Hakem ve Panel kararlarının icrasında uygulanacaktır.

---

[126] DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Agreed Procedures for Arbitration Under Article 24 of the DSU*, WT/DS583/10, dn. 6.

[127] DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Agreed Procedures for Arbitration Under Article 24 of the DSU*, WT/DS583/10, par. 9.

[128] DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)*, par. 7.12.

[129] DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Agreed Procedures for Arbitration Under Article 24 of the DSU*, WT/DS583/10, par. 17.

Hakem Heyeti kararı 25 Temmuz 2022 tarihinde yayınlanmış ve AHO'ya da bildirilmiştir.[130] Türkiye, 18 Ağustos 2022 tarihinde AHO'ya yaptığı bildirimde, Hakem Heyeti kararının gereğini yerine getirme niyetini şu şekilde açıklamıştır:

> "Türkiye, [Hakem Heyeti] ve Panelin bu davadaki tavsiye ve kararlarını, kendi DTÖ yükümlülüklerini gözetecek bir şekilde, yerine getirmek niyetindedir ve bunu gerçekleştirmeye yönelik opsiyonları değerlendirmeye başladık. Bunu gerçekleştirmek için Türkiye'nin makul bir süreye ihtiyacı olacaktır..."[131]

Bilâhare, AB ve Türkiye, kararın gereğinin yerine getirilmesi konusunda Türkiye'ye verilecek makul sürenin 25 Nisan 2023 tarihinde sona ereceğini kararlaştırmış ve bunu AHO'ya bildirmiştir.[132] Bu, makalemizin yazıldığı tarih itibarıyla, bu dava çerçevesinde AHO'ya yapılmış olan son bildirimdir.

Bu durumda, kararın icrasının önümüzdeki aşamalarında hangi olasılıkların gündeme gelebileceğinden bahsetmek de yararlı olacaktır. İlk olasılık, sağlık politikası açısından mümkün görünmemekle birlikte, Türkiye'nin 25 Nisan 2023 tarihi itibarıyla Hakem Heyeti kararının gereğini yerine getirmek üzere yerelleşme uygulamasını tamamen yürürlükten kaldırmasıdır. Bu durumda dava süreci sona erecektir. İkinci olasılık, Türkiye bu kararla ilgili olarak hiçbir adım atmamasıdır. Bu durumda, AB'nin Türkiye'yle bir tazminat konusunda anlaşma yolunu araması, bu mümkün olmazsa misillemeye gitmek konusunda AHO'dan yetkilendirme talep etmesi gündeme gelebilir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, tazminata uygulamada sık rastlanmadığından, bu olasılıkta AB'nin misilleme yoluna gitmesinin daha muhtemel olduğu söylenebilir.

Üçüncü olasılık, Türkiye'nin yerelleşme uygulamasında birtakım değişikliklere gitmesidir. AB, bu değişikliklerin Hakem Heyeti kararının gerek-

---

[130] Bkz. DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Recourse to Article 25 of the DSU Communication from the Arbitrators,* WT/DS583/14.

[131] Bkz. DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Communication from Türkiye,* WT/DS583/15. Türkiye bu beyanını, Hakem Heyeti kararının tartışıldığı 29 Ağustos 2022 tarihli AHO toplantısında da tekrar etmiştir. Bkz. DTÖ belgesi, *Minutes of the Meeting Held in the Centre William Rappard on 29 August 2022,* WT/DSB/M/469, par. 2.2.

[132] DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Communication from The European Union and Türkiye Concerning Articles 21.3(b) and 25.4 of the DSU,* WT/DS583/17.

lerini karşıladığı görüşünde olursa dava süreci sona erecektir. AB değişikliklere rağmen yerelleşme uygulamasının DTÖ kurallarına aykırı olmaya devam ettiği iddiasında bulunursa, iki yol izleyebilir. Birinci ve uygulamada daha sık rastlanan yöntem, AB'nin AHMM'nin 21.5 maddesi çerçevesinde bir dava açarak Türkiye'nin değişikliklerinden sonraki önlemin de DTÖ kurallarına aykırı olduğu kararının verilmesini talep etmesi olacaktır. Burada şu soru gündeme gelmektedir: madde 21.5'te yer alan dava hakem kararlarının icrası sürecinde de kullanılabilecek bir mekanizma mıdır? Madde 25.4'te madde 21 ve 22'ye yapılan atıflarda *mutatis mutandis* ifadesi kullanıldığı için, bu soruya cevap verirken madde 21.5'deki dava mekanizmasının hakem kararlarının niteliğine uygun olup olmadığının tartışılması gerekecektir.

Belirtmek gerekir ki AB ve Türkiye'nin imzaladıkları temyiz tahkim anlaşması, tahkim temyizinin kapsamına AHMM'nin 21.5. maddesi çerçevesinde verilecek panel kararlarını da dahil etmektedir. Bu düzenlemeden anlaşılan şudur: Davanın tarafları, Türkiye'nin Hakem Heyeti kararının gereğini yerine getirdiği konusunda ihtilafa düşerlerse, taraflardan biri veya ikisi madde 21.5 çerçevesinde bir panel kurulmasını AHO'dan talep edebilecektir. Uygulamada, AHO, böyle bir talebi müteakip uyuşmazlığı, mümkünse, davayı karara bağlayan ilk panele gönderir. Diğer taraftan, 5. paragrafı dahil, madde 21'de yer alan kurallar, bir davada AHO tarafından yapılan tespit ve tavsiyelerin gereğinin yerine getirilmesi konusunu düzenlemektedir. Oysa bu davada ortada AHO tarafından onaylanan tespit ve tavsiyeler yoktur. Yalnızca Panelden ve Hakem Heyetinden çıkan tespit ve tavsiyeler vardır. Dolayısıyla, taraflardan birinin madde 21.5 çerçevesinde bir panel kurulmasını talep etmesi durumunda, bu meselenin tartışılması gerekebilir.

Madde 21.5 çerçevesinde bir davanın açılması ve muhtemel bir temyiz tahkimiyle karara bağlanması durumunda, bu süreçten çıkacak karar Türkiye'nin ilk davada verilen kararın gereğini yerine getirdiği şeklinde olursa dava sona erecektir. Aksi yönde olursa, AB'nin AHO'dan Türkiye'ye karşı misillemede bulunma konusunda yetkilendirme talep etmesi gündeme gelebilecektir.[133] Bu durumda, Türkiye AB'nin talep ettiği misillemenin düzeyine itiraz

[133] Madde 21.5 çerçevesinde açılacak davanın konusu, ilk davaya konu olan önlemin DTÖ kurallarına uygun hale getirilmesi amacıyla yapılan değişikliği içeren yeni bir önlem (*measure taken to comply*) olacaktır. Belirtmek gerekir ki madde 21.5 çerçevesinde görülen bir davada yeni önlemle ilgili olarak ilk önlemden farklı ihlal iddiaları (*claims*) ileri sürülebilir. KUNOY Bjorn, "Catch Me if You Can: An Analysis of "Measures Taken to Comply" under the WTO Dispute Settlement Understanding", **6 Chinese Journal of International Law**, 2007, pp. 43-66, s. 52-56.

ederse, konu AHO tarafından, AHMM'nin 22.6. maddesi çerçevesinde karara bağlanmak üzere tahkime sevk edilecektir. Bu tahkimin bu davada AHMM'nin 25. maddesi çerçevesinde uygulanan temyiz tahkimiyle karıştırılmaması gerekir. Madde 22.6 çerçevesinde yapılan tahkim AHMM'de düzenlenen anlaşmazlıkların halli mekanizmasının normal bir parçasıdır. Bu tahkimi yürütecek heyet, buna hazır olmaları şartıyla, davayı ilk karara bağlayan panelin üyelerinden oluşur. Bu çerçevede hakemin hesaplayacağı tutar AHO'ya bildirilecek ve AHO da AB'ye bu tutarı aşmayacak şekilde misillemeye gitme yetkisi verecektir. AB bu yetkiyi kullanabilir veya kullanmayabilir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, misilleme geçici bir önlemdir ve Türkiye'nin davada verilen kararın gereğini yerine getirmesi durumunda ortadan kalkacaktır.

Bu kapsamda son olarak belirtmek gerekir ki AHMM geriye dönük müeyyideye (*remedy*) yer vermemektedir.[134] Bu nedenle, AB'nin, DTÖ kurallarına aykırı olduğu tespit edilmiş olan yerelleşme uygulamasının AHO'nun AB'nin misilleme talebini onaylamasına kadar geçen süre içerisinde yürürlükte tutulmasından kaynaklanan zarara karşılık olarak bir müeyyide talebinde bulunması söz konusu olmayacaktır.

## VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Türkiye'nin sağlık ve sanayi politikası içinde önemli bir yer teşkil eden yerelleşme uygulamasının DTÖ kurallarına aykırı olduğuna karar verilmiştir ve Türkiye bu kararın gereğini, kendi uygun gördüğü yöntemle, yerine getirecektir. Kararın icrası amacıyla yerelleşme uygulamasında yapılacak değişikliklerin SGK'nın ilaç geri ödemeleri konusundaki malî yükünü artırması olasılık dahilindedir. Ancak, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)* davasında verilen kararın önemini bununla sınırlı olacak şekilde değerlendirmek isabetli olmayacaktır. Bu kararın Türkiye'nin gelecekteki ticaret politikasının tespiti ve uygulanmasında dikkate alınması gereken birkaç yönüne dikkat çekmekte fayda vardır.

Birincisi, karar, GATT'ın III:8(a) maddesinde yer alan kamu alımları derogasyonunun sınırlarını ortaya koymaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, Türkiye DTÖ'nün Kamu Alımları Anlaşması'na taraf değildir. Ancak GATT'ın III:8(a) maddesinde yer alan düzenleme içerik bakımından sınırlı

[134] MEAGHER Niall, "Legal Remedies and Effective Compliance", in MOLINA TEJEDA Marco Tulio (Ed.), **Practical Aspects of WTO Litigation**, Wolters Kluwers, Global Trade Law Series Vol. 54, 2020, s. 198.

olmakla birlikte tüm DTÖ üyelerinin tüm kamu alımlarını kapsamaktadır. *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)* kararı, öncelikle, madde III:8(a)'da yer alan derogasyon açısından önemli olan hususun devlet tarafından bir tedariğin gerçekleştirilmesi olduğunun altını çizmiştir. Satın alma tedarikten farklıdır ve tedariği gerçekleştiren işlemlerden yalnızca birisidir. Diğer taraftan, karar, tedarik ile finansman katkısı arasındaki farkın altını çizerek, finansman katkısı içeren türden işlemlerin tedarik olarak değerlendirilmeyeceğini ve dolayısıyla derogasyon kapsamına girmeyeceğini ortaya koymaktadır. Karar, Türkiye'nin, SGK'nın ilaçları tedarik ettiği iddiasını dayandırdığı olguları yeterli görmemiştir. Kararın bunun nedenlerinin açıklandığı kısımları, yerelleşme uygulaması gibi bir politika aracının hangi ilave özelliklerle donatılması durumunda tedarik sayılabileceği konusunda birtakım ipuçları içermektedir. Benzer bir politika aracının hazırlanmasında bu ipuçlarının dikkatle ele alınmasında fayda olacağı açıktır.

İkincisi, karar, GATT 1994'ün III. maddesinde yer alan ulusal muamele yükümlülüğünün kapsamının ne denli geniş olduğunu teyit etmektedir. Yerli ürünleri Türk piyasasında ithal ürünlere nazaran daha avantajlı duruma sokan her türlü uygulama bu yükümlülüğü ihlal edecektir.[135] Türkiye, son yıllarda kronikleşmiş olan bir dış ticaret açığı ve cari açık sorunuyla karşı karşıyadır. Dış ticaret açığımıza neden olan yüksek ithalat rakamlarının büyük ölçüde hammadde ve ara malı ithalatından kaynaklandığı da bilinmektedir. Dolayısıyla, Türkiye'nin orta ve uzun vadede sürdürülebilir bir kalkınma sürecine girebilmesi için ara malı ithalatını azaltarak yerli üretime ağırlık vermesi gerektiği aşikârdır. Böyle bir geçiş sürecinin başarılı bir şekilde yönetilebilmesi için rasyonel ekonomi politikalarının hazırlanması ve kararlılıkla uygulanması gerekecektir. Bu politikaların bir ayağının teşvikler olacağı da açıktır.[136] Bu teşviklerin ulusal muamele yükümlülüğüne uygun olmasına dikkat edilmesi hayati önem taşımaktadır. Aksi halde, DTÖ'de açılacak bir davadan çıkacak olumsuz karar, ticaret politikasının önemli bir aracını kullanılamaz hale getirebilecektir.

---

[135] ABD'nin Türkiye'nin pirinç ithalatında uyguladığı bazı önlemleri dava konusu yaptığı *Turkey-Rice* davasında da DTÖ panelinin bu önlemlerin GATT 1994'ün III:4 maddesine aykırı bulduğu hatırlanmalıdır. Bu kararla ilgili açıklamalarımız için bkz. YILMAZ Müslüm, "Dünya Ticaret Örgütünde Görülen *Turkey-Rice* Davasında Verilen Panel Kararının Türk Mevzuat ve Uygulamalarına Muhtemel Etkileri", **Legal Hukuk Dergisi,** Sayı 63, Mart 2008, s. 773-801.

[136] Burada "teşvik" kavramını DTÖ hukuku anlamında "sübvansiyon" dan daha geniş anlamda, yerli üreticilere sağlanacak her türlü avantajı kapsayacak şekilde kullanıyoruz.

Üçüncüsü, karar, GATT 1994'ün XX. maddesindeki genel istisnalara dayanmanın zorluğunu ortaya koymuştur. Türkiye yerelleşme uygulamasının insan hayatı veya sağlığını korumak için gerekli olduğu konusunda Paneli ikna edememiştir. Gelecekte, bu maddede yer alan değerlerin korunması amacıyla yürürlüğe konulacak düzenlemelerin hazırlığı aşamasında, DTÖ'nün madde XX'yle ilgili olarak verilmiş kararlarını ve bu arada *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)* kararını dikkate almak gereklidir. Bu bağlamda, XX. maddenin bilhassa gereklilik (*necessity*) şartını içeren paragraflarında yer alan düzenlemelerin gerektirdiği ispat yükünün oldukça ağır olduğu hatırlanmalıdır.

Türkiye uzun yıllardır GATT/DTÖ sisteminin bir parçası olmakla birlikte, DTÖ hukukunun getirdiği sınırlamaların Türk politika yapıcılar tarafından her zaman isabetli bir şekilde dikkate alındığını iddia etmek mümkün değildir. Bu nedenlerle, *Turkey-Pharmaceutical Products (EU)* davasında verilen kararın bu geniş perspektiften ele alınması ve gelecekte çeşitli sanayi dallarında uygulamak durumunda kalacağımız -ara mallarda ithalattan yerli üretime geçiş süreci teşvikleri gibi- düzenlemeleri hazırlarken bu kararda yer alan ve çalışmamızda açıkladığımız hususların dikkate alınması yerinde olacaktır.

## KISALTMALAR

| | |
|---|---|
| **AB** | **:** Avrupa Birliği |
| **AHO** | **:** Anlaşmazlıkların Halli Organı |
| **DSB** | **:** Dispute Settlement Body |
| **AHMM** | **:** Anlaşmazlıkların Halline Dair Mutabakat Metni |
| **Dn.** | **:** Dipnot |
| **DSU** | **:** Dispute Settlement Understanding |
| **DTÖ** | **:** Dünya Ticaret Örgütü |
| **DTÖ Anlaşması** | **:** Dünya Ticaret Örgütü'nü Kuran Marakeş Anlaşması |
| **EU** | **:** European Union |
| **GATT 1994** | **:** General Agreement on Tariffs and Trade (Tarifeler ve Ticaret Genel Anlaşması) 1994 |
| **Ibid.** | **:** Ibidem |
| **MPIA** | **:** Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU |
| **Md.** | **:** Madde |
| **MFN** | **:** Most Favoured Nation (en ziyade müsaadeye mazhar millet) |
| **Par.** | **:** Paragraf |
| **pp.** | **:** Pages |
| **RG** | **:** Resmî Gazete |
| **s.** | **:** Sayfa |
| **SGK** | **:** Sosyal Güvenlik Kurumu |
| **TL** | **:** Türk Lirası |
| **Vd.** | **:** Ve devamı |
| **Vol.** | **:** Volume |

## KAYNAKÇA

***Kitap ve Makaleler***

BARTELS Lorand, "The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstuction", **109 American Journal of International Law**, 2015, pp. 95-125.

BENTLEY Q. C. Philip, "A Re-Assessment of Article XX, Paragraphs (b) and (g), of GATT 1994 in the Light of Growing Consumer and Environmental Concern about Biotechnology", **12 Fordham International Law Journal**, Issue 1, 2000, pp. 107-131.

DAVEY William J., **Non-discrimination in the World Trade Organization: The Rules and Exceptions**, Hague Academy of International Law, Ail-Pocket, 2012.

DAVIES Arwel, "The GATT Article II:8(a) Procurement Derogation and *Canada - Renewable Energy*", **18 Journal of International Economic Law**, 2015, pp. 543-554.

DE ANDRALE Mariana, "Procedural innovations in the MPIA: A way to strengthen the WTO dispute settlement mechanism?", **Questions of International Law, Zoom-out**, 2019, pp. 121-149.

FANG Mandy Feng, "Shades of Green: Mapping the Parameters of the GATT Article III:8(a) Government Procurement Derogation in the Renewable Energy Transition", **20 Journal of World Investment&Trade**, 2019, pp. 553-576.

GAINES Sanford, "The WTO's reading of the GATT Article XX chapeau: a disguised restriction on environmental measures", **22 U. Pa. J. Int'l Econ. L.**, 2001, pp. 739-862.

GOSTIN Lawrence O., **Global Health Law**, Harvard University Press, 2014.

IYNEDJIAN Marc, "Reform of the WTO Appeals Process", **6 Journal of World Investment&Trade**, 2005, pp. 809-844.

KUNOY Bjorn, "Catch Me if You Can: An Analysis of "Measures Taken to Comply" under the WTO Dispute Settlement Understanding", **6 Chinese Journal of International Law**, 2007, pp. 43-66.

MARCEAU Gabrielle / DIOUF El Hadji Abourrahmane, "L'OMC réconcilie commerce et santé: La nouvelle jurisprudence de l'Organe d'appel dans l'affaire CE - Amiante", **L'Observateur des Nations Unies**, Numéro 12, Printemps-Eté 2002, pp. 49-70.

MEAGHER Niall, "Legal Remedies and Effective Compliance", in MOLINA TEJEDA Marco Tulio (Ed.), **Practical Aspects of WTO Litigation**, Wolters Kluwers, Global Trade Law Series Vol. 54, 2020.

OESCH Matthias, "International Trade in Pharmaceutical Products and the GATT 1994: The Case of Traditional Medicine", in DANIEL Kraus, BUNN Tony, MULDER Michelle (eds.), **Requirements for Access to Affordable and Efficacious Traditional Medecine(s)**, pp. 17-39.

VAN DAMME Isabelle, "25 Years of Law and Practice at the WTO: Did the Appellate Body Dig its Own Grave?", **26 Journal of International Economic Law**, 2023, pp. 124-132.

YILMAZ Müslüm, "Measure: Dispute Settlement System of the World Trade Organization (WTO)", **Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law [MPEiPro]**, Oxford Public International Law: Measure: Dispute Settlement System of the World Trade Organization (WTO) (ouplaw.com) (23.3.2023).

YILMAZ Müslüm, "Dünya Ticaret Örgütünde Görülen *Turkey-Rice* Davasında Verilen Panel Kararının Türk Mevzuat ve Uygulamalarına Muhtemel Etkileri", **Legal Hukuk Dergisi,** Sayı 63, Mart 2008, s. 773-801.

YUN Mikyung, "Government Procurement Defence Under GATT 1994 Article III:8(a): A Critical Review of the Turkey-Pharmaceutical Products Dispute", **57 Journal of World Trade**, 2023, pp. 183-207.

***DTÖ Resmi Belgeleri***

DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Turkey - Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products - Arbitration under Article 25 of the DSU*, WT/DS583/ARB25 and Add.1, 25 July 2022.

DTÖ Panel kararı, as issued to the parties in *Turkey - Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products*, attached to Türkiye's notice of recourse to arbitration (WT/DS583/12 and Add.1).

DTÖ Hakem Heyeti kararı, *Colombia - Anti-Dumping Duties on Frozen Fries from Belgium, Germany and the Netherlands - Arbitration under Article 25 of the DSU*, WT/DS591/ARB25 and Add.1, 21 December 2022.

DTÖ Temyiz Organı kararı, *United States - Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Japan*, WT/DS244/AB/R, adopted 9 January 2004, DSR 2004:I, p. 3.

DTÖ Temyiz Organı kararı, *United States - Anti-Dumping Act of 1916*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, adopted 26 September 2000, DSR 2000:X, p. 4793.

DTÖ belgesi, *Declaration on the TRIPS agreement and public health*, WT/MIN(01)/DEC/2.

DTÖ belgesi, *Ministarial Declaration on the WTO Response to the COVID-19 Pandemic and Premaredness for Future Pandemics*, WT/MIN(22)/31.

DTÖ belgesi, *Ministerial Declaration on the TRIPS Agreement*, WT/MIN(22)/30.

DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Request for Consultations by the European Union*, WT/DS583/1.

DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Request for the Establishment of a Panel by the European Union*, WT/DS583/3.

DTÖ belgesi, *Turkey - Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Report of the Panel, Addendum*, WT/DS583/12/Add.1.

DTÖ belgesi, *Turkey - Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Suspension of Panel Work Communication from the Panel*, WT/DS583/11.

DTÖ belgesi, *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU*, JOB/DSB/1/Add. 12.

DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Notification of an Appeal by Turkey under Article 25 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlemetn of Disputes (DSU), under Paragraph 5 of the Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU (Arbitration Agreement), and Under Rule 20 of the Working Procedures for Appellate Review*, WT/DS583/12.

DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Agreed Procedures for Arbitration Under Article 24 of the DSU*, WT/DS583/10.

DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Recourse to Article 25 of the DSU Communication from the Arbitrators*, WT/DS583/14.

DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Communication from Türkiye*, WT/DS583/15.

DTÖ belgesi, *Minutes of the Meeting Held in the Centre William Rappard on 29 August 2022*, WT/DSB/M/469.

DTÖ belgesi, *Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Communication from The European Union and Türkiye Concerning Articles 21.3(b) and 25.4 of the DSU*, WT/DS583/17.

***Diğer Raporlar ve Belgeler***

T.C. Kalkınma Bakanlığı, Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018), Onuncu Kalkınma Planı-2014-2018 (sbb.gov.tr) (Erişim tarihi: 27/4/2023).

WTO Agreements & Public Health, A joint study by the WHO and the WTO Secretariat, 2002, who_wto_e.qxd (Erişim tarihi: 27/4/2023).

64. Hükümet 2016 Yılı Eylem Planı, Eylem No. 46, 64.HukumetEylemPlaniKitapcik.pdf (Erişim tarihi: 6/4/2023).

Yerelleşme Süreci Hakkında Duyuru, yerelleşme süreci hakkında duyuru.pdf (Erişim tarihi: 6/4/2023).

*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001*, md. 2, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries - 2001 (un.org) (Erişim tarihi: 22/3/2023).

# ÖZEL HUKUK

**Hakemli Makale** **GSÜHFD**, 2023; 2: 1317-1330

# THE CONCEPT OF DATA ALTRUISM IN COMPARISON OF THE DATA GOVERNANCE ACT AND THE GENERAL DATA PROTECTION REGULATION(*)

Prof. Dr. **Boris. P. PAAL**(**)
**Barış C. CANTÜRK**(***)

**Abstract:** This paper aims to question whether the newly established Data Governance Act ("DGA") has the hoped-for impact on "data altruism", which is regulated for the first time by the DGA itself. To achieve this purpose, this article begins with a general introduction to data, data altruism and their importance. After that, it will be discussed how DGA regulates data altruism. Then, as a core section of the work, the interplay between the DGA and the General Data Protection Act will be revealed to address the aforementioned question. Afterwards, we summarize our work with a conclusion part which includes not only the recap of the main points but also final remarks.

**Keywords:** Data Altruism, Data Governance Act, Data, Privacy, GDPR.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2023 - Makale Kabul Tarihi: 18.11.2023.

(**) Münih Teknik Üniversitesi, Sosyal Bilimler ve Teknoloji Fakültesi, Dijital Dönüşümün Hukuku ve Regülasyon Kürsüsü Kurucusu, Münih - Almanya.
(ORCID: http://orcid.org/0000-0003-1604-0990; E-posta: boris.paal@tum.de).

(***) Leipzig Üniversitesi, Doktora Öğrencisi, Leipzig - Almanya.
(ORCID: http://orcid.org/0000-0002-3575-3470; E-posta: baris_cihan.cantuerk@uni-leipzig.de).

# AVRUPA BİRLİĞİ VERİ YÖNETİŞİM TÜZÜĞÜ VE AVRUPA BİRLİĞİ GENEL VERİ KORUMA TÜZÜĞÜ BAĞLAMINDA VERİ ÖZGECİLİĞİ KURUMU

**Öz:** Bu çalışma; henüz yürürlüğe giren ve "veri özgeciliği" kurumunu ilk defa açıkça düzenleyen Avrupa Birliği Veri Yönetişim Tüzüğü'nün ("DGA"), gerçekten de amacı olan veri özgeciliğinin yaygınlaşmasına potansiyel etkisini ele almaktadır. Bu amaçla; çalışma ilk olarak veri, veri özgeciliği ve bunların önemine kısa bir giriş yapmaktadır. Takiben, DGA'nın veri özgeciliğini nasıl düzenlediği incelenmektedir. Akabinde, işbu çalışmanın en temel kısmı olarak, mezkur soru ve sorunlar DGA ve Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün etkileşimi ekseninde ele alınmaktadır. Ardından çalışma; önemli noktaları özetleyen ve son yorumları içeren bir sonuç bölümü ile nihayete erdirilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Veri Özgeciliği, Veri Yönetişim Tüzüğü, Veri, Mahremiyet, GDPR.

## I. INTRODUCTION

Data is at the centre of the digital revolution that has transformed both the economy and society, affecting all sectors and perspectives. World Economic Forum points out the importance of data that reveal six megatrends[1] directly related to data and shaping society[2]. Quantitative figures further illustrate these outcomes clearly. Approximately 90% of the global data was generated within the last two years, with the volume of data produced by businesses doubling every 1.2 years[3]. Considering the importance of data for both individuals and a data-driven economy, is an important question which legal rules are needed to provide for a data altruistic governance. From a technical perspective, data altruism can be described as the voluntary sharing of personal data for the benefit of society or other individuals[4]. Providing examples regarding this issue could enhance the clarity of the topic at hand. All may recall the highly impactful COVID-19 pandemic that shook the entire world. During that period, various mobile applications were developed, particularly to prevent the risk of contamination. Significant use cases were Robert Koch-Institute's Corona Warn App, which was used in Germany, and Hayat Eve Sığar (Life Fits into Home), which was used throughout Turkey. These mobile applications aimed to protect public health by collecting individuals' data, including health information which forms sensitive data subject to stricter regulation. Although certain legal regulations were implemented and situations requiring mandatory usage arose, many individuals voluntarily shared their data for individual and societal health. One can also recall Open SCHUFA[5], Smart Citizen[6] and Europe's

---

1 The six megatrends are listed as (i) people and the internet, (ii) computing, communications, and storage, (iii) the internet of things, (iv) AI and Big Data, (v) sharing economy and distributed trust and (vi) the digitization of matter. (Deep Shift: 21 Ways Software Will Transform Global Society, Survey Report of World Economic Forum, 2015, s. 5).

2 *Ibid*, s. 5.

3 *Ibid*, s. 15.

4 SPECHT Louisa / HENNEMANN Moritz, **Data Governance Act: DGA Handkommentar**, 1. Baskı, Nomos, Almanya, 2023, s. 525.

5 SCHUFA, the prominent credit bureau in Germany, significantly influences individuals' lives. A low SCHUFA score can result in, banks declining credit card requests, and other socio-economic results. OpenSCHUFA, a collaboration between the Open Knowledge Foundation Germany and AlgorithmWatch, has initiated a comprehensive data donation campaign aimed at bringing transparency to the opaque workings of SCHUFA. (https://openschufa.de/english/).

6 Smart Citizen allows citizens to share data about noise levels and pollution in their homes collected via sensors. This provides important information for noise and air quality mapping, as well as for researchers and governments to develop targeted solutions to these problems (https://smartcitizen.me/).

Plan Against Cancer[7] as other impactful examples[8]. All of these may be considered as compelling examples of data altruism and serve as illustrations of the need for effective regulation in this area.

Against this background, this paper aims to question whether the newly published Data Governance Act[9] ("DGA") has the hoped-for impact on "data altruism". Thus, we first provide general information about data, data altruism and their importance. Next, we reveal how DGA regulates data altruism. Then, as a core section of the work, the interplay between the DGA and the General Data Protection Regulation[10] ("GDPR") will be addressed.

## II. DATA ALTRUISM UNDER DATA GOVERNANCE ACT

Especially in the European Union ("EU"), the data ecosystem has multilayer regulations which are sometimes overlapped and intertwined. Among the most paramount regulations are GDPR, DGA, Data Act[11], Digital Markets Act[12] and Open Data Directive[13]. Furthermore, there exist various sector-specific EU regulations as well as national laws. As mentioned, the regulations we will focus on herein are DGA and GDPR, solely from the perspective of data altruism. It is stated that there is a total amount of 41 EU legislative documents mentioning data altruism on the one hand, and the DGA is the first one to enter into the adoption of clear rules and procedures regarding data altruism on the other hand[14].

---

7 The initiative will support data altruism by citizens who could voluntarily give their consent or permission to provide the data they generate in order to expand health data sets. (https://germany.representation.ec.europa.eu/news/europas-plan-gegen-den-krebs-start-der-initiative-fur-bildgebende-verfahren-der-krebsmedizin-2023-01-23/de).

8 **SPECHT / HENNEMANN**, s. 524 vd.

9 Regulation (EU) 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724.

10 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC.

11 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act) COM (2022) 68 final.

12 Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act).

13 Directive (EU) 2019/1024 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on open data and the re-use of public sector information.

14 BULLA Zsófia / GLUHAK, Zeljka, vd., **Primary Recommendations to Foster GDPR-Compliant Data Altruism Mechanisms for the EHDS**, 2022, s. 14, 21.

Besides its common definition[15], DGA defines data as *"(...) any digital representation of acts, facts or information and any compilation of such acts, facts or information, including in the form of sound, visual or audio-visual recording"* (Art. 2/1)[16]. The main purpose of the DGA[17] is to enable data to be handled by trusted organisations based on EU values and principles[18]. This purpose allows the creation of pools of data of sufficient size to pave the way for data analytics, machine learning and other scientific or societal benefits. In other words, the DGA is designed to create a framework to increase data availability both in volume and in scale and re-use of it. As refer to Recitals, the DGA intends to create and promote data sharing culture, especially for altruistic reasons[19]. Namely, it shall be recognized that the promotion of data altruism is part of the general effort of recent data regulation to establish a better data-sharing culture. Thus, it can be said, that the perspective of the legislator has shifted from "mere data protection" to "more data sovereignty"[20].

Under DGA, data altruism is defined as follows: *"'data altruism' means the voluntary sharing of data on the basis of the consent of data subjects to process personal data pertaining to them, or permissions of data holders to allow the use of their non-personal data without seeking or receiving a reward that goes beyond compensation related to the costs that they incur where they make their data available for objectives of general interest as provided for in national law, where applicable, such as healthcare, combating climate change, improving mobility, facilitating the development, production and dissemination of official statistics, improving the provision of public services, public policy making or scientific research purposes in the general interest"* (DGA, Art. 2/16).

---

15 See Section 1.

16 Cf. GDPR Art. 4/1; 4/13 and 4/14.

17 DGA entered into force on 23 June 2022. However, there is a 15-month grace period. Hence, it is applicable as of 24 September 2023.

18 Data Governance Act Explained: European Commission's Digital Strategy, 2022, s. 2; **SPECHT / HENNEMANN**, s. 523.

19 GRAFENSTEIN Maximilian, "Reconciling Conflicting Interests in Data through Data Governance: An Analytical Framework (and a Brief Discussion of the Data Governance Act Draft, the Data Act Draft, the AI Regulation Draft, as well as the GDPR)", **HIIG Discussion Paper Series**, 2022-2, 2022, s. 3; **SPECHT / HENNEMANN**, s. 525, 526.

20 **SPECHT / HENNEMANN**, s. 524; MIKES Andrei / FLAKOLL Rita, An Overview of the Newly Adopted EU Data Governance Act, 2022, s. 6.

Data altruism is regulated mainly under Chapter IV, Art 16-25 of the DGA. Chapter IV legislates in sequence registration options for Data Altruism Organizations, their rights and obligations, a rulebook guiding Registered Data Altruism Organizations ("RDAOs"), competent authorities and compliance issues, and lastly European data altruism consent form[21]. To avoid repetition, as it is mentioned before, not all terms will be discussed but the relevant ones will be analysed during comparison-check between DGA and GDPR in the following section.

Before progressing to the next section, it is noteworthy to highlight two different issues. First of all, we would like to emphasize the "general interest" requirement of Art. 2/16 DGA. Scholars address that the concept differentiates from the "public interest"[22]. Recital exemplifies the general interest in "*healthcare, combating climate change, improving mobility, facilitating the development, production and dissemination of official statistics, improving the provision of public services, or public policy making*" and scientific research[23].

Second, data donation refers to an equivalent term for "data altruism", at least generally in non-legal texts. However, data donation does not match data altruism in a legal manner. Because, contrary to data altruism, one cannot withdraw their donation after it is done or could receive remuneration for this donation. Furthermore, a donor can no longer exercise control over the donated good. However, data can be utilized by multiple parties at the same time without loss of utility for anyone contrary to donation. Hence, it is advisable to not use "data donation" as an alternative for data altruism at least in legal text.

## III. INTERPLAY BETWEEN THE DATA GOVERNANCE ACT AND THE GENERAL DATA PROTECTION REGULATION REGARDING DATA ALTRUISM

### A. General

Before revealing the interplay between DGA and GDPR, "conflict" shall be defined. First of all, it is to be emphasized the common understanding of "conflict". A conflict exists when legislation contains different regula-

---

21 VEIL Winfried, "Data Altruism: How the EU is Screwing Up a Good Idea", **Algorithm Watch Discussion Paper**, No: 1, 2022, s. 3 vd.

22 **SPECHT / HENNEMANN**, s. 526.

23 DGA Recital para. 45.

tions than another legislation for an exact concept. Essentially, there must be more than one regulation concurrently regarding the same issue. The term "conflict" broadly describes also slight gaps, slight differentiation, overlaps and also redundant regulations of DGA compared with the GDPR[24]. To analyse this conflict, first, the scope of the DGA should be determined. Namely, the subject matter of the DGA regulated under Art. 1/1 as follows:

> "*This Regulation lays down:*
>
> *(a) conditions for the re-use, within the Union, of certain categories of data held by public sector bodies;*
>
> *(b) a notification and supervisory framework for the provision of data intermediation services;*
>
> *(c) a framework for voluntary registration of entities which collect and process data made available for altruistic purposes; and*
>
> *(d) a framework for the establishment of a European Data Innovation Board*."

Although regulation about the scope, DGA refers to GDPR and its understanding of "legal terms" in many of its text, such as personal data, consent, data subject and processing[25]. The main point that triggers this conflict is "personal data". DGA covers both non-personal and personal data however, the latter overlaps with the scope of GDPR. Although DGA dictates that wherever personal data is concerned, the GDPR applies[26] as it will be seen following paragraphs, it is no walk in the park.

### B. Consent

One of the main interplays with GDPR is consent. The DGA solely references the GDPR for the definition of 'consent', indicating that the GDPR's definition applies to the DGA as well. GDPR defines the data subject's consent with the requirements of "*freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes*"[27]. Fundamental princi-

---

[24] Discussion regarding relationship between DGA and GDPR could be expended however it does exceed the limits and context of this work. Thus, for this discussion please see: **SPECHT / HENNEMANN**, s. 81 vd.

[25] DGA Art. 2/3, 5, 7, 12.

[26] DGA Recital para. 3, 4, 11, 50, Art. 1/3.; **VEIL**, s. 6; **SPECHT / HENNEMANN**, s. 48.

[27] GDPR Art. 4/1.

ples of personal data processing, which are highly related to all terms of personal data law but especially with consent. The lawfulness of processing is determined according to Art. 6 GDPR. One of the primary legal grounds for data processing is "consent" with its conditions determined under Art. 7 GDPR.

From the perspective of the aforementioned regulations regarding consent, one could get confused about especially which Code shall prevail. To preface our discussion, an initial disclosure is necessary. Generally, GDPR shall prevail in case of any "conflict" with DGA. More clearly, considering that data altruism will rely on the consent of data subjects, it should be pointed out that the consent should be fulfilled for lawful consent in accordance with the aforementioned provisions of GDPR, namely Art. 5, 6 and 7[28].

In this respect, the concept of consent under DGA needs to be examined. First of all, it has to be noted that the regulatory approach of the legislator does not enable RDAOs to have a right to process personal data neither directly without a valid reason nor based on blanket consent[29]. In other words, grounds arising from Art. 6 GDPR should be taken into account. Moreover, it is to be highlighted that existing regulation already enables any entity, such as RDAOs, to process personal data[30] without consent, especially under Art. 6/1(d) or (e) GDPR. Furthermore, it is also possible to process health data without consent regarding Art. 9/2 (g) to (j) GDPR.

Secondly, the European data altruism consent form ("ECF") must be mentioned. ECF provides a declaration-based "infrastructure" in favour of data altruism[31]. The form serves as a standardized declaration initially for RDAOs. However, RDAOs are not obliged to use this ECF, in other words, it is optional[32]. Moreover, ECF does not automatically fulfil the information obligations of RDAOs or does not enable them to obtain consent on a legal basis directly[33]. Therefore, the general requirements regarding consent under GDPR are still on the table. In other words, ECF does not put RDAOs in a

---

28 DGA Recital para. 3, 4, 11, 50, Art. 1/3; **BULLA ve diğ.,** s. 35.; **MIKES / FLAKOLL**, s. 7.; **VEIL**, s. 5 vd.; **SPECHT / HENNEMANN**, s. 573.

29 **SPECHT / HENNEMANN**, s. 574; **BULLA ve diğ.,** s. 35.

30 **SPECHT / HENNEMANN**, s. 575.

31 **SPECHT / HENNEMANN**, s. 616.

32 DGA Art. 25, Recital para. 52; **SPECHT / HENNEMANN**, s. 575, 617.

33 DGA Recital para. 50; **SPECHT / HENNEMANN**, s. 616 vd.

better position than other data controllers but rather confronts them with the general terms of consent.

Finally, it is questionable why RDAOs have to comply with DGA and take on a much greater obligation when it is already possible to process personal data with or without consent according to already existing regulations under GDPR[34]. Unfortunately, the following sub-sections also support this finding.

### C. Additional Obligations

In principle, the ordinary course of life requires incentives when one would like to promote any concept. However, DGA does not provide any tangible benefit for RDAOs instead DGA creates additional obligations to DGA subjects[35]. In this sub-title, we assess the RDAOs, their obligations and the general interplay with GDPR.

Generally speaking, DGA imposes additional obligations and requirements on RDAOs. Before examining these obligations, it should be noted as a deficiency that individuals cannot be registered as data altruistic organizations[36]. However, that could be disregarded considering business practice, possible low number of applications from individuals and authorities' incline to deal with corporate structures regarding that kind of complex issues.

The very first obligation to be handled by RDAOs is GDPR compliance[37]. The RDAOs are permitted to receive data either by directly obtaining it from natural or legal persons or by utilizing data obtained from third parties. However, Art. 21 DGA stipulates that such data processing must adhere to the established principles of data protection legislation, namely GDPR for personal data[38].

In addition to GDPR compliance, RDAOs are obliged to fulfil transparency requirements laid down under Art. 20 DGA. Fundamentally, they have to (i) keep full and accurate records regarding data and related detailed issues and (ii) submit an annual activity report to the competent authority.

---

34 **SPECHT / HENNEMANN**, s. 529.

35 **VEIL**, s. 6; **SPECHT / HENNEMANN**, s. 527, 581.

36 DGA Art. 18/1, Recital para. 3.

37 DGA Recital para. 50; **VEIL**, s. 6; **SPECHT / HENNEMANN**, s. 573 vd.

38 GPDR obligations for RDAOs could be listed as follows: GDPR Chapter III - Rights of the Data Subject; Chapter IV - (Obligations of) Controller and Processor.

"Specific requirements to safeguard rights and interests of data subjects and data holders with regard to their data" is one of the other obligations of RDAOs[39]. Art. 21 DGA stipulates that RDAOs (i) shall inform data subjects or data holders before any processing of their data in a clear and easily comprehensible manner, (ii) shall not use the data for other objectives than those of general interest for which the data subject or data holder allows the processing, (iii) provide tools for obtaining consent and east withdrawal of consent, (iv) inform regarding any breach to all data subjects and (v) shall take any security measures.

The subsequent article stipulates "Rulebook" whose aim is to set rules and guidance regarding RDAOs[40]. Precisely, the prospective Rulebook will lay down: appropriate information requirements, appropriate technical and security measures, communication roadmaps for RDAOs, and recommendations for standards. In addition to overwatching by DGA-related competent authority[41], besides GDPR compliance, RDAOs are also obliged to comply with the prospective "Rulebook"[42].

The same "why" question as refers to Section 3.2 also applies herein context. Precisely, why does one voluntarily dive into that deep ocean with full of additional obligations[43] when they can process the same issue easier way with s/he already swimming in (GDPR)? Scholars mentioned that these additional obligations - with of course other application requirements - enable entities to apply for registration[44]. The cost arising from the added compliance responsibilities[45] imposed by the DGA will be balanced by the improved reputation and trustworthiness that organizations achieve when they receive formal certification and a common logo[46] as an RDAO. Unfortunately, this "branding" comes with a side effect. Because non-registered data

---

39 DGA Art. 21; Data Governance Act Explained: European Commission's Digital Strategy, s. 3.

40 DGA Art. 22.

41 **VEIL**, s. 7.

42 DGA Art. 18.

43 "*Therefore, an organisation that wants to process personal data for altruistic purposes must - in addition to the newly added obligations - also comply with all the obligations of the GDPR (by my count, there are 68 obligations in the GDPR alone*" **VEIL**, s. 6.

44 **VEIL**, s. 6.

45 These additional obligations are the additional record-keeping obligations, the annual activity report, the additional obligations to inform the data subjects and the rulebook.

46 DGA Art. 17.; **SPECHT / HENNEMANN**, s. 529.

altruism organisations may be deemed of being less trustworthy, even though they are compliant with the "gold standard GDPR"[47]. In this "voluntary registration process" this seems unfair and inappropriate. Instead of public trustworthiness in the RDAOs with side effects to others, it is obvious that it is not worth making a mountain out of a molehill. To make matters worse, the altruistic organisation itself must not pursue a profit-making purpose[48].

### D. Liability

Besides the aforementioned overlaps, conflicts, and deficiencies, the DGA also leaves open the questions arising out of liability issues[49]. Only the provision regarding the liability regime is mentioned in paragraph 33 of the Recital DGA. It is stated that "*Questions of liability for all material and immaterial damage and detriment resulting from any conduct of the data intermediation services provider could be addressed in the relevant contract, on the basis of national liability regimes.*".

One could argue that DGA always refers to the primacy of other data-centric regulations regarding matters that it does not regulate or that are in conflict with, however, then DGA's necessity has to be questioned. Moreover, such contract in the context of data altruism may not lead to a claim for payment or receipt of payment by the person making the disclosure, as far as compensation is not only at issue due to the costs incurred by making its data available[50]. It must also be highlighted that DGA is insufficient regarding third-party liabilities[51].

## IV. CONCLUSION

DGA aims to establish a framework to promote data sharing culture, especially for altruistic grounds in accordance with EU values and principles. To fulfil that purpose, DGA introduces "new" regulations, procedures, and entities for data altruism and other related issues. However, several conflicts

---

47 **VEIL**, s. 7, 8.

48 DGA Art. 18/1 (c); Data Governance Act Explained: European Commission's Digital Strategy, s. 5, 6; **VEIL**, s. 6.

49 **SPECHT / HENNEMANN**, s. 582 vd.

50 **SPECHT / HENNEMANN**, s. 582.

51 *Ibid.*

and deficiencies arise when examining the interplay between the DGA and the GDPR.

Instead of creating new incentives and privileges, DGA proposes additional obligations for entities handling data for altruistic reasons. Some of them can be highlighted as full compliance with GDPR including data processing requirements, transparency obligations, safeguard measures, and additional exposure to overwatch of additional competent authorities. Furthermore, the DGA lacks clarity regarding liability issues, leaving questions unanswered, and potentially leading to unintended consequences. Furthermore, challenging the situation, the RDAOs are prohibited from engaging in any profit-oriented pursuits.

Finally, it can be said that DGA aims to promote data altruism and establish a better data-sharing culture however it -almost- only creates conflicts, overlaps, and deficiencies with the data legal ecosystem. Its interplay with the GDPR raises concerns about its effectiveness and practicality. Thus, the DGA which intends to promote data altruism is very likely to have unintended consequences, resulting in outcomes that are even contrary to the original legislative aims and intentions.

## TABLE OF ABBREVIATIONS

**Art.** **:** Article

**DGA** **:** Regulation (EU) 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724.

**ECF** **:** European data altruism Consent Form

**EU** **:** European Union

**GDPR** **:** Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC

**para.** **:** Paragraph

**RDAOs:** Registered Data Altruism Organizations

## REFERENCES

BULLA Zsófia / GLUHAK, Zeljka, vd., **Primary Recommendations to Foster GDPR-Compliant Data Altruism Mechanisms for the EHDS**, 2022, https://tehdas.eu/app/uploads/2022/12/primary-recommendations-to-foster-gdpr-compliant-data-altruism-mechanisms-for-the-ehds.pdf (Erişim Tarihi: 08/11/2023).

Data Governance Act Explained: European Commission's Digital Strategy, 2022, https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/data-governance-act-explained (Erişim Tarihi: 08/11/2023).

Deep Shift: 21 Ways Software Will Transform Global Society, Survey Report of World Economic Forum, 2015, https://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_Deep_Shift_Software_Transform_Society.pdf (Erişim Tarihi: 08/11/2023).

GRAFENSTEIN Maximilian, "Reconciling Conflicting Interests in Data through Data Governance: An Analytical Framework (and a Brief Discussion of the Data Governance Act Draft, the Data Act Draft, the AI Regulation Draft, as well as the GDPR)", **HIIG Discussion Paper Series,** 2022-2, 2022, https://ssrn.com/abstract=4104502 (Erişim Tarihi: 08/11/2023).

MIKES Andrei / FLAKOLL Rita, An Overview of the Newly Adopted EU Data Governance Act, 2022, https://www.cliffordchance.com/insights/resources/blogs/talking-tech/en/articles/2022/09/an-overview-of-the-newly-adopted-eu-data-governance-act.html (Erişim Tarihi: 08/11/2023).

SPECHT Louisa / HENNEMANN Moritz, **Data Governance Act: DGA Handkommentar**, 1. Baskı, Nomos, Almanya, 2023.

VEIL Winfried, "Data Altruism: How the EU is Screwing Up a Good Idea", **Algorithm Watch Discussion Paper**, No: 1, 2022, https://algorithmwatch.org/de/wp-content/uploads/2022/01/2022_AW_Data_Altruism_final_publish.pdf (Erişim Tarihi: 08/11/2023).

**Hakemli Makale** **GSÜHFD**, 2023; 2: 1331-1372

# YEŞİL KİRA SÖZLEŞMELERİNİN POZİTİF HUKUK BAĞLAMINDA UYGULANABİLİRLİĞİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Eray Aksın ATAR**(**)

**Öz:** Yeşil kira sözleşmeleri ilk olarak Anglo-Sakson Hukuku'nda ortaya çıkmakla birlikte başta Almanya olmak üzere Avrupa Hukuku'nda da kendisine yer edinmeye başlamıştır. Yeşil kira sözleşmelerin içerinin nelerden oluşabileceği hususunda taraflar emredici düzenlemeler bir kenara bırakılacak olursa sözleşme serbestisi gereğince özgürdürler. Bu çalışmada konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesine eklenecek yeşil hükümlerin geçerliliği bağlantılı sözleşme yasağı, kiracı aleyhine düzenleme yasağı ve kişisel verilerin korunması kapsamında değerlendirilmektedir. Kira sözleşmesine eklenecek yeşil hükümlerle kiraya veren, TBK m. 301 çerçevesinde kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince sürdürülebilirliğin sağlanabilmesi için gerekliliklerini yerine getirmekle yükümlü olacaktır. Kiracı açısından ise yeşil hükümler TBK m. 316 kapsamındaki kiracının özen borcunu somutlaştırılmasını sağlayacaktır. Alman Hukuku'nda kira sözleşmelerinde sürdürülebilirliği sağlamaya yönelik başta BGB § 555b-555f arasında yer alan sayıca az da olsa düzenlemeler bulunmakla birlikte Türk Hukuku'nda benzer nitelikte düzenlemelerin eksikliği göze çarpmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Kira Sözleşmesi, Yeşil Kira Sözleşmesi, Sürdürülebilirlik, Yeşil Kiralama, Sürdürülebilir Kiralama.

---

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2023 - Makale Kabul Tarihi: 15.01.2024.

(**) Kırklareli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Kırklareli - Türkiye.
(ORCID: http://orcid.org/0000-0002-8652-3843; E-posta: erayaksinatar@klu.edu.tr).

# CONSIDERATIONS REGARDING THE APPLICABILITY OF GREEN LEASE AGREEMENTS IN THE CONTEXT OF POSITIVE LAW

**Abstract:** Although green lease agreements first emerged in Anglo-Saxon Law, they have also started to gain a place in European Law, especially in Germany. Leaving aside the mandatory regulations, the parties are free in accordance with the freedom of contract regarding the content of green lease agreements. In this study, the validity of the green clauses to be added to the lease agreement is evaluated within the scope of the prohibition of linked contracts, the prohibition of arrangement against the lessee and the protection of personal data. With the green clauses to be added to the lease agreement, the lessor will be obliged to deliver the leased property in a condition suitable for the use intended in the contract within the framework of TBK Art. 301, and to fulfil the requirements to ensure sustainability during the term of the contract. For the lessee, the green provisions will concretise the lessee's duty of care under TBK Art. 316. Although there are a small number of regulations in German Law, mainly between BGB § 555b-555f, to ensure sustainability in lease agreements, the lack of similar regulations in Turkish Law is noticeable.

**Keywords:** Lease Contract, Green Lease Contract, Sustainability, Green Lease, Sustainable Leasing.

## GİRİŞ

Yenilenemeyen enerji kaynaklarının giderek azaldığı ve sömürü düzeni sonucunda başta iklim değişikliği olmak üzere her ne kadar doğal felaket olarak adlandırılsa da aslında doğal olmayan felaketlere maruz kaldığımız bugünlerde sürdürülebilirlik sıklıkla kulağımızda yer edecek bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Sürdürülebilirlik ya da sürdürülebilir kalkınma en kısa tanımıyla gelecek nesillerin ihtiyaçlarını karşılayabilme kabiliyetinden ödün vermeden mevcut neslin ihtiyaçlarını karşılama yeteneğidir[1].

Taşınmaz hukuku bakımından sürdürülebilirlik, yeşil bina (*green building*) olarak adlandırılan taşınmazın meydana getirilmesi ve yenilenmesi ile yeşil kira (*green lease*) olarak adlandırılan taşınmazların yönetimi ve kiralanmasında gündeme gelmektedir. Aslında terimin orijinalinde yer alan "*green*" kelimesi ile ifade edilmeye çalışılan husus temiz enerji kaynaklarının kullanımıdır. Dolayısıyla "*green lease*" teriminin temiz kira sözleşmesi olarak çevrilmesi de amaca uygun olacaktır. Zira "*green/clean energy*" terimi de öğreti ve uygulamada benzer kavramları ifade edilmek üzere kullanılmaktadır. Günümüzde yeşil kiralama, konut ve çatılı iş yeri kiralamalarında karşımıza çıkıyor olsa da ilerleyen yıllarda ürün kirası bakımından da uygulama alanı bulma potansiyeline sahiptir.

Yeşil kira sözleşmeleri ilk olarak Anglo-Sakson ülkelerinde ortaya çıkmakla birlikte Avrupa ülkelerinde de özellikle şimdilik ticari kiralamalar alanıyla sınırlı kalmak kaydıyla gözlemlenmektedir. Almanya'da önemli bir hukuk bürosunun öncülüğünde, gayrimenkul sektörünün önde gelen şirketlerinden oluşan disiplinler arası bir proje grubu tarafından 4 Haziran 2012'de çeşitli öneriler içeren bir rapor yayımlanmıştır. ZIA Sürdürülebilirlik Kuralları olarak adlandırılan bu raporda, iş yeri kira sözleşmelerine yönelik ticari taşınmazlarda özellikle enerji ve su tasarrufu önlemleri, atık azaltma, yapısal onarımlar ve çevresel iyileştirmeler gibi düzenleyici önerilere, tarafların hak ve yükümlülüklerine yer verilmiştir[2]. Raporda yer alan bilgilere göre Alman şirketlerinin sürdürülebilirliği sağlamak hususunda elini taşın altına soktuğu ve 1990-2014 yılları arasında inşaat sektöründeki $CO_2$ salınım oranları yılda

---

1 GÜNEŞ Ahmet Mithat, **Çevre Hukuku**, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 85.

2 Green Lease - Der grüne Mietvertrag für Deutschland (ZIA), https://zia-deutschland.de/wp-content/uploads/2021/04/zia_broschuere_green_lease_weboptimiert1.pdf (Erişim Tarihi: 04.08.2023). Benzer yönde bir çalışma için bkz. http://www.der-gruene-mietvertrag.de/downloads/greenLease_der-gruene-Mietvertrag.pdf (Erişim Tarihi: 04.08.2023).

209 milyon tondan 109 milyon tona indiği belirtilmektedir. Ayrıca sektör, yeşil kiralamalar konusundaki çalışmalara da destek vererek sürdürülebilirliğin sağlanmasına katkıda bulunmaya devam etmektedir[3]. Kira sözleşmelerinin sürdürülebilir hale getirilmesi Avrupa'da ilgiyle karşılanmakta ve bu süreçte Hollanda, İngiltere gibi ülkelerde de benzer yönde raporların hazırlandığı görülmektedir[4].

Yeşil kira sözleşmeleri, kiracılar ve kiraya verenlerin kiralanan taşınmazları sürdürülebilir şekilde kullanma ve yönetme amaçları doğrultusunda ortaya çıkmıştır. Sürdürülebilirliğin ekolojik, ekonomik ve sosyal olmak üzere üç temel ayak üzerine kurulduğu bir model uluslararası alanda kabul edilmektedir. Bu model sürdürülebilirliği, birbirleriyle etkileşim halinde olan ve uzun vadede dengeli bir koordinasyon gerektiren insan varlığının ekonomik, ekolojik ve sosyal boyutlarının kalıcı olarak sürdürülebilir şekilde geliştirilmesi anlayışından doğmuştur. Ekonomik sürdürülebilirlik, gelecek nesillerin de var olabilmesi için bir toplumun ekonomik olarak imkanlarının ötesinde yaşamaması gerektiği fikrine dayanır. Ekolojik sürdürülebilirlik, doğanın sömürülmemesi ve kendini yenileyebildiği ölçüde kullanılmasıdır. Sosyal sürdürülebilirlik ise toplumların sağlık ve eğitim, toplumsal cinsiyet eşitliği ile siyasi hesap verebilirlik ve katılım dahil olmak üzere adil ve eşit bir şekilde gelişerek varlıklarını sürdürebilmesidir[5].

Yeşil kira sözleşmeleri sürdürülebilirliğin üç ayağını da yansıtan özellikler göstermektedir. Yeşil kira sözleşmelerinde ekolojik sürdürülebilirlik, doğanın aşırı tüketilmemesi ve doğal kaynakların yalnızca kendilerini yenileyebildikleri

---

3 ZIA, s. 5.

4 İngiltere için bkz. Greening The Commercial Property Sector: A Guide For Devoloping and Implementing Best Practice Through The UK Leasing Process, Good Practice Guide, Cardiff University CRiBE, 2009; https://orca.cardiff.ac.uk/id/eprint/46207/1/good%20practise%20guide%20July%202009-final.pdf; Hollanda için bkz. https://www.rvo.nl/sites/default/files/bijlagen/Leidraad%20Green%20Lease%20-%20eindrapport%2029nov%2711.pdf (Erişim Tarihi: 04.08.2023). Avustralya'da iki yıldan uzun süreli 2000 m2 ve üzeri alana sahip ticari kiralamalarda Australian Energy Efficiency in Governments Operations (EEGO) politika stratejisi yeşil kiralama programının kira sözleşmelerine dahil edilmesi gerektiğini söylüyor. Avustralya'da yapılan bir çalışmaya göre yeşil binaların piyasa değerinde %10'luk, yatırım getirisinde ise %14'lük bir artış görülmektedir. Yeşil binalardan elde edilen kira getirilerinin de %5-10 arasında artış gösterdiği görülmüştür. Konu hakkında detaylı bilgi almak için bkz. http://businessoutlook.com.au/site/archives/Green%20building%20-%20%20barriers%20and%20 drivers. Pdf (Erişim Tarihi: 04.08.2023).

5 Konu hakkında detaylı bilgi almak için bkz. PURVIS Ben / MAO, Yong / ROBINSON Darren, "Three pillars of sustainability: in search of conceptual origins", **Sustainability Science**, 14, 2019, Springer Verlag, s. 681-695; GÜNEŞ, s. 79 vd.

ölçüde kullanılarak kira ilişkisinin sürdürülmesiyle gerçekleşir. Ekonomik sürdürülebilirlik toplumun ekonomik imkanlarının ötesinde yaşamaması gerektiği fikrine dayanır. Ekonomi uzun vadede işletilebiliyorsa sürdürülebilir olarak kabul edilir. Yeşil kira sözleşmeleri, kiralananın uzun vadede toplam kiralanabilme süresini (amortisman) artırıcı etkiye sahiptir. Yeşil kiralama sözleşmeleri, sosyal gerilimlerin hukuk sınırları içinde tutulacağı ve çatışmaların tırmanmayacağı, barışçıl ve medeni bir şekilde çözülebileceği şekilde organize edilmesini sağlayarak sosyal sürdürülebilirliğe hizmet etmektedir[6].

Biz de bu çalışma kapsamında yeşil kira sözleşmesinin içeriğini nelerin teşkil edebileceğinden, kira sözleşmelerine eklenen yeşil hükümlerin uygulanmasında karşılaşılabilecek hukuki sorunlardan, yeşil kira sözleşmelerinin avantaj ve dezavantajlarından bahsedeceğiz. Çalışma kapsamımız bu makale özelinde konut ve çatılı işyeri kiralarıyla sınırlandırılmış olup, yeşil hükümlerin uygulama alanı bulması muhtemel diğer bir kira türü olan ürün kirası bakımından ayrıca incelenmesine yönelik araştırmalarımız devam etmektedir.

## I. YEŞİL KİRA SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

Yeşil kira sözleşmesine ilişkin bir tanım ulusal ya da uluslararası herhangi bir mevzuatta bulunmamaktadır. Uygulama ve öğretide yapılan tanımlara bakıldığında yeşil kira sözleşmesi, kiralananın muhtemelen bir sertifikasyona sahip olabilmesi amacıyla kiracıyı kiralananı sürdürülebilir bir şekilde kullanmaya ve kiraya vereni de kiralanan onun mülkiyetinde kalmaya devam ettiği sürece sürdürülebilir şekilde yönetmeye teşvik etmeyi amaçlayan özel içerikli bir kira sözleşmesidir[7].

Mukayeseli hukuktaki yasal mevzuatlar da incelendiğinde kiralamaya ilişkin enerji tasarrufu dışında sürdürülebilirliği sağlamaya yönelik düzenlemelere de rastlanmamaktadır. Örneğin, su tasarrufunun sağlanması, atıkların azaltılması ya da dönüştürülmesi gibi çevre dostu davranışlar bakımından kira hukukuna yönelik yasal bir düzenleme şu an için mevcut değildir. Taraflar yasal düzenlemelerdeki bu eksiklik karşısında sözleşme serbestisi kapsamında çözüm üretmeye çalışmakta ve yeşil kira sözleşmesi kavramı bu ihtiyaca binaen ortaya çıkmaktadır. Yeşil kira sözleşmeleri tarafları yalnızca ekolojik taleplerle değil, ekonomik ve hukuki açıdan da karşı karşıya getiren çok yönlü bir kavramdır.

---

6 Green Lease, s. 11.

7 CRiBE, s. 3; Green Lease, s. 6.

Kira sözleşmelerinde yer verilen yeşil hükümler, kiralanan taşınmazda sigara içmeden kaynaklı emisyon kısıtlaması veya gerçekleştirilecek yenilik ve değişikliklerde çevreye uyumlu malzemelerin kullanımı gibi hem kiracı ve hem kiraya veren bakımından onlar üzerinde etki doğurabilecek hükümlerdir[8].

Yeşil bir kiralamada sürdürülebilirliğin üç ayağının da yansıması görülür. Ekonomik sürdürülebilirlik açısından bakıldığında yeşil kira sözleşmesinin hem kiraya veren hem de kiracı yönünden çeşitli avantajları bulunmaktadır. Yeşil kiralama, su ve enerji kaynaklarının tasarruflu kullanılmasını teşvik etmeye yönelik barındırdığı hükümlerle kiraya veren ve kiracı için maliyet tasarrufu sağlamaktadır. Özellikle şirketlerin sosyal sorumluluk kapsamında kendilerine sürdürülebilirlik hedefleri koymaları ve sürdürülebilirliğin modern toplumlarda diğer şirketlerden farklı olmak için bir araç haline gelmesi sürdürülebilirliği yeni bir standart haline getirmiştir. Yeşil binalar ve yeşil kiralamalara yönelik sertifikasyon uygulamaları da bu süreci hızlandırmaktadır. Bu tip sertifikasyonlar taşınmaz değerini de arttırmaktadır. Dolayısıyla kiracı konumundaki şirketler sürdürülebilirlik hedeflerini gerçekleştirme doğrultusunda kira sözleşmesinin içerisinde yeşil hükümlerin yer almasını isteyebileceği gibi aynı talep taşınmazını yenilemek ve yeşil bina sertifikası edinmek isteyen, çevreye duyarlı taşınmaz malikinden de gelebilir[9].

Ekolojik sürdürülebilirlik açısından da yeşil kira sözleşmesi özellikle emisyonların ve atıkların azaltılmasına, su ve enerji tasarrufuna, yenilenebilir enerji kaynaklarının teşvik edilmesine ve kullanılmasına doğa dostu yapı malzemelerinin kullanılmasına hizmet eder. Kiraya verenler ve kiracılar böylece çevre ve iklimin korunmasına belirleyici bir katkıda bulunma imkanına sahip olur. Sosyal sürdürülebilirlik açısından da yeşil kira sözleşmesi

---

[8] FRIEDEMANN Sternel, "Wohnraummiete und Green Lease", **Zivilrecht im Wandel, Festschrift für Peter Derleder zum 75. Geburstag**, (Hrsg. KNOPS, Kai-Oliver / BAMBERGER, Heinz Georg / HÖLZLE, Gerrit), Springer Verlag, Berlin, 2015, s. 456.

[9] Kurumsal sosyal sorumluluk (CSR), bir şirketin kendisine, paydaşlarına ve kamuya karşı sosyal olarak sorumlu olmasına yardımcı olan, kendi kendini düzenleyen bir iş modelidir. Şirketler, kurumsal vatandaşlık olarak da adlandırılan kurumsal sosyal sorumluluğu uygulayarak ekonomik, sosyal ve çevresel olmak üzere toplumun tüm yönleri üzerinde ne tür bir etkiye sahip olduklarının bilincinde olmalıdır. CSR, bir şirketin olağan iş akışı içinde topluma ve çevreye olumsuz katkıda bulunmak yerine onları geliştirecek şekilde faaliyet gösterdiği anlamına gelir. ZIA, s. 6. Söz konusu sertifikalar hakkında detaylı bilgi almak için bkz. DELİKTAŞ Emre Ali, "Avrupa Birliği'nin Sürdürülebilir Finans Düzenlemeleri Perspektifinden Sermaye Piyasası Kurulu Tarafından Yayımlanan "Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi"ne Bakış", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, 2023. 899 vd.

şeffaflık ve verimlilik sağlar. Örneğin, kiraya veren ile kiracı arasında tüketim değerleri hakkında bilgi alışverişi ve bunun sonucunda tüketimin optimize edilmesi sağlanır. Yeşil kira sözleşmesi kapsamında taşınmazda yapılacak yenilikler, kiracının yaşam ortamının iyileştirilmesine ve kiralanan taşınmazda verimliliğin artmasına katkı sağlayabilir.

Yeşil kiralamaların doğasında bulunan sözleşme taraflarının ortak bir hedef doğrultusunda hareket etmesi, sözleşme ilişkisinin diğer alanlarında da taraflar arasında ortaklığa dayalı bir iş birliği fırsatı doğuracaktır. Böylelikle yeşil kira sözleşmeleri sosyal sürdürülebilirliğe de hizmet etmiş olacaktır[10].

## II. YEŞİL KİRA SÖZLEŞMELERİNİN İÇERİĞİ

### A. Genel Olarak

Yeşil kira sözleşmelerin içerinin nelerden oluşabileceği hususunda taraflar emredici düzenlemeler bir kenara bırakılacak olursa sözleşme serbestisi gereğince özgürdürler. Yeşil kira sözleşmelerinin iki yönü bulunmaktadır. İlk olarak kiracı ve kiraya veren kiralananda sürdürülebilir yaşamı teşvik etmeye yönelik çeşitli hükümlere yer verebilirler. İkinci olarak kiracı ve kiraya veren kiralanandaki yenilik ve değişiklikleri de sürdürülebilirliği sağlayacak biçimde gerçekleştirilebilirler[11].

Yeşil kira sözleşmelerinin zorunlu bir içeriği bulunmamakta, içeriğin nelerden oluşacağı taraflarca belirlemektedir. Dolayısıyla uluslararası boyutta geçerli bir yeşil kira sözleşmesi türünden ya da tanımından bahsetmek mümkün değildir. Taraflar kendi ihtiyaçları doğrultusunda sözleşme içeriğini belirlemekte emredici hükümler saklı kalmak kaydıyla serbesttir.

Tarafların kiralananda sürdürülebilirliği sağlamaya yönelik uygulamada sıklıkla yer verdiği hükümler yeşil hükümler olarak adlandırılmaktadır.

Yeşil kira sözleşmelerinde sürdürülebilirlik özellikle üç konu üzerinden sağlanmaktadır. Bunlardan ilki kiracının, işletme sırasında ya da konuttan yararlandığı sürede sürdürülebilir kullanım ve yönetim modelini tercih etmesi diğer bir deyişle doğal temizlik malzemeleri kullanması, atıkları azaltması gibi önlemler almasıdır. İkincisi tüketim ve emisyonların azaltılmasıdır ki doğaya zararlı gaz salınımının azaltılması, yenilebilir enerji kaynaklarından yararlanılması ve su tasarru-

---

[10] ZIA, s. 10.

[11] Green Lease, s. 7.

fu ile ilgili önlemler alınması bu kapsamda değerlendirilmektedir. Üçüncüsü ise kiralanın bakım ve yenilenmesinde sürdürülebilirliktir. Bu kapsamda alınabilecek önlemlere çevreye zararlı yapı malzemeleri yerine doğa dostu materyal kullanımı, bina ekolojisi için gerekli değişikliklerin yapılması gösterilebilir[12].

Yeşil hükümler kira sözleşmesinin doğrudan içeriğinde yer alabileceği gibi içeriğinde yeşil hükümler barındıran daha önceden hazırlanmış bazı metinlere atıf yapılmasıyla da kira sözleşmesine eklemlenebilir. Yeşil hükümlerin doğrudan yer aldığı ya da bunlara atıf yapıldığı kira sözleşmeleri de yeşil kira sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır.

Uygulamada tarafların sözleşmede, onarım ve bakım için çevre dostu malzeme kullanımı, yenilebilir enerji kaynaklarından yararlanma ve $CO_2$ salınımını azaltma gibi sürdürülebilirlik hedefleri doğrultusunda hareket ettikleri görülmektedir. Özellikle yeşil kira sertifikası elde edebilmek için gerekli şartların sağlanmasına yönelik hükümlere yer verdikleri görülmektedir[13]. Yeşil kira sertifikasına sahip bir kiralanan için yapılan kira sözleşmelerinde sertifikasyonun devamı için gerekli özenin kiracı ve kiraya veren tarafından gözetileceği, tarafların, sertifikasyon kriterlerinin yerine getirilmesiyle çelişecek herhangi bir şey yapmaktan kaçınacağı yönünde düzenlemelere yer verilmektedir[14].

Kiralananda yapılacak yenilik ve değişiklikler bakımından da sürdürülebilirliğin sağlanması yeşil kiralamanın unsurlarından biridir. Uygulamada karşılaşılan çeşitli örneklere bakacak olursak; kış bahçesinin camla kapatılarak ısı tasarrufu sağlanması[15], taşınmaza panjur takılarak ısı tasarrufu ve ses yalıtımının sağlanması[16], tek camlı pencerelerin çift camlı olarak değiştirilerek ısı tasarrufu sağlanması[17], kiralananın dış cephesine yalıtım yapılması[18], radyatörlere termostat takılması[19], armatürlerin su tasarruflu olanlarla değiş-

---

12 ZIA, s. 15.

13 ZIA, s. 6. BREEAM, LEED ve DNGB halihazırda yeşil kira sertifikası düzenleyen kuruluşlardır.

14 Green Lease, s. 17.

15 VG Berlin GE 1984, 727.

16 AG Steinfurt WuM 1985, 262.

17 AG München ZMR 2017, 985. Ancak kiralananın eski bir taşınmaz olması durumunda camların değişimi nem miktarını artırarak evde rutubete sebebiyet verecek ve evin daha sık havalandırılmasına neden olacaksa değişikliğin sürdürülebilirlik kapsamında yer almadığı ve böyle bir değişikliği kiracı tarafından reddedilebileceği söylenebilir. AG Charlottenburg GE 1988, 779.

18 KG WuM 2006, 450.

19 LG Berlin GE 1986, 751.

tirilmesi, su ısıtılmasında güneş enerjisinden yararlanılması, rüzgar tribününden yararlanarak elektrik üretilmesi gibi durumlarda yenilik ve değişikliğin sürdürülebilirliği sağlamaya yönelik olduğu kabul edilebilir.

### B. Yeşil Hükümlerin Bağlantılı Sözleşme Yasağı Kapsamında Değerlendirilmesi

Konut ve çatılı iş yeri kiralarında sözleşmeye dahil edilen yeşil hükümlerin TBK m. 340'ta yer verilen bağlantılı sözleşme yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu gelebilir. Öncelikli belirtmek gerekir ki konut ve çatılı iş yerlerinde bağlantılı sözleşme yapma yasağı emredici nitelikte bir düzenlemedir ve aksinin kararlaştırılması mümkün değildir[20].

Bağlantılı sözleşme ya da bağlantılı işlem yasağına ilişkin kuralın uygulanabilmesi için gerekli şartlar; konut ve çatılı iş yeri kirasının bulunması, bağlantılı bir sözleşmenin varlığı, kiracının bağlantılı sözleşmeyle kiralananın kullanımıyla doğrudan ilgili olmayan bir borç altına girmiş olması ve kiracının bağlantılı sözleşmeden bir yararının bulunmamasıdır[21].

Kanun'da her ne kadar "*bağlantılı sözleşme*" terimi kullanılmış olsa da bağlantılı hukuki işlemler ve kira sözleşmesinin içerisinde yer alan bir yan edim yükümü de bu kapsamda değerlendirilebilecektir[22].

---

[20] HIGI Peter / BÜHLMANN Anton, **ZK - Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Miete Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253-273c OR), Art. 253-265 OR**, 5. Auflage, Schulthess, Zürich, 2019, OR 254 N. 4, 5.

[21] İNCEOĞLU Murat, **Kira Hukuku Cilt 2**, 1. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 36; AYDOĞDU Murat / KAHVECİ Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 5. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 585; TEK, Gülen Sinem, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Cilt 6, 7, 8**, (Ed. ÖZ Turgut / ACAR Faruk / GÖKYAYLA Emre / DEVELİOĞLU Murat), Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul, 2019, TBK 320 N. 5 vd. Bağlantılı sözleşme yasağına yönelik bu geniş ve genel tanım, borçlar hukukunda öngörülen sözleşme serbestisi açısından kira sözleşmelerini büyük oranda sınırlandırmaktadır. Kanunkoyucunun bu düzenlemedeki amacının kiracının korunması olduğu düşünüldüğünde bağlantılı işlemin de hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıması gerektiği şartı bu tanıma eklemlenebilir. Böylelikle kira ilişkisine yabancı dahi olsa her bağlantılı işlem yasak kapsamında değerlendirilmeyecek ve atipik bir sözleşme yapma konusunda serbestlik korunacaktır. Bağlantının kötüye kullanılması, kiracının bağlama işlemine rızasının haksız bir şekilde elde edilmesi halinde veya bağlamanın haksız bir amaca hizmet etmesi halinde söz konusu olabilir. Bağlanma işleminin haksız olması halinde de ahlaka aykırı bir sözleşme durumunun ortaya çıkması muhtemeldir. ZK-HIGI / BÜHLMANN, OR 254 N. 14.

[22] İNCEOĞLU Murat / BAŞ-SÜZEL Ece, "Kira Hukukunda Bağlantılı Sözleşme Yapma Yasağı", **İÜHFM**, C. LXX, S. 2, 2012, s. 167; İNCEOĞLU, C. 2, s. 36; ACAR Faruk, "Kira Sözleşmesinde Bağlantılı İşlem ve Güvence", **BÜHF-KHHD**, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 163; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 583.

Kiralananın sürdürülebilir kullanılmasına yönelik bağlantıyı kuran bu türden hükümler kira sözleşmesindeki maddelerin arasında yer alabileceği gibi kiralananın sürdürülebilir kullanımı gibi ayrı bir sözleşmede yazılı veya sözlü olarak ya da sürdürülebilirlikle ilgili hukuk büroları tarafından özellikle şu an için Avrupa'da hazırlanmış olan ileride ülkemizde de yer etmesi muhtemel sürdürülebilirlik kurallarının bulunduğu atıf yapılan metinlerde atıf yer alabilir[23]. Bağlantıyı kuran işlemin kiracının yararına olması da muhtemeldir. Ancak kiracının yararının bulunması yasağın uygulanmaması için tek başına yeterli bir sebep değildir[24]. Söz konusu düzenleme kiracıyı koruma amacıyla öngörüldüğünden bağlantının kiraya veren tarafından kira sözleşmesinin kurulabilmesi ya da devamı için bir koşul olarak ileri sürülmüş olması gerekir[25]. Bağlantılı işlem kiraya veren ya da üçüncü bir kişi tarafından teklif edilebilir. Ancak üçüncü bir kişinin bir işlemin yapılması için kira sözleşmesinin yapılmasını istemesi bağlantılı işlem yasağı kapsamında değerlendirilmez. Bağlantılı işlemin tarafının kiracı yerine üçüncü bir kişi olması da kabul edilemez[26].

Kiracının yararının da söz konusu olmadığı nitelikte yeşil hükümlerin söz konusu olduğu bir durumda bu hükümlerin kiralananın kullanımıyla doğrudan ilgili olup olmadığı üzerinde ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zira yasaklanan kira sözleşmesiyle bağlantılı bir sözleşme yapılması değil kiralananın kullanımıyla doğrudan ilgili olmayan ve kiracıya yararı bulunmayan bir sözleşme yapılmasıdır. Kira sözleşmesinin içeriğine yabancı unsurların dahil edilmesi halinde doğrudan ilginin varlığına tereddütle yaklaşmak gerekse de kanaatimizce kiralanan yerin kira süresince sürdürülebilirlik çerçevesinde kullanılmasına yönelik sözleşmede yer verilecek hükümler, kiralanan yerin doğrudan kullanımı ile ilgili olduğu sürece bağlantılı sözleşme yasağı kapsamında değerlendirilmemelidir. Örneğin, kiralananın sürdürülebilir kullanımına ilişkin çevre dostu malzemelerle duvarların boyanması gerektiğine dair bir yan borç kararlaştırılması halinde bağlantılı borç geçerli sayılmalıdır.

---

[23] ZIA, s. 23. Bağlantılı sözleşme, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan, taraflara atipik bir edim yükümlülüğü öngören sui generis nitelikte bir sözleşmedir. ZK-HIGI / BÜHLMANN, OR 254, N. 6, 7.

[24] Bazen yapılan sözleşme kiracının yararına olmakla birlikte, kiracı sözleşmenin kurulabilmesi için ortalama piyasa değerlerine oranla önemli ölçüde yüksek bir borç altına giriyorsa bağlantılı sözleşme yine geçersiz sayılmalıdır. ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 227.

[25] Bağlantı talebinin kiraya veren yerine üçüncü kişiden gelmesi de mümkündür. Kiraya verenin, üçüncü kişinin eylemlerinden haberi olmasa ve bunlara rıza göstermese dahi kiracı TBK m. 340 kapsamında korunacaktır. ZK-HIGI/BÜHLMANN, OR 254 N. 18, 28.

[26] TEK, TBK 340 N. 7, 8.

Bağlantılı sözleşme yasağı emredici hüküm niteliğinde olduğundan bu yasağa aykırılığın yaptırımı da TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlük olacaktır. Bağlantılı sözleşme ya da işlem geçersiz olsa da kira sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır. Kiraya veren TBK m. 27/II gereğince sözleşmenin tamamının geçersiz olduğunu ileri süremeyecektir[27]. Örneğin, kiracının sürdürülebilirlikle ilgili faaliyet gösteren bir derneğe kaydolmasını şart koşan bir hüküm veya çevrenin korunmasına yönelik faaliyet gösteren bir derneğe bağış yapacağının kararlaştırılması bağlantılı sözleşme yasağı kapsamında geçersiz kabul edilecek ancak kira sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır. Bağlantılı sözleşme yasağı kapsamında bir hüküm sebebiyle kira sözleşmesinin kurulamaması durumunda kiracı açısından *culpa in contrehendo* sorumluluğu da şartlar dahilinde ortaya çıkabilir[28].

### C. Yeşil Hükümlerin Kiracı Aleyhine Düzenleme Yasağı Kapsamında Değerlendirilmesi

Kira sözleşmelerine eklenecek yeşil hükümlerin taraflar açısından hangi ölçüde bağlayıcı olacağı da önemlidir. Genel ifadeler kullanılarak taraflara ahlaki bir sorumluluk yüklemek amacıyla yeşil hükümlere yer verilebileceği gibi daha katı kurallar hatta ceza koşulları belirlemek suretiyle de yer verilebilir.

Kiracının belirli emisyon değerleri üzerinde gaz salınımı gerçekleştirmesi ya da enerji ve su tüketmesi halinde öngörülebilecek bir ceza koşulu ya da kira bedelinde artırım veya kiracıya enerji tasarruflu beyaz eşyalar ve ampuller kullanması gibi yükümlülükler getirilmesi gibi yeşil kira sözleşmelerinde yer verilmesi akla gelebilecek hükümlerin TBK m. 346'ya göre kiracı aleyhine düzenleme yasağının kapsamına girip girmeyeceği sorusu üzerinde düşünülmelidir.

Kiracı aleyhine düzenleme yasağı, konut ve çatılı iş yeri kiralarında, kira bedeli ve yan giderler dışında başkaca ek bir ödeme yükümlülüğü öngörülemeyeceğine ve ödemeye ilişkin de ceza koşulu ya da muacceliyet koşullarında bir değişiklik yapılamayacağına yönelik kiracıyı koruyan emredici nitelikte bir düzenlemedir. Dolayısıyla düzenleme kiracıyı iki açıdan korumaktadır.

---

[27] AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 586.

[28] ZK-HIGI/BÜHLMANNN, OR 254 N. 24.

İlk koruma ek ödeme yükümlülüğü yasağına ilişkindir[29]. Bu yasağın kapsamının tespiti için yan giderin tanımlanması gerekir. Yan giderin tanımına ilişkin biz düzenlemeye Kanun'da yer verilmemiştir. Öğretide yapılan tanımlardan hareketle yan gider, kiralananın doğrudan kullanımıyla ilgili olarak kiraya veren ya da üçüncü kişiler tarafından yapılan harcamalardır[30]. O halde kiralananın doğrudan kullanımıyla ilgili olmayan yan giderler kiracıya yüklenemeyecektir. Kiracının kişisel ve özel bazı ihtiyaçları için kiraya verenden talep ettiği değişiklikler ise TBK m. 346 kapsamında değerlendirilmez. Kiraya veren tarafından fiilen yapıldığı ispatlanabilen bu masraflar kiracıdan talep edilebilecektir. Örneğin kiracının, kiralananda takılı bulunan su armatürlerinin ya da ampullerin tasarruflu olanlarla değiştirilmesini talep etmesi halinde bu masrafın kira sözleşmesinin başında kiracıdan isteyebilecektir. Böyle bir durumda masraflar kira sözleşmesine göre değil taraflar arasındaki eser ya da vekalet sözleşmesine istinaden talep edilebilecektir. Ancak bu noktada taraflar kira sözleşmesini kurarken, kiralananda bulunan tüm armatürlerin su tasarruflu olacağına, beyaz eşyaların ve ampullerin enerji tasarruflu olacağına ya da daha genel bir ifadeyle kiralananda bulunan taşınmazların enerji ve su tasarruflu olacağına yönelik kira sözleşmesini, yeşil kira sözleşmesi haline getirecek yeşil hükümler eklemişlerse kiraya veren TBK m. 301 çerçevesinde kiralananı sözleşmede öngörülen kullanma amacına uygun teslim ve sözleşme süresince bu halde bulundurma borcu gereğince yapmış olduğu masrafları kendisi karşılayacaktır. Kiraya verenin böyle bir durumda yaptığı masraflar için kiracıya başvurması halinde TBK m. 346'daki yasak devreye girecektir[31]. Emredici hüküm niteliğinde olan bu yasağa aykırılığın yaptırımı TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlük olacaktır. Kira sözleşmesinde yer alan bu türden kayıtlar geçersiz olmasına rağmen kiraya veren TBK m. 27/II gereğince sözleşmenin tamamının geçersiz olduğunu ileri süremeyecektir[32].

---

[29] Her ne kadar Kanun'da kira bedeli ve yan giderler dışında ek ödeme yükümlülüğü yasaklanmış olsa TBK m. 342'de kiracıdan güvence istenebileceği düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, güvence bedelinin ödenmesi bir yan gider olmamasına karşın bu hükmün kapsamına girmemektedir. İNCEOĞLU, C. 2, s. 105.

[30] İNCEOĞLU, C. 2, s. 104.

[31] İNCEOĞLU, C. 2, s. 108.

[32] YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 1**, 11. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022, s. 663; GÖKYAYLA Emre, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Cilt 6, 7, 8**, (Ed. ÖZ Turgut / ACAR Faruk / GÖKYAYLA Emre / DEVELİOĞLU Murat), Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul, 2019, TBK 346 N. 36.

Ödeme yükümlülüğü dışında öngörülecek diğer yükümlülükler bakımından ise Kanun'da bir sınırlama getirilmemiştir. Örneğin kiracının belirli miktarın üzerinde su tüketimi gerçekleştirememesi gibi taşınmazın kullanım tarzıyla ilgili sınırlamalar getirilmesi mümkündür[33].

TBK m. 346'nın ikinci cümlesinde ise ceza koşulu ve sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmaların geçersiz olacağı belirtilmiştir. Öğretide ağırlıklı görüş, bu türden anlaşmaların yalnızca kira bedelinin ve yan giderlerin ödenmemesine yönelik olması halinde geçersiz olacağıdır. Diğer bir deyişle kira bedelinin ve yan giderlerin ödenmesi haricinde kiracı için öngörülen diğer yükümlülüklere aykırılık halinde tarafların ceza koşulu kararlaştırmaları mümkündür[34]. Düzenlemenin kaleme alınış şekli kapsamının belirlenmesini güçleştirmektedir. "*Özellikle*" ibaresi düzenlemede sınırlı sayı ilkesinin söz konusu olmadığını örnek kabilinden sayıma girişileceğinin işareti olarak algılanır. Sonrasında "*kira bedelinin zamanında ödenmemesi*" örneği ise önceki cümle ile bir bağlantı var olduğu algısı yaratmaktadır. Diğer bir deyişle kira bedelinin zamanında ödenmemesi, eksik ödenmesi gibi durumlar ile önceki cümleyle bağlantılı olarak yan giderlerin zamanında ödenmemesi, eksik ödenmesi gibi hallerde ceza koşulu ödeneceğine ilişkin anlaşmalar geçersizdir. Ödeme yükümlülüğünün ihlali dışında diğer yükümlülüklerin ihlaline yönelik bir ceza koşulu kararlaştırılması ise mümkün gözükmektedir. Örneğin, kiracının belirlenen enerji tüketim değerlerini aşarak yeşil kira sertifikasının iptaline sebebiyet vermesi halinde ceza koşulu ödeyeceğine ilişkin bir anlaşma geçerlidir.

### D. Yeşil Hükümlerin KVKK Kapsamında Değerlendirilmesi

Yeşil kira sözleşmelerinin içeriğini teşkil eden tüketim ve emisyonların azaltılmasına yönelik sözleşmeye eklenecek hükümler bakımından kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelere dikkat edilmelidir.

Yeşil hükümlerin KVKK kapsamında değerlendirilebilmesi için verileri işlenen kişinin KVKK m. 2 gereğince gerçek kişi olması gerekir. Elbette tüzel kişilere ilişkin veriler içerisinde gerçek bir kişiyi belirlenebilir kılan bilgi yer alıyorsa bu veriler de yine KVKK kapsamında kişisel veri olarak değerlendiri-

---

[33] GÖKYAYLA, TBK 346 N. 35; İNCEOĞLU, C. 2, s. 107.

[34] GÜMÜŞ Mustafa Alper, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinde Yan Giderler", **BÜHF-KHHD**, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 16; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 661; İNCEOĞLU, C. 2, s. 112.

lebilecektir. Çok sayıda taşınmazını kiraya veren bir gerçek ya da tüzel kişi açısından veri korunmasına ilişkin endişeler, kiralanan taşınmaza ilişkin tüketim verilerinin anonimleştirilmesi yoluyla çözülebilmektedir. Ancak böyle bir durum söz konusu olmadığı takdirde kiralanan taşınmazdaki kiracının enerji kullanım ve su tüketim verilerinin raporlanması gibi yeşil hükümler "*belirli nitelikteki bir kişiye ilişkin bilgi*" kapsamında yer alarak kişisel veri olarak kabul edilecektir[35]. Kişisel verilerin korunmasında, temel amaç verilerin korunması değil başta özel hayatın gizliliği olmak üzere verilerin ilişkili olduğu kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Kira sözleşmelerinde yer alan kiralananın sürdürülebilir kullanımıyla ilgili bilgi alışverişinde bulunulması ve bu bilgilerin raporlanması gereken hallerde kişisel verilerin korunması sorunu gündeme gelebilir[36]. Kişisel veri olarak değerlendirilen bu verilerin raporlanması, kaydedilmesi gibi işlemler KVKK m. 3 gereğince kişisel verilerin işlenmesidir[37]. Kanun'da da ifade edildiği üzere veriler üzerinde otomatik ya da otomatik olmayan yollarla gerçekleştirilecek her türlü işlem kişisel verilen işlenmesi olarak kabul edilecektir. Özellikle yeşil kira ya da yeşil bina sertifikasının elde edilebilmesi ya da bazı portföylerden yatırım alabilmek için tüketim değerlerinin şeffaflık içerisinde izlenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Verilerin kamu sektörü veya özel sektörde faaliyet gösteren bir tüzel kişi ya da gerçek kişi tarafından işlenmesi mümkündür.

Kiraya verenin, bu türden kişisel verileri elde etmek ve işlemek için kiracıdan izin almasının gerekli olup olmadığı da ayrıca değerlendirilmelidir. KVKK m. 5/I uyarınca kişisel verilerin işlenebilmesi için kural olarak ilgili kişinin açık rızasının bulunması gerekmektedir. Ancak aynı maddenin ikinci

---

[35] Kişisel veri, KVKK m. 3'te "*belirli ya da belirlenebilir nitelikteki bir kişiye ilişkin her türlü bilgi*" şeklinde tanımlanmıştır. Verinin, kişisel veri olarak kabul edilebilmesi için bir kişiye ilişkin olması ve bu kişinin belirli ya da belirlenebilir olması gerekmektedir. KVKK kapsamında korunacak kişinin yalnızca gerçek kişiler olması gerektiğine dair detaylı açıklamalar için bkz. KÜZECİ Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, 4. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 362 vd.

[36] KVKK m. 3'te veri sorumlusu "*kişisel verilerinin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi*" olarak, veri işleyen ise "*veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır. Örneğin, kiracısının enerji tüketim verilerini toplayan kiraya veren veri sorumlusu olarak kabul edilebilir.

[37] Kişisel verilerin işlenmesi KVKK m. 3'te, "*kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem*" şeklinde tanımlanmıştır.

fıkrasının c bendinde, bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olduğu durumlarda ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerin işlenebileceği düzenlenmiştir. Kişisel verilerin işlenmesinin sözleşmenin ifası için gerekli olup olmadığının tespitinde işleme amacı, sözleşmenin hükümleri ve kapsamı birlikte değerlendirilmelidir. Sözleşmenin kurulması ya da ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olma o sözleşmenin kurulması ya da ifası için zorunlu olan bilgilerin işlenmesini ifade eder. Kira süresince atık üretim ve enerji tüketim değerlerinin belirli bir değerin altında tutulması ve bu değerlerin kiraya veren tarafından kaydedilmesi ya da raporlanmasına ilişkin kira sözleşmesine eklenecek hükümlerin sözleşmenin ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olduğu söylenebilir. Dolayısıyla bu tarz yeşil hükümler bakımından kiracının açık rızasını almayı gerektiren bir durum bulunmamakla birlikte kiraya veren, kişisel verileri işlerken genel ilkelere uymalıdır[38]. Bununla birlikte kiraya veren, KVKK m. 10 gereğince veri sorumlusu sıfatıyla aydınlatma ve m. 12 uyarınca veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmelidir[39]. Şeffaflık ilkesi gereğince aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken ilgili kişiyle paylaşılacak olan bilginin anlaşılır, kolayca erişilebilir ve sade bir dille hazırlanmış olması gerekmektedir[40]. Örneğin, kiralanan taşınmaza ilişkin yeşil bina ya da yeşil kira sertifikası elde edilebilmesi amacıyla, kiracının atık üretim ve enerji tüketim değerlerinin her yıl sonunda raporlanacağı, sürdürülebilirliğin desteklenmesi ve karbon ayak izinin tespiti için gerekli verilerin taraflarca paylaşılacağı, verilerin elde edilmesinde otomatik ya da başkaca ölçüm cihazlarının kullanılacağı, elde edilen verilerin yatırımcı kurumlarla paylaşılacağı ve KVKK m. 11 gereğince ilgili kişinin sahip olduğu haklara riayet edileceği gibi bir hükme kira sözleşmesinde yer verilebilir[41].

---

[38] Bu ilkeler hakkında detaylı bilgi almak için bkz. YÜCEDAĞ Nafiye, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler", **KVKD**, C. 1, S. 1, 2019, s. 47-63.

[39] POLATER Salih, "Kişisel Verilerin Reklam Amaçlı İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri", **KVKD**, C. 1, S. 1, s. 15; YÜCEDAĞ Nafiye, "Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri", **İÜHFM**, C. LXXV, S. 2, 2017, s. 777.

[40] AŞIKOĞLU Şehriban İpek, "Veri Sorumlularının Aydınlatma Yükümlülüğü-Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda-", **KVKD**, C. 1, S. 2, 2020, s. 44. Veri sorumlusunun, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ilgili kişiye vermesi gereken bilgiler KVKK m. 10'da veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, işlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabileceği, kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi, 11'inci maddede sayılan diğer hakları şeklinde belirtilmiştir.

[41] ZIA, s. 26.

Yeşil kira sertifikasının edinimi ya da başka bir amaçla yeşil hükümler çerçevesinde elde edilen verilerin üçüncü bir kişiye aktarılması gerekebilir. KVKK m. 8/II (a) bendi gereğince verilerin yurtiçinde aktarılabilmesi için kiracının açık rızasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Yurt dışına aktarılacak veriler için ise verilerin aktarılacağı ülkede yeterli korumanın bulunması ya da yeterli korumanın bulunmaması durumunda Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurulun izninin bulunması kaydıyla kiracının açık rızası aranmayacaktır.

## III. YEŞİL HÜKÜMLER ÖZELİNDE KİRA SÖZLEŞMELERİNDE TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

### A. Genel Olarak

TBK m. 299'da "*Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanılmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*" şeklinde tanımlanmıştır. Ürün kirası sözleşmesi bir tarafa bırakılırsa kira sözleşmesi, kiraya verenin kiralananın kullanımını kiracıya bırakmayı, kiracının da bunun karşılığında kira bedelini ödemeyi üstlendiği, sürekli borç ilişkisi doğuran, tam iki tarafa borç yükleyen, rızai bir sözleşmedir[42].

Kira sözleşmesinin konusunu kullanmakla tükenmeyen şeyler oluşturur[43]. Kullanmakla tükenmeyen bir şeyin sürdürülebilirliğin ilgi alanına girmesi ilk bakışta anlamsız görülebilir. Ancak bu noktada kira sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi doğurması kira sözleşmesi ve sürdürülebilirlik arasındaki ilişkiyi kurar.

Kira sözleşmesinde tarafların hak ve borçlarına baktığımızda ise kiraya verenin borçları olarak TBK m. 301'de kiralananı sözleşmede öngörülen kullanma amacına uygun teslim ve sözleşme süresince bu halde bulundurma borcu, m.

---

[42] DOĞAN Murat, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, (Ed. ÖZ Turgut), 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 195; İNCEOĞLU Murat, **Kira Hukuku Cilt 1**, 1. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 8; GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi**, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 5; GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Özel Hükümler, Cilt 1**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 232; ARAL Fahrettin / AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 15. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 262; ACAR Faruk, **Kira Hukuku Şerhi, (TBK m. 299-332)**, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, TBK 299 N. 4; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 415; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 361.

[43] GÜMÜŞ, Kira, s. 33; DOĞAN, s. 195.

302'de vergi ve benzeri yükümlülükleri yerine getirme borcu, m. 303'de yan giderlere katlanma borcu[44], m. 304 vd. ayıplardan sorumluluk, m. 309'da zapttan sorumluluk halinin düzenlendiği görülmektedir. Kiracının borçlarına baktığımızda ise TBK m. 313'de kira bedelini ödeme borcu, m. 316'da özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcu, m. 317'de temizlik ve bakım giderlerine katılma borcu, m. 318'de ayıpları bildirme borcu, m. 319'da ayıpların giderilmesi ya da zararların önlenmesine yönelik çalışmalara katlanma borcu ve kiralananın gösterilmesine katlanma borcu düzenlenmiştir. Söz konusu bu hak ve borçlara ek olarak Kanun'da m. 320 vd. kira sözleşmesindeki bazı özel durumlara ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Burada yer alan düzenlemelerden de özellikle TBK m. 320 ve 321'de yer alan kiralananda yenilik ve değişiklik yapılması durumu kira sözleşmesinde sürdürülebilirliğin sağlanabilmesi için önemlidir.

Çalışmanın bu aşamasında kira sözleşmesinde belirlenecek yeşil hükümler bakımından hangi hususlara dikkat edilmesi gerektiği ve yukarıda bahsettiğimiz düzenlemelerden hangilerinin uygulama alanı bulabileceğini inceleyeceğiz.

### B. Yeşil hükümlerin Kiraya Verenin Borçları Bakımından Değerlendirilmesi

Kiraya veren TBK m. 301 gereğince kiralananı sözleşmede kararlaştırılan amaca uygun bir durumda teslim etmek ve kira süresince de bu durumda bulundurmakla yükümlüdür[45]. Kiralananın kullanımı, kullanım amacı ve kullanım şekli olmak üzere iki ayrımdan oluşur. Kullanım amacı, kiralanan taşınmazın ne için kullanıldığıyla ilgilidir. Örneğin, kiralananın ofis, depo veya konut olarak kullanılması kullanım amacıdır. Kullanım şekli ise kiralanan taşınmazın nasıl kullanılacağıyla ilgilidir. Kullanım şekli bakımından çeşitli ayrımlar söz konusudur. Bunlar kullanım zamanı (kiralananın gündüz veya gece kullanımı), kullanıcı çevresi (kiralananda yaşayacak kişi sayısı), kullanım süresi (kiralananın hangi süreyle kullanılacağı), kullanım yoğunluğu (her gün üç saatlik süreyle musiki aletlerinin çalınması), kullanım yeridir (kiralanan yiyecek otomatının üniversitede kullanılması)[46].

---

[44] Konut ve çatılı iş yerleri bakımından aksine bir anlaşma olmadıkça yan giderlere kiracının katlanacağı TBK m. 341'de düzenlenmiştir.

[45] Söz konusu düzenleme nisbi emredici niteliktedir. ZK-HIGI/BÜHLMANN, OR 256 N. 4.

[46] KAHRAMAN Zafer, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Cilt 6, 7, 8**, (Ed. ÖZ Turgut / ACAR Faruk / GÖKYAYLA Emre / DEVELİOĞLU Murat), Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul, 2019, TBK 301 N. 14; ZK-HIGI/BÜHLMANN, OR 256 N. 11, 12; ACAR, TBK 301 N. 34, 35.

Kiralanan taşınmazın kira süresince varsayılan kullanıma uygun halde bulundurulması kiraya verenin yükümlülüğünü yerine getirmesi için yeterli olacaktır. Varsayılan kullanım taraflar arasında bir düzenleme bulunması halinde buna göre belirlenecektir. Şayet taraflar arasında özel bir düzenleme bulunmuyorsa varsayılan kulanım olağan kullanıma göre belirlenir[47]. Kullanım amacı ve şekline ilişkin bir anlaşmanın varlığını iddia eden iddiasını ispat etmekle yükümlüdür[48].

Kira sözleşmesini, yeşil kira sözleşmesi haline getirecek yeşil hükümler eklemeden önce sözleşmeye tarafların, doğal kaynakların ve iklimin gelecek nesillerin yararına korunması konusundaki sorumluluklarının bilincinde olduğu ve kira süresince mümkün olduğunca sürdürülebilir kriterlere uyulacağına yönelik genel bir hükme yer verilebilir. Yine tarafların kiralananın kullanımında kaynakları ve enerjiyi idareli ve ekonomik kullanmak, emisyonlardan kaçınmak konusunda mümkün olan en sürdürülebilir şekilde iş birliği yapacağı belirtilebilir[49]. Böylelikle kiraya verenin TBK m. 301 kapsamındaki borcu biraz daha somutlaştırılmış olacak varsayılan kullanımın da içeriği belirlenmiş olacaktır.

Kira sözleşmesinde yukarıda bahsettiğimize benzer bir hükme yer verilmesi durumunda TBK m. 301'e göre kiraya veren, kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince sürdürülebilirliğin sağlanabilmesi için gerekliliklerini yerine getirmekle yükümlü olacaktır.

Tarafların kira sözleşmesinde sürdürülebilirliğin nasıl sağlanacağı konusunda daha somut hükümlere yer vermesi mümkündür. Örneğin, kiralanan bir taşınmazda kira süresince sürdürülebilirliğin sağlanabilmesi kiracının toplu ya da elektrikli ulaşım araçları kullanmasıyla da gerçekleştirilebilir. Kiraya verenin yeterli sayıda bisiklet park yeri hazırlaması, elektrikli araçlar için şarj istasyonlarının kurulması bu kapsamda değerlendirilebilir. Taraflar kira sözleşmesine kiralananın sürdürülebilir kullanım ve yönetime yönelik altyapısal entegrasyonu için bisiklet kullanımı için ücretsiz kapalı ve hırsızlığa karşı korumalı park yerleri sağlanacağına, kira süresince elektrikli şarj istasyonunun faal olacağına yönelik bir anlaşma yapabilirler[50]. Taraflar atık

---

47 ZK-HIGI/BÜHLMANN, OR 256 N. 16.

48 ACAR, TBK 301 N. 51; KAHRAMAN, TBK 301 N. 21.

49 ZIA, s. 19.

50 ZIA, s. 22.

ayrıştırma konteynerlerinin ve yağmur sularının toplanması için depo bulunması, taşınmazda demirbaş olarak bulunan beyaz eşyaların ve aydınlatma aletlerinin enerji tasarruflu olması gibi hususlarda anlaşma sağlayabilir[51].

Kiraya verenin bu yükümlülüğü sadece kiralananın maddi nitelikleriyle ilgili bir husus da değildir. Kiraya verenin kusurunun bulunmadığı ve kiralananda maddi bir değişikliğin gerçekleşmediği durumlarda da sorumluluğu söz konusu olabilir. Örneğin, bahçesinde organik tarım yapılması amacıyla müstakil evini kiraya veren bir kimse daha sonradan maliki olduğu komşu taşınmazını kimyasal üretim faaliyetlerinde bulunan başka bir kimseye kiralarsa zarara uğrayan ilk kiracıya karşı kiralananı sözleşme süresince sözleşmede öngörülen kullanmaya elverişli halde bulundurma borcunu gereği gibi yerine getirmediğinden ötürü sorumlu olacaktır.

TBK m. 301'e aykırı davranış halinde iki tür borç ihlali ortaya çıkmaktadır. İlk olarak kiralananın teslim borcunun ifa edilmemesi temerrüt veya ifa imkansızlığına sebebiyet verecektir. İkinci olarak kiralanan yer kullanmaya elverişli biçimde teslim edilmemişse ya da elverişli biçimde teslim edilmiş ancak daha sonradan kullanmaya elverişsiz bir hale gelmişse kiraya veren, TBK m. 304 vd. yer alan ayıbı üstlenme borcu nedeniyle kiracıya karşı sorumlu olacaktır[52]. Örneğin, kiraya verenin bozulan bir beyaz eşya yerine yenisini alması gerekiyorsa eşyanın enerji tasarruflu olanının tercih edilmesi gerekmektedir.

### C. Yeşil Hükümlerin Kiracının Borçları Bakımından Değerlendirilmesi

Kiracının TBK m. 316 kapsamındaki özen borcu yeşil kira sözleşmelerinde başlangıç noktası olarak kabul edilebilir[53]. TBK m. 316/I, ürün kirasına ilişkin TBK m. 364'te özel bir düzenlemeye yer verilmesi sebebiyle ürün kirası hariç tüm kira ilişkileri bakımından uygulama alanı bulan bir düzenlemedir[54]. Söz konusu düzenlemede kiracı için sözleşmeye uygun kullanım yükümü, özen yükümü ve komşulara saygılı davranma yükümü olmak üzere üç tür yükümlülük öngörülmektedir.

---

51 Çeşitli örnekler için bkz. ZIA, s. 28 vd.

52 YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 444; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 390; ACAR, TBK 301 N. 11.

53 FRIEDEMANN, s. 466.

54 TBK m. 316/II ve III'te yer alan düzenlemeler ise konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkindir. ACAR, TBK 316 N. 1.

Kira sözleşmesini, yeşil kira sözleşmesi haline getirecek yeşil hükümler eklemeden önce sözleşmeye tarafların, doğal kaynakların ve iklimin gelecek nesillerin yararına korunması konusundaki sorumluluklarının bilincinde olduğu ve kira süresince mümkün olduğunca sürdürülebilir kriterlere uyulacağına yönelik genel bir hükme yer verilebilir. Yine tarafların kiralananın kullanımında kaynakları ve enerjiyi idareli ve ekonomik kullanmak, emisyonlardan kaçınmak konusunda mümkün olan en sürdürülebilir şekilde iş birliği yapacağı belirtilebilir[55]. Söz konusu hükme benzer bir hükme kira sözleşmesinde yer verilmesi TBK m. 316'ya göre kiracının kiralananı sözleşmeye uygun olarak kullanma yükümlülüğünü somutlaştıracaktır. Kiracı böylece kiralananı sürdürülebilirliği destekleyici şekilde kullanmakla yükümlü olacaktır[56].

Sözleşmeye uygun kullanımdan ne anlaşılması gerektiği ayrıntılı bir şekilde tanımlanmamıştır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki sözleşmeye uygun kullanım ile özenli kullanımın kapsamı her durumda benzerlik göstermemekle birlikte çoğu zaman yan yana ilerler[57]. Kiracı, kiralananı sözleşmeye uygun olarak özenli şekilde kullanmakla yükümlüdür[58].

Sözleşmeye uygun kullanım, kiralananın kullanım amacı ve kullanım şekilleri göz önünde bulundurulmak suretiyle sözleşmede taraflar kararlaştırılan içeriğe göre belirlenir. Sözleşmede konuya ilişkin hükümlere yer verilmemiş olması durumunda sözleşmeye uygun kullanım, alışılagelmiş kullanım olarak kabul edilecektir. Diğer bir deyişle alışılagelmiş kullanımın sözleşmeyle taraflarca sınırlandırılması mümkündür. Örneğin, kiralananın bulunduğu taşınmazda ortak bir yıkama tesisi imkânı mevcutsa, kiralananda çamaşır yıkanması yasaklanabilir[59]. Tarafların kiralananın sürdürülebilir kullanımı konusunda bir anlaşmaya varması halinde kiracı, kiraya verenin kiralananda sürdürülebilirlikle ilgili aldığı önlemleri bertaraf edecek nitelikte bir eylemde bulunamayacak ya da gerekli eylemlerden kaçınamayacaktır. Örneğin, kiracının soğuk havalarda ısıtma tesisatı açık haldeyken taşınmazın

---

55 ZIA, s. 19.

56 Söz konusu düzenleme nisbi emredici niteliktedir. Kiracıdan sözleşmeye uygun şekilde kullanma borcunu yerine getirmesinden daha fazlası istenemez. Ancak sözleşmeye uygun kullanımın kapsamını taraflar kendi aralarında kararlaştırabilir. ZK-HIGI/BÜHLMANN, OR 257f N. 8.

57 Acar, TBK 316, N. 10.

58 ZK-HIGI/BÜHLMANN, OR 257f N. 9.

59 ZK-HIGI/BÜHLMANN, OR 257f N. 11.

camlarını günlerce açık bırakması halinde özen yükümlülüğünün ihlal edildiği söylenebilir[60].

Kiracı, özenle kullanma borcunun gereği olarak, kiralananın iyi bir durumda korunması için gerekli tedbirleri almalıdır. Sözleşmede "özen kaydı" olarak ifade edilebilecek nitelikte özenli kullanımı betimleyen bir hüküm bulunması halinde kiracı buna uymakla yükümlüdür[61]. Sözleşmede bir özen kaydı bulunmamasına karşın tarafların ZIA Sürdürülebilirlik Kuralları, yönetim planı gibi metinlere atıf yapmaları halinde bunlar özenin derecesinin kapsamının belirlenmesinde ölçü olarak dikkate alınacaktır.

TBK m. 317'de özel olarak düzenlenmekle birlikte özenle kullanım kapsamında kiracı kiralananın olağan kullanımının gerektirdiği temizlik ve bakımını yapmalıdır. Ancak bu olağan temizlik ve bakımın nasıl gerçekleştirileceği taraflar arasında bir anlaşma olmaması halinde yerel örf ve adete göre belirlenecektir[62]. İşte bu noktada taraflar kiralananın temizlenmesi bağlamında eşit derecede etkili çeşitli temizlik yöntemlerinden en çevre dostu olanını kullanmaya gayret göstermelidir. Sözleşmede, düzenli bakım ve temizlik için temizlik maddeleri kullanıldığı sürece, taraflar teknik olarak mümkün ve ekonomik olarak makul olduğu ölçüde yalnızca ekolojik olarak zararsız temizlik maddelerini (eko etiketli veya ISO 14024 sertifikasına sahip) kullanacaklardır şeklinde bir hükme yer verilebilir[63]. Bu giderler TBK m. 317 gereği yan gider kapsamı dışında tutulmuş ve kiracıya yüklenmiştir[64]. Kiracı ileride bir mağduriyet yaşamamak adına sürdürülebilir nitelikte bakım ve temizlik giderlerinin neden olduğu ek maliyetleri yalnızca sözleşme

---

60 FRIEDEMANN, s. 466.

61 ACAR, TBK 316, N. 14.

62 ZK-HIGI/BÜHLMANN, OR 257f N. 9; DOĞAN, s. 228. Kiralananın sadece özünün değil, ona dahil olan eşyanın, bütünleyici parçaların ve eklentilerin de özenle kullanılması gerekir. ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 312; Y. 6. HD., E. 6667/2013, K. 10632/2013, T. 18.06.2013 (Kazancı İçtihat Bankası).

63 ZIA, s. 21. Bu gerekliliklere uyulup uyulmadığının tespit ve takibinde kiracının sözleşmeli temizlik ve/veya tesis yönetimi hizmetleri sağlayıcılarından alacağı örneğin, satın alma makbuzları ya da yazılı onaydan yararlanılabilir.

64 SEÇER Öz, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Cilt 6, 7, 8**, (Ed. ÖZ Turgut / ACAR Faruk / GÖKYAYLA Emre / DEVELİOĞLU Murat), Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul, 2019, TBK 317 N. 20. Basit tamiratların olağan bakım ve temizlik giderleri içerisinde yer alıp almadığı ise öğretide tartışmalıdır. Basit tamiratların, olağan bakım ve temizlik giderleri kapsamında yer almadığı, kiracının bu gibi durumlarda bozulan eşyalarla kiracılığına devam edebileceği ya da tamir ettirmek istemesi halinde tamirat giderlerini üstlenmesi gerektiği şeklinde bir görüş için bkz. İNCEOĞLU, C. 1, s. 336. Aksi yönde görüş için bkz. GÜMÜŞ, Kira, s. 111.

süresince ödeyeceği kira bedellerinin toplamının % X'i olan TL tutarına kadar karşılayacağı şeklinde bir hükme sözleşmede yer verebilir. Ancak söz konusu düzenlemenin emredici nitelikte bir düzenleme olmadığı da unutulmamalıdır. Dolayısıyla tarafların aksini kararlaştırması diğer bir deyişle temizlik ve bakım giderlerine kiraya verenin katlanacağı hususunda anlaşmaları ya da örf ve adetin bunu gerektirmesi mümkündür[65].

Kira sözleşmelerinde yan giderlere kimin katlanacağına ilişkin düzenleme ise TBK m. 303'te yer almaktadır. Söz konusu bu düzenlemeye göre yan giderlere kiraya veren katlanacaktır. Ancak konut ve çatılı iş yeri kiraları bakımından yan giderlere kimin katlanacağına ilişkin özel bir düzenlemeye TBK m. 341'de yer verilmiştir.

Kira sözleşmesinin kurulmasından sonra ancak kiralananın tesliminden önce kiracının özen yükümlülüğünü yerine getirme konusunda isteksiz ya da yetersiz olduğu anlaşılıyorsa kiraya veren TBK m. 97 gereğince ödemezlik defini ileri sürerek edimini ifa etmekten kaçınabilir. Bunun yanı sıra kiraya verenin TBK m. 112 vd. yer alan hükümlere başvurması da mümkündür. Kira sözleşmesi sona erdikten sonra özen yükümlülüğünün ihlal edildiğinin anlaşılması halinde ise kiracının tazminat sorumluluğu söz konusu olmaktadır[66]. Kiracının TBK m. 316 bağlamında kira sözleşmesine aykırı davranışlarda bulunması halinde kiraya veren sözleşmenin feshi ve kiralananın iadesi isteminde bulunacaktır. Sözleşmenin feshi ve kiralananın iadesi isteminin kabulü için sözleşmeye aykırılığın doğrudan kiralanın kullanımıyla ilgili olması gerekir[67].

### D. Yeşil Hükümlerin Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapılması Bakımından Değerlendirilmesi

Kiraya verenin kiralananda yenilik ve değişiklik yapmasına ilişkin düzenleme TBK m. 320'de, kiracının kiralananda yenilik ve değişiklik yapmasına ilişkin düzenleme ise m. 321'de yer almaktadır.

---

65 SEÇER, TBK 317 N. 5; İNCEOĞLU, C. 1, s. 334.

66 ZK-HIGI / BÜHLMANN, OR 257f N. 44.

67 Kiralanın doğrudan kullanımıyla ilgili olmayan aykırılıkların sözleşmenin feshi için yeterli olmayacağı ve böyle bir aykırılık nedeniyle açılan sözleşmenin feshi ve kiralananın iadesi istemli davanın tümden reddine karar verilmesi gerekeceğine ilişkin bir görüş için bkz. BURCUOĞLU Haluk, "Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde, Sözleşmeye Aykırılık Nedeniyle Fesih", **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**, C. 8, Sa. Özel, 2013, s. 673.

Yenilik ve değişiklik kavramlarına Kanun'da farklı bir hukuki sonuç bağlanmamakla birlikte öğretide bu kavramların ayrıca tanımlandığı görülmektedir. Ancak yenilik ve değişiklik, yukarıda bahsettiğimiz kiraya verenin sözleşme süresince kiralananı sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun şekilde bulundurma borcu ile kiracının özenle kullanım borcundan farklılık arz etmektedir[68].

Yenilik, kiralananın eskiye nazaran daha iyi ve nitelikli hale getirilmesi faaliyetiyken değişiklik, kiralananın maddi varlığına veya yapısına ilişkin olmak üzere biçiminin ve durumunun eskiye oranla farklı hale getirilmesidir[69]. Örneğin, kiralananın ısı izolasyonlu boyalarla boyanması yenilik, su ısıtmak için kiralananın çatısına güneş enerjisi paneli takılması değişikliktir.

Yenilik ve değişiklik yapılması kiraya verenin inisiyatifinde bir husus olmasına karşın kiraya verenin kiracı yararına yenilik ve değişiklik yapmayı taahhüt etmesi mümkündür[70]. Örneğin kiraya veren, yeşil kira sertifikası edinimi için taşınmazda yer alan tüm armatürlerin su tasarruflu modellerle değiştirileceğini taahhüt edebilir.

### 1. Kiraya Veren Tarafından Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapılması

Kiraya veren tarafından kiralananda gerçekleştirilecek yenilik ve değişikliklere ilişkin düzenleme TBK m. 320'de yer almaktadır. Söz konusu

---

[68] TÜRKMEN Ahmet, "Kiracı Tarafından Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapılması (TBK m. 321), **AÜHFD**, C. 62, S. 1, 2013, s. 223. Kiraya verenin sözleşme süresince kiralananı sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun şekilde bulundurma borcu, kira sözleşmesinin kurulduğu anda kiralananın kullanım amacına uygun verilen taahhütlerin kiralananın teslim anında ve kira süresince bulunacağına yönelik kiraya verene yüklenmiş bir borçtur. TBK m. 319 kapsamında ayıbın giderilmesi ve zararın önlenmesi yoluyla kiralanan şeyin bakımını sağlamak amaçlanmaktadır. TBK m. 320'de ise ayıp henüz mevcut değildir, kiralananda yenilik ve değişiklik kiralanan şeyin değerini korumayı ve arttırmayı amaçlar. Örneğin, kiralananda yer alan eski tip kombinin ısı verimli bir kombiyle değiştirilmesi yenilik ve değişiklik olarak değerlendirilirken eski tip kombinin arızalanması durumunda yeni bir kombiyle değiştirilmesi ayıbın giderilmesi olarak kabul edilecektir. Kiracının özenle kullanım borcu da benzer şekilde kira sözleşmesinin kurulduğu andaki haliyle kiralananın kiracı tarafından özenle kullanılması, olağan bakım ve temizliğinin yapılmasına yönelik kiracıya yüklenmiş bir borçtur. Kiracının bu kapsamda gerçekleştirmiş olduğu eylemler yenilik ve değişiklik olarak değerlendirilmeyecektir. ACAR, TBK 320, N. 6; ÖKTEM-ÇEVİK, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Cilt 6, 7, 8**, (Ed. ÖZ Turgut / ACAR Faruk / GÖKYAYLA Emre / DEVELİOĞLU Murat), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, TBK 320 N. 3.

[69] YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 601. Yenilik ve değişikliğin düzenlemede özdeş anlamda kullanıldığı da öğretide ifade edilmektedir. ÖKTEM-ÇEVİK, TBK 320 N. 4.

[70] ACAR, TBK 320 N. 5.

düzenlemenin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır[71]. Kiracı, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra ve sona erme anına kadar kiralanan taşınmazda yenilik ve değişiklik yapılmasına katlanmakla yükümlü kılınmıştır. Yenilik ve değişikliğin kiracıdan katlanmasının beklenebileceği bir düzeyde olması ve kira sözleşmesinin feshini gerektirecek boyutta olmaması gerekir. Kiraya veren bu yenilik ve değişiklikleri yaparken kiracının menfaatlerini de gözetmelidir. Kiraya verenin, kiralananda yenilik ve değişiklik yapabilmesi için aranan şartlar aslında bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Zira bu şartların temelinde dürüstlük kuralı yer almaktadır[72].

Öncelikle yenilik ve değişiklik yapılırken, söz konusu yenilik ve değişikliğin kiracı tarafından beklenebilir olması gerekmektedir. Yenilik ve değişikliğin kira sözleşmesinin feshini gerektirecek boyutta olmaması beklenebilirliğin ölçüsü olarak karşımıza çıkarken, kiracının menfaatlerinin gözetilmesi gerekliliği ise beklenebilirliği sağlamanın yoludur. Yenilik ve değişikliğin kiracı tarafından beklenilebilir olduğunu kiraya veren ispat etmekle yükümlüdür[73].

Yenilik ve değişikliğin kira sözleşmesinin feshini gerektirecek boyutta olmaması gerekir. Kira sözleşmesinin mutlaka feshedilmiş olması bir şart olarak aranmamakta beklenebilirliğin tespiti açısından kullanılabilecek ölçütlerden biri olarak sunulmaktadır. Kira sözleşmesinin feshini gerektirecek boyuttan kast olunandan ne anlaşılması gerektiği konusunda ise TBK m. 350/II'de yer alan düzenleme yol gösterici nitelikte olacaktır. Buna göre kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesinin gerekli ve bu işler sırasında da kiralananın kullanımının imkânsız olduğu durumlar halinde kiraya veren TBK m. 350/II uyarınca kira sözleşmesinin türüne bağlı sürelere uyarak sözleşmeyi fesih imkanına sahip olacaktır. O halde kiraya veren bu boyutta bir değişiklik yapma arzusu içerisindeyse kiracının TBK m. 320/I çerçevesinde yenilik ve değişikliklere katlanma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kiraya veren TBK m.

---

71 Öğretide yer alan bir görüşe göre düzenlemenin her iki fıkrası da nisbi emredici niteliktedir. İNCEOĞLU, C. 1, s. 452. Diğer bir görüşe göre ise ilk fıkrada yer alan düzenleme nisbi emredici nitelikteyken, ikinci fıkrada yer alan düzenleme mutlak emredici niteliktedir. ÖZTAŞ İlker, **Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapılması**, Yetkin Yayınevi, 1. Bası, Ankara, 2016, s. 43; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 600.

72 Mehaz Kanun olan ZGB Art. 260/I'de yer alan "*kira sözleşmesi feshedilmişse*" ibaresinden hareketle öğretide bazı yazarlar kiraya verenin, kiralananda yenilik ve değişiklik yapabilmesi için kira sözleşmesini feshetmiş olması gerektiğini ifade etmektedir. GÜMÜŞ, Kira, s. 175; ÖKTEM-ÇEVİK, TBK 320 N. 13.

73 ACAR, TBK 320, N. 16; ÖKTEM-ÇEVİK, TBK 320 N. 7.

350/II uyarınca öngörülen sürelere uyarak tahliye davası açmalı ve tahliye gerçekleştikten sonra yenilik ve değişiklikleri yapmalıdır[74].

Kiraya veren, kiracının menfaatlerini gözeterek yenilik ve değişikliğin kapsamı, zamanı ve türü hakkında kendisini bilgilendirmeli ve kiracının kiralananı kullanımını en az etkileyecek şekilde yenilik ve değişiklikleri gerçekleştirmelidir. Örneğin, taşınmazda yer alan armatürlerin su tasarruflu olanlarla değiştirilmesinde aynı gün içinde değişim mümkün olmasına rağmen kiraya verenin her armatür değişimi için farklı gün belirlemesi halinde kiracı ayıplı ifaya ilişkin yasal haklarını kullanabilecektir[75].

Sürdürülebilirlik çerçevesinde kiraya veren tarafından kiralananda yenilik ve değişiklik yapılması halinde ekonomik maliyetlere katlanması gereken kişi çoğunlukla kiraya veren olurken kiracının ise bu değişiklikler sonucunda masraflarının azaldığı görülmektedir. Zira kiralananın sürdürülebilir kullanılması için yapılan yenilik ve değişikliklere bakıldığında çoğu zaman beyaz eşyaların ve aydınlatma sistemlerinin enerji tasarruflu olarak değiştirilmesi, tasarruflu su armatürlerinin takılması, bina izolasyonunun yapılması gibi kiracının tüketim değerlerini düşürecek maliyetlerini azaltacak yenilik ve değişiklikler yapıldığı görülmektedir. Kiraya verenin bu gibi yenilik ve değişiklikleri yapması için teşvik edici düzenlemelere yer verilmesi kira hukukunda sürdürülebilirliğin sağlanabilmesinde çok önemlidir. TBK'da yer alan düzenlemelere bakıldığında ise kiraya verenin, yenilenme ya da değiştirilme sonucunda değeri artan kiralanana ilişkin kira bedelinin artırılmasını talep etmesi bir yana TBK m. 320/II'de kiracının kira bedelinin indirilmesini ve uğradığı zararının giderilmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. Kiracıya tanınan bu hakların dayanağını öğretide yer alan bir görüş fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi[76], diğer bir görüş ise kiraya verenin ayıptan sorumluluğuna ilişkin TBK m. 307 ve 308'de yer alan düzenlemeler olduğunu ileri sürmektedir[77].

Kiraya verenin yapmış olduğu yenilik ve değişiklikler neticesinde değeri artan kiralananın kira bedelinin artırılmasına yönelik bir düzenlemeye

---

74 YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 603; ÖZTAŞ, s. 17; ACAR, TBK 320, N. 21.

75 HIGI Peter / WILDISEN Christoph, **ZK - Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Miete Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253-273c OR), Art. 253-265 OR**, 5. Auflage, Schulthess, Zürich, 2019, OR 260 N. 35; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 607.

76 GÜMÜŞ, Kira, s. 179.

77 ÖZTAŞ, s. 106; İNCEOĞLU, C. 1, s. 467.

TBK'da yer verilmemiştir. Bu gibi durumlarda kira bedelinin artırılması ilk bakışta mümkün gözükmemekle birlikte konut ve çatılı işyeri kiralarında TBK m. 344/II ve III'de yer alan düzenlemeyle kira bedelinin artırılması belirli şartlar dahilinde olası hale gelebilir. Söz konusu düzenleme gereğince kiraya veren rayiç bedelin tespiti istemi ile kiralananda yaptığı yenilik ve değişikliklerin karşılığını bir nebze olsun talep etme imkanına kavuşmaktadır[78]. Kiralananda yenilik ve değişiklik yapılması halinde uyarlama imkanından yararlanmanın da mümkün olup olmadığı öğretide tartışmalıdır[79].

Kanaatimizce Türk Hukuku'nda yer verilen söz konusu düzenlemeler kira hukukunda sürdürülebilirliğin sağlanabilmesi için yetersizdir. Bu noktada Alman Hukuku'nda öngörülen bazı dikkat çekici düzenlemelere bakmakta fayda bulunmaktadır.

Alman Hukuku'nda yeşil kira sözleşmelerine yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kira sözleşmelerinde sürdürülebilirliği sağlamaya yönelik çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelerin başında da kiralananda gerçekleştirilecek yenilik ve değişikliklere yönelik BGB § 555b-555f arasında yer alan düzenlemeler ile bu yenilik ve değişiklikler sonucunda kira bedelinin artırılmasına ilişkin § 559'da yer alan düzenleme gelmektedir[80]. Alman Hukuku'nda yenilik ve değişiklik kavramları yerine modernizasyon

---

[78] Kira bedelinin belirlenmesinde göz önüne alınacak ölçütler için bkz. GÖKYAYLA Emre, "Türk Borçlar Kanunun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi", **BÜHF-KHHD**, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 36, 37; ÖKTEM-ÇEVİK Seda, "Türk Borçlar Kanunu m. 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi", DEÜHFD, C. 24, S. 1, 2022, s. 39 vd; TBK m. 344'de öngörülen ölçütlerin üzerinde kararlaştırılan kira bedelinin hukuki akıbeti hakkında bilgi almak için bkz. AKDİ Murat, "Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinde Sözleşme İlişkisi Devam Ederken Tarafların TBK m. 344 Hükmündeki Sınırlamayı Aşarak Belirledikleri Yeni Kira Bedeline Uygulanacak Hükümler", **SHD**, C. 11, S. 1, s. 377 vd.; İNCEOĞLU, C. 1, s. 464. TBK m. 364/II gereğince kira bedelinde üst limit TÜFE oniki aylık ortalamalar dikkate alınarak belirlenecektir. TBK m. 364/III'e göre de TÜFE oniki aylık ortalamaları dikkate alınmakla birlikte kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri de kira bedelinin belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Diğer bir deyişle bu durumda TÜFE doğrudan üst limiti teşkil etmemektedir. ACAR, TBK 320, N. 28.

[79] Yenilik ve değişikliğin kira bedeline etki etmeyeceğini aksi takdirde sözleşmeye bağlılık ilkesinin zedeleneceği yönündeki görüş için bkz. ACAR, TBK 320 N. 28. Benzer yönde bir görüş için bkz. İNCEOĞLU, C. 1, s. 465. Aksi yönde görüş için bkz. ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 298.

[80] BGB § 578'de yer alan düzenlemede § 555a 1-3, §§ 555b, 555c 1-4, § 555d 1-6, § 555e 1,2 ve § 555f'de yer alan düzenlemelerin hem konut hem de iş yeri kiraları için uygulanacağı belirtilmiştir. EISENSCHMID Norbert, **Schmidt-Futterer Mietrecht**, (Hrsg. BÖRSTINGHAUS Ulf), 16. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2022, BGB § 555b N. 7.

önlemleri (Modernisierungsmaßnahmen) terimi tercih edilmiştir. Aynı üst başlık altında BGB §555a'da düzenlenen yapısal muhafaza önlemleri (Erhaltungsmaßnahmen) ise yenileme ve değişiklikten ziyade TBK m. 301 çerçevesinde kiraya verenin sözleşme süresince kiralananı sözleşmede öngörülen kullanma amacına uygun biçimde bulundurma borcuna karşılık gelmektedir.

Her ne kadar yeşil kira sözleşmesine yönelik yasal bir düzenlemenin Alman Hukuku'nda mevcut olmadığını ifade etsek de özellikle BGB § 555b (1, 2, 3 ve 4)'ün doğrudan kiralananda sürdürülebilirliğin sağlanmasına hizmet ettiği söylenebilir. Zira sürdürülebilirliğin sağlanabilmesi için modernizasyon önlemlerinin kalıcı nitelikte olması gerekmektedir. Söz konusu düzenlemede kiralanan taşınmazın modernizasyonu için ne gibi önlemler alınabileceği, önlemlerin kapsamı ve bu önlemlerle nelerin amaçlanabileceği sıralanmıştır. Bu önlemler; 1. Kiralanan taşınmaza ilişkin nihai enerjiden kalıcı şekilde tasarruf edilmesi (enerji modernizasyonu), 2. Enerji verimliliği modernizasyonunun 1 numaradaki önleme göre gerçekleştirilmemiş olması halinde, yenilenemeyen birincil enerjiden kalıcı şekilde tasarruf edilmesi veya iklimin sürdürülebilir bir şekilde korunması, 3. Su tüketiminin kalıcı şekilde azaltılması, 4. Kiralanan taşınmazın kullanılabilirliğinin kalıcı bir şekilde artırılması, 4a. Kiralanan taşınmazın ilk kez fiber optik bağlantıyla Telekommunikationsgesetzes § 3 (33)'de tanımlanan çok yüksek kapasiteli bir kamu ağına bağlanması, 5. Genel yaşam koşullarının iyileştirilmesi, 6. Modernizasyon önlemleri kiraya verenin sorumlu olmadığı bir durumdan ortaya çıkmamalı ve § 555a'ya göre yapısal muhafaza önlemleri kapsamında yer almamalıdır 7. Yeni bir oturum alanı yaratılmasıdır.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki modernizasyon önlemleri kiralananın bakımı ya da onarımına hizmet etmemektedir. Diğer bir deyişle modernizasyon kiralananın kira süresince amacına uygun şekilde kullanımını sağlama ya da kiralananda ortaya çıkan ayıpların giderilmesine ilişkin değildir. Keza kiralanan taşınmaz haricinde binanın dış cephesinin güzelleştirilmesi, bahçesinde yer alan metruk binaların yıkımı gibi durumları da kapsamaz[81].

BGB §555b düzenlemesi üzerinden kiralananda sürdürülebilirliği sağlamaya yönelik alınabilecek önlemlere baktığımızda Kanunkoyucunun mümkün olan en kapsamlı şekilde taşınmazın enerji verimli şekilde yeni-

---

[81] SCHLOSSER Anne, **BeckOK BGB, Recht der Schuldverhältnisse**, **Buch 2**, (Hrsg. Hau, Wolfgang / Poseck, Roman), 67. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2023, BGB § 555b, N. 6; EISENSCHMID, BGB § 555b N. 4.

lenmesi arzusu içinde olduğu görülmektedir. Sürdürülebilirliği sağlamanın ekonomik maliyetler doğuracağı da unutulmamalıdır. Bu ekonomik maliyetlerin kimin tarafından karşılanacağı ve yenileme sürecinde maruz kalınması muhtemel olumsuzluklara katlanma hususunda Kanunkoyucu kiracı ve kiraya verene bazı yükümlülükler öngörmektedir. BGB §555d'de yer alan düzenleme kiracının modernizasyon önlemlerine katlanma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Kanunkoyucu modernizasyon maliyetlerinin kiracı ve kiraya veren arasında paylaştırılması bakımından ise BGB § 559'da nihai ve birincil enerjiden tasarrufu arasında ayrım yapmaktadır[82].

BGB § 555b (1) kapsamında nihai enerji tasarrufuna yönelik önlemler kiracı için de mali faydalar sağladığından BGB § 559 kapsamına dahil edil-

[82] Kanun'da nihai enerji (*Endenergie*) ile kastedilen aslında kiracı tarafından kullanılabilir faydalı enerji ve sistem kayıplarından ibarettir. Nihai enerji, binada ısı transferi, dağıtımı, depolanması ve üretimi sırasında sistem teknolojisinin kayıpları da dahil olmak üzere faydalı enerjiden oluşur. Faydalı enerji sadece tüketim noktasında belirli bir enerji hizmeti için gerekli olan enerji anlamına gelirken, nihai enerji sistemlerin çalışmasıyla birlikte gerekli olan ek harcamaları kaydeder. Isınma üzerinden değerlendirecek olursak; nihai enerjinin belirlenmesi, hedeflenen ısıyı elde etmek için ısıtma sistemine ne kadar toplam enerji girilmesi gerektiğinin dikkate alınmasını gerektirir. Kayıplar ne kadar az tutulursa, bir ısıtma sisteminin verimliliği de o kadar yüksek olur. Örneğin, kiralananda yıllık verimliliği %70 olan eski bir ısıtma sistemi kullanılıyorsa, bu kullanılan enerjinin %70'inin faydalı enerji olarak kullanıldığı ve %30'unun kaybolduğu anlamına gelir. Sürdürülebilir olmayan bu ısıtma sistemi, yıllık verimliliği %90 olan yeni bir ısıtma sistemi ile değiştirilirse, enerji kaybının azaltılması ısıtma malzemesinden ve dolayısıyla nihai enerjiden tasarruf edilmesini sağlar. Diğer bir deyişle ısı kaybı minimum düzeye indirildiğin kiralananın ısıtılması için yıllık ihtiyaç duyduğu enerji miktarı da azalmış olur. ARTZ Markus, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht-Besonderer Teil II, §§ 535-630h**, 9. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2023, BGB § 555b N. 5; BeckOK-SCHLOSSER, BGB § 555b N. 10; EISENSCHMID, BGB § 555b N. 16. Birincil enerji (Primärenergie), kömür, petrol, gaz, güneş ve rüzgâr gibi doğal olarak oluşan bir enerji biçimi veya enerji kaynağıdır. Rüzgar ve güneş gibi kaynaklardan üretilen enerji yenilenebilir birincil enerji olarak adlandırılırken kömür, petrol ve gaz gibi kaynaklardan üretilen enerji yenilenemeyen birincil enerji olarak adlandırılmaktadır. Yenilenemeyen birincil enerji tasarrufları ve iklim korunmasına yönelik modernizasyon önlemleri BGB § 555b (2) kapsamındadır. Yenilenemeyen birincil enerjiden tasarruf çoğu zaman nihai enerjiden de tasarrufa sebebiyet verir. Birincil enerjiyle birlikte nihai enerji tasarrufunun da söz konusu olduğu durumlarda BGB § 559 gereğince kira bedelinin artırılması talep edilebilir. EISENSCHMID, BGB § 555b N. 56, 65. Birincil enerji tasarruflarında ya da iklimin korunmasına yönelik yapılan modernizasyonlarda modernizasyon sonucunda kiracının ekonomik bir fayda sağlamış olması gerekmez. Bu sebeple bu tür önlemler sonucunda BGB § 559 gereğince kira bedelinin artırılması talep edilemez. Ancak bu gibi önlemler bakımından da kiracının katlanma yükümlülüğü devam etmektedir. Örneğin, kömürle ısınılan kiralanana ısı pompasının kurulumu, pompanın yararlandığı enerjinin termik santrallerden karşılanmadığı durumda kiracı açsısından ekonomik bir fayda sağlamamasına karşın iklimin korumasına hizmet ettiğinden BGB § 555b (2) kapsamında değerlendirilebilir. EISENSCHMID, BGB § 555b N. 64.

miştir[83]. Nihai enerji tasarrufu önlemleri, enerji pencerelerin değiştirilmesini, ısıtma sisteminin yenilenmesini veya başka bir enerji kaynağına dönüştürülmesini, kazanın değiştirilmesini, ısıtma sisteminin borularının ve bağlantı parçalarının değiştirilmesini, termostatik vanaların takılmasını ve cepheye ısı yalıtımı uygulanmasını içerebilir[84].

BGB § 555b (2) kapsamında yenilenemeyen birincil enerjiden tasarruf edildiği ancak nihai enerjiden tasarruf edilmediği durumlarla iklimin korunmasına yönelik modernizasyon kiracının enerji maliyetlerine etki etmeyeceğinden kira bedelinin artırılması gündeme gelmeyecektir. Ancak, kiracının modernizasyona katlanma yükümlülüğü bu tür enerjiden tasarruf önlemlerinde de devam etmektedir[85]. BGB § 555b (2), iklimi sürdürülebilir şekilde koruyan alınabilecek her türlü tedbiri de kapsamaktadır. Örneğin, güneş enerjisinde olduğu gibi, bir fotovoltaik sistemin kurulması başlangıçta herhangi bir nihai enerji tasarrufu sağlamaz zira bu enerjinin kullanılması kiralanan taşınmazdaki nihai tüketimi etkilemez. Ancak bu tip sistemler çevreyi koruyarak ve elektrik üreterek fosil enerjiyle üretilen elektriğe olan ihtiyacı diğer bir deyişle fosil enerjinin yakılmasını azaltarak birincil enerji tasarrufuna hizmet etmektedir. İklimin korunmasına hizmet eden gelecekte ortaya çıkabilecek yeni teknolojileri dahi kapsam alanına dahil edilmektedir. İklimin korunmasına hizmet eden modernizasyon önlemlerinin kiralanan taşınmazda enerji tasarrufuna sebebiyet vermesi gerekmez. İklimin korunmasına yönelik modernizasyonda ilk olarak akla sera gazlarını ve karbon salınımını azaltan önlemler gelmektedir. Ekolojik açıdan mantıklı gözüken her türlü modernizasyon iklimin korunmasına hizmet etmemektedir. Örneğin, yağmur sularının biriktirilmesine yönelik depolama sistemi kurulması iklimin korunması kapsamında değerlendirilemez[86].

BGB § 555b (3) kapsamında kiracı su tasarrufuna hizmet eden modernizasyon önlemlerine de katlanmakla yükümlüdür. BGB § 555b (2)'ye benzer şekilde kiracı için su maliyetlerinde bir azalma veya başka herhangi bir

---

83 Aksi yönde görüş için bkz. BeckOK-SCHLOSSER, BGB § 555b N. 11.

84 MüKo-BGB, ARTZ, BGB § 555b N. 6.

85 EISENSCHMID, BGB § 555b N. 15. Örneğin, kömürle ısınan kiralanana doğalgaz sistemi kurulması halinde iklimin korunmasına yönelik bir modernizasyondan söz edebilirse de bu durum kiracının enerji maliyetleri açısından fayda sağlamayacaktır. İşte bu gibi modernizasyon önlemleri BGB 555b (2) kapsamında değerlendirilmekte ve BGB § 559 gereğince kira bedelinin artırılmasına sebebiyet vermemektedir. EISENSCHMID, BGB § 555b N. 66.

86 EISENSCHMID, BGB § 555b N. 66, 67; MüKo-BGB, ARTZ, BGB § 555b N. 7.

avantaj yaratılması zorunlu değildir. Örneğin, akıllı su sayacı takılarak su tüketim verilerinin kolay takibinin sağlanması su tasarruf önlemi kapsamında kabul edilebilir. Yağmur suyu hasat sistemlerinin kurulumu, musluk akış hızını sınırlandıran materyal kullanımı gibi önlemlerde bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu gibi önlemler karşısında kiracı BGB § 555d (1) uyarınca modernizasyona katlanmakla yükümlüdür ve kiracı § 559 (1) uyarınca kira bedelini artırma hakkına sahiptir[87].

BGB § 555b (4) kapsamında kiracı kiralanan taşınmazın kullanılabilirliğinin sürdürülebilir bir şekilde artırılmasına hizmet eden modernizasyon önlemlerine katlanmakla yükümlüdür. Kullanılabilirliğin sürdürülebilir bir şekilde artırılmasına yönelik iyileştirmelerin modernizasyon olup olmadığı, yapılacak modernizasyon işleminden önceki taşınmazın durumu ile sonraki durumu karşılaştırılarak belirlenir. Kullanılabilirliğin artırılması objektif olarak değerlendirilecektir. Diğer bir deyişle gerçekleştirilen modernizasyondan kiracının sübjektif olarak mutlaka fayda sağlaması gerekli değildir. Yapılan modernizasyon sonucunda ortalama ve makul bir kiracı açısından yaşamın daha keyifli, daha konforlu, daha sağlıklı veya daha güvenli hale gelmesi durumunda bir taşınmazın kullanım değerinin sürdürülebilir şekilde artmış olduğu kabul edilir. Taşınmazın kullanılabilirliğinin iyileştirilmesine yönelik tedbirlerin neler olabileceğine dair Kanun'da örneklere yer verilmemiştir[88]. Örneğin, atık yönetimine ilişkin BGB § 555'de özel bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte kiraya veren tarafından atık miktarını azaltmak, atıkların ayrıştırılması için imkan sağlamak gibi önlemlerin BGB § 555b (4) kapsamında genel yaşam koşullarını iyileştirdiği ve taşınmazın kullanılabilirliğini arttırdığı söylenebilir[89].

BGB 555d'de yer alan düzenleme ise kiracının modernizasyon önlemlerine katlanma yükümlülüğünün sınırlarını çizmektedir. BGB §555 (1)'e göre modernizasyon BGB § 555(c) uyarınca usulüne uygun ve zamanında bildirilmişse kiracı modernizasyon önlemlerine katlanmakla yükümlüdür. Kiracı özellikle modernizasyon önlemleri için işçilerin taşınmaza girmesine izin vermelidir. Kiralanan taşınmazda ya da kira bedelinde bir değişiklik meyda-

---

87 EISENSCHMID, BGB § 555b N. 69; MüKo-BGB, ARTZ, BGB § 555b N. 15, 16; BeckOK-SCHLOSSER, BGB § 555b N. 22.

88 Bu tür iyileştirme tedbirlerinin en önemli örnekleri şu anda yürürlükten kaldırılmış olan ModEnG § 4 (1)'de yer almaktaydı. Örneğin, taşınmazın aydınlatmasını, havalandırmasını, ses yalıtımını, hırsızlığa karşı güvenliğinin iyileştirilmesine yönelik tedbirler sayılabilir. MüKo-BGB, ARTZ, §555b N. 20; EISENSCHMID, BGB § 555b N. 73.

89 FRIEDEMANN, s. 464.

na getiren modernizasyon önlemlerini açısından katlanma yükümlülüğü BGB § 555d'ye tabiyken, kiracının çıkarlarını doğrudan etkilemeyen diğer önlemlerle ilgili olarak kiracının katlanma yükümlülüğü BGB § 242'den kaynaklanabilir. Örneğin, kiralananın bulunduğu binanın çatısına güneş enerjisi sistemi kurulması halinde kiracının katlanma yükümlülüğü BGB §242 çerçevesinde gerçekleşecektir[90]. Kiracının aktif bir yükümlülüğü söz konusu değildir. Kiracının katlanma yükümlülüğünü ihlali halinde kira sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü ihlal etmiş olur ve tazminat sorumluluğu doğar[91]. Haklı bir nedene dayanmayan ve kiracıyı zorlayan modernizasyon önlemleri karşısında kiracının katlanma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durumda kiracının kendisi için zorluğa neden olan koşulları ileri sürmesi ve bunları kanıtlaması gerekir. Daha sonrasında kiraya veren ve kiracının menfaatleri karşılaştırılarak kiracının modernizasyona katlanma yükümlüğünü değerlendirilir. Modernizasyon sonucunda kira bedelindeki artışa yönelik menfaatler bu kapsamda değerlendirilmez[92]. Örneğin, kış aylarında tüm pencerelerin değiştirilmesi veya kiracının kiralananı uzun süre terk etmek zorunda kalması makul görülmez[93]. Keza kira sözleşmesinin sona ermesine kısa bir süre kala gerçekleştirilmek istenen modernizasyon önlemlerinin de ertelenmesi beklenebilir. Ancak inşaat çalışmaları sebebiyle oluşacak kirlilik, dağınıklık gibi durumlara kiracının katlanması beklenir[94]. Kiracının sübjektif durumu da katlanma yükümlülüğünde dikkate alınmalıdır. Örneğin, kiracının hazırlandığı sınava az bir süre kalması, kiracının hamile olması gibi durumlarda modernizasyon önlemleri ertelenmelidir[95]. Kiracının kişisel menfaatlerinin yanı sıra ailesinin ve hane halkının menfaatleri de dikkate alınmalıdır. Binanın birden fazla kişiye kiralanması halinde, katlanma yükümlülüğü her bir kiracı için ayrı değerlendirilir. Kiracı açısından, kiralanan taşınmazın bakımı ve modernizasyonu konusundaki menfaati korunmaya değerdir. İklimin korunması gibi diğer menfaatlerin kiracı ve kiraya verenin menfaatleri arasındaki dengeleme sürecine dahil edilmemesi ise öğretide tartışmalıdır[96]. Kanaatimizce, enerji tasarrufu ve iklimin korunmasına ilişkin

---

90 MüKo-BGB, ARTZ, BGB § 555d N. 3.

91 BeckOK-SCHLOSSER, BGB § 555d N. 7.

92 MüKo-BGB, ARTZ, BGB § 555d N. 6.

93 LG Berlin WuM 2016, 282; 2014, 96.

94 MüKo-BGB, ARTZ, BGB § 555d N. 8.

95 AG Köln WuM 1990, 388; AG Hamburg WuM 1988, 359.

96 MüKo-BGB, ARTZ, BGB § 555d N. 12.

kaygılar, menfaatlerin dengelenmesinde dikkate alınmalıdır. Örneğin, kiracı, çevre üzerinde zararlı bir etkiye sahip veya sahip olabilecek modernizasyon önlemlerine katlanmakla yükümlü değildir[97].

BGB'de yer verilen kiralanan taşınmazda sürdürülebilirliği destekleyici hükümler yalnızca modernizasyon önlemleri karşısında kiracının katlanma yükümlülüğüyle sınırlı değildir. Özellikle kira ilişkisinde sürdürülebilirliğin sağlanabilmesi için yapılan giderlerin telafisine yönelik ve sürdürülebilirliği ekonomik anlamda destekleyen başkaca düzenlemeler de mevcuttur. Bu düzenlemelerin başında kira bedelinin artırılabilmesine yönelik BGB §559 (1) gelmektedir[98]. Söz konusu düzenleme uyarınca kiraya veren, BGB § 555b (1, 3, 4, 5 ve 6) kapsamında yenileme önlemleri almışsa, yıllık kira bedelini kiralanan için yapılan masrafların %8'i oranında artırabilecektir[99]. BGB § 559b (1) uyarınca kiracı, kira artışından yazılı olarak haberdar edilmelidir.

Sürdürülebilirlikle bağlantılı bir diğer düzenleme ise BGB § 559a (2)'de yer almaktadır. Sürdürülebilirliği teşvik etmeye yönelik kiralananın modernizasyonuna yönelik masrafların tamamı ya da bir kısmı kamu bütçesinden düşük faizli ya da faizsiz kredilerle karşılanıyorsa kiraya verenin bu kredilerden yararlanması durumunda, kira bedeli artış miktarı, faiz indiriminin yıllık tutarı kadar azaltılacaktır.

BGB § 555f'de yer alan düzenlemede kiralanan taşınmazın bakımı ve modernizasyonu amacıyla alınabilecek önlemler bakımından uyulması gereken kurallara yer verilmektedir. Düzenlemedeki "*özellikle*" ibaresi bakım ve modernizasyon için Kanun'da zikredilen alınabilecek önlemlerin sınırlı olarak sayılmadığını göstermektedir. Ancak düzenlemede bu önlemlere yönelik iki şarta yer verilmiştir. İlk olarak kiraya veren ve kiracı arasındaki anlaşma, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra gerçekleştirilmelidir. İkinci olarak alınacak önlemler genel nitelikte değil özel olarak kiralananın bakımı ve yenilenmesine ilişkin olmalıdır. Bu kapsamda sürdürülebilirlik çerçevesinde

---

97 BeckOK-SCHLOSSER, BGB § 555d N. 17.

98 Alman Hukuku'nda kir artış oranı BGB § 557 (1) uyarınca taraflarca kararlaştırılmaktadır. Kira artış oranına yönelik sınırlandırmalar içeren düzenleme ise BGB § 558'de yer almaktadır.

99 BGB § 559c'de ise yapılan modernizasyon masraflarının miktarının 10.000 €'yu geçip geçmemesi halinde kiraya verenin taleplerini ileri süreceği süreç üzerinden bir ayrım yapılmıştır. 10.000 €'yu geçmeyen modernizasyon önlemlerinde kira artışının hesaplanması basitleştirilmiş usule göre belirlenecektir.

belirlenecek önlemler doğrultusunda taraflarca gerçekleştirilebilecek bireysel bir anlaşma yapılması mümkün gözükmektedir. Ancak bu anlaşma yapılırken kiracı aleyhine değişiklik ve anlaşma yapılamayacağına yönelik düzenlemeler de gözden kaçırılmamalıdır[100].

Yukarıda özetlemeye çalıştığımız Alman Hukuku'nda yer verilen bu tarz düzenlemelere Türk Hukuku bakımından ihtiyaç bulunmakta mıdır sorusunun da bu çalışma kapsamında cevaplandırılması gerekir. Alman Hukuku'nda kira revizyonu sonrasında yürürlüğe giren bu düzenlemeyle enerji tasarrufu sağlayabilecek tüm önlemler, kiracı tarafından katlanılması gereken modernizasyon kapsamında kabul edilmiştir[101]. Aslında böyle bir düzenlemeyle amaçlanan kiralanan taşınmazda yenilik ve değişiklik yapılırken ortaya çıkan kiracının katlanma yükümlülüğünün enerji tasarrufuna yönelik yenilik ve değişiklikler bakımından somutlaştırılmasıdır. Örneğin, kiraya verenin kiralananda yenilik ve değişiklik yaparken söz konusu yenilik ve değişikliğin kiracı tarafından beklenebilir olması gerekmektedir, şayet yenilik ve değişikliğin enerji tasarrufuna yönelik olması halinde ayrıca bir değerlendirmeye ihtiyaç olmaksızın kiracı için beklenilebilir olduğu kabul edilecektir. Bir başka örnek de kira sözleşmesinde su tüketim bedelinin kiraya veren tarafından karşılanacağının kararlaştırıldığı bir kiralananda sorunsuz bir şekilde çalışan mevcut armatürlerin su tasarruflu olanlarla değiştirilmesi durumunda yenilik ve değişikliğin kiracının yararına olmasından söz edilemeyecek hatta armatür değişimi için taşınmaza işçilerin girmesi, belirli bir süre su kullanımı mümkün olmaması, molozlardan kaynaklı kirlilik oluşması gibi hususlarla karşı kaşıya kalacaktır. Enerji tasarrufuna yönelik alınabilecek tedbirler bakımından Kanun'da özel bir düzenlemeye yer verilmesi bu gibi durumların önüne geçebilecektir[102]. Ancak burada asıl üzerinde durul-

---

[100] Örneğin BGB § 555a (4)'te kiracı aleyhine BGB § 555a (2) ve (3)'te yer alan düzenlemelere yönelik bir anlaşmanın geçersiz olacağı ifade edilmiştir. Buna göre kiralananda önemsiz bir etkiye sahip olan veya derhal uygulanması gerekli olan bakım önlemleri haricinde kiracıya zamanında bildirimde bulunma külfeti ve kiracının bakım önlemi sonucu maruz kaldığı masrafların kiraya veren tarafından makul ölçüde geri ödenmesi gerektiği ile talep üzerine, avans ödemesi yapılmasına yönelik düzenlemelerin aksi kiracı aleyhine olacak şekilde kararlaştırılamayacaktır. Kiracı aleyhine anlaşma yapılamayacağına yönelik benzer yönde düzenlemelere BGB § 555c (5), 555d (7), 555e (3)'te de yer verilmektedir.

[101] Kanun'un eski metninde yalnızca ısıtma önlemlerine ilişkin bir düzenleme bulunmaktaydı. Bkz. BGB aF § 541b.

[102] Kiracı BGB § 555d (2) veya § 242 (dürüstlük kuralı) gereğince kiralananın genel yaşam koşullarında bir bozulma meydana geldiği ileri sürerek modernizasyonu reddetme imkanına sahiptir. Örneğin, eski bir taşınmazın pencerelerine çift cam takılması halinde ısı tasarrufu sağlanacağı aşikardır ancak çift cam sebebiyle hava akışı kesilen taşınmazda nemden kaynaklı

ması gereken nokta bu düzenlemeyle birlikte ele alınması gereken BGB § 559'da yer alan kira bedelinin artırılmasına ilişkin düzenlemedir. Söz konusu düzenlemede kiralananın modernizasyonu sonucunda kira bedelinin artırılabilmesine yönelik bir imkân tanınmaktadır. Dolayısıyla modernizasyon sonucunda kiracının kira bedelinin artırılması ile karşı karşıya kalması durumunda, mevcut armatürlerin yeterli olduğu tasarruf için modernizasyona gerek olmadığı yönündeki savunması etkisiz kalacaktır. Bu noktada Türk Hukuku'nda yenilik ve değişiklik sonucunda kira bedelinin artırılmasına yönelik açık bir düzenlemenin eksikliği de ayrıca göze çarpmaktadır.

### 2. Kiracı Tarafından Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapılması

Kiracı tarafından kiralananda gerçekleştirilecek yenilik ve değişikliklere ilişkin düzenleme TBK m. 321'de yer almaktadır. Söz konusu düzenlemenin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır[103].

Kiracı tarafından yapılacak yenilik ve değişiklikler için kiraya verenin yazılı rızası aranmaktadır. Rıza beyanının içeriği kiraya veren tarafından serbest bir şekilde belirleneceğinden kiraya veren, kiralananda yapılacak yenilik ve değişiklikler bakımından sürdürülebilirlikle ilgili kaygılarına rıza beyanında yer verebilir. Kiraya verenin, kiracının yapacağı yenilik ve değişikliklere ilişkin belirli şartlar öngörmesi de mümkündür[104]. Örneğin, kiracının banyoda bulunan armatürleri değiştirmek istemesi halinde kiraya veren, değişikliğin ancak su tasarruflu armatürlerle gerçekleştirilebileceğini kiracıya bildirebilir. Kiracının yenilik ve değişiklikleri kiraya verenden izin almadan gerçekleştirmesi ihtimalinde TBK m. 334/I'de yer alan kiracının kirala-

rutubet sebebiyle oturum zorlaşırsa bu durum kiracı için çekilmez kabul edilebilir. Böyle bir durumda kiracı modernizasyonu reddetme hakkına sahiptir. Ancak unutulmamalıdır ki burada bozulmadan kasıt sonraki süreçte kiralananda ortaya çıkacak makul gözükmeyen bir bozulmadır. Yoksa örneğin, armatürler takılırken kiracının maruz kalacağı yaşam koşullarındaki bozulma bu kapsamda değerlendirilmez. EISENSCHMID, BGB § 555b N. 9, 12a. Taşınmazda yapılacak fiziksel değişiklikler bakımından da kiracı BGB §559d düzenlemesiyle korunmaktadır. Örneğin, yapısal değişiklik kiracı üzerinde objektif olarak ağır bir yük oluşturacaksa ya da makul bir gerekçe olmaksızın yenileme çalışmalarının kiracıya bildirim tarihinden itibaren en geç 12 ay içerisinde tamamlanamaması halinde kiraya verenin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettiği kabul edilecektir.

103 Öğretide yer alan ilk görüşe göre düzenlemenin ilk iki fıkrası mutlak emredici nitelikteyken, son fıkrası nisbi emredici niteliktedir. HIGI / WILDISEN, OR 260a N. 35; ACAR, TBK 321 N. 5, 6, 7. İkinci bir görüşe göre ise, ilk fıkra nisbi emredici nitelikteyken, ikinci fıkra mutlak emredici niteliktedir. Son fıkra ise emredici nitelikte değildir. GÜMÜŞ, Kira, s. 247; TÜRKMEN, s. 229; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 603; İNCEOĞLU, C. 1, s. 472. Son bir görüş ise düzenlemenin tamamının emredici nitelikte olmadığı yönündedir. ÖZTAŞ, s. 151.

104 ÖZTAŞ, s. 159.

nanı aldığı haliyle geri verme borcuna aykırılık söz konusu olabilecektir. Kural olarak kiracı kiralananı ne durumda teslim almışsa, kira sözleşmesinin bitiminde o durumda geri vermekle yükümlüdür. Ancak, kiracı sözleşmeye uygun kullanım dolayısıyla kiralananda meydana gelen eskimelerden ve bozulmalardan sorumlu olmayacaktır[105].

## SONUÇ

Sürdürülebilirlik, yenilenemeyen enerji kaynaklarının giderek azaldığı günümüzde sıklıkla duyduğumuz bir kavram haline gelmiştir. Sürdürülebilirlik gelecek nesillerin ihtiyaçlarını karşılayabilme kabiliyetinden ödün vermeden mevcut neslin ihtiyaçlarını karşılama yeteneğidir. Taşınmaz hukuku bakımından sürdürülebilirlik, yeşil bina (*green building*) olarak adlandırılan taşınmazın meydana getirilmesi ve yenilenmesi ile yeşil kira (*green lease*) olarak adlandırılan taşınmazların yönetimi ve kiralanmasında gündeme gelmektedir. Yeşil kira sözleşmeleri ilk olarak Anglo-Sakson ülkelerinde ortaya çıkmakla birlikte diğer Avrupa ülkelerinde de özellikle ticari kiralamalar alanında uygulama alanı bulmaktadır.

Sürdürülebilirlik ekolojik, ekonomik ve sosyal olmak üzere üç temel ayak üzerine kurulmuştur. Yeşil kiralamalarda ekolojik sürdürülebilirlik, doğanın aşırı tüketilmemesi ve doğal kaynakların yalnızca kendilerini yenileyebildikleri ölçüde kullanılarak kira ilişkisinin sürdürülmesiyle gerçekleşir. Ekonomik sürdürülebilirlik, toplumun ekonomik imkanlarının ötesinde yaşamaması gerektiği fikrine dayanır. Sosyal sürdürülebilirlik, sosyal gerilimlerin hukuk sınırları içinde tutulacağı ve çatışmaların tırmanmayacağı, barışçıl ve medeni bir şekilde çözülebileceği şekilde organize edilmesini sağlamaya dayanır.

Yeşil kira sözleşmesine ilişkin bir tanım ulusal ya da uluslararası herhangi bir mevzuatta bulunmamaktadır. Uygulama ve öğretide yapılan tanımlardan hareketle yeşil kira sözleşmesi, kiralananın muhtemelen bir sertifikasyona sahip olabilmesi amacıyla kiracıyı kiralananı sürdürülebilir bir şekilde kullanmaya ve kiraya vereni de kiralanan onun mülkiyetinde kalmaya devam ettiği sürece sürdürülebilir şekilde yönetmeye teşvik etmeyi amaçlayan özel içerikli bir kira sözleşmesidir.

---

[105] BAYRAM Aziz Erman, "Kira Sözleşmesinde Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu", **Gazi Üniversitesi HFD**, C. XXI, S. 4, 2017, s. 165.

Yeşil kira sözleşmelerin içerinin nelerden oluşabileceği hususunda taraflar emredici düzenlemeler bir kenara bırakılacak olursa sözleşme serbestisi gereğince özgürdürler. Yeşil kira sözleşmelerinde kiracı ve kiraya veren kiralananda sürdürülebilir yaşamı teşvik etmeye yönelik çeşitli hükümlere yer verebilirler ve kiralanandaki yenilik ve değişiklikleri sürdürülebilirliği sağlayacak biçimde gerçekleştirilebilirler. Tarafların kiralananda sürdürülebilirliği sağlamaya yönelik uygulamada sıklıkla yer verdiği bu türden hükümler yeşil hükümler olarak adlandırılmaktadır.

Kira sözleşmesine eklenecek yeşil hükümlerin geçerliliği bağlantılı sözleşme yasağı, kiracı aleyhine düzenleme yasağı ve kişisel verilerin korunması kapsamında değerlendirilmelidir. Kiralanan yerin kira süresince sürdürülebilirlik çerçevesinde kullanılmasına yönelik sözleşmede yer verilecek hükümler, kiralanan yerin doğrudan kullanımı ile ilgili olduğu sürece bağlantılı sözleşme yasağı kapsamında değerlendirilmemelidir. Kiracı aleyhine düzenleme yasağı, konut ve çatılı iş yeri kiralarında, kira bedeli ve yan giderler dışında başkaca ek bir ödeme yükümlülüğü öngörülemeyeceğine ilişkindir. Dolayısıyla ödeme yükümlülüğü dışında yeşil hükümlere dayalı olarak öngörülecek diğer yükümlülükler bakımından Kanun'da bir sınırlama bulunmamaktadır. Ödeme yükümlülüğünün ihlali dışında diğer yükümlülüklerin ihlaline yönelik bir ceza koşulu kararlaştırılması da mümkün gözükmektedir.

Kira süresince kiracının tüketim verilerinin kiraya veren tarafından kaydedilmesine ilişkin kira sözleşmesine eklenecek hükümler sözleşmenin ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olduğundan bu tarz yeşil hükümler bakımından kiracının açık rızasının alınması gerekmez ancak kiraya veren, kişisel verileri işlerken genel ilkelere uymalıdır. Bununla birlikte kiraya veren, veri sorumlusu sıfatıyla aydınlatma ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Yeşil hükümler çerçevesinde elde edilen verilerin yurtiçinde aktarılabilmesi için kiracının açık rızasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Yurt dışına aktarılacak veriler için ise verilerin aktarılacağı ülkede yeterli korumanın bulunması ya da yeterli korumanın bulunmaması durumunda Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurulun izninin bulunması kaydıyla kiracının açık rızası aranmayacaktır.

Kira sözleşmesine eklenecek yeşil hükümlerle kiraya veren, TBK m. 301 çerçevesinde kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince sürdürülebilirliğin sağlanabilmesi için gerekliliklerini yerine getirmekle yükümlü olacaktır. Kiracı açısın-

dan ise yeşil hükümler TBK m. 316 kapsamındaki kiracının özen borcunu somutlaştıracaktır.

Kiracı, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra ve sona erme anına kadar kiralanan taşınmazda yenilik ve değişiklik yapılmasına katlanmakla yükümlü kılınmıştır. Yenilik ve değişikliğin kiracıdan katlanmasının beklenebileceği bir düzeyde olması ve kira sözleşmesinin feshini gerektirecek boyutta olmaması gerekir. Kiraya veren bu yenilik ve değişiklikleri yaparken kiracının menfaatlerini de gözetmelidir. Kiraya verenin yapmış olduğu yenilik ve değişiklikler neticesinde değeri artan kiralananın kira bedelinin artırılmasına yönelik bir düzenlemeye TBK'da yer verilmemekle birlikte konut ve çatılı işyeri kiralarında TBK m. 344/II ve III'de yer alan düzenleme kira bedelinin artırılmasını belirli şartlar dahilinde olası hale getirebilmektir.

Alman Hukuku'nda ise kira sözleşmelerinde sürdürülebilirliği sağlamaya yönelik düzenlemelerin başında kiralananda gerçekleştirilecek yenilik ve değişikliklere yönelik BGB § 555b-555f arasında yer alan düzenlemeler ile bu yenilik ve değişiklikler sonucunda kira bedelinin artırılmasına ilişkin § 559'da yer alan düzenleme gelmektedir.

BGB § 555b (1) kapsamında nihai enerji tasarrufuna yönelik önlemler kiracı için de mali faydalar sağladığından BGB § 559 kapsamına dahil edilmiştir. BGB § 555b (2) kapsamında yenilenemeyen birincil enerjiden tasarruf edildiği ancak nihai enerjiden tasarruf edilmediği durumlarla iklimin korunmasına yönelik modernizasyon kiracının enerji maliyetlerine etki etmeyeceğinden kira bedelinin artırılması gündeme gelmeyecektir. Ancak, kiracının modernizasyona katlanma yükümlülüğü bu tür enerjiden tasarruf önlemlerinde de devam etmektedir. BGB § 555b (2), iklimi sürdürülebilir şekilde koruyan alınabilecek her türlü tedbiri de kapsamaktadır. BGB § 555b (3) kapsamında kiracı su tasarrufuna hizmet eden modernizasyon önlemlerine de katlanmakla yükümlüdür. BGB § 555b (4) kapsamında kiracı kiralanan taşınmazın kullanılabilirliğinin sürdürülebilir bir şekilde artırılmasına hizmet eden modernizasyon önlemlerine katlanmakla yükümlüdür. Kiraya veren § 555b (1, 3, 4, 5 ve 6) kapsamında yenileme önlemleri almışsa, yıllık kira bedelini kiralanan için yapılan masrafların %8'i oranında artırabilecektir. BGB § 559b (1) uyarınca kiracı, kira artışından yazılı olarak haberdar edilmelidir. BGB § 559a (2)'ye göre de sürdürülebilirliği teşvik etmeye yönelik kiralananın modernizasyonuna yönelik masrafların tamamı ya da bir kısmı kamu bütçesinden düşük faizli ya da faizsiz kredilerle karşılanıyorsa kiraya verenin bu kredilerden yararlanması durumunda, kira bedeli artış miktarı, faiz indiriminin yıllık tutarı kadar azaltılacaktır.

Alman Hukuku'nda yer verilen bu tarz düzenlemelerle amaçlanan kiralanan taşınmazda yenilik ve değişiklik yapılırken ortaya çıkan kiracının katlanma yükümlülüğünün enerji tasarrufuna yönelik yenilik ve değişiklikler bakımından somutlaştırılmasıdır. Kanaatimizce BGB § 559'da yer alan kira bedelinin artırılmasına ilişkin düzenlemeye benzer bir düzenlemeye Türk Hukuku'nda da ihtiyaç bulunmaktadır.

## KISALTMALAR

**BGB** : Bürgerliches Gesetzbuch

**BGB aF** : Bürgerliches Gesetzbuch Alte Fassung

**BREEAM** : Building Research Establishment Environmental Assessment Methodology

**CRiBE** : Centre for Research in the Built Environment

**CSR** : Corporate social responsibility

**DNGB** : Deutsche Gesellschaft für Nachhaltiges Bauen

**KVVK** : 6698 Sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu

**LEED** : Leadership in Energy and Environmental Design

**ModEnG** : Modernisierungs- und Energieeinspargesetz

**OR** : Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)

**TBK** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

**WuM** : Wohnungswirtschaft und Mietrecht

**ZIA** : Zentraler Immobilien Ausschuss

## KAYNAKÇA

ACAR Faruk, **Kira Hukuku Şerhi**, (TBK m. 299-332), 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

ACAR Faruk, "Kira Sözleşmesinde Bağlantılı İşlem ve Güvence", **BÜHF-KHHD**, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 163-170.

AKDİ Murat, "Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinde Sözleşme İlişkisi Devam Ederken Tarafların TBK m. 344 Hükmündeki Sınırlamayı Aşarak Belirledikleri Yeni Kira Bedeline Uygulanacak Hükümler", **SHD**, C. 11, S. 1, s. 377-402.

ARAL Fahrettin / AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 15. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.

ARTZ Markus, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht-Besonderer Teil II, §§ 535-630h**, 9. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2023.

AŞIKOĞLU Şehriban İpek, "Veri Sorumlularının Aydınlatma Yükümlülüğü-Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda-", **KVKD**, C. 1, S. 2, 2020, s. 41, 65.

BAYRAM Aziz Erman, "Kira Sözleşmesinde Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu", **Gazi Üniversitesi HFD**, C. XXI, S. 4, 2017, s. 131-182.

BURCUOĞLU Haluk, "Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde, Sözleşmeye Aykırılık Nedeniyle Fesih", **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**, C. 8, Sa. Özel, 2013, s. 657, 673.

DELİKTAŞ Emre Ali, "Avrupa Birliği'nin Sürdürülebilir Finans Düzenlemeleri Perspektifinden Sermaye Piyasası Kurulu Tarafından Yayımlanan "Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi"ne Bakış", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, 2023, s. 899-975.

DOĞAN Murat, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, (Ed. ÖZ Turgut), 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

EISENSCHMID Norbert, **Schmidt-Futterer Mietrecht**, (Hrsg. Börstinghaus Ulf), 16. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2022.

FRIEDEMANN Sternel, "Wohnraummiete und Green Lease", **Zivilrecht im Wandel, Festschrift für Peter Derleder zum 75. Geburstag,** (Hrsg. KNOPS Kai-Oliver / BAMBERGER Heinz Georg / HÖLZLE Gerrit), Springer Verlag, Berlin, 2015.

GÖKYAYLA Emre, "Türk Borçlar Kanunun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi", **BÜHF-KHHD**, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 18-52.

GÖKYAYLA Emre, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Cilt 6, 7, 8**, (Ed. ÖZ Turgut / ACAR Faruk / GÖKYAYLA Emre / DEVELİOĞLU Murat), Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul, 2019.

Green Lease - Der grüne Mietvertrag für Deutschland (ZIA), https://zia-deutschland.de/wp-content/uploads/2021/04/zia_broschuere_green_lease_weboptimiert1.pdf.

Greening The Commercial Property Sector: A Guide For Devoloping and Implementing Best Practice Through The UK Leasing Process, Good Practice Guide, Cardiff University CRiBE, 2009; https://orca.cardiff.ac.uk/id/eprint/46207/1/good%20practise%20guide%20July%202009-final.pdf.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Özel Hükümler, Cilt 1**, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi**, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinde Yan Giderler", **BÜHF-KHHD**, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 7-18.

GÜNEŞ Ahmet Mithat, **Çevre Hukuku**, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

HIGI Peter / BÜHLMANN Anton, **ZK - Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Miete Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253-273c OR), Art. 253-265 OR**, 5. Auflage, Schulthess, Zürich, 2019.

HIGI Peter / WILDISEN Christoph, **ZK - Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Miete Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253-273c OR), Art. 253-265 OR**, 5. Auflage, Schulthess, Zürich, 2019.

http://businessoutlook.com.au/site/archives/Green%20building%20-%20%20barriers%20and%20 drivers. Pdf.

http://www.der-gruene-mietvertrag.de/downloads/greenLease_der-gruene-Mietvertrag.pdf.

https://www.rvo.nl/sites/default/files/bijlagen/Leidraad%20Green%20Lease%20-%20eindrapport%2029nov%2711.pdf.

İNCEOĞLU Murat, **Kira Hukuku Cilt 1**, 1. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

İNCEOĞLU Murat, **Kira Hukuku Cilt 2**, 1. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

İNCEOĞLU Murat / BAŞ-SÜZEL Ece, "Kira Hukukunda Bağlantılı Sözleşme Yapma Yasağı", **İÜHFM**, C. LXX, S. 2, 2012, s. 166-182.

KAHRAMAN Zafer, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Cilt 6, 7, 8**, (Ed. ÖZ Turgut / ACAR Faruk / GÖKYAYLA Emre / DEVELİOĞLU Murat), Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul, 2019.

KÜZECİ Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, 4. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

ÖKTEM-ÇEVİK Seda, "Türk Borçlar Kanunu m. 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi", **DEÜHFD**, C. 24, S. 1, 2022, s. 39-77.

ÖZTAŞ İlker, **Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapılması**, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.

POLATER Salih, "Kişisel Verilerin Reklam Amaçlı İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri", **KVKD**, C. 1, S. 1, s. 1, 20.

PURVIS Ben / MAO Yong / ROBINSON Darren, "Three pillars of sustainability: in search of conceptual origins", **Sustainability Science**, 14, 2019, Springer Verlag, s. 681-695.

SEÇER Öz, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Cilt 6, 7, 8**, (Ed. ÖZ Turgut / ACAR Faruk / GÖKYAYLA Emre / DEVELİOĞLU Murat), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

SCHLOSSER Anne, **BeckOK BGB, Recht der Schuldverhältnisse, Buch 2**, (Hrsg. HAU Wolfgang / POSECK Roman), 67. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2023.

TEK, Gülen Sinem, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Cilt 6, 7, 8**, (Ed. ÖZ Turgut / ACAR Faruk / GÖKYAYLA Emre / DEVELİOĞLU Murat), Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul, 2019.

TÜRKMEN Ahmet, "Kiracı Tarafından Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapılması (TBK m. 321), **AÜHFD**, C. 62, S. 1, 2013, s. 219, 252.

YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 1**, Beta Yayınevi, 11. Bası, İstanbul, 2022.

YÜCEDAĞ Nafiye, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler", **KVKD**, C. 1, S. 1, 2019, s. 47-63.

YÜCEDAĞ Nafiye, "Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri", **İÜHFM**, C. LXXV, S. 2, 2017, s. 765, 789.

ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

**Hakemli Makale** **GSÜHFD**, 2023; 2: 1373-1394

# ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN AYIPLI İFANIN YARATTIĞI YAN ZARARDAN İŞ SAHİBİ KARŞISINDA SORUMLULUĞU(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Ahmet Hakan DAĞDELEN**(**)

**Öz:** Türk hukukunda çözümü, Borçlar Kanunu'nun ikinci kısmına bırakılan konulardan biri olan ayıplı ifa, eser sözleşmesi alanında özel olarak düzenlenmektedir. Ayıplı ifa, alacaklı açısından farklı tipte zararlar doğurabilmektedir. Bunlardan biri, tarafların sözleşme ile edimleri arasında kurmuş oldukları dengenin bozulmasından kaynaklanan, ayıbın yarattığı, ayıbın olmazsa olmazı ana zarardır. Bir diğer zarar ise, bozulan edim dengesi dışında kendi gösterir. Bu zarar, ayıbın olmazsa olmaz bir sonucu değildir, her zaman ortaya çıkmayabilir. Çalışma işte bu diğer tipteki, ayıp ile kuvvetli bir nedensellik bağı içinde bulunan ve ayıplı eser haricinde oluşan zarar ile ilgilenmektedir. Bu bağlamda sorumluluğun unsurları, bahsi geçen zarar kavramı, bunu ifade etmek için seçilen terim, yüklenicinin kusurunun bu zarardan sorumluluğa etkisi ve yüklenicinin sorumluluğunun kalkması çalışmada incelenen konuları oluşturmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Ayıp, Zarar, İş Görme, Eser, Sorumluluk.

---

(*) Makale Gönderim Tarihi: 21.07.2023 - Makale Kabul Tarihi: 15.01.2024.

(**) Beykent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye.
(ORCID: http://orcid.org/0000-0003-3794-1333; E-posta: hakandagdelen@beykent.edu.tr).

# LIABILITY OF THE CONTRACTOR TO THE CUSTOMER FOR CONSEQUENTIAL DAMAGES ARISING FROM A DEFECT UNDER THE CONTRACT FOR WORK AND SERVICES

**Abstract:** The Code of Obligations deals with the liability for defects, which is one of the problems related to the irregularities of performance, in its second division dedicated to selected types of contractual relationships. The section for the contract for work and services contains special provisions for defects in the delivered or completed work. In the first place, defective work ruins the contractual balance that leans on the subjective equivalence between the obligations of both sides. This type of damage is always there where defective work is delivered. But this is not always the only damage caused by defective work to the customer. A different kind of damage may occur outside of the contractual balance. This second type of damage is not an indispensable outcome of a defect; however, it has its roots in defective work. This paper examines this second type of damage arising from defective work. Within this context, conditions of liability, the content of this damage, the Turkish term chosen to refer to this damage, the role of the fault of the contractor, and the grounds for exemption from liability are the issues handled below.

**Keywords:** Defect, Damage, Service, Work, Liability.

## I. GİRİŞ

İmâl edilen eserin sözleşmeye aykırı olması, eserin hukuki anlamıyla ayıplı olmasına anlamına gelir. Eserin ayıplı olması durumda, sözleşmede tarafların kurmuş olduğu öznel denge bozulmuş olur. Sözleşmede edimler arasında kurulan denge, tarafların borçlarını layığı ile yerine getireceği kabulü üzerine kuruludur. Bu bozulan dengeyi tekrar sağlamak üzere kanunda, iş sahibine eserin ayıplı olmasına bağlanan çeşitli haklar tanınmıştır. Bu çalışmanın konusu, sözleşme ile kurulmuş ancak ayıplı ifa ile bozulmuş olan bu dengenin tekrar sağlanabilmesi için iş sahibine tanınmış haklar değildir. Bu çalışmada, ayıbın sözleşmedeki taraf edimleri arasındaki dengeyi bozması dışında yaratmış olduğu zarardan, diğer bir ifade ile ayıplı ifanın yan zararından / ayıbın yan zararından[1] (*Mangelfolgeschaden*), yüklenicinin tazminat sorumluluğu incelenmektedir. Yine yüklenicinin kusurunun varlığı durumunda, iş sahibinin ayıptan doğan haklarını ileri sürmek yerine genel hükümler uyarınca tazminat isteyebilip isteyemeyeceğine ilişkin tartışma da bu çalışmanın kapsamı dışındadır.[2]

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (devamında kısaca **TBK** olarak anılacaktır.) eser sözleşmesi alanında, ifanın ayıplı olması durumuna ilişkin özel düzenlemeler içermektedir. Eser malzemesinin yüklenici tarafından sağlandığı durumda eserdeki ayıba ilişkin yüklenicinin sorumluluğu için satıcının sorumluluğuna göndermede bulunan TBK m. 472 bir kenara bırakılırsa,[3] TBK m. 475 eserin ayıplı olması durumunda, yüklenicinin kusurundan bağımsız olarak iş sahibine sözleşme bedelinde indirim, eserin onarımı ve sözleşmeden dönme seçimlik haklarını tanımaktadır. Bu çalışmanın konusunu oluşturan ayıbın yan zararının, bu seçimlik haklar ile giderilmesi mümkün değildir.[4] Nitekim TBK m. 475 f. 2 de iş sahibinin genel hükümler uyarınca

---

1 Bu terime ilişkin açıklama için bkz. aş.: B. Ayıbın Yan Zararı.

2 Tartışmaya ilişkin bkz.: BÜHLER Theodor, "Art. 368 OR", **Der Werkvertrag, Art. 363-379 Zürcher Kommentar Band V/2d**, 3. Bası, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1998, para. 166 vd; HONSELL Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, 9. Bası, Stämpfli Verlag, Bern, 2010, s. 300, 301.

3 Bu göndermenin sadece hukuki ayıba ilişkin olduğu, maddi ayıp açısından yine eser sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin uygulama bulacağı yönünde: GAUCH Peter, **Der Werkvertrag**, 5. Bası, Schulthess, Zürich, 2011, s. 584 vd; KOLLER Alfred, **Schweizerisches Werkvertragsrecht**, Dike Verlag AG, Zürich / St. Gallen, 2015, para. 487.

4 BÜHLER, 1998a, para. 172; SELİÇİ Özer, **İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin sorumluluğu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 182; TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri cilt: II**, 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1987, s. 204. YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler İkinci Cilt**, 11. Bası, Beta, İstanbul, 2022, s. 1142.

tazminat isteminin saklı olduğuna işarette bulunur. Bu tazminat istemi alacak hakkı niteliğinde olup, yenilik doğuran hak niteliği taşımaz.[5] Ayıp bir yan zarar yarattığında, bir yığılma yaşanır ve tazminat istemi dönme, indirim veya onarım hakkıyla beraber[6] veya bunlardan ayrı olarak ileri sürülebilir.[7] Aşağıda önce bu zarardan sorumluluğun unsurları, arkasından da böyle bir zararın varlığına rağmen yüklenicinin bundan sorumlu tutulamaması üzerinde durulacaktır.

## II. SORUMLULUĞUN UNSURLARI

### A. Ayıp ve Nedensellik Bağı

Ayıbın yan zararından sorumluluktan bahsedebilmek için öncellikle teslim edilen eserin ayıplı olması gerekir. Ayıp, eserin olması gereken durumundan (*Soll-Zustand*), olan durumunun (*Ist-Zustand*) farklı olması ile meydana gelir.[8] Binadaki yamuk duvar, çatlak beton, su sızdıran çatı, otomobilin hatalı onarımı, kulvarları olması gerekenden kısa yapılan yüzme havuzu ayıba örnektir.[9] Kaynağını burada bulmayan bir zarar, ayıbın yan zararı olarak nitelendirilmez. Elbette yüklenicinin yine sorumluluğunu doğurabilecek olmakla beraber, örneğin eserin geç tesliminden doğan zarar (*Verspätungsschaden*) veya eserin imâli, teslimi sırasında verilen eşlik eden zarar (*Begleitschaden*) hukuki nitelikleri itibari ile ayıbın yan zararı kümesinde değildir.[10]

Eserin ayıplı olmasından başka bir de eserdeki ayıp ile iş sahibinin uğradığı zarar arasında bir neden sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Zarar ile ayıp arasındaki bağın, hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine uygun

---

5 GAUCH, s. 692. Dönme ve indirim hakkının yenilik doğuran hak, onarım hakkının alacak hakkı olduğu yönünde: KOLLER, 2015, para. 504, 619. Dönme, indirim ve onarım haklarının yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu yönünde: BÜHLER, 1998a, para. 51, 107, 130; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 11. Bası, Legem, Ankara, 2023, s. 659; GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Bası, Filiz, İstanbul, 2020, s. 379; KILIÇOĞLU Ahmet, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Bası, Turhan, Ankara, 2023, s. 481.

6 BÜHLER, 1998a, para. 170; TANDOĞAN, 1987, s. 204; ARAL Fahrettin / AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 14. Bası, Yetkin, Ankara, 2021, s. 423.

7 GAUCH, s. 693; TANDOĞAN, 1987, s. 204; ARAL / AYRANCI, s. 423.

8 KOLLER, 2015, para. 534; ARAL / AYRANCI, s. 412.

9 HONSELL, 2010, s. 292.

10 BÜHLER, 1998a, para. 173; GAUCH, s. 694, 695; TANDOĞAN, 1987, s. 204, 205; ARAL / AYRANCI, s. 423, 424.

olması gerekir. Bu bağa ilişkin ispat yükü iş sahibi üzerindedir.[11] Örneğin bir makine üzerinde bulunan ayıplı bir sensörün değerleri yanlış okumasına rağmen bu makine, sensörün okuduğu değerler ile alakası olmayan bir kullanıcı hatasından patlayıp çevreye zarar verdiğinde veya içindeki mamûlü telef ettiğinde, ortaya çıkan zarar ile ayıp arasında bir nedensellik bağı yoktur. Almanya'da mahkeme önüne gelen ilginç bir olayda, bir uçağın deposunda bulunup yakıtı gösteren, montajı hatalı yapılmış bir cihaz, kalan yakıt konusunda pilota yanlış bilgi göstermektedir. Göstergeye güvenen, ama kalan yakıt konusunda hataya düşen pilot uçağı çok uzun süre havada tutar, arkasından acil inişe karar verilir ve bu acil inişte kaza olur. Mahkeme, depodaki yakıt miktarını gösterir cihazın hatalı montajının uçağın uçuş kabiliyetini etkilememesine de işarette bulunarak, yakıtın hatalı ölçümünün mutlak surette bir acil inişe ve acil inişte kazaya sebep olmayacağını kabul etmiştir.[12]

### B. Ayıbın Yan Zararı

Çalışmanın konusu olan zararı (*Mangelfolgeschaden*) ifade etmek üzere Türk öğretisinde farklı terimler kullanılmaktadır. Ayıp sonucu zarar,[13] ayıbı takip eden zarar,[14] ayıbın devam eden zararı,[15] ayıptan doğan, ayıba bağlı zarar,[16] bozukluğa bağlı zarar[17] bunlara örnek verilebilir. Esasen bu zararı Almanca'da ifade etmek üzere kullanılan terimin birebir Türkçe karşılığını en iyi *ayıp sonucu zarar* terimi verir. Ancak kanımca gerek Almanca'daki terim gerekse de bunun Türkçe karşılığı, çalışmada bahis konusu olan zararı ifade etmekte çok başarılı değildir. Zira ayıba bağlı olarak edimler arasında

---

11 BÜHLER, 1998a, para. 172.

12 Karar için: BGH: Abgrenzung zwischen Mangel und Mangelfolgeschaden, *NJW* 1993, 923. Karara işarette bulunan bir eser için: BÜHLER, 1998a, para. 189.

13 SEROZAN Rona / BAYSAL Başak / SANLI Kerem Cem, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 4. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 223; TANDOĞAN, 1987, s. 204; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1142; AYDOĞDU Murat / KAHVECİ Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 5. Bası, Adalet, Ankara, 2021, s. 781.

14 AYAN DURHAN Elif, **Eser sözleşmesinde ayıbı takip eden zarardan sorumluluk**, Adalet, Ankara, 2021, s. 85; EREN, 2023, s. 666; GÜMÜŞ, 2020, s. 384; ARAL / AYRANCI, s. 423; ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 20. Bası, Vedat, 2020, s. 563.

15 ATAMER Yeşim, **Uluslararası satım sözleşmelerine ilişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca satıcının yükümlülükleri ve sözleşmeye aykırılığın sonuçları**, Beta, İstanbul, 2005, s. 107.

16 ÖZ Turgut, **İş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi**, Kazancı, İstanbul, 1989, s. 292.

17 SELİÇİ, s. 182.

bozulan dengeden doğan zarar da esasen bir ayıp sonucu zarardır. Bunu ayıbın yarattığı ana zarar olarak kabul edip, çalışmanın konusuna giren zararı yan zarar olarak kabul etmek, konunun ve problemin daha iyi anlaşılması için yerinde gözükmektedir. Bu sebepten, bu çalışmada tercih *ayıbın yan zararı* teriminden yana olmuştur.[18]

Ayıbın yan zararı, eserdeki ayıptan kaynaklanan, sebebini burada bulan bir zarardır. Esas itibari ile kötü ifa şeklindeki ifa aksaklıkları kümesine dâhildir. Borcun gereği gibi yerine getirilmemesinin bir sonucudur. Ayıplı eser cismani yapıda olabileceği gibi fikri, cismani olmayan yapıda da olabilir. Ayıplı eserin sebep olduğu zarar bir eşyada, bir kişide ya da mal varlığının genelinde oluşabilir. Duman tahliye borularının ayıplı montajı sonrası çıkan yangının verdiği zarar, ayıplı şekilde onarılan askı kemeri yüzünden işçinin direkten düşmesi, ayıplı inşa edilen binadan dolayı malikin TBK m. 69 uyarınca üçüncü kişiler karşısındaki tazminat sorumluluğu ayıbın yan zararına örnek verilebilir.[19] Bunlardan başka, teslim edilen makine ile iş sahibinin ayıplı ürünler imâl etmesi, işletme faaliyetinin askıya alınması, kazanç kaybı, telef olan ham madde, müşteri kaybı yine bu bağlamda sair örneklerdir.[20] Bu örneklerin hepsinde, iş sahibinin ortaya çıkan zararı her ne kadar kaynağını eserdeki ayıpta bulsa da, zarar ayıplı eserin dışında oluşmaktadır.

Ayıbın yan zararı, sözleşmede edimler arasında kurulan ve ayıbın bozmuş olduğu dengenin dışında kalmaktadır. Zarar iş sahibinin, verdiği paranın karşılığını alamaması ile ilgili değildir. Nitekim ayıba özgü haklar, bu zararı gidermede yetersiz kalır. Burada dikkat etmek gerekir ki, ayıplı eserin değersizliği veya ayıp sonucunda bunda oluşan değer kaybı, ayıbın yan zararı değildir.[21] Örneğin teslim edilen mobilyalarda bulunan kurtun, sipariş edilen mobilyayı kemirmesi ve mobilyaların beş para etmemesi ile oluşan zarar, ayıbın yan zararı olmaz.[22] Sipariş üzerine imâl edilen makinede parçalardan birinin sıcaklığı yanlış ölçüp, makinenin soğutma sisteminin devreye girme-

---

[18] Ayıplı ifanın yan zararı ifadesi için: DAĞDELEN Ahmet Hakan, "Avusturya ifa aksaklıkları hukukunun temel yapısı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 66, S. 4, 2017, ss. 659-676, s. 672.

[19] Örnekler için: HONSELL, 2010, s. 299. Daha fazla örnek için: BÜHLER, 1998a, para. 175 vd; GAUCH, s. 699; TANDOĞAN, 1987, s. 205; ARAL / AYRANCI, s. 423.

[20] GAUCH, s. 699; HONSELL, 2010, s. 299; TANDOĞAN, 1987, s. 205; ARAL / AYRANCI, s. 423.

[21] GAUCH, s. 696.

[22] Bu ayıp örneği için: SEROZAN / BAYSAL / SANLI, s. 317.

sini önleyerek makinenin yanmasına sebep olması da başlı başına ayıbın yarattığı ana zarardır, yoksa ayıbın yan zararı değildir. Ayıbın kendisi, ayıbın varlığı ile eserde yarattığı zarar, ayıbın yan zararı değildir.[23] Yine ayıplı eserin yüklenici tarafından onarılmaması ya da onarım için iş sahibinin kendi yaptığı masraflar da ayıbın yan zararı değildir.[24] Ayıbın yan zararı ile eserin kendisinin dışında meydana gelen bir zarar kast edilir.[25]

Bu bağlamda bir tartışma, eserin ticari değerindeki kayıp / eserin düşük ticari değeri (*merkantiler Minderwert*) açısından yaşanır.[26] Eserde bir defa ayıp ortaya çıktıktan sonra, ayıp teknik açıdan giderilse bile kimi eserlere artık piyasada muadillerinden her zaman daha düşük bir değer biçilecektir. Örneğin sipariş üzerine imâl edilen bir teknenin motorunda arıza olması veya teknenin seyir halinde iken su alması durumunda, imâl edilen teknedeki teknik aksaklık giderilse bile, o tekneye daha önceden ayıp görmemiş bir muadili ile aynı değer biçilmeyecektir. Bir görüşe göre, eserin düşük ticari değeri ayıbın yan zararıdır ve ancak bu bağlamda değerlendirilmesi, giderimi söz konusu olacaktır.[27] Diğer bir görüşe göre ise, bu problem ayıbın yan zararı kümesi altında değildir, ayıp teknik açıdan giderilebilmesine rağmen, esere piyasada biçilen düşük bedel yine eserin ayıplı olmasına bağlanan haklar çerçevesinde, ayıptan kusursuz sorumluluk bahsinde değerlendirilip, çözüme kavuşturulacaktır.[28] Esasen esere biçilen değer, ayıbın başlı başına yarattığı, varlığı ile oluşturduğu zarar ile ilgili olduğundan, ikinci görüş daha doğru görünmektedir. Eserdeki uygunsuzluk ile eserin ticari değerindeki düşüklük ayrı değerlendirilmesi gereken iki ayrı ayıp oluşturur. Ancak bu problem ile eser sözleşmesi ile alakalı olan eser harici diğer bir eşyada yaşanan değer kaybını ayrı değerlendirmek gerekir. Örneğin tamire konu bir eşyada değer kaybı yaşandığında ya da bir eser sözleşmesi çerçevesince modifiye edilen bir otomobilin motorunda yapılan değişiklik sonucunda bir

---

23 GAUCH, s. 696; ARAL / AYRANCI, s. 423.

24 GAUCH, s. 696; ARAL / AYRANCI, s. 424.

25 Bu zarara ilişkin verilen, ayıplı eserdeki değer eksikliği dışında kalan iş sahibinin her türlü zararı tanımı için bkz.: TANDOĞAN, 1987, s. 204; ARAL / AYRANCI, s. 423; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 563; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 781.

26 BÜHLER, 1998a, para. 88; GAUCH, s. 629 vd.

27 BÜHLER, 1998a, para. 88; GAUCH, s. 629 vd; KÖNIG Roger, "Vom Mangelfolgeschaden: Grundzüge und Streitfragen", **Schweizerische Baurechtstagung 2019**, Hubert STÖCKLI (Editör), Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Freiburg, 2019, ss. 79-106, s. 106.

28 KOLLER, 2015, para. 545, 677.

arıza yaşandığında ve otomobilin piyasa değerinde bir azalma olduğunda, otomobilin azalan değeri ayıbın yan zararı olarak kusur sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilmeli, kusursuz sorumluluk bahsine çekilmemelidir. Bu durumlarda değer kaybı yaşanan eşya, sözleşmedeki eser değildir.

İş sahibinin belirli bir eşyayı kullanmaktan mahrum kalmasının, eşyanın cevheri değerinden ayrı tazmini gereken bir mal varlığı zararı olmadığına işaret edilir.[29] Bu görüş doğrultusunda örneğin bir otomobilin kullanılamaması, bunun konforundan mahrum kalma tek başına tazmin edilecek bir zarar oluşturmaz. Ancak kullanılamayan eşya yerine bir ikâme edinilmesi için masraf yapıldığında, bu yapılan masraf ayıbın yan zararı kapsamında görülecek ve tazmini istenebilecektir.[30] Yine eşyayı kullanamama bir gelir kaybına yol açıyorsa, bu da ayıbın bir yan zararı olarak görülecektir.

## C. Hukuka Aykırılık ve Yüklenicinin Kusuru

### 1. Genel Olarak

Ayıbın yan zararından ötürü sorumlulukta dikkat edilmesi gereken belki de en önemli husus, taşınır ve cismani yapıda olan eşyaları konu alan ürün sorumluluğu bir kenara bırakıldığında, yüklenicinin sorumluluğunun kusura bağlı olmasıdır.[31] Oysa ayıptan ötürü sorumlulukta, diğer bir ifade ile sözleşmede edimler arasında kurulan dengenin tekrar sağlanmasına ilişkin sorumlulukta, yüklenicinin sorumluluğu için kusur şartı aranmaz.[32] İş sahibi, eserin ayıplı olması durumunda, TBK m. 475'te kendisine tanınan seçimlik hakları yüklenicinin bir kusuru olmasa da ileri sürebilir. Ancak iş sahibinin tazminat talebi için, yüklenicinin kusuru şarttır. Ayıbın yan zararından sorumluluk **kusur esasına** (*Verschuldenshaftung*) dayandığından, sorumluluğun gerekçesi hukuka aykırı, kusurlu davranışla zarara neden olunmasıdır. Kusur, hukuka aykırı davranışın zarara neden olan kişiye isnat edilebilmesidir.

---

[29] GAUCH, s. 697; HONSELL, 2010, s. 299. Fiktif kiralık araç masrafları (*fiktive Mietwagenkosten*) açısından yapılan tartışmaya ilişkin: WELSER Rudolf / ZÖCHLING-JUD Brigitta, **Bürgerliches Recht Band II**, 14. Bası, Manz, Wien, 2015, para. 1355.

[30] GAUCH, s. 697.

[31] BÜHLER, 1998a, para. 190; GAUCH, s. 702; SELİÇİ, s. 184; WELSER / ZÖCHLING-JUD, para. 419, 420; TANDOĞAN, 1987, s. 206, 207; EREN, 2023, s. 666; GÜMÜŞ, 2020, s. 384; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1142; ARAL / AYRANCI, s. 424; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 564.

[32] Yüklenicinin eseri ayıplı olarak meydana getirmesinden doğan sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu yönünde: KILIÇOĞLU, s. 478, 479.

Türk hukukunda, kusur sorumluluğunun normatif temeli TBK m. 49'a dayanır. Hukuka aykırı ve kusurlu bir davranış ile zarar veren, normun koruma amacına giren zararı gidermekle yükümlüdür. Sözleşme sorumluluğu sahasında hukuka aykırılık, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesinde bulunur.[33] Ayıplı ifada bulunan yüklenici, hukuka aykırı davranmaktadır. TBK m. 112 sorumluluğun dayandığı esas açısından yeni bir şey söylemez. Ancak hemen aşağıda değinileceği üzere, burada TBK m. 50'de yer alan kusurun ispatına ilişkin kurala, TBK m. 112 ile bir istisna getirilir.

Kusurun derecesi iki tarafa borç yükleyen bir eser sözleşmesinin varlığında sorumluluğun doğması açısından bir önem taşımaz, ancak tazminatın kapsamı belirlenirken TBK m. 114'ün yollaması ile beraber TBK m. 51 gereğince göz önünde bulundurulacaktır. Yüklenicinin kusuruna, sözleşme ile kararlaştırılan eserin kalitesini güvence altına alacak önlemlerin ihmâl edilmesi, eserdeki ayıbı önlemek üzere gerekli organizasyonel önlemlerin alınmaması veya eserdeki ayıbı kasten gizleme örnek gösterilebilir.[34] Keza ifa yeri iş sahibinin ikâmetgahı olan borçta, eserin yetersiz paketlenip gönderilmesi ve yolda eserin zarar görmesi, yüklenicinin kendi mesleki becerisini aşan bir işi üstlenmesi, tekniğin bilinen kurallarına uyulmaması da diğer örneklerdir.[35] Eserin yapımı sırasında tekniğin bilinen sınırları yüklenicinin göstermesi gereken özenin sınırını çizecektir.[36]

TBK m. 112'de öngörüldüğü üzere, borçlu borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmediğinde, devreye bir kusur karinesi girmektedir.[37] Ayıp sonucu oluşan zarar da esasen, borcun gereği gibi yerine getirilmemesinin, sözleşmeye aykırılığın bir sonucudur, bu bakımdan kuralın uygulama sahasına dâhildir. İş sahibi ayıbın yan zararına ilişkin tazminat talebini ileri sürerken yüklenicinin kusurunu ispat etmek zorunda değildir, yüklenici bu hususta bir

---

33 WELSER / ZÖCHLING-JUD, para. 1390.

34 Ayıbın kasten gizlenmesi açısından farklı bir değerlendirme ile: GAUCH, s. 702, 703; TANDOĞAN, 1987, s. 206. Bu konuda açıklamalar için ayrıca: SELİÇİ, s. 183, 184.

35 BÜHLER, 1998a, para. 191; SELİÇİ, s. 185.

36 GAUCH, s. 702.

37 Kusurun ağırlığı açısından karşılaşılan kanun boşluğuna ilişkin: DAĞDELEN Ahmet Hakan, "Bir kanun boşluğu: Borca aykırılıkta devreye giren kusur karinesinde kusurun ağırlığı", **8. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu özet kitabı (15-16-17 Haziran Bahçeşehir Üniversitesi)**, Emre GÖKYAYLA (Editör), Asos Yayınevi, Elazığ, 2022, ss. 35-35, s. 35.

kusurunun bulunmadığını ispat etmek zorundadır. Diğer bir ifade ile kusura ilişkin ispat yükü yüklenici üzerindedir.[38]

### 2. Yardımcı Kişiden Sorumluluk

Yüklenicinin zarardan ötürü sorumluluğu kusur esasına dayanmakla birlikte, yardımcı kişiden sorumluluğa ilişkin TBK m. 116'da yer alan düzenleme, burada da uygulama alanı bulur. Ayıp ve bununla beraber ayıbın yan zararı, yüklenicinin bir yardımcı şahsının, örneğin yüklenicinin bir çalışanının veya kullandığı bir alt yüklenicisinin davranışından kaynaklandığında, yüklenici ayıbın yan zararından kendi kusuru bulunmasa bile sorumlu olur.[39] Yeter ki ifa yardımcısının davranışında yüklenici kendisi bulunsaydı, iş sahibi karşısında kusurlu olurdu denebilsin.[40] Bu takdir edilirken, ifa yardımcısının sahip olduğu uzmanlık, yükleniciden de beklenebilecektir, örneğin hesaplamaların, çizimlerin yükleniciye yardım eden mühendise, mimara yaptırılmasında olduğu gibi.[41]

Burada sıfatına dikkat edilmesi gereken bir kişi, yüklenicinin eseri yaparken kullanacağı malzemeyi, teçhizatı temin ettiği kişi olan tedarikçidir. Tedarikçinin kural olarak yüklenicinin yardımcı kişisi olduğu kabul edilmez.[42] Tedarikçinin eserin yapı malzemesini veya işin görülmesi için gerekli araçları sağlaması, yüklenicinin TBK m. 116 anlamında yardımcı kişisi sıfatını kazanmasını, ifa yardımcısı olmasını sağlamaz. Bununla beraber yüklenicinin, tedarikçi tarafından sağlananları yeterli bir şekilde kontrol etmemesi ya da tedarikçisini özenli bir şekilde seçmemesi durumunda sorumluluğu söz konusu olabilecektir.[43] Ancak bu sorumluluk yardımcı kişinin kusurundan sorumluluğa değil, yüklenicinin kendi kusuruna dayanır. Diğer yandan, yüklenicinin iş sahibine üretme sözü verdiği parçayı, bir tedarikçiden temin etmesi durumunda ise tedarikçi, yüklenicinin ifa yardımcısı olarak görülebilecektir.[44]

---

38 BÜHLER, 1998a, para. 190; GAUCH, s. 704; SELİÇİ, s. 185; TANDOĞAN, 1987, s. 205; EREN, 2023, s. 666; GÜMÜŞ, 2020, s. 384; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1142; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 564.

39 BÜHLER, 1998a, para. 192; GAUCH, s. 705; TANDOĞAN, 1987, s. 206; ARAL / AYRANCI, s. 424.

40 WELSER / ZÖCHLING-JUD, para. 1529. Farklı bir ifade ile: BÜHLER, 1998a, para. 193; TANDOĞAN, 1987, s. 206.

41 GAUCH, s. 706; KÖNIG, s. 90.

42 BÜHLER, 1998a, para. 192; GAUCH, s. 705.

43 GAUCH, s. 705; WELSER / ZÖCHLING-JUD, para. 1526.

44 WELSER / ZÖCHLING-JUD, para. 1526.

## III. SORUMLULUĞUN KALKMASI

### A. Genel Olarak

Ayıba sebebiyet vermeyen yüklenici, ayıbın yan zararından da sorumlu olmaz. Ayıbın yükleniciye izafe edilebilir olması gerekir. Şayet eserdeki ayıp, iş sahibinden, iş sahibinin beraber çalışılmasını zorunlu tuttuğu bir alt yükleniciden, iş sahibinin kullanılmasını zorunlu tuttuğu bir malzemeden veya iş sahibinin arsasından kaynaklanıyor ise, yüklenicinin ayıptan sorumluluğunu kaldırabilecek bu hususlar, yüklenicinin ayıbın yan zararından ötürü sorumluluğunun doğmasına da engel olacaktır. Bununla beraber ayıba neden olan yüklenicinin, ayıbın yan zararından ötürü kısmen veya tamamen sorumlu tutulamaması da mümkündür. Bu bağlamda aşağıda sırasıyla ayıbı bilerek eserin kullanılması, sorumsuzluk anlaşması ve sorumluluğun zamansal sınırları üzerinde durulacaktır.

### B. Eserin Kabulü ve Ayıbı Bilerek Eserin Kullanımı

Bu noktada bir soru işareti, ayıplı eserin iş sahibi tarafından kabulünde yaşanır. TBK m. 474'e göre, iş sahibi imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve var olan ayıpları uygun süre içerisinde yükleniciye bildirmek zorundadır. TBK m. 477 f. 3'te de gizli ayıplar açısından, iş sahibinden ayıbın tespitinden sonra hemen bildirimde bulunması beklenmektedir. TBK m. 477 f. 2 uyarınca gözden geçirme ve bildirimde bulunmamanın sonucu, eserin kabul edilmesidir. TBK m. 477 f. 1 uyarınca ise, eserin kabulünden sonra, kasten gizlenen ve usûlüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar hariç, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmaktadır.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki bildirim külfeti, ayıp için öngörülmüştür. Ayıbın yan zararı açısından böyle bir bildirim külfeti yoktur. Diğer bir ifade ile ayıbın yan zararı ortaya çıktıktan sonra, bunun yükleniciye bildirilmemesi bir hak kaybına yol açmaz. TBK m. 474'te sadece ayıba ilişkin bir bildirim külfeti öngörülmektedir. Kanunda, ayıbın yan zararına ilişkin iş sahibinin bildirimde bulunması gerektiği yönünde bir bildirim külfeti yer almamaktadır, bu yönde bir bildirim külfetinin kanuni dayanağı yoktur. Örneğin ayıplı şekilde onarılan kemerin kopması sonucu direkten düşen işçi, imkân bulur bulmaz yükleniciye bildirimde bulunmadığı sebebi ile tazminat alacağını kaybetmez.[45] Ancak bildirim külfetinin ihlâli durumunda, diğer bir ifade ile bildirilmesi gerekirken bildi-

[45] Böyle bir örneği konu alan bir mahkeme kararına işaret bir eser için bkz.: KOLLER Alfred, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil Band I**, Stämpfli Verlag, Bern, 2012, s. 81.

rilmemiş ayıbın arkasından doğan ayıbın yan zararının arz ettiği bir özellik bulunmaktadır. TBK m. 477 f. 1, eserin kabulünden sonra yüklenicinin her türlü sorumluluktan kurtulacağını ifade etmektedir.

TBK m. 477 f. 1'in lâfzında geçen "*her türlü sorumluluk*" ibaresinin kapsamına, ayıbın yan zararının girip girmeyeceği konusunda bir çelişkiye düşülebilir.[46] Düzenleme yapısı ve içeriği itibari ile ayıbın yarattığı ana zarara ilişkindir. Bildirim buna ilişkin, diğer bir ifade ile ayıbın kendisine ilişkin olacaktır. Düzenleme ayıbın yan zararına ilişkin değildir. Bu bakımdan düzenlemenin, sadece ayıplı eser teslimi ile bozulan öznel dengeden sorumluluğa ilişkin olduğunu kabul etmek daha doğru görünmektedir. Ayıbın yan zararı açısından incelenmesi gereken, ayıp bildiriminin yapılıp yapılmadığı değildir.[47] Bu bağlamda TBK m. 52'ye dikkat etmek gerekir. Bu düzenlemeye göre, zarar gören zararın doğmasına ya da artmasına etkide bulunmuş ise, tazminatın indirilmesi ve hatta tamamen kaldırılması mümkündür. İş sahibinin ayıptan haberdar şekilde eseri kullanması, iş sahibinin kendi dikkatsizliği ve özensizliğine yorulabilir. Bu durumda iş sahibinin kendi dikkatsizliği ve özensizliği, zararın doğmasına, artmasına etkide bulunmaktadır. Bunun sonucunda da TBK m. 52'ye dayalı olarak tazminatın indirilmesi veya tamamen kaldırılması mümkündür.

Burada bir soru, eserin ayıptan haberdar şekilde kullanılmasının, iş sahibinin eseri örtülü olarak kabul ettiği anlamına gelip gelmeyeceği yönünde olabilir. Yukarıda ifade edildiği üzere, eserin açık veya örtülü kabul edilmiş olması, yüklenicinin ayıbın yan zararından ötürü TBK m. 477 uyarınca sorumluluktan kurtulmasını zorunlu olarak sağlamamaktadır. Yüklenicinin sorumluluğuna etki eden, iş sahibinin TBK m. 52 altında değerlendirilecek zararın doğmasındaki kendi dikkatsizliği ve özensizliğidir. Eserin ayıptan haberdar şekilde kullanılması, zorunlu olarak eserin kabul edildiği anlamına gelmez. Örneğin iş sahibinin ayıba ilişkin bildirimde bulunduktan sonra acil ihtiyaçlarını gidermek üzere ayıplı eseri kullanması, yüklenicinin sorumlu-

---

[46] Ayıbın yan zararından ötürü sorumluluğun bildirim/ihbar külfetinin ihlâli durumunda kalkacağı yönünde: AYAN DURHAN, s. 143; TANDOĞAN, 1987, s. 205; EREN, 2023, s. 665. Eserin kabulünden sonra yüklenicinin aybın yan zararından sorumlu olmayacağı yönünde: TANDOĞAN, 1987, s. 218, 220. Genel hükümler uyarınca tazminat talebi ile sözleşmeye aykırılık sonucu tazminat talebi bakımından, eserin kabulünün farklı değerlendirilebileceği yönündeki tartışmalara ilişkin: GAUCH, s. 849.

[47] TBK m. 475 f. 2 uyarınca, iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat hakkının saklı olduğu ve bunun sonucunda tazminat istemi için iş sahibinin muayene ve bildirim külfetlerinden muaf olduğu yönünde: GÜMÜŞ, 2020, s. 384; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 564.

luğunu kaldırmayacaktır. Yüklenicinin ayıbın ana zararından ötürü sorumluluğunun kalkmasında incelecek husus eserin kabul edilip edilmediği iken, ayıbın yan zararı açısından incelecek husus iş sahibinin zararın doğmasına ya da artmasına olan etkisidir. İş sahibi eseri kabul etmemiş olsa bile, ayıplı eseri ayıptan haberdar şekilde kullanmakla zarara uğradığında, ayıbın yan zararına ilişkin tazminat istemi kısmen veya tamamen kalkabilecektir.

### C. Sorumsuzluk Anlaşması

Eserin ayıplı olması durumunda, yüklenicinin bundan sorumluluğu mutlak değildir. Taraflar yapacakları bir anlaşma ile yüklenicinin ayıptan sorumluluğunu hafifletebilecekleri gibi bertaraf da edebilirler.[48] Aynı imkân ayıbın yan zararı açısından da mevcuttur. TBK m. 475 f. 2'de öngörülen, iş sahibinin genel hükümler uyarınca tazminat hakkına sahip olacağı yönündeki düzenleme emredici nitelikte değildir. Sorumsuzluk kayıtlarının geçerliliği için aranan şartların burada da aynı şekilde aranacağını kabul etmek gerekir.

Bu bahiste bir problem, sözleşmede yer alan sorumsuzluk kayıtlarının ne ölçüde ayıbın yan zararını da kapsamına alacağı konusunda yaşanabilir. Bu sorunun cevabı ise tamamen sorumsuzluk kaydının yorumuna kalmaktadır.[49] Dikkat etmek gerekir ki taraflar arasında bozulan edim dengesinden sorumlu olunmayacağı yönünde yorumlanacak bir ayıptan sorumsuzluk kaydının, zorunlu olarak ayıbın yan zararından da sorumluluğu kaldıracağı kabul edilmemelidir.

### D. Zaman Aşımı

#### 1. Süre

TBK m. 478 uyarınca, yüklenicinin ayıplı eserden dolayı sorumluluğu, teslim tarihinden itibaren hesap edilecek, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın, taşınmazlarda beş yılın ve yüklenicinin ağır kusurlu olması durumunda yirmi yılın sonunda zaman aşımına uğrar. Düzenleme her ne kadar ayıp sebebiyle her türlü sorumluluğu kapsamına alıyor gibi görünse de ayıbın yan zararından sorumluluk bu düzenlemeye altlanmamalıdır. Burada doğru olan, iş sahibinin, sadece edimler arasında kurulmuş olan dengenin ayıplı eser teslimi ile bozulması sebebiyle sahip olduğu haklarını TBK m.

---

48 BÜHLER, 1998a, para. 245.

49 GAUCH, s. 920.

478'e tâbi kılmaktır.[50] Nitekim ayıplı eserin teslimi ile iş sahibinin bozulan edim dengesinden ötürü zararı doğmaktadır. TBK m. 478 uyarınca zaman aşımı süresi, eserin teslimi ile başlamaktadır. Oysa ayıbın yan zararı, eserin teslimi ile beraber doğmak zorunda değildir. Şayet ayıbın yan zararı açısından zaman aşımı TBK m. 478'e dayandırılırsa, daha zarar doğmadan zaman aşımının eserin teslimi ile başlaması ve hatta tazminat alacağının daha zarar doğmadan zaman aşımına uğraması gibi anlamsız sonuçlar çıkabilecektir. Alacağın tâbi olduğu süreyi zaman aşımı süresi olarak nitelemek ve arkasından bu süreyi alacak muaccel olmadan başlatmak mümkün değildir. TBK m. 149 f. 1 uyarınca, zaman aşımı süresi alacağın muaccel olması ile başlar.[51]

Ayıbın yan zararından sorumluluğa ilişkin zaman aşımı süresini TBK m. 478'in uygulama sahasından çıkarttıktan sonra, burada hangi düzenlemenin uygulama bulacağı sorusu ile karşılaşılır. Türk[52] ve İsviçre[53] öğretisinde, TBK m. 49 vd. uyarınca genel haksız fiil hükümleri gereği zarardan sorumluluk ile TBK m. 112 uyarınca borca aykırılık arasında bir ayrım yapılmaktadır. Bu yaklaşıma göre borca aykırı bir davranış, kişinin bir mutlak hakkını da ihlâl ediyorsa, zarar görenin birbiri ile yarışan iki adet tazminat talebi söz konusu olur. Bir talep TBK m. 49'a dayanırken, diğer talep TBK m. 112'ye dayanır.

---

[50] Aksi yönde ve ayıbın yan zararının da TBK m. 478'e karşılık gelen İsviçre'deki Art. 371 OR'a altlanması gerektiği yönünde: BÜHLER Theodor, "Art. 371 OR", **Der Werkvertrag, Art. 363-379 Zürcher Kommentar Band V/2d**, 3. Bası, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1998, para. 10, 29; GAUCH, s. 795, 796, 812, 813. Ayıbın yan zararından sorumluluğun Art. 371 OR'a tâbi olacağı, haksız fiilden sorumluluğun ise olmayacağı yönünde: HONSELL, 2010, s. 304. Ayıplı ifadan kaynaklanan tazminat talebinin TBK m. 478'e tâbi olacağı yönünde: GÜMÜŞ, 2020, s. 384.

[51] Bu konuda ayrıca aşağıda TBK m. 72 ile ilgili açıklamaya bakınız.

[52] HATEMİ Hüseyin, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm ikinci cilt: Sözleşme dışı sorumluluk hukuku**, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 11 vd., 127; NOMER Halûk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Beta, İstanbul, 2021, s. 457; OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - 1**, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 463 vd; SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm üçüncü cilt: İfa, ifa engelleri, haksız zenginleşme**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 294 vd; TANDOĞAN Halûk, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit dışı ve akdi mes'uliyet)**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 528 vd; TEKİNAY Selâhattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atillâ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 980 vd; GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Yetkin, Ankara, 2021, s. 578, 579.

[53] GAUCH, s. 846 vd; HONSELL Heinrich, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, 4. Bası, Schulthess, Zürich, 2005, s. 29 vd.; HONSELL, 2010, s. 118; KOLLER, 2015, para. 525; KÖNIG, s. 101; KÖNIG, s. 101 vd. SCHWENZER Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 5. Bası, Stämpfli Verlag, Bern, 2009, s. 476, 36 vd.

Türk ve İsviçre öğretisindeki bu yaklaşım doğru görünmemektedir. TBK m. 49 vd. verilen bir zarardan ötürü sorumluluğun genel hükümleridir, bir zararın tasfiyesi kanunun bu bölümüne göre yapılır. Borca aykırılık şeklinde, zararı tasfiye etmek üzere ayrı bir tazminat, borç kaynağı yoktur. TBK m. 112'nin esas fonksiyonu, zarardan sorumluluğa ilişkin bir kusur karinesi getirerek, zarardan sorumluluğa ilişkin TBK m. 50'de öngörülen ispat yükünün yerini değiştirmektir. Yoksa bu düzenlemenin zaman aşımını değiştirmek, yeni bir borç kaynağı yaratmak gibi bir fonksiyonu olmamalıdır. Zarar görenin biri TBK 49'a diğeri TBK m. 112'ye dayanan birbiri ile yarışan ya da diğer bir ifade ile birbiri ile rekabet eden iki ayrı alacağı olmaz. Bu görüş, Türk hukukunda uzun yıllardan beri hâkim olan karşı görüşün ulaştığı yaygınlık karşısında ilk bakışta kabul edilemez görülebilecektir. Bu çalışmanın yazarı da bu hususun bilincinde olup, burada dile getirilen görüşün sorumluluğunu üzerine almaktadır. Yaygın görüşün aksine burada ileri sürülen görüş çerçevesince, zarar görenin elinde zararını tazmin ettirmek üzere tek bir alacak hakkı vardır. Zarar ile zarara neden olan kişi arasında kusur sorumluluğu esası temelinde sorumluluk bağı kurulurken aranan hukuka aykırılık unsuru, birden fazla normun ihlâl edilmesi ile gerçekleşse de zarar görenin zararı gidermek üzere alacak hakkı tektir. Zarar gören tek alacak hakkını ileri sürerken bunu istediği şekilde temellendirebilir. Ancak birden fazla normun ihlâli kendisine birden fazla alacak vermez. Aynı zarar açısından, hukuka aykırılık unsurunda yığılma yaşanması zarar görenin alacak sayısını ya da sorumlunun tazminat borcunun sayısını artırmaz. Burada söz konusu olan alacak ya da taleplerin yarışması/rekabeti (*Anspruchskonkurrenz*) değil, alacak/talep temellerinin yarışması/rekabetidir (*Anspruchsnormenkonkurrenz/Anspruchsgrundlagekonkurrenz*).[54] Türk hukukundaki yaygın görüş, ihlâl edilen birden fazla normun birbirine nasıl etkide bulunacağını açıklamamaktadır. Kanundan doğan ya da sözleşmede kararlaştırılmış, sorumluluğu hafifleten ya da kaldıran anlaşmaların, zaman aşımını kısaltan anlaşmaların haksız fiil uyarınca ileri sürülecek tazminat talebine nasıl, hangi gerekçe ile etki ettiği belirsizdir. Bunun gibi, alacaklardan birine ilişkin yapılan ibra anlaşmasının diğer alacağı da nasıl ortadan kaldırdığı ya da verilen bir teminatın nasıl iki alacağı da güvenceye aldığı yine belirsizdir. Diğer yandan yaygın görüş çerçevesince, zarar gören kişi tazminat taleplerinden birini,

---

[54] WOLF Manfred / NEUNER Jörg, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 10. Bası, Beck, München, 2012, s. 241, 242. TBK m. 60'ı doğrudan ilgilendiren durumlarda, talep temellerinin yarışmasının söz konusu olacağına ilişkin: BAYSAL Başak, **Haksız Fiil Hukuku**, Onikilevha, İstanbul, 2019, s. 600, 601.

örneğin sözleşmeye dayananı bir başkasına devredebilecek, diğerini ise örneğin haksız fiile dayananı elinde tutmaya devam edebilecektir.[55] Keza yaygın görüş çerçevesince zarar gören açtığı bir tazminat davasını kaybettiğinde, diğer bir talebine dayalı olarak tekrar tazminat davası açabilecektir. Konunun detayı elbette daha geniş ve kendisine özgülenmiş bir çalışmayı hak etmekle birlikte, bu paragrafta bu çalışmanın yazarı Türk hukukundaki yaygın görüşte bir aksilik olduğuna ilişkin kanısını, bir işaret fişeği atarak dile getirmeye çalışmıştır.

Zararın tasfiyesinin kanundaki hangi hükümlere göre yapılacağı tespit edildiğinde, ayıbın yan zararına ilişkin zaman aşımı süresi de kendiliğinden belirmektedir. TBK m. 72 uyarınca sorumluluk, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenmesinden itibaren iki yıllık ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayacak on yıllık zaman aşımı süresine tâbidir. İki yıllık süre, zararın öğrenilmesini ve bununla yüklenicinin bağının kurulmasını temel aldığından, burada eserin teslim edildiği tarihe bakılmayacaktır. On yıllık süre için kanun her ne kadar fiilin işlendiği tarih dese de burada anlaşılması gereken alelâde bir fiil değil, bünyesinde zarar, nedensellik, normun koruma amacı, hukuka aykırılık ve kusur unsurlarını içeren soyut haksız fiildir. Bu olguların bir araya geldiği tarihte, haksız fiil işlenmiş olur.[56] Bu bakımdan on yıllık süre açısından da ayıplı eserin teslim tarihine bakılmaz, zararın ortaya çıkış tarihine bakılması gerekir.[57] Zaman aşımı niteliğindeki bir sürenin, alacağın muaccel olmasından önce başlaması mümkün değildir.[58] Nitekim TBK m. 149 f. 1'de zaman aşımı süresinin alacağın muaccel olması ile işlemeye başlayacağı ifade edilmektedir.[59] Süreyi zarar doğmadan kusurlu fiilin işlendiği tarihten başlatmak gayri adilane olduğu gibi kanuna da aykırıdır. Zarar doğmadan

---

55 WOLF / NEUNER, s. 241, 242.

56 Yargıtay HGK 22.10.2003, E. 2003/4-603, K. 2003/594.

57 Yargıtay HGK 22.10.2003, E. 2003/4-603, K. 2003/594.

58 On yıllık sürenin zarar doğmasa da fiilin işlendiği tarihten başlayacağı yönünde: EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Yetkin, Ankara, 2020, s. 941, 942; OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - 2**, Vedat, İstanbul, 2018, s. 77; BAYSAL, s. 633; ÇETİNER Bilgehan / FURRER Andreas / MULLER-CHEN Markus, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, Onikilevha, İstanbul, 2022, s. 495; ANTALYA Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2**, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, s. 618; GÜMÜŞ, 2021, s. 591; BAŞPINAR Veysel / ALTUNKAYA Mehmet, "Depremden doğan zararların tazmininde zamanaşımının başlaması ve süresi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 1, s. 107; HAVUTÇU Ayşe, "Haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımı sürelerinin başlangıcı", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, Özel Sayı, 2010, s. 590 vd.

59 Yargıtay HGK 22.10.2003, E. 2003/4-603, K. 2003/594.

ne bir alacağın varlığından ne de alacağın muacceliyetinden bahsedilebilir. Bu bağlamda işaret etmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de tazminat talebine ilişkin zaman aşımı süresinin, zararın (ilgili olayda asbest kaynaklı hastalığın) bilinmesinin mümkün olmadığı bir andan başlatılmasını, mahkemeye erişimi kısıtladığı gerekçesi ile AİHS m. 6 f. 1 çerçevesince adil yargılanma hakkı ile bağdaşmaz bulmaktadır.[60]

Ayıbın yan zararı açısından, zaman aşımı süresini zararın ortaya çıktığı tarihten başlatmak, kimi durumlarda yüklenicinin sorumluluğunu çok uzun sürelere tâbi kılarak ağırlaştırabilecektir. Bu sorumluluğu hafifletmeye yönelik ilginç bir çözüm Avusturya hukukunda bulunur.[61] Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) paragraf 933a f. 3 uyarınca, eşyanın tesliminden itibaren on yıl geçtikten sonra, mevcut hukuki ilişkiye aykırılık sebebi ile verilen zarar açısından paragraf 1298 uyarınca devreye giren kusur karinesi kalkmaktadır. Diğer bir ifade ile bu süre dolduktan sonra alacak iddiası her ne kadar bir borca aykırılığa dayansa da borçlunun kusurunun varlığının ispat edilmesi gerekmektedir. Aradan uzun bir süre geçtikten sonra ayıbın yan zararı sebebi ile yüklenicisine başvuran iş sahibinin, zararın eserin yıllar evvel teslimi sırasında mevcut bulunan bir ayıba dayandığını ispat etmesi gerektiği gibi bir de bu hususta yüklenicinin kusurlu bulunduğunu ispat etmesi gerekecektir.

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken diğer bir düzenleme de TBK m. 147'de yer alır. Burada yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuru ile hiç veya gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacakların beş yıllık zaman aşımı süresine tâbi olduğu ifade edilmektedir. Bu çalışmada ileri sürülen görüş uyarınca, yüklenicinin borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi durumunda söz konusu olacak borcun temeli sözleşmede uyuşan taraf iradelerine değil, iş sahibinin uğradığı zarara dayanır. Zarar, hukuki işlemin içerisinde taraf iradeleri doğrultusunda yaratılan borçlardan ayrı bir temelde sorumluluk doğurur. TBK m. 112, borca aykırılık şeklinde gerçekleşen hukuka aykırılığa bağlı olarak meydana gelen zararı, prensip olarak kusur sorumluluğu esası temeline oturtmakta, arkasından da kusura ilişkin ispat yükünü tersine çevirmektedir. Zaman aşımı süresinin TBK m. 72'ye dayanması, zarardan sorumlulukta kusur karinesinin devreye girmesi-

---

[60] European Court of Human Rights, Case of Howald Moor and Others v. Switzerland, karar tarihi: 11/03/2014, Başvuru No. 52067/10 ve 41072/11. İhlâl kararından sonra TBK m. 72'nin karşılığı olan İBK m. 60'ta yer alan süreler uzatılsa da, İsviçre kanun koyucusu ihlâle neden olan problemi gidermemiştir. Problem; sürenin uzun veya kısa olması değil, başlangıcıdır.

[61] WELSER / ZÖCHLING-JUD, para. 432.

ne engel değildir. Kusur sorumluluğu esası temelinde, kimi durumlarda kusura ilişkin ispat yükü yer değiştirmektedir. Esasen yine kendine ait başlı başına ayrı bir çalışmayı hak etmekle birlikte işaret etmek gerekir ki, TBK'da kusursuz sorumluluk başlığı altında öngörülmüş örneğin adam çalıştıranın sorumluluğu açısından da söz konusu olan esasen bir kusursuz sorumluluk değildir, burada söz konusu olan kusura ilişkin ispat yükünün TBK m. 112'deki gibi zarar gören üzerinden alınmasıdır.[62] Sonuç olarak zarardan ötürü bir kişinin sorumluluğunun haksız/hukuka aykırı fiile ya da bünyesinde bir haksızlık/hukuka aykırılık bulundurmayan tehlike sorumluluğu ya da müdahale sorumluluğu gibi çeşitli sorumluluk esaslarına dayanması mümkündür. Zarardan sorumluluğa ilişkin zaman aşımı süresini kanun koyucu ayrıca düzenlemektedir. Bu bakımdan ayıbın yan zararından sorumluluğa ilişkin alacak hakkı, tarafların iradelerinin uyuşması sonucu doğan borçları konu alması önerilen TBK m. 147'ye altlanmamalıdır. Ayıbın yan zararından sorumluluk diğer kusur sorumluluğu hâllerine paralel şekilde TBK m. 72 altında değerlendirilmelidir.

### 2. Sürenin Tadili

TBK m. 148, kanunun ilk kısmının üçüncü bölümünün ikinci ayrımında yer alan sürelerde değişiklik yapılmasına izin vermemektedir. Ancak bu çalışmada ileri sürülen görüş doğrultusunda, ayıbın yan zararından sorumluluğun tâbi olacağı zaman aşımı süresi TBK m. 148'in göndermede bulunduğu hükümler arasında yer almamaktadır. Bu bakımdan, ayıbın yan zararından ötürü sorumluluğa ilişkin zaman aşımı süresinde tarafların bir değişikliğe gitmeleri mümkün olsa gerektir. Ancak bu da sadece mal varlığı zararları açısından söz konusu olacaktır. Kişi varlığı alanında oluşan zararlar, örneğin bir yaralanma açısından kanunda öngörülenden daha kısa bir zaman aşımı süresi kararlaştırmak, kişiliğin korunması ile bağdaşmayacağından geçersiz olmalıdır. Kişi varlığı alanında oluşan zararlardan sorumluluğa ilişkin mevzuatta yer alan eşiğin aşağı çekilmesine hukuk düzeni müsaade etmemelidir.

---

[62] İka yardımcısından sorumlulukta (*Besorgungsgehilfe/Verrichtungsgehilfe)* ya da TBK'daki ifade ile adam çalıştıranın sorumluluğunda kusursuz sorumluluğun söz konusu olmadığına, bunun kusura ilişkin ispat yükünün zarar gören üzerinden alındığı bir kusur sorumluluğu hâli olduğuna ilişkin: İsviçre hukukunda: HONSELL, 2005, s. 131. Alman hukukunda: MEDICUS Dieter / LORENZ Stephan, **Schuldrecht II Besonderer Teil**, Beck, München, 2010. Avusturya hukukunda: WELSER / ZÖCHLING-JUD, para. 1534, 1537. Nitekim TBK m. 66 uyarınca da ika yardımcısı kullanan kişi, gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir.

## IV. SONUÇ

Borcun gereği gibi ifa edilmediği durumlardan biri olan ayıplı ifa, alacaklı için her zaman sadece bozulan edim dengesinden ötürü bir zarar yaratmaz. Alacaklı aleyhine ortaya çıkan edimler arası dengesizlikten, ayıplı ifada bulunmuş borçlunun sorumluluğu kusurdan aridir, bu hususta borçlunun kusuruna bakılmaz. Ancak ayıplı ifanın, bu edimler arasında bozduğu denge dışında yarattığı başka bir zarar varsa, bundan ötürü borçlunun sorumluluğu, sair bir sorumluluk esası söz konusu olmadığında, bir kusur sorumluluğudur. Türk hukuku, zarardan sorumlulukta genel kural olarak zararı verenin kusurunu şart koşar, kusursuz sorumluluk kanunda özel olarak öngörülür.

Çalışmanın konusuna giren zararı (*Mangelfolgeschaden*) ifade etmek üzere, Türk öğretisinde farklı terim tercihleri bulunmaktadır. Ayıbın edimler arasında yarattığı dengesizliğin, ayıbın ana zararı olarak değerlendirilmesi durumunda, bu edimler arası dengesizliğin dışında ortaya çıkan zararın, ayıbın yan zararı olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ana ve yan zarar ayrımı açısından zararın büyüklüğü belirleyici değildir. Buna benzer bir ayrım, esasen ana yükümlülük ve yan yükümlülük ayrımında kullanılmaktadır. Bu bakımdan, seçilen bu terim Türk hukukuna çok yabancı olmayacaktır.

Ayıbın yan zararı, mevcut bir sözleşme ilişkisi bağlamında ortaya çıktığı için alacaklının borca aykırılıkta devreye giren kusur karinesinden yararlanması mümkündür. Bu bağlamda Türk öğretisinde kabul edilen, sözleşme çerçevesinde verilmiş zarar ile haksız fiil zararı arasındaki zaman aşımı süreleri arasında yapılan ayrım pek doğru görünmemektedir. Borcun kaynağı her iki durumda da zarardır, aynı zararı farklı zaman aşımı sürelerine bağlamak çelişkili görünmektedir.

## KAYNAKÇA

ANTALYA Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2**, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.

ARAL Fahrettin / AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 14. Bası, Yetkin, Ankara, 2021.

ATAMER Yeşim, **Uluslararası satım sözleşmelerine ilişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca satıcının yükümlülükleri ve sözleşmeye aykırılığın sonuçları**, Beta, İstanbul, 2005.

AYAN DURHAN Elif, **Eser sözleşmesinde ayıbı takip eden zarardan sorumluluk**, Adalet, Ankara, 2021.

AYDOĞDU Murat / KAHVECİ Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 5. Bası, Adalet, Ankara, 2021.

BAŞPINAR Veysel / ALTUNKAYA Mehmet, "Depremden doğan zararların tazmininde zamanaşımının başlaması ve süresi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 1, ss. 95-131.

BAYSAL Başak, **Haksız Fiil Hukuku**, Onikilevha, İstanbul, 2019.

BÜHLER Theodor, "Art. 368 OR", **Der Werkvertrag, Art. 363-379 Zürcher Kommentar Band V/2d**, 3. Bası, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1998a.

BÜHLER Theodor, "Art. 371 OR", **Der Werkvertrag, Art. 363-379 Zürcher Kommentar Band V/2d**, 3. Bası, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1998b.

ÇETİNER Bilgehan / FURRER Andreas / MULLER-CHEN Markus, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, Onikilevha, İstanbul, 2022.

DAĞDELEN Ahmet Hakan, "Avusturya ifa aksaklıkları hukukunun temel yapısı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 66, S. 4, 2017 ss. 659-676.

DAĞDELEN Ahmet Hakan, "Bir kanun boşluğu: Borca aykırılıkta devreye giren kusur karinesinde kusurun ağırlığı", **8. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu özet kitabı (15-16-17 Haziran Bahçeşehir Üniversitesi)**, Emre GÖKYAYLA (Editör), Asos Yayınevi, Elazığ, 2022, ss. 35-35.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Yetkin, Ankara, 2020.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 11. Bası, Legem, Ankara, 2023.

GAUCH Peter, **Der Werkvertrag**, 5. Bası, Schulthess, Zürich, 2011.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Bası, Filiz, İstanbul, 2020.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Yetkin, Ankara, 2021.

HATEMİ Hüseyin, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm ikinci cilt: Sözleşme dışı sorumluluk hukuku**, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.

HAVUTÇU Ayşe, "Haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımı sürelerinin başlangıcı", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, Özel Sayı, 2010, ss. 579-605.

HONSELL Heinrich, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, 4. Bası, Schulthess, Zürich, 2005.

HONSELL Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, 9. Bası, Stämpfli Verlag, Bern, 2010.

KILIÇOĞLU Ahmet, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Bası, Turhan, Ankara, 2023.

KOLLER Alfred, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil Band I**, Stämpfli Verlag, Bern, 2012.

KOLLER Alfred, **Schweizerisches Werkvertragsrecht**, Dike Verlag AG, Zürich / St. Gallen, 2015.

KÖNIG Roger, "Vom Mangelfolgeschaden: Grundzüge und Streitfragen", **Schweizerische Baurechtstagung 2019**, Hubert STÖCKLI (Editör), Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Freiburg, 2019, ss. 79-106.

MEDICUS Dieter / LORENZ Stephan, **Schuldrecht II Besonderer Teil**, Beck, München, 2010.

NOMER Halûk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Beta, İstanbul, 2021.

OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - 1**, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - 2**, Vedat, İstanbul, 2018.

ÖZ Turgut, **İş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi**, Kazancı, İstanbul, 1989.

SCHWENZER Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 5. Bası, Stämpfli Verlag, Bern, 2009.

SELİÇİ Özer, **İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin sorumluluğu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.

SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm üçüncü cilt: İfa, ifa engelleri, haksız zenginleşme**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

SEROZAN Rona / BAYSAL Başak / SANLI Kerem Cem, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 4. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2019.

TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri cilt: II**, 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1987.

TANDOĞAN Halûk, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit dışı ve akdi mes'uliyet)**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

TEKİNAY Selâhattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atillâ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

WELSER Rudolf / ZÖCHLING-JUD Brigitta, **Bürgerliches Recht Band II**, 14. Bası, Manz, Wien, 2015.

WOLF Manfred / NEUNER Jörg, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 10. Bası, Beck, München, 2012.

YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler İkinci Cilt**, 11. Bası, Beta, İstanbul, 2022.

ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 20. Bası, Vedat, 2020.

**Hakemli Makale** **GSÜHFD**, 2023; 2: 1395-1430

# ÖDEME EMRİ TEBLİĞ EDİLMEDEN YAPILAN İTİRAZ GEÇERLİ MİDİR?(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Evrim ERİŞİR**(**)
Av. **Özgür YAĞMUR**(***)

**Öz:** İlâmsız takiplerde ödeme emrine itirazı düzenleyen hükümler, borçlunun hakkında başlatılan icra takibinden en erken ödeme emri tebliğ edildiğinde haberdar olacağı varsayımına göre kaleme alınmıştır. Oysa gelişen teknoloji sayesinde -özellikle de elektronik tebligatın yaygınlık kazanmasına paralel olarak- borçlu henüz ödeme emri tebliğ edilmeden icra takibine maruz kaldığına vâkıf olabilmektedir.

Yüksek yargı kararlarında ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itiraz prensip olarak geçerli kabul edilmemektedir. Fakat borçluya ya sonradan ödeme emrinin tebliğ edilmesi yahut alacaklının ihtilafı sürdürme iradesi göstermesi ile geçersiz itiraz geçerli hâle gelmektedir.

Yakında ödeme emri tebliğ edileceğini öngören yahut elektronik tebligatta beşinci günün sonunda tebligatın yapılacağını bilen bir borçlu ödeme emrine geçerli olarak itiraz edebilmek için ödeme emrinin tebliğini yahut elektronik tebligatta beş günlük sürenin geçmesini beklemek durumunda bırakılmamalıdır. İtirazın geçerliliği sonradan ödeme emri tebliği yahut alacaklının ihtilafı sürdürmesi iradesi göstermesi koşuluna da bağlanmamalıdır.

**Anahtar Kelimeler:** İlâmsız Takip, Ödeme Emri, Ödeme Emrine İtiraz, Elektronik Tebligat, İhtilafı Sürdürme İradesi.

---

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2023 - Makale Kabul Tarihi: 24.11.2023.

(**) İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye.
(ORCID: http://orcid.org/0000-0001-8988-0996; E-posta: evrim.erisir@bilgi.edu.tr).

(***) İstanbul Barosu, Türkiye İş Bankası A.Ş. Hukuk İşleri ve Yasal Takip Bölümü, İstanbul - Türkiye.
(ORCID: http://orcid.org/0000-0001-5763-8898; E-posta: ozgur.yagmur@isbank.com.tr).

# IS THE OBJECTION MADE BEFORE THE NOTIFICATION OF THE PAYMENT ORDER VALID?

**Abstract:** The provisions about objection to payment orders in enforcement proceedings without judgment have been formulated with the assumption that the debtor will be informed of the enforcement proceedings initiated against him at the earliest when the payment order is served. However, -thanks to developing technology- especially the widespread use of electronic notification systems- the debtor may be aware of the enforcement proceedings before the service of the payment order. In principle, an objection made before the service of the payment order is considered invalid in the decisions of the higher courts. However, the invalid objection becomes valid if the payment order is subsequently served to the debtor or the creditor shows his will to continue the dispute. To object the payment order validly, a debtor should not be compelled to wait for the service of the payment order or the period of five days to pass if he anticipates that a payment order will be served soon or knows that service will be made at the end of the fifth day. The validity of the objection should not require the subsequent service of the payment order or the creditor's willingness to continue the dispute.

**Keywords:** Enforcement Proceedings Without Judgement, Payment Order, Objection to Payment Order, Electronic Service, Will to Continue the Dispute.

## GİRİŞ

İlâmsız icra takiplerinde icra müdürlüğü marifetiyle gönderilen ödeme emrine borçlunun itiraz etme imkânı bulunmaktadır. Ödeme emri tebliğ edilmeden önce hakkında icra takibi başlatıldığından haberdar olan bir borçlunun ödeme emrine geçerli olarak itiraz edip edemeyeceği etrafında uygulamada bilhassa elektronik tebligatın giderek yaygınlaşmasına bağlı olarak sorunlar yaşanmaktadır. Yargıtay'ın henüz ödeme emri tebliğ edilmeden önce sunulan itirazın geçerli olup olmayacağına ilişkin kararları hemahenk değildir.

Çalışmamızda Mehaz İsviçre Hukuku'ndaki bilimsel görüşler ve yargı kararları da dikkate alınarak ödeme emri tebliğ edilmeden önce yapılan itirazın geçerli olup olmadığı sorusuna yanıt aranacak, konu ile ilgili yargı kararları eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilecektir.

Bu çerçevede sırasıyla ödeme emrine itiraz prosedürünün kanunî dayanaklarına, ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itirazın Yargıtay kararları çerçevesinde ortaya çıkardığı sonuçlara ve geçerliliğine değinilecek, ardından söz konusu kararlar tasnife tâbi tutulup analiz edilecek ve son olarak konuya ilişkin kanaatimiz açıklanacaktır.

## I. ÖDEME EMRİNE İTİRAZ USULÜNE GENEL BAKIŞ

İcra ve İflâs Kanunu (İİK) m. 61/1 uyarınca ödeme emri borçluya takip talebinden itibaren nihayet üç gün içinde tebliğe gönderilir. İtiraz etmek isteyen borçlu, itirazını, ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde dilekçe ile veya sözlü olarak icra dairesine bildirmeye mecburdur (İİK m. 62/1 c. 1).

Ödeme emrine itiraz müessesesi İİK m. 62'de düzenlemiş olup, mezkûr düzenleme uyarınca ödeme emrine itiraz etmek isteyen borçlunun, kendisine ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde dilekçe ile ya da sözlü olarak icra dairesine müracaat etmesi gerekir. Kanun'un 63. maddesinde ise borçlunun icra dairesine bildirdiği itiraz sebeplerinin bağlayıcı olduğu ve bu sebeplerin itirazın kaldırılması yargılamasında değiştirilemeyeceği ya da genişletilemeyeceği belirtilmiştir. Ödeme emrine itirazın sonuçlarının düzenlendiği 66. maddede, süresi içerisinde yapılan itirazların takibi durduracağı, süresi içerisinde yapılmayan itirazın takip muamelelerinin devamına engel teşkil etmeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Kanun'un devamı maddelerinde, borçlu tarafından usulüne uygun olarak yapılan itiraz üzerine durdurulan takibe devam edilebilmesinin koşulu olarak "*itirazın*

*kaldırılması*" yoluna başvurulması veya "*itirazın iptali davası*" ikame edilmesi şeklinde iki seçenekli bir yol izlenebileceğine işaret edilmiştir.

## II. ÖDEME EMRİ TEBLİĞ EDİLMEDEN İTİRAZ EDİLMESİ

Alacaklı tarafından başlatılan ilâmsız takibi, borçlu prensip olarak usulüne uygun tebligat yapıldığında öğrenir. Bununla birlikte borçlu, hakkında başlatılan icra takibinden ödeme emri tebliğ edilmeden önce de haberdar olabilir. Borçluya ödeme emri tebliğ edilmeden itiraz edilmesi iki şekilde gündeme gelebilir:

İlk olarak, takip talebinde bulunulmuş olsa da henüz ödeme emri düzenlenmemiş yahut ödeme emri düzenlenmiş olmakla birlikte henüz borçluya tebliğe çıkarılmamış veya tebliğe çıkarılmış olmakla birlikte tebligat henüz yapılmamış olabilir. Tebligat yapılmadan borçluların Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminin (UYAP) e-devlet hizmetine entegrasyonu ile e-devlet üzerinden de takip dosyasından haberdar olmaları mümkündür. Keza elektronik tebligat ile de borçlular henüz tebligat yapılmışsa sayılmadan takipten haberdar olabilmektedirler. Elektronik tebligat, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun (Teb. K.) 7/a maddesinde düzenlenmiş olup, anılan maddede belirtilen gerçek ve tüzel kişilere tebligatın elektronik yolla yapılması zorunlu kılınmıştır. Bu hükmün dördüncü fıkrası uyarınca elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır. Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi (UETS) adresine gelen ödeme emrinin henüz tebliğ edilmiş sayılmadığı beş günlük zaman zarfında borçlu bir icra takibine maruz kaldığını öğrenebilir ve söz konusu süre henüz tamamlanmadan icra dairesine müracaat ederek ödeme emrine itiraz edebilir. Elektronik tebligat adresi bulunmasına rağmen, posta yoluyla tebligat yapıldığında da borçlu, hakkında başlatılan icra takibinden haberdar olup ödeme emrine itiraz etmek isteyebilir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin bu şekilde yapılan tebligatın yok hükmünde sayılacağına ilişkin içtihadı dikkate alındığında,[1] henüz ödeme emrinin tebliğe çıkartılmaması yahut çıkartılmak-

[1] "(...) ödeme emrinin posta yolu ile tebliğ tarihinde aktif elektronik tebligat adresinin bulunduğu görülmekle, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 7/a maddesinin ikinci fıkrası gereği tebligatın elektronik yolla yapılması zorunlu olup posta yolu ile yapılan tebligat yok hükmündedir. Bu durumda, şikayetçiye usulsüz de olsa tebliğ edilmiş bir ödeme emri bulunmadığından Tebligat Kanunu'nun 32. maddesinin uygulanma imkanı da bulunmamaktadır." Y. 12. HD, E. 2020/7291, K. 2020/9666, 12.11.2020 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 18.10.2023). Aynı yönde bkz. Y. 12. HD, E. 2022/1767, K. 2022/9334, 26.09.2022 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 01.08.2023). Yargıtay 9 ve 22. Hukuk Dairesi ise; muhataba elektronik yolla tebligat yapılmamasını usulsüz tebligat olarak nitelendirmektedir, bkz. Y. 9. HD, E. 2017/19185 K.

la birlikte bila tebliğ olması ile elektronik tebligat yapılması gerekirken posta yoluyla tebligat yapılması, ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itiraz bakımından birbirine denktir. Ödeme emri tebliğ edilmeden icra takibi yapıldığının öğrenilebileceği bir diğer hâl de ihtiyari takip arkadaşlığıdır. Alacaklı aralarında ihtiyari takip arkadaşlığı ilişkisi bulunan iki borçluya aynı takip talebi ile takip başlatmış, her iki borçlu için ayrı ayrı düzenlenen ödeme emirleri borçlulardan birine tebliğ edilmiş, diğerine henüz tebliğ edilmemişken; ödeme emri tebliğ edilen borçlu tebliğ edilmeyen borçluyu icra takibinden haberdar edebilir.

İkinci olarak, ödeme emri tebliğ edilememiş, yani bila tebliğ olmasına rağmen borçlu, hakkında icra takibi başlatıldığından haberdar olabilir. Bu ihtimalde, borçlunun takipten haberdar olmasının ödeme emrinin borçluya tebliğ edilme zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağının, öğrenme ile birlikte itiraz süresinin işlemeye başlamayacağının altı çizilmelidir.[2]

Ödeme emrinin borçluya usulsüz tebliğ edilmesi ise "*ödeme emri tebliğ edilmeden itiraz*" kapsamı içinde yer almaz. Çünkü Teb. K. m. 32 uyarınca tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılır. Muhatabın beyan ettiği tarih, tebliğ tarihi addolunur. Az yukarıda Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin içtihadına konu olan hukukî meselede posta yoluyla yapılan tebligat usulsüz olarak nitelendirilirse -ki üstün tutulması gerekenin bu yorum olduğu kanaatindeyiz-[3] elektronik yolla tebligat yapılması ge-

---

2017/8236, 09.05.2017 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 01.08.2023); Y. 22. HD, E. 2016/7538 K. 2019/5609, 11.03.2019 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 01.08.2023).

[2] Ne var ki Yargıtay oyçokluğu ile verdiği bir kararında ödeme emrine itiraz tebliğ edilmese bile alacaklı itirazın kaldırılması yoluna başvurmuşsa, itirazın iptali davası açma süresinin de işlemeye başlayacağını içtihat etmiştir, bkz. Y. HGK, E. 2018/602, K. 2019/218, 28.02.2019 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 19.10.2023). Kararın haklı eleştirisi için bkz. KONURALP Emre, "Borçlunun Ödeme Emri Tebliğ Edilmeden Evvel Yapacağı İtirazın Geçerli Olmadığına Dair Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", **Prof. Dr. Zühtü Aytaç'a Armağan,** İstanbul 2022, s. 1084. Bu kararda varılan çözüm eldeki meseleye teşmil edilirse, ödeme emri henüz tebliğ edilmemesine rağmen takipten haberdar olan borçlu için itiraz süresi öğrenme tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

[3] Tebligatın geçerliliği için iki unsurun bulunması şarttır. Bunlar; yazılı bildirim ile belgelendirme şartlarıdır ve bu iki şarttan birisinin olmaması hâlinde tebligatın yokluğundan söz edilebilecektir. Bu şartlar varken tebligat mevzuatına aykırı tebliğ söz konusu ise tebligatın yokluğu değil usulsüzlüğü söz konusu olur (MUŞUL Timuçin, **Tebligat Hukuku,** 5. Baskı, Adalet, Ankara, 2013, s. 59; ATALI Murat / ERMENEK İbrahim / ÜÇÜNCÜ S. Hilal, **Tebligat Hukuku,** 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 19; ÖZBAY İbrahim / YARDIMCI Taner Emre, **Tebligat Hukuku,** 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2020, s. 16). "Tebliğ usulsüz ise muhatabın her ne şekilde olursa olsun tebliğ evrakını veya davetiyeyi alması ya da bunların içeriğini öğrenmesi ile tebliği öğrenmiş sayılır ve usulsüz tebliğ geçerli hâle gelir (Muşul, s. 562, 573)" Y.

rekirken posta yoluyla tebligat yapıldığında borçlu tebliğ konusu işlemin içeriğine vâkıf olacak ve o anda tebligat usulüne uygun hâle gelecektir. Böylece borçluya ödeme emrinin yeniden tebliğe çıkarılması gerekmeyecektir.

## III. YARGITAY İÇTİHATLARININ TASNİFİ

### A. Ödeme Emri Tebliğ Edilmeden Yapılan İtirazın Ödeme Emri Sonradan Usulüne Uygun Olarak Tebliğ Edilmediği Sürece Geçerli Olmadığına İlişkin Yargıtay Uygulaması

Yargıtay, borçlunun takipten ödeme emri tebliğ edilmeden haberdar olması üzerine yaptığı itirazın bu aşamada geçersiz olduğunu, zira tebligat yapılmadan itiraz hakkının doğmayacağını içtihat etmektedir. O hâlde Yargıtay'a göre itiraz hakkının doğumu tebliğ koşuluna bağlıdır. Öyle ki, kendisine ödeme emri tebliğ edilmemiş rehin verenin takibe konu aracın kaydına konulan "*satışa arz*" şerhinin terkini için icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurduğu bir taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, Yargıtay malikin başvurusunun kabulü yönündeki yerel mahkeme kararını İİK m. 147'nin yollamasıyla uygulanacak İİK m. 62'ye göre borçlunun itiraz hakkının doğması için ödeme emrinin borçluya tebliğ edilmesi ön koşul olduğundan, borçluya ödeme emri tebliğ edilmeden itiraz hakkı doğmadığından bahisle bozmuştur.[4] Görüleceği üzere, şikâyet yoluna başvurmak için dahi ödeme emrinin usulüne uygun olarak tebliğ edilmesi gerekmektedir. Vurgulamak gerekir ki, Yargıtay öteden beri ödeme emrinin tebliğine özel bir önem atfetmektedir. Bu hassasiyet ele aldığımız meseleye benzer başka bir meselede daha benzer bir tutum takınılması ile açığa çıkmaktadır. Borçluya ödeme emrinin tebliğinden sonra ikinci kez ödeme emrinin gönderildiği dosyalarda Yargıtay, ilk tebliğ edilen ödeme emrine itiraz etmeyen borçluya, ikinci kez ödeme emri tebliğ edilmesinin yeni bir itiraz hakkı vereceğini kabul etmektedir.[5]

---

HGK, E. 2017/2789 K. 2021/1487, 23.11.2021 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 01.09.2023). Tebligat mevzuatında belirlenen yöntem izlenmeden yapılan tebligat üzerine muhatabın tebliğden haberdar olduğunu bildirdiği tarih esas alınmalı ve usulsüz tebligatı alan ve öğrendiğini bildiren muhatabın, kendisine ayrıca ve usulüne uygun bir şekilde tebligat yapılmasını bekleme hakkı olmamalıdır. Bu doğrultuda, elektronik yolla tebligat yapılması gerekirken posta yoluyla tebligat yapılması bir usulsüz tebligat hâlidir.

[4] Y. 12. HD, E. 2014/18760, K. 2014/20695, 09.09.2014 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 20.10.2023).

[5] Y. 12. HD, E. 2014/20656, K. 2014/27581, 18.11.2014 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 22.10.2023); Y. 12. HD, E. 2014/1948, K. 2014/4818, 20.02.2014 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 22.10.2023); Y. HGK, E. 2012/1129, K. 2013/380, 20.03.2013 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 22.10.2023).

Yargıtay'ın eski kararlarında geçen "*dairemizin yerleşik içtihatları*" ifadesinden, ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itirazın geçersiz olduğuna ilişkin yaklaşımı uzun müddet sapma göstermeksizin sergilediği anlaşılmaktadır.[6] Aşağıda görüleceği üzere[7] her ne kadar Yargıtay'ın 2003 ve 2004 yılında verdiği kararlarında bu içtihadından döndüğü ifade edilse de günümüze kadar farklı olaylarda ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itiraza geçit verilmemiştir.

Bu içtihada konu olaylar üç alt başlık altında tasnif edilebilir.

İlk olarak, borçlunun ödeme emrinin tebliğini beklemeden icra dairesine yapmış olduğu itirazın icra müdürlüğünce reddedilmesi üzerine,[8] borçlu tarafından icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurulmaktadır.[9,10]

---

6 Örneğin bkz. Y. 12. HD, E. 1999/5989, K. 1999/6542, 18.05.1999 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 28.10.2023); Y. 12. HD, E. 2000/7486 K. 2000/7948, 15.05.2000 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 28.10.2023); Y. 12. HD, E. 1997/10404, K. 1997/10866, 15.10.1997 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 28.10.2023); Y. 12. HD, E. 1987/5993, K. 1988/4720, 12.04.1988 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 28.10.2023).

7 Bkz. aşa. III, B.

8 İtirazın geçerli olup olmadığına icra dairesince karar verileceğine ilişkin bkz. POSTACIOĞLU İlhan E. / ALTAY Sümer, **İcra Hukuku Esasları,** 5. Baskı, Vedat, İstanbul, 2010, s. 210. İcra dairesinin itirazın geçerli olup olmadığıyla ilgili yargısal bir faaliyette bulunamayacağına ilişkin farklı yönde bkz. KARSLI Abdurrahim, **İcra ve İflas Hukuku,** 4. Baskı, Filiz, İstanbul, 2022, s. 198.

9 İtirazın süresinde yapılıp yapılmadığının icra dairesince kendiliğinden gözetileceğine ilişkin bkz. POSTACIOĞLU / ALTAY, s. 208; KURU Baki, **İcra ve İflâs Hukuku,** C. I, 3. Baskı, Evrim, İstanbul, 1988, s. 262; BERKİN Necmeddin M, **Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi,** Filiz, İstanbul, 1980; Rehber, s. 410; ÜSTÜNDAĞ Saim, **İcra Hukukunun Esasları,** 8. Baskı, Avcıol, İstanbul, 2004, s. 104; UYAR Talih / UYAR Alper / UYAR Cüneyt, **İcra ve İflâs Kanunu Şerhi El Kitabı,** C. I, 2. Baskı, Bilge, Ankara, 2012, s. 680; KARSLI, s. 190, 198; MUŞUL Timuçin, **İcra ve İflâs Hukuku Esasları,** 6. Baskı, Adalet, Ankara, 2017, s. 277-278; ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder / TAŞPINAR AYVAZ Sema / HANAĞASI Emel, **İcra ve İflas Hukuku,** 8. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022, s. 204; GÖRGÜN L. Şanal / BÖRÜ Levent / KODAKOĞLU Mehmet, **İcra ve İflâs Hukuku,** 3. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022, s. 80; AŞIK İbrahim / ORUÇ Yakup / TOK Ozan / SAÇAR Ömer Faruk, **İcra ve İflâs Hukuku,** Seçkin, Ankara, 2022, s. 106. Takip hukukunda öngörülen sürelerin kamu düzeninden olması sebebiyle icra organları tarafından kendiliğinden dikkate alınacağına ilişkin yaklaşımın doğru olmadığı yönünde farklı bir değerlendirme için bkz. ATALI Murat / ERMENEK İbrahim / ERDOĞAN Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku,** 6. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022, s. 138.

10 Y. 12. HD, E. 2015/31874, K. 2016/1451, 20.01.2016 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 12.08.2023). Bu karara konu olan olayda ödeme emri muhatabın ismen tanınmadığından bahisle iade edilmiştir. Bu durumdan haberdar olan borçlu icra müdürlüğüne başvurarak itiraz dilekçesi vermiştir. İcra müdürlüğünce itiraz yasal sürede olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Yargıtay'a göre borçluya ödeme emri tebliğ edilmediğine göre itiraz hakkının doğduğundan bahsedilemez, dolayısıyla, borçlunun öğrenme üzerine icra dairesine yaptığı itiraz bu aşamada geçersiz olduğundan söz konusu itirazın reddinin gerektiği açıktır. Borçluya ödeme tebliğ edilmediğinden ve itiraz süresi işlemeye başlamadığından borçlu hakkındaki takip de henüz kesinleşmemiştir.

İkinci olarak, borçlu itiraz süresi işlemeye başlamadan ödeme emrine itiraz etmekte, icra dairesince takibin durdurulmasına karar verilmekte, bunun üzerine alacaklı bu işlemin iptali için icra mahkemesinde şikâyet yoluna (İİK m. 16) başvurmaktadır.[11]

Üçüncü olarak, icra dairesince ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itiraz kabul edilip takip durdurulduktan sonra alacaklı tarafından itirazın kaldırılması yoluna başvurulmakta, icra mahkemesince borçlunun ödeme emri tebliğini beklemeden göstermiş olduğu itiraz iradesinin sonuç doğurmayacağı belirtilmektedir.[12]

Her üç grup kararın ortak özelliği, borçluya sonradan ödeme emrinin tebliğ edilmemiş olmasıdır. Yargıtay'ın daha eski kararlarından ödeme emri tebliğ edilmeden itiraz eden borçluya sonradan ödeme emri tebliğ edilmişse, itirazının geçerli hâle geleceği anlaşılmaktadır.[13]

---

[11] "Alacaklı tarafından 03.10.2016 tarihinde genel haciz yolu ile ilamsız icra takibine başlandığı, borçlunun icra takibini haricen öğrenmesi üzerine icra dairesine verdiği 28.11.2016 tarihli dilekçe ile borca itiraz ettiği, icra müdürlüğünce 28.11.2016 tarihli işlemle; "itiraz eden borçluya henüz ödeme emri tebliğ edilmediği, borçlu vekilinin bugün verdiği itiraz dilekçesi ile ödeme emrinin 28.11.2016 tarihinde tebliğ edildiğinin sayıldığı ve borca itirazın İİK'nin 62. maddesinde belirtilen 7 günlük itiraz süresi içinde olduğu belirtilerek borca itiraz eden borçlular hakkındaki takibin İİK 62-66 m. gereğince durdurulması" şeklinde işlem tesis edildiği (...) Bu durumda, borçluya henüz ödeme emri tebliğ edilmediğinden, borçlunun icra dairesine itirazı sonuç doğurmaz." Y. 12. HD, E. 2017/4706, K. 2018/9705, 11.10.2018 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 22.09.2023).

[12] "(...) borçluya ödeme emri tebliğ edilmediğinden, borçlunun icra dairesine itirazı sonuç doğurmaz. İcra dosyasında, takibin durdurulması yönünde bir işlem de bulunmamaktadır. Dolayısıyla itirazın kaldırılması davasının konusu yoktur." Y. 12. HD, E. 2015/22021 K. 2015/32737, 24.12.2015 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 02.10.2023). Aynı yönde bkz. Y. 12. HD, E. 2016/5736 K. 2016/23768, 17.11.2016 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 02.10.2023); Y. 12. HD, E. 2007/14749, K. 2007/18221, 09.10.2007 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 02.10.2023).

[13] "Takip tarihinden sonra ve ödeme emrinin tebliğinden önce yapılan itiraz, sonradan ödeme emrinin borçluya tebliğ edilmiş olması koşulu ile geçerlidir. Dairemizin istikrarlı uygulaması bu yöndedir." Y. 12. HD, E. 1994/7893 K. 1994/8057, 16.06.1994 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 01.09.2023). "Borçlu hakkında 21.7.1993 tarihinde takip yapılmış, Gazi Mah. Taşeli Apt. No: 13 Silifke adresine gönderilen 49 örnek ödeme emri Tisan Tatil Köyü - Taşucu/Silifke adresine 23.7.1993 tarihinde sevk edilmiş ve 23.8.1993 tarihinde tebliğ edilmiştir. Borçlu icra müdürlüğüne verdiği 4.8.1993 tarihli dilekçe ile itiraz etmiştir. Ödeme emri çıkarıldıktan sonra ve tebliğden önce yapılan itiraz geçerlidir. İİK'nun 66. maddesi gereğince icra müdürlüğünce «takibin durdurulmasına» karar verilmesi gerekirken, «itirazın süresinde olmadığından bahisle» takibe devam edilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Y. 12. HD., E. 1994/10926 K. 1994/11270, 27.09.1994 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 21.09.2023). Aynı yönde bkz. Y. 12. HD, E. 1996/14524 K. 1996/14744, 25.11.1996 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 21.09.2023); Y. 12. HD, E. 2000/7486 K. 2000/7948, 15.05.2000 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 21.09.2023).

Ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itirazın geçersiz olmasından henüz ödeme emrine itiraz süresinin de işlemeye başlamadığı, dolayısıyla bu aşamada takibin kesinleşmediği çıkarılabilir. Borçluya yapılan tebligatın muhatabın ismen tanınmadığı gerekçesiyle iade edildiği ilk gruptaki kararlarda icra takibinin kesinleşmediği, buna bağlı olarak alacaklının haciz talep edemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Buna karşılık borçluya ödeme emrinin henüz tebliğe çıkarılmadığı yahut çıkarılmış olmakla birlikte henüz yapılmadığı ikinci ve üçüncü gruptaki kararlarda takibin kesinleşip kesinleşmediği açıkça belirtilmemiştir. İtirazın kaldırılması yargılamasının konusunun bulunmadığının belirtildiği üçüncü grup kararlarda işin esasına girilememesinin sebebi ödeme emrinin borçluya tebliğ edilmemiş olmasıdır. Borçluya ödeme emrinin gönderilmesinin gerektiği bir hâlde, alacaklıya haciz talep yetkisinin geldiğinden bahsetmek mümkün gözükmemektedir. Ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itirazın icra dairesince kabul edilmesi işleminin alacaklının talebi üzerine iptal edilmesi gerektiğine ilişkin ikinci grup kararlarda, ilk başta borçlunun ödeme emrine usulüne uygun olarak itiraz etmeyişinden ötürü takibin kesinleştiği düşünülebilir. Gerçekten alacaklının iptalini istediği işlem ödeme emrine itirazın kabul edilerek takibin durdurulmasıdır. Takibin durdurulması işlemi kanuna aykırı ise ödeme emrine itiraz süresi geçmiş olup alacaklının haciz isteyebileceği intibaı edinilebilir. Fakat ödeme emri tebliğ edilmeden itiraz edilen bir dosyada icra takibinin kesinleştiğinden ne ödeme emri tebliğ edilene kadarki dönemde ne de ödeme emri tebliğ edildikten sonra söz edilebilir. Ödeme emri tebliğ edilene kadarki dönemde henüz itiraz süresi işlemeye başlamamıştır ki takip kesinleşmiş olsun. Ödeme emri tebliğ edildikten sonra itiraz geçerli hâle gelmektedir. Geçerli bir itiraz takibi durdurur. Alacaklı artık haciz talep edemez. Borçlunun ödeme emri tebliğ edildikten sonra yeniden itiraz etmesi gerekmez. Önceki itiraz, ödeme emri tebliğ edildikten sonra yapılan itiraz gibi kabul edilir. Şu hâlde, icra mahkemesinin takibin durdurulması kararını iptal etmesi, ödeme emrinin tebliğ edilmediği bir aşamada yapılan itirazın geçerli kabul edilmesinden ileri gelmektedir. Yoksa bu aşamada alacaklının haciz talep yetkisinin bulunduğunu tevsik eden bir karar verilmiş değildir.

### B. Ödeme Emri Tebliğ Edilmeden Yapılan İtirazın Ardından Alacaklının İhtilafı (Takibi) Sürdürme İradesi Gösterebileceğine İlişkin Yargıtay Uygulaması

Yargıtay'ın diğer bir kısım kararlarında, ödeme emri tebliğ edilmeden itiraz edilmiş ve bu itiraz geçersiz olsa da alacaklının itirazın bertaraf edil-

mesi yollarından birine başvurabileceği, onun takibe devam edilmesini sağlamak üzere mahkemeye müracaatının dinlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.[14] Aynı doğrultuda kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte borçlunun ödeme emrine itiraz etmek üzere icra mahkemesine yaptığı başvuruya alacaklının itirazın reddini talep ederek karşı koyması da aynı iradenin ortaya konulduğunun kabulü için yeterli görülmektedir.[15] Yargıtay'ın bu kategori içindeki kararlarının neredeyse tamamında "*alacaklının ihtilafı (takibi) sürdürme iradesine*" vurgusu dikkat çekicidir.[16] Gerçekten itirazın bertaraf edilmesi yollarından birisine başvuran alacaklı, borçlunun geçerli bir itirazda bulunmuşçasına alacağını mahkemede ispat etme isteğinde bulunarak ihtilafı sürdürmektedir.

Ödeme emri tebliğ edilmeden borçlunun itiraz hakkının bulunmadığına ilişkin yukarıda açıklanan kararlarını dayanak gösteren yerel mahkeme kararları hakkında Yargıtay'ca 2003 ve 2004 yılında verilen bozma kararlarında usul ekonomisi ilkesinden hareketle içtihat değişikliğine gidildiği, ihtilafı sürdürme iradesine dayanan içtihadın yeni bir uygulama olduğu ve süreklilik kazandığı vurgulanmıştır.[17]

---

[14] "Her ne kadar bölge adliye mahkemesi kararında Dairemizin bazı içtihatlarına atıfta bulunulmuş ise de, bahsi geçen içtihatlar her somut olayın niteliğine göre oluşturulmuş olup, Dairemizin sonradan oluşan ve usul ekonomisine de uygun olan uygulamalarına göre; borçluya ödeme emrinin tebliğ edilememesi halinde, borçlunun takipten haricen haberdar olup yedi gün içinde itirazını icra dairesine bildirdiğinin ve alacaklının da anlaşmazlığı ve takibi sürdürme iradesinin mevcut olduğunun anlaşılması halinde ödeme emri tebliğ edilemese bile borçlunun itirazı geçerli olup alacaklının itirazın kaldırılmasını istemekte hukuki yararı vardır." Y. 12. HD, E. 2020/6620, K. 2021/2293, 02.03.2021 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 01.11.2023). Aynı yönde bkz. Y. 12. HD, E. 2021/11161, K. 2022/3822, 23.03.2022 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 01.11.2023); Y. 12. HD, E. 2021/7314, K. 2022/376, 13.01.2022 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 01.11.2023); Y. 12. HD, E. 2012/14953, K. 2012/31384, 05.11.2012 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 01.11.2023).

[15] Y. 12. HD, E. 2016/16893, K. 2017/3482, 09.03.2017 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 30.10.2023).

[16] Y. 12. HD, E. 2016/16901, K. 2016/20968, 10.10.2016 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 05.10.2023); Y. 12. HD, E. 2016/16904, K. 2016/20970, 10.10.2016 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 05.10.2023); Y. 12. HD, E. 2007/20156, K. 2007/22792, 04.12.2007 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 05.10.2023). 2009 yılında verilen bir Hukuk Genel Kurulu kararında alacaklının ihtilafı sürdürme iradesinden bahsedilmeksizin ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itiraza rağmen alacaklının itirazın iptali davası açmakta hukukî yararının bulunduğuna karar verilmiştir, bkz. Y. HGK, E. 2009/19-800 K. 2009/56, 11.02.2009 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 11.09.2023).

[17] Y. 12. HD, E. 2003/2121, K. 2003/5089, 13.03.2003 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 09.09.2023); Y. 12. HD, E. 2004/12634, K. 2004/16444, 22.06.2004 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 09.09.2023).

Kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte ödeme emri tebliğ edilmemiş borçlu icra mahkemesinde itiraz yoluna başvurduğunda Yargıtay'a göre alacaklının ihtilafı sürdürme iradesi varsa itirazın esası incelenebilir. Fakat icra mahkemesi önündeki itiraz yargılamasında karar tarihinde henüz ödeme emri tebliğ edilmemiş ve alacaklı ihtilafı sürdürme iradesi göstermemişse, Yargıtay'a göre itirazın reddine karar verilmesi gerekir.[18]

Alacaklının ihtilafı sürdürme iradesine sonuç bağlanabilmesi için ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itirazın ardından borçluya ödeme emrinin tebliği dahi gerekmemektedir.[19] Yargıtay'ın bu kategoride kararları bir önceki kategorideki kararlarından temel olarak ödeme emrinin sonradan tebliğ edilmesinin gerekli görülmemesinde ayrılmaktadır. Ödeme emri borçluya icra dairesince hiç gönderilmemiş olabileceği gibi, gönderilmiş olmakla birlikte bila tebliğ de olmuş olabilir.[20] Her iki ihtimalde de alacaklının genel haciz yoluyla takip ile rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takipte doğrudan itirazın bertaraf edilmesi yollarından birine başvurması, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte borçlunun itirazlarına -örneğin, cevap dilekçesi vererek- karşı koyması ihtilafı sürdürmesi için yeterlidir.

Genel haciz yoluyla takip ile rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takipte itirazın bertaraf edilmesi yollarından birine başvurulmasında, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte itirazın esastan reddinin talep

---

[18] "Kural olarak borçlunun itiraz hakkı kendisine ödeme emri tebliği ile doğar. Ancak Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, borçluya «ödeme emri tebliğ edilmese» bile, alacaklının anlaşmazlığı ve takibi sürdürme iradesi mevcut bulunduğu sürece, borçluya ödeme emrinin tebliğ edilmemesi şikâyet ve itirazda bulunmasına engel teşkil etmez. Somut olayda ise, muteriz borçlu adına ödeme emri hiç tebliğe çıkarılmadığı ve alacaklının takibe devam iradesinin mevcut bulunmadığı anlaşılmıştır." Y. 12. HD, 2006/17200, K. 2006/19994, 31.10.2006 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 29.08.2023). Benzer yönde bkz. Y. 12. HD., E. 2007/9651, K. 10877, 25.05.2007 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 09.09.2023).

[19] "(...) borçluya ödeme emrinin tebliğ edilememesi halinde, borçlunun takipten haberdar olup yedi gün içinde itirazını icra dairesine bildirdiğinin ve alacaklının da anlaşmazlığı ve takibi sürdürme iradesinin mevcut olduğunun anlaşılması halinde ödeme emri tebliğ edilemese bile borçlunun itirazı geçerli olup alacaklının itirazın kaldırılmasını istemekte hukuki yararı vardır." Y. 12. HD., E. 2021/11161, K. 2022/3822, 23.03.2022 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 22.08.2023).

[20] Ödeme emri bila tebliğ olmuşsa, usulsüz tebligata muhatap vâkıf olduğundan tebligatın onun öğrendiğini beyan ettiği tarihte yapılmış sayılacağını düzenleyen Tebligat Kanunu m. 32 uygulanamaz. Zira bu hüküm usulsüz de olsa tebligatın yapılmasını şart koşmaktadır. Bu konuda bkz. Y. HGK, E. 2021/481 K. 2022/986, 22.06.2022; Y. 12. HD, E. 2017/7745, K. 2018/2870, 21.03.2018 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 05.10.2023); Y. 12. HD, E. 2011/12553, K. 2011/13118, 23.06.2011; Y. 12. HD, E. 1999/5707, K. 1999/6111, 11.05.1999 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 04.11.2023).

edilmesinde ihtilafı sürdürme iradesinin bulunduğuna kuşku yoktur. Alacaklının bunun dışında takınacağı başkaca tavırda da aynı iradenin mevcut olacağına dair Yargıtay kararları vardır. Alacaklı tarafından ödeme emri borçluya henüz gönderilmemişse gönderilmesinin yahut gönderilmiş olmakla birlikte bila tebliğ olmuşsa yeniden gönderilmesinin ya da borçlu hakkında tebliğe yarar adres araştırması yapılmasının talep edilmesi, "*ihtiyatî haciz uygulamasına devam etmesi*" ihtilafı (takibi) sürdürme iradesine delalet etmektedir.[21] Öyle anlaşılıyor ki, ihtilaf esas itibariyle itirazın kaldırılmasının talep edilmesi yahut itirazın iptali davası açılmasıyla sürdürülmüş sayılıyorsa da alacaklının borçluya ödeme emri gönderilmesi için girişimde bulunması da yeterli kabul edilmektedir. Söz konusu kararlarda borçlunun kendisine hiç ödeme emri gönderilmemişken yahut bila tebliğ olmuşken icra takibinden haberdar olup itiraz ettiğini bir kere daha vurgulamakta yarar görüyoruz.

### C. Kiranın Ödenmemesi Sebebine Dayanarak Yapılan Kiralanan Taşınmazların Tahliyesine İlişkin İlâmsız Takipte Ödeme Emri Tebliğ Edilmeden Yapılan İtirazın Geçerliliğine İlişkin Yargıtay Uygulaması

Kiranın ödenmemesi sebebine dayanarak başlatılan kiralanan taşınmazların tahliyesine ilişkin ilâmsız icra takibine de ödeme emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içinde itiraz edilebilir (İİK m. 269/1-2).

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi genel haciz yoluyla ve kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipler için geliştirdiği alacaklının ihtilafı sürdürmesi iradesi içtihadına kiralanan taşınmazların ilâmsız tahliyesi yoluyla takiplerde de bağlıdır. Buna göre, ödeme emri tebliğ edilmeden -ödeme emri hiç gönderilmeden veya gönderilmekle birlikte bila tebliğ olmuşken- kiracı borçlunun takipten haricen haberdar olarak yaptığı itirazın ardından alacaklı kiraya verenin icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını istemekte hukukî yararı vardır.[22]

---

[21] Y. 12 HD, E. 1999/15714 K. 1999/1629, 13.12.1999 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 05.11.2023); Y. 12. HD, E. 2004/12634 K. 2004/16444, 22.06.2004 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 05.11.2023). Y. 12. HD, E. 2004/20143, K. 2004/25040, 03.12.2004 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 05.11.2023); Y. 12. HD, 2006/17200, K. 2006/19994, 31.10.2006 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 05.11.2023).

[22] Y. 12. HD, E. 2020/1200, K. 2020/2827, 17.03.2020 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 31.07.2023).

Bu takiplere itiraz üzerine icra mahkemesince verilen kararların temyiz incelemesi bir dönem Yargıtay 8. Hukuk Dairesi tarafından yapılmıştır. 8. Hukuk Dairesi, 12. Hukuk Dairesi'nin yukarıda değinilen kararlarının aksine borçlu kiracıya ödeme emri tebliğ edilmeden ödeme ve itiraz süresinin işlemeye başlamayacağı, bu aşamada borçlunun itiraz hakkının doğmamış olacağı, gösterilen itiraz iradesinin kanunun emredici hükmü karşısında hukukî sonuç doğurmayacağı, henüz kesinleşmiş bir icra takibi bulunmadığından itirazın kaldırılması talebinde bulunulamayacağı sonucuna varmıştır.[23] Dolayısıyla 8. Hukuk Dairesi'nin "*alacaklının takibi sürdürme iradesi*" formülüne iştirak etmediği, borçlunun takipten haricen haberdar olmasına hukuken anlam atfetmediği görülmektedir.

Bu takip yolunda ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itirazın geçerliliği Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da önüne gelmiştir. Hukuk Genel Kurulu, kanundaki itiraz prosedürü ile edinilen amacın borçlunun alacaklının talebi hakkında ayrıntılı bilgi edinmesi ve ona göre itirazlarını sunması olduğu, bu nedenle de borçluya ödeme emri tebliğ edilmemesine rağmen kendiliğinden takip dosyasına borca itirazlarını bildirmesinin itirazın kaldırılması yargılamasının konusu olamayacağını değerlendirmiştir.[24]

---

[23] "İcra takip dosyasında davalı borçlu Y.B.'ya usulüne uygun tahliye istemli ödeme emri tebliğ işlemi yapılmadığından, yukarıda anılan maddedeki, davalı borçluya verilen süreler işlemez. Davalı borçluya usulüne uygun tahliye istemli ödeme emri tebliğ edilmeden, ödeme ve itiraz süreleri de işlemeye başlamayacağından davacı alacaklı İcra Mahkemesinden itirazın kaldırılmasını ve tahliye isteyemez. Bu durumda mahkemece, henüz kesinleşen icra takibi bulunmadığından, davalı kiracı Y.B. yönünden davacının itirazın kaldırılması ve tahliye isteminin reddine karar verilmesi gerekirken (...)" Y. 8. HD, E. 2019/2086, K. 2019/4028, 11.04.2019 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 05.11.2023). Aynı yönde bkz. Y. 8. HD, E. 2017/421, K. 2017/825, 30.01.2017 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 15.09.2023); Y. 8. HD, E. 2017/11868 K. 2018/15503, 12.09.2018 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 15.09.2023); Y. 8. HD, E. 2017/4168, K. 2017/16292, 06.12.2017 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 15.09.2023).

[24] "Ödeme emri kiracılardan ...'a tebliğ edilmediğinden henüz itiraz hakkı doğmamış olup, belirtilen maddedeki itiraz ve ödeme süreleri işlemez. Ödeme emri ile ihtar tebliğ edilmediğinden kiracının temerrüdünden de söz edilemez. İhtar yapılmadığı için kira akdi sona ermeyeceğinden tahliye kararı verilemez. Borçlunun haricen icra takibini öğrenip, icra dairesine itiraz etmesi Kanunun emredici hükümleri karşısında hukukî sonuç doğurmaz. Kiracılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı olduğundan ve tahliye istemi bölünemeyeceğinden, kiracılardan her birine usulüne uygun olarak ödeme emri ile tahliye ihtarı tebliğ edilmiş olmadıkça, birine tebliğ edilen ödeme emri ve yapılan itirazlara dayanılarak itirazın kaldırılması ve tahliye kararı verilemez. O hâlde alacaklının itirazın kaldırılması ve tahliye isteminin reddine karar verilmesi gerekir." Y. HGK, E. 2017/3104, K. 2021/705, 08.06.2021 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 12.09.2023).

## IV. TÜRK HUKUKU'NDA KONUYA İLİŞKİN BİLİMSEL GÖRÜŞLER

Doktrinde bir görüş, borçlunun itirazda bulunabilmesi için ona bir ödeme emri tebliğ edilmiş olması gerektiğini, bu zaman parçasından önce yapılan beyanın itiraz olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir.[25] Ödeme emrini tebliğ almamış borçluya itiraz imkânı tanınmasına şu gerekçelerle de karşı çıkılmaktadır: Ödeme emrinin tebliğinin işlevi salt itiraz süresini başlatmak değildir; ödeme emri borcun sebebi ile dayandığı belgeleri de içerir. Borçlunun itiraz sebepleri ile bağlı olması da dikkate alındığında, özellikle kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takiplerde ödeme emri ekinde gönderilen kambiyo senedinden ya da sair evrak ile tespit olunabilecek itiraz sebepleri sonradan ileri sürülemeyebilir. Bu durumun borçlu aleyhine olacağı muhakkaktır.[26]

Diğer bir görüş, Yargıtay'ın alacaklının ihtilafı sürdürme iradesinde temelini bulan ikinci yaklaşımı isabetli bulmaktadır.[27]

Üçüncü bir görüşe göre ise ödeme emri tebliğ edilmeden haricen -örneğin UYAP portalından- kendisine karşı icra takibi yapıldığından haberdar olan borçlu geçerli olarak itiraz edebilir.[28] Bu görüşte olan *KURU,* ödeme emrine itiraz edebilmek için itiraz ehliyetini haiz olmak gerektiğini, bu ehliyetin de ödeme emrinin tebliği ile kazanılacağını belirtmekle birlikte, ödeme emrinin tebliğinden önce fakat ödeme emrinin sonradan tebliğ edilmesi şartı ile dosya numarası bildirilerek yapılacak itirazın geçerli olacağını savunmaktadır.[29] Yazar görüşünü oluştururken konu ile ilgili aşağıda ele

---

[25] ÜSTÜNDAĞ, s. 98. Ödeme emrinin tebliğ edilmiş olmasının itirazın geçerli olabilmesi için aranan şartlardan olduğuna ilişkin benzer yönde bkz. ULUKAPI Ömer, **İcra ve İflâs Hukuku,** Mimoza, Konya, 2015, s. 104.

[26] YARDIM Mehmet Ertan, Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takipte İtiraz, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 77.

[27] KİRAZ Taylan Özgür, **İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması,** 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2013, s. 72. Ödeme emri tebliğ edilmese bile itirazın geçerli olmasının takibi sürdürme iradesi ve borçluya ödeme emrinin gönderilmiş olması olmak üzere iki unsuru ihtiva ettiğine ilişkin benzer yönde bkz. COŞKUN Mahmut, **İcra ve İflas Kanunu (Açıklamalı-İçtihatlı),** 3. Baskı, C. 1, Seçkin, Ankara, 2012, s. 885.

[28] DEYNEKLİ Adnan / KISA Sedat, **İtirazın İptali Davaları,** 3. Baskı, Turhan, Ankara, 2013, s. 58-59; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 79.

[29] KURU, İcra C. I, s. 246; KURU Baki, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı,** 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2013, s. 228. Aynı yönde bkz. PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral / ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı,** 9. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2022, s. 108; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANA-

alınacak İsviçre Federal Mahkeme kararlarını esas almıştır.[30] Bununla birlikte yazar, borçlu ihtiyatî haczin icrasında hakkında icra takibi başlatıldığından haberdar olmuşsa, kendisine henüz ödeme emri tebliğ edilmeden yapacağı itiraz üzerine alacaklının itirazın iptali davası açmakta hukukî yarara sahip olacağını ifade etmektedir.[31]

Dosya numarası bildirilerek yapılan itirazın geçerli olduğu görüşüne takip hukukunda pratik gereksinime vurgu yaparak katılan *UYAR / UYAR / UYAR,* kendisine ödeme emri gönderilmeden ya da ödeme emri tebliğini beklemeden takibe itiraz eden borçlunun itiraz iradesine sonradan ödeme emri gönderilmesi koşuluna bağlı olarak geçerlilik tanımaktadırlar.[32]

*AKİL* de Mehaz İsviçre Hukuku'ndaki bilimsel görüşler ve yargı kararlarını esas alarak borçlunun ödeme emrinin tebliğinden önce yaptığı itirazı bu anda bir ödeme emrinin tanzim edilmiş olması ve daha sonra borçluya usulüne uygun olarak ödeme emrinin tebliğ edilmesi koşuluyla geçerli kabul etmekte; haberdar olduğu bir icra takibine ödeme emrinin tebliğinden önce itiraz etmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir.[33] Yazar, ödeme emrinin tebliğinden önce yalnız borçlu ödeme emrinin içeriğine vâkıf olmuşsa geçerli olarak itiraz edilebileceğini savunmaktadır.[34]

*KONURALP*, icra takibine itiraz etme hakkının ödeme emrinin tebliği ile başladığına ilişkin herhangi bir hukukî düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle tebligat öncesinde yapılan itirazın geçerli olması gerektiğini ifade etmektedir.[35]

---

ĞASI, s. 199; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 137. Ödeme emri tebliğ edilen borçlunun itiraz edebilme ehliyetine sahip olduğuna ilişkin ayrıca bkz. YILDIRIM Mehmet Kâmil / DEREN-YILDIRIM Nevhis, **İcra ve İflas Hukuku,** 8. Baskı, Beta, İstanbul, 2021, s. 103. İtirazın geçerliliği için ehliyeti takip ehliyeti ile ilişkilendiren farklı bir değerlendirme için bkz. POSTACIOĞLU / ALTAY, s. 198. Benzer şekilde *ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN* da itiraz etme ehliyetinden takip ehliyeti ile vekille temsil söz konusu ise vekâletin olmasını, kanunî temsil söz konusu ise bu hususun ortaya konulmasını anlamaktadır (s. 138).

30 Bkz. aşa. V.

31 KURU, İcra C. I, s. 246; KURU, İcra El Kitabı, s. 228.

32 UYAR / UYAR / UYAR, s. 960; UYAR Talih, "Genel Haciz Yolu ile İlamsız Takiplerde İtiraz Süresi", **TBBD** S. 1990-2, 1990, s. 231.

33 AKİL Cenk, **Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtiraz,** Yetkin, Ankara, 2017, s. 183-184. Borçluya ödeme emri tebliğ edilmeksizin icra takibine devam edilemeyeceği, aksi durumda kamu düzeninin ihlâl edileceği, ödeme emri prosedürünü izlemeyen bütün takip işlemlerinin icra organları tarafından re'sen iptali gerektiğine ilişkin ayrıca bkz. GÖREN ÜLKÜ Nazlı, **İcra Hukukunda Ödeme Emri,** Arıkan, İstanbul, 2008, s. 139.

34 AKİL, s. 153-154.

35 KONURALP, s. 1081.

Benzer şekilde *YILMAZ* da ödeme emrinin tebliğinden önce haberdar olan borçlunun ödeme emrine itiraz edebilmesinin mümkün olduğu kanaatindedir.[36]

## V. MEHAZ İSVİÇRE HUKUKU'NDA KONUYA İLİŞKİN YARGI KARARLARI VE BİLİMSEL GÖRÜŞLER

İsviçre Federal Mahkemesi, icra takibine ödeme emrine itiraz yoluyla karşı konulmasının ödeme emrinin tebliği ile başlayan itiraz süresinin başlamasına bağlı olduğunu, dolayısıyla tebligat yapılmasının şart koşulduğunu ifade ettikten sonra önden tüm müstakbel icra takipleri için yahut önceden (belirli bir ödeme emrinin mevcudiyetinden önce) yapılan itirazın geçerli olmayacağını; fakat, ödeme emrine itirazın derdest belirli bir icra takibi ile ilişkilendirilmesi ve icra dairesi tarafından ödeme emrinin belirli bir takip numarası ile tanzim edilmek suretiyle ele alınması hâlinde (ödeme emrinin tebliği için harekete geçilmesi) itirazın geçerli olacağını içtihat etmiştir. Borçlunun bu tutumunun kötü niyetli olarak değerlendirilemeyeceği, icra takibinin gidişatını sekteye uğratmayacağı ifade edilmiştir. İcra dairesince böyle bir itiraz dilekçesine şerh konulabileceği ve bunun alacaklıya tebliğ edilebileceği belirtilmiştir.[37]

İsviçre Federal Mahkemesi bu içtihadını 2010[38] ve 2020[39] yılında verdiği başka kararlarında da sürdürmüştür. 2020 yılında verilen kararda ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itiraz üzerine alacaklının itirazın kaldırılmasını istemekte hukukî yararının bulunduğu, ödeme emrinin geçerli olarak tebliğ edilip edilmediği, ödeme emrine itirazın hüküm ifade edip etmediği meselelerinin şikâyet yargılamasının konusunu oluşturduğu ve itirazın kaldırılması yargılamasında incelenmesinin gerekmediği belirtilmiştir.

Doktrinde de bu içtihat kabul görmüş, önden (gelecekteki takiplere yönelik olarak) yahut önceden (ödeme emrinin mevcudiyetinden önce) yapılan

---

36 YILMAZ Ejder, **İcra ve İflâs Kanunu Şerhi,** Yetkin, Ankara, 2016, s. 335.

37 BGE 91 III 5, www.swisslex.ch (Erişim Tarihi: 10.10.2023). Aynı yönde bkz. Bern Aufsichtsbehörde, 16.08.2021, ABS 21 188, www.swisslex.ch (Erişim Tarihi: 10.10.2023).

38 Bundesgericht, 7. September 2010, 5A_442/2010, BlSchK 2012, s. 16, www.swisslex.ch (Erişim Tarihi: 09.08.2023). Bu karar hakkında bkz. RÜETSCHI David, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht - Entwicklungen 2010, hrsg. von VOGT Hans-Ueli, Stämpfli, Bern, 2011, N. 93-94.

39 Bundesgericht, 04 Februar 2020, 5A_190/2019, www.swisslex.ch (Erişim Tarihi: 09.09.2023).

itirazın geçersiz; fakat haberdar olunan bir icra takibine karşı itirazda bulunulmasının tebliğe çıkarılan ödeme emrinin henüz borçluya ulaşmamış olsa bile geçerli olacağı kabul edilmiştir, yeter ki itiraz tarihinde ödeme emri düzenlenmiş olsun.[40] Ödeme emrinin tebliği geçersiz olup yeniden tebliğ edilmesi gerekse bile borçlu takipten haberdar olup ödeme emrine itiraz etmişse de bu itirazın geçerli olacağı belirtilmiştir.[41] Bu doğrultuda, henüz ödeme emri tebliğ edilmeden itiraz edilmiş olsa bile alacaklının itirazın kaldırılmasını talep edebileceği savunulmuştur.[42]

## VI. DEĞERLENDİRME

### A. Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi

Yargıtay'ın kararlarının tasnifi yapıldığında her iki yaklaşımı da birbirine paralel şekilde kararlarına yansıttığı görülmektedir. Zira 2003 yılından günümüze değin verilen kararlarda alacaklının takibi sürdürme iradesi temelinde ve takip ekonomisi ilkesi ışığında oluşturulan tebliğ gerçekleşmeden yapılan borca itirazın geçerli olduğuna yönelik içtihat süreklilik kazanmıştır. Keza "*tebliğ gerçekleşmeden yapılan itirazın geçerli olmadığı*" yönündeki 2015, 2016 ve 2018 yıllarında verilen ve yukarıda atfı yapılan içtihadın da istikrarlı olduğunu belirtmek gerekir[43].

Her iki yaklaşımın ortak paydası, ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itirazın geçerli olmadığıdır. 2003 ve 2004 yıllarında verilen kararlarda içtihat değişikliğine gidildiği vurgulansa da ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itirazın geçersiz olduğuna ilişkin içtihat günümüzde değin süregelmiştir. İçtihat değişikliğinin tam olarak hangi hususta olduğunun tespiti bu açıdan önem arz etmektedir. Değişiklik, geçersiz itirazın ne şekilde geçerli hâle geleceğinde olmuştur. Başta ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itiraz

---

40 FRITZSCHE Hans / WALDER-BOHNER Hans Ulrich, **Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht,** Band 1, 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 1993, § 17 N. 34; AMONN Kurt / WALTHER Fridolin, **Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts,** 9. Auflage, Stämpfli, Bern, 2013, § 18 N. 14; KREN KOSTKIEWICZ Jolanta, **SchKG Kommentar,** 20. Auflage, Orell Füssli, Zürich, 2020, Art. 74 N. 8; N. 17; VOCK / AEPLI, Art. 74 N. 17; BESSENICH Balthasar / FINK Stefan, **Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I Art 1-158 SchKG,** hrsgb. von STAEHELİN Daniel von / BAUER Thomas / LORANDİ Franco, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2021, Art. 74 N. 20.

41 FRITZSCHE / WALDER, § 17 N. 34; BESSENICH / FINK, Art. 74 N. 20.

42 HANSJORG Peter, "Urteilsbesprechung 5A_190/2019", **BlSchK** 2022, s. 143-144.

43 Bkz. yuk. III, A.

münhasıran sonradan borçluya usulüne uygun olarak ödeme emri tebliğ edilmesi ile geçerli hâle geliyordu. Eski yaklaşımdaki sonradan ödeme emrinin tebliğinin yerini yeni yaklaşımda alacaklının ihtilafı sürdürme iradesi almıştır. Başka bir deyişle, borçluya vaktinden evvel yaptığı itirazının ardından ödeme emri tebliğ edilmesi gerekliliğinden vazgeçilmiş, alacaklının ihtilafı sürdürme isteği de geçersiz itirazı geçerli kılmaya yeter kabul edilmiştir. Ödeme emri tebliğ edilmeden itirazın geçerliliğinin alacaklının itirazın bertaraf edilmesi yoluna başvurma şartına bağlanmasında, ödeme emrinin sonradan tebliğ edilip edilmemesi esas itibariyle fark yaratmamaktadır.[44]

Fakat tasnif etmeye çalıştığımız bu iki farklı yaklaşımın birbirleriyle tam olarak uyum olduğunu söylemek mümkün değildir. Ödeme emri sonradan tebliğ edilmediği sürece itirazı geçersiz olarak değerlendiren ilk yaklaşımı açıklarken yaptığımız üçlü tasnifin üçüncü alt başlığını oluşturan[45] icra dairesince ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itiraz kabul edilip takip durdurulduktan sonra alacaklı tarafından itirazın kaldırılması yoluna başvurulmuş olsa bile icra mahkemesince borçlunun ödeme emrinin tebliğini beklemeden göstermiş olduğu itiraz iradesinin sonuç doğurmayacağının içtihat edildiği kararlar,[46] alacaklının ihtilafı sürdürme iradesine dayalı ikinci yaklaşımla da yekpare bir bütünü oluşturmamaktadır. Gerçekten bir yandan alacaklı icra mahkemesinden itirazın kaldırılması talebinde bulunup ihtilafı sürdürerek borçlunun itirazını geçerli hâle getirip ona yeniden ödeme emri gönderilmesini gereksiz kıldığı kabul edilirken (ikinci yaklaşım), diğer yan-

---

44 "Somut olayda; kiralayan alacaklı tarafından ... 2. İcra Müdürlüğü'nün 2018/2114 Esas sayılı takip dosyası ile kiracı borçlu hakkında 18/11/2017 başlangıç tarihli ve 1 yıl süreli sözlü kira sözleşmesinden kaynaklı 8 aylık kira alacağının tahsili ve tahliye talebi ile 27/03/2018 tarihinde başlatılan icra takibinde, ödeme emrinin 30/03/2018 tarihinde muhatabın adreste tanınmadığı belirtilerek iade edilmiş olduğu, borçlu kiracı vekili tarafından 14/05/2018 tarihinde icra müdürlüğüne verilen itiraz dilekçesinde takibi haricen öğrendiklerini belirterek, kiralayana herhangi bir borcunun bulunmadığı, bu nedenle borca, ödeme emrine, faiz oranına itiraz ettiği, icra müdürlüğünce aynı tarihte itirazın kabulü ile icra takibinin durdurulmasına karar verildiği, icra dosyasından borçluya 2. defa çıkartılan ödeme emrinin 21/05/2018 tarihinde tebliğ edildiği, görülmüştür. (...) alacaklının da ihtilafı sürdürdüğü anlaşılmakla borçlu kiracının itirazı geçerli olup kiralayan alacaklının itirazın kaldırılmasını istemekte hukuki yararı vardır. Bu durumda, icra takibinin devamının sağlanabilmesi için itirazın kaldırılması isteminin değerlendirilmesi gerekmektedir." Y. 12. HD, E. 2020/1200, K. 2020/2827, 17.03.2020 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 02.11.2023).

45 Bkz. yuk. II.

46 Örneğin bkz. Y. 12. HD, E. 2016/5736, K. 2016/23768, 17.11.2016 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 05.10.2023); Y. 12. HD, E. 2015/22021, K. 2015/32737, 24.12.2015 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 05.10.2023); Y. 12. HD, E. 2007/14749, K. 2007/18221, 09.10.2007 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 05.10.2023).

dan itirazın kaldırılması talebi ortada geçerli bir itiraz bulunmadığından bahisle işin esasına girilmeden reddedilmektedir. İtirazın kaldırılması talebinin ödeme emri tebliğ edilmediği için reddedilmesi gerektiğini benimseyen ve ilk yaklaşımı sergileyen bu kararların, yeni dönem olarak ifade edilebilecek 2003 sonrasında verildiğinin vurgulanmasında yarar bulunmaktadır. Ödeme emrinin tebliğ edilmesine sıkı sıkıya bağlı kalan bu kararlarda, alacaklının itirazın kesin kaldırılmasını isteyerek ihtilafı sürdürme iradesine sonuç bağlanmak istenmediği görülmektedir. İtirazın kaldırılması yargılaması devam ederken borçluya -sonradan- ödeme emri tebliğinin yeterli kabul edilip edilmeyeceği kararlardan anlaşılamamaktadır. Ödeme emrinin en geç itirazın kaldırılmasının talep edildiği tarihte tebliğ edilmiş olmasına aramak, yargılama devam ederken ödeme emrinin tebliğine itibar etmemek, talebin reddinden sonra yeni bir itirazın kaldırılması talebine kapı aralayacak, böyle bir değerlendirme kanımızca takip ekonomi ilkesi ile bağdaşmayacaktır. O itibarla, itirazın kaldırılması talebinde bulunulduktan sonra ödeme emrinin tebliği Yargıtay'ın alacaklının ihtilafı sürdürme iradesine itibar etmeyen bakış açısıyla -birinci yaklaşım- itirazı geçerli hâle getirmeli ve icra mahkemesince işin esası incelenebilmelidir.

Ayrı bir başlık açtığımız kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle kiralanan taşınmazların ilâmsız tahliyesi özelinde[47] her iki yaklaşım arasındaki uyumsuzluk çarpıcı bir şekilde görülmektedir. Oldukça yakın tarihli kararlarda kâh ödeme emrinin sonradan tebliğinde ısrarcı olunup itirazın kaldırılması talepleri reddedilmiş, kâh alacaklının ihtilafı sürdürme iradesinden hareketle itirazın sonradan geçerli hâle geldiği kabul edilerek icra mahkemesince işin esası incelenmiştir. İçtihat farklılığının söz konusu icra mahkemesi kararlarının temyiz incelemesinin bir dönem Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, bir dönem Yargıtay 12. Hukuk Dairesince yapılmasından kaynaklandığı değerlendirilmektedir. Artık kiralanan taşınmazların ilâmsız tahliyesi dâhil tüm itirazın kaldırılması yargılamaları 12. Hukuk Dairesi'nin iş bölümüne dâhil edildiği için bu takip yolunda da ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itirazın geçersiz olduğu, fakat alacaklının dilerse ihtilafı sürdürüp itirazın kaldırılmasını isteyebileceğine ilişkin içtihadının yaygınlık kazanacağı öngörülebilirdi. Ne var ki Hukuk Genel Kurulu yukarıda temas edilen[48] 2021 yılında oy çokluğu ile verdiği kararında itirazı geçersiz kılıp itirazın kaldırılmasına kapıyı kapa-

[47] Bkz. yuk. III, C.

[48] Bkz. yuk. III, C.

tacak bir tutum takınmıştır.[49] 12. Hukuk Dairesi, Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararından sonra da genel haciz yoluyla takiplerde ihtilafı sürdürme içtihadını sürdürmesi nedeniyle mesele büsbütün karmaşık bir hâl almıştır.

Ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itirazın takibin kesinleşmesine ve alacaklının haciz talep yetkisine etkisi konusunda her iki yaklaşımın duruşu ise ortaktır. Usulüne uygun olmayan -vaktinden evvel yapılan- itiraz geçerli olmamakla birlikte takip kesinleşmez, alacaklı haciz talep edemez. Hakkında icra takibi başlatıldığından şu veya bu şekilde haberdar olmuş, fakat kendisine henüz ödeme emri tebliğ edilmemiş bir borçluya itiraz ettikten sonra ödeme emri tebliğ edilmemişse, icra takibinin kesinleştiğinden söz edilemez. Çünkü icra takibi ödeme emrinin tebliğinden itibaren süresi içinde itiraz edilmediğinde kesinleşir. İkinci yaklaşımda ödeme emri tebliğ edilmese bile alacaklıya itirazın bertaraf edilmesi yolunun açılması takibin kesinleşmediğine, takibin devamına yönelik mahkeme kararına gereksinim duyulduğuna işaret etmektedir.

Tereddüt edilebilecek ihtimal, ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itirazın ardından ödeme emrinin borçluya usulüne uygun olarak tebliğ edilmesidir. Daha önce yaptığı itirazı geçerli kabul edilmeyen borçludan tebliğ edilen ödeme emrine süresi içinde ikinci kez -bu sefer geçerli olarak- itiraz etmezse beklenecek midir? Bu soruya olumlu yanıt verildiği takdirde, borçlunun itiraz etmemesi üzerine takip kesinleşecektir. Böyle bir kabul alacaklı açısından tuhaf bir görünümü ortaya çıkaracaktır. Süresinden önce yapılan itiraz geçerli değilse, alacaklının yararına olan, ihtilafı (takibi) sürdürmek değil, ödeme emrine itiraz süresini işletmeye başlatabilmek için borçluya ödeme emrinin tebliğini sağlamaktır. Ödeme emri tebliğ edilince itiraz süresi alacaklı henüz itirazın bertaraf edilmesi yollarından birine başvurmamışken işlemeye başlayacak, borçlu süresi içinde bu sefer geçerli olarak itirazda

[49] "Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, Kanunda itiraz için gerekli sürenin başlamasının ödeme emri tebliğiyle olmasının, borçlunun ödeme emrini ve ihtarları, alacaklının talebini tüm ayrıntılarıyla öğrenmesi, bilmesi ve ona göre itirazlarını bildirebilmesi için düzenlendiği, somut olayda borçlunun tüm itirazlarını icra dosyasına sunduğu, itirazın kaldırılması talebinde de kendisine ödeme emri tebliğ edilmediğini, tebliğ edilseydi başka itirazlarını da ileri süreceğini savunmadığı, borçluya ödeme emri tebliğ edilmemesine rağmen kendiliğinden takip dosyasına borca itirazlarını bildirdiğinden itirazın kaldırılmasının istenebileceği gerekçesi ile direnme kararının uygun olduğu, temerrüt şartlarının oluşup oluşmadığı, tahliye şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetlenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir." Y. HGK, E. 2017/3104, K. 2021/705, 08.06.2021 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 12.08.2023).

bulunmazsa -ki borçlunun önceki itirazının geçerli olduğu zannıyla yeniden itiraz etmesi düşük bir ihtimaldir- takip kesinleşecek ve haciz talep edilebilecektir. Buraya kadarki açıklamalarımız genel haciz yoluyla takip ve rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takip özelinde yapılmıştır. Kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte borçlu ödeme emri tebliğ edilmeden icra mahkemesine itirazen başvurmuşsa, ona sonradan ödeme emri tebliğ edilirse icra mahkemesine yeniden (ikinci kez) başvurmasına, başvurmadığı takdirde takibin kesinleşmesine ve itiraz yargılamasının da konusuz kalmasına olanak yoktur. Çünkü borçlunun icra mahkemesine yapacağı yeni (ikinci) itiraz başvurusu derdestlik engeline takılır. İhtimal ki, Yargıtay savunma hakkının akamete uğramaması adına borçluyu ikinci kez itiraz etmek külfetinden kurtararak ilk itiraz başvurusunu sanki ödeme emrinin tebliğinden sonra yapılmış gibi kabul etmektedir.

Genel haciz yoluyla takip ile rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takipte icra dairesince takibin kesinleşmediği (takibin geçerli itirazla durduğu) gerekçesiyle talep reddedilirse de alacaklı icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurabilecektir. Takibi kesinleştirmesi bu denli kolay olan alacaklının itirazın bertaraf edilmesi yollarından birine başvurması rasyonel değildir. Zira ihtilafı sürdürmek bir bakıma alacaklının haciz talep etme yetkisini kendi kendisine düşürmesi yahut haciz talep etmekten vazgeçmesi veya bu yetkiyi takibin devamı kararından sonrasına ötelemesi anlamına gelir. Bu yaklaşım, hak arama yoluna başvurulmasını mevcut bir haktan vazgeçme sonucuna bağlamış ve itirazın kaldırılmasını yahut iptalini isteyerek hak arama hürriyetini (Anayasa m. 36) kullanan bir alacaklıyı adeta cezalandırılmış olur. Normal, makul, orta zekâlı bir alacaklının itirazın bertaraf edilmesi yoluna başvurmamak suretiyle ihtilafı sürdürmemeyi tercih edip haciz talep etmek isteyeceği muhakkaktır. İtirazı pür (katışıksız) bir şekilde geçersiz kılan ilk yaklaşım bilinse, bir alacaklının normal koşullarda itirazın bertaraf edilmesi yollarından birine başvurmayacağını tahmin etmek güç değildir. Diğer yandan, sonradan gönderilen ödeme emrine itiraz edilmemesi suretiyle takibini kesinleştirmiş bir alacaklının itirazın bertaraf edilmesini istemekte bir hukukî yararı olmayacaktır. Yargıtay'ın alacaklının ihtilafı sürdürme iradesine dayalı ikinci yaklaşımı da bu doğrultuda eleştiriye açık hâle gelecektir.

Yargıtay her iki yaklaşımında da ödeme emri sonradan tebliğ edildiğinde borçlunun süresi içinde itirazda bulunmasının gerekip gerekmediği sorusuna olumsuz yanıt vermekte, sonradan ödeme emri tebliğ edilirse borçluyu

itiraz etme külfetinden kurtarmaktadır. Başka bir deyişle, ödeme emri tebliğinden sonra yeni bir itiraz süresini işletmeye başlatmamakta, bunun yerine geçersiz itirazı ödeme emrinin tebliği ile geçerli kılmaktadır. Şu hâlde, Yargıtay'a göre takibin kesinleşmesi bağlamında ödeme emrinin sonradan tebliğ edilip edilmemesine göre bir fark bulunmamaktadır. Borçlunun vaktinden evvel yaptığı itirazı geçerli olup takip durur, alacaklı haciz talep edemez.

Yargıtay'ın her iki yaklaşımı esasen bir askıda geçersizlik hâli yaratmaktadır. İlk yaklaşımda sonradan ödeme emri tebliğ edilene, ikinci yaklaşımda alacaklının ihtilafı sürdürme iradesini gösterene kadar itiraz askıdadır. Ödeme emrinin usulüne uygun olarak tebliği veya alacaklının bilhassa itirazın bertaraf edilmesi yollarından birine başvurup ihtilafı sürdürme iradesini ortaya koymasıyla itiraz geçerli hâle gelir. Kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte itiraz icra mahkemesine yapıldığı, geçerli bir itiraz özel bir yargılama şartı niteliğini haiz olduğu için alacaklının -cevap dilekçesi verip esastan ret talebinde bulunmak suretiyle- ihtilafı sürdürme iradesi göstermesi ile bu özel yargılama şartının sonradan tamamlandığı söylenebilir.

## B. Bilimsel Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

### 1. Genel Haciz Yoluyla Takip, Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takip ve Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla İlâmsız Takip Hakkında

Yargılama ve takip hukukunda süreler prensip olarak tebliğ ile, istisnaen tefhim, öğrenme yahut kararın verildiği tarih ile başlar. Ödeme emrine itiraz süresinin genel kurala uygun olarak tebligat ile başlaması öngörülmüştür (İİK m. 62).

Meselenin çözümünde nirengi noktası, borçlunun ödeme emrine itiraz hakkının ne zaman doğduğudur. İİK m. 62'yi lafzi yorum yöntemine tâbi tutan yazarlar bu hakkın ödeme emrinin tebliğiyle doğacağını savunmaktadırlar. Kanımızca İİK m. 62'de itiraz hakkının ne zaman doğacağı, yani bu hakkın kullanılabileceği başlangıç anı değil, ne zamana kadar kullanılabileceği düzenlemeye kavuşturulmuştur.[50] Ödeme emrinin tebliğ edilmesinin işlevi itiraz sürenin başlangıcını belirlemek ile sınırlı olup tebliğ öncesinde itiraz hakkının kullanılmasını yasaklamak değildir. İİK m. 62 hükmü amaçsal yorum yöntemine tâbi tutulmalıdır. Ödeme emrinin gönderilmesindeki

[50] KONURALP, s. 1081.

amaç, borçluya savunma imkânı tanımaktır.[51] Ödeme emrinin tebliği takibe işler hâle getirerek borçlunun hukukî durumunda değişiklik meydana getirir.[52] Ödeme emri tebliğ edilmeden borçlunun itiraz edemeyeceği kabul edilirse, bu hüküm borçlunun savunma hakkını kısıtlamak gibi bir amacı takip etmiş olur.[53] Borçlunun menfaatlerini korumak için sevk edilmiş bir hüküm[54] borçlu aleyhine olacak şekilde yorumlanamaz.

Ödeme emrine tebliğden itibaren itiraz edebileceği, borçlunun hakkında icra takibi başlatıldığından ilk kez ödeme emrinin tebliğiyle haberdar olacağı varsayımına dayanmaktadır. Gerçekten itirazın ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde icra dairesine bildirilmesini düzenleyen hüküm, borçlunun sair surette takip başlatıldığından haberdar olmasına prensip olarak olanak bulunmadığı bir dönemde kaleme alınmıştır. O dönemde borçlunun icra takibini ödeme emrinin tebliğ edilmesi haricinde öğrenmesi neredeyse imkânsız olduğu için borçlunun tebligattan önce itiraz edebileceği olasılığı düşünülmemiştir. Gelişen iletişim kanalları sayesinde artık borçlunun takibe ödeme emrinin tebliğinden önce vâkıf olması pekâlâ mümkündür. Öyle ki bir süre sonra icra takibinden tebligat ile haberdar olunmasının istisna hâline gelmesi muhtemeldir.

Unutulmamalıdır ki, İİK m. 62/1 c. 1 hükmü sevk edildiğinde elektronik tebligat yoktur. Elektronik tebligatı düzenleyen Tebligat Kanunu m. 7/a hükmünün ihdas edilmesi bu hükmün yeniden düzenlenmesini, düzenleme yapılıncaya kadar yeniden yorumlanmasını gerekli kılmıştır. Gerçekten tebligatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılması bir fiksiyon (varsayımdır). Kanun koyucu muhatabın elektronik adresine gelen iletiden ne zaman haberdar olduğu konusunda ortaya çıkabilecek ihtilafları çözmek için tebliğ olunacak evraka onun beşinci günün sonunda vâkıf olduğunu varsaymıştır. Bu varsayımda kuşkusuz muhatabın iletiden daha evvel haberdar olması da mündemiçtir. Yani muhatabın (takip borçlusunun) beşinci gün henüz dolmadan -hatta tebligat (ödeme emri) elekt-

---

[51] KURU Baki, "Ödeme Emri", **Adalet Dergisi,** S. 1961-1/2, 1961, s. 31; BERKİN Necmeddin M, **İcra Hukuku Dersleri,** 2. Baskı, Hamle, İstanbul, 1969, s. 73; BERKİN, Rehber, s. 195; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 104; YILMAZ, s. 334; ARSLAN Aziz Serkan, **İcra Takip İşlemleri,** Yetkin, Ankara, 2018, s. 69-70; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 101.

[52] ARSLAN, s. 67; KIDIL Barçın Özkan, "Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtirazın Geri Alınması", **SÜHFD,** S. 2021-4, 2021, s. 3125.

[53] AKCAN Recep, "İcra İşlerinde Tebligat", **SÜHFD,** S. 1999-1/2, 1999, s. 63.

[54] AKİL, s. 183.

ronik adresine ulaşır ulaşmaz- icra takibini öğrenmesi olasıdır. Hukuk alanına cebrî icra tehdidi ulaşmış bir borçlu, savunma hakkını derhal kullanabilmeli midir mi yoksa beşinci günün sonunu mu beklemeli midir? İİK m. 62/1 c. 1'in lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınırsa, beş günlük süre geçip tebligat yapılmış sayıldıktan sonra itiraz hakkı doğacaktır.[55] Nitekim ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itirazı geçersiz kılan bilimsel görüş ışığında meseleye yaklaşıldığında, elektronik tebligat yapılmış sayılmadan da itiraz hakkı kullanılamayacak, haksız bir takibe maruz kaldığını öğrenen borçludan hemen reaksiyon göstermemesi, suhuletle beş günlük sürenin geçmesini beklemesi istenecektir. Ne var ki, hukukî dinlenilme hakkını kullanmak isteyen borçluya bu hakkı kullandırmamak, az yukarıda belirtildiği üzere borçlu yararına konulmuş bir kanun hükmünü onun aleyhine olacak şekilde yorumlamak anlamına gelir ki kanımızca buna olanak yoktur.[56] Borçlu henüz ödeme emrini incelememiş, hatta ödeme emri düzenlememiş olsa bile icra takibine karşı koyma iradesini göstermişse, henüz ödeme emrine itiraz süresinin işlemeye başlamadığından bahisle bu irade yok sayılamaz. Üstelik alacaklının ihtilafı sürdürme iradesine geçersiz bir itirazı geçerli hâle getirecek kadar değer atfediliyorken, icra takibine karşı koyma iradesinin görmezden gelinmesi, cebrî icranın bel kemiği olan menfaat dengesini (İİK m. 85/6) de bozmaktadır.

Elektronik tebligat yapılan hâllerde muhatabın beş günlük sürenin geçmesini beklemek zorunda kalması yalnız ödeme emri gönderilen borçlunun değil, bir müracaat hakkının kullanılacağı her durumda bir sorun teşkil eder. Örneğin, yokluğunda haksız bir ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı verildiğini kararın yine yoklukta icra edildiği bir ihtimalde tutanağın tebliği ile öğrenen bir borçlunun itiraz hakkını derhal kullanabilmesi tabiidir. Fakat tutanak elektronik yolla tebliğ edilmişse, borçlu itiraz hakkını tutanağın tebliğ edilmiş sayıldığı beşinci günün tamamlanmasından sonra kullanabilecektir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 394/2; İİK m. 265/1). Geçici hukukî korumanın karakteristik bir özelliği olan hukukî dinlenilme hakkının ertelenmesi borçlu yönünden yeterince güvencesiz bir rejim iken, onun hukukî konumunu itiraz hakkını derhal kullandırmamak suretiyle daha da güçleştirecek bir yorumun tercih edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

---

[55] İİK m. 62/1'in mefhumu muhalifinden ödeme emri tebliğ edilemediğinde itiraz edilemeyeceğinin çıkarılacağına ilişkin karş. GÖKKAYA Kerim Görkem, "Ödeme Emrinin Tebliğinden Önce Borca İtiraz", **Eskişehir Barosu Dergisi,** S. 2023-1, 2023, s. 41.

[56] Borçlunun her hâlükârda kendisine yapılacak tebligatı beklemek zorunda bırakılacak olmasının eleştirisi için ayrıca bkz. KONURALP, s. 1081.

Bir an için itiraz hakkının ödeme emrinin tebliği ile doğduğu kabul edilse bile, İİK m. 62 hükmünün içeriğinin teknolojik gelişmeleri ve tebligat mevzuatında yapılan değişiklikleri dikkate almaması neticesinde yetersiz kaldığı, somut meseleye verdiği cevabın tatmin edici olmadığı açıktır. Kanunun çok geniş kapsamlı, gerekli istisnalara yer vermemiş olan kelime anlamının, kanunun amacı esas alındığında bir sınırlandırmayı gerektirmesi durumunda örtülü boşluktan söz edilir.[57] Herhangi bir ayrığa yer verilmeyerek lafzı çok geniş tutulan İİK m. 62/1 c. 1'de kural aksaklığının meydana getirdiği bir hüküm içi boşluk vardır. Boşluk, hüküm teleolojik redüksiyona tâbi tutulup "*icra takibinden tebligattan önce haberdar olan borçlu da tebligatı beklemeden itiraz edebilir*" şeklinde sınırlayıcı bir ayrık eklenerek, borçlunun ödeme emrinden UYAP üzerinden veya UETS adresine gönderilmek suretiyle yahut sair surette haberdar olması hâlinde itiraz hakkını tebligat yapılmadıkça kullanamamasını hükmün uygulama alanı dışında tutarak doldurulabilir.

Sözün özü, borçlunun cebrî icraya muhalefet etme iradesine ve bir hakkın kullanılabilmesine imkân veren yoruma üstünlük tanınmalıdır. O itibarla, biz esasen ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itiraza geçerlik tanıyan görüşe katılıyoruz.

Borçlunun itirazında hangi icra takibine itiraz ettiğinin anlaşılabilmesi yeterlidir. İtiraz dilekçesinde dosya numarasının bildirilmesi, itirazın UYAP üzerinden de yapılabileceği dikkate alınarak itirazın geçerlilik şartı olarak aranmamalı, Mehaz İsviçre Hukuku'nda benimsendiği üzere itirazın derdest bir icra takibi ile ilişkilendirilmesi yeterli olmalıdır. İtiraz dilekçesinde dosya numarası yazılmamış olsa bile dilekçe UYAP'ta belirli bir takip dosyası seçilerek gönderilmişse, itiraz hüküm ve sonuçlarını meydana getirmelidir.

Bir icra takibinin derdestlik kazanmasıyla borçlunun cebrî icra tehdidini bertaraf edebilmesi mümkün olabilmelidir. Ödeme emri ister hiç düzenlenmemiş ister düzenlenmiş olmakla birlikte tebliğe çıkarılmamış ister gösterilen adresin tebligata elverişsiz olması nedeniyle bila tebliğ olsun, borçlunun her üç ihtimalde de ödeme emri tebliğ edilmeden yapacağı itiraz geçerli kabul edilmeli ve kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip dışındaki ilâmsız takipler durmalıdır. Alacaklı itirazın bertaraf edilmesi yollarından

---

[57] KIRCA Çiğdem, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama", **AÜHFD,** S. 2001-1, 2001, s. 96; SEROZAN Rona, **Hukukta Yöntem,** Vedat, İstanbul, 2015, s. 123.

birine derhal başvurabilmelidir. Fakat ödeme emrinin borçluya usulsüz tebliğ edilmesi hâlinde ödeme emrinin tebliğinden önce itiraz edilmesi söz konusu değildir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere[58] borçlunun icra takibinden haberdar olması ile Teb. K. m. 32 uyarınca tebligat usulüne uygun hâle gelir. Borçlu icra takibinden haberdar olmuş olmalı ki, itiraz yoluna başvursun. Dolayısıyla icra takibinin öğrenilmesi ile tebligat usulüne uygun hâle gelmiştir. Ödeme emrine tebligatın usulüne uygun hâle gelmesinden sonra itiraz edilmektedir.

Türk ve İsviçre Hukuku'nda bazı yazarlarca savunulan itirazda bulunulduğu tarihte ödeme emrinin tanzim edilmiş olma koşuluna katılamıyoruz. Borçlu ödeme emri düzenlenmeden de takibe vâkıf olup hemen itiraz dilekçesi vermiş olabilir. UYAP sisteminde hakkında takip başlatılan bir gerçek kişinin portalda icra dairesi ödeme emri düzenlemeden yapacağı sorgulamada takipten haberdar olması mümkündür. Yine borçlu tarafta ihtiyari takip arkadaşlığının bulunduğu bir icra takibinde borçlulardan birisi hakkında ödeme emri düzenlenip kendisine tebliğ edilmişken, diğer borçlu için ödeme emri düzenlenmesi ihmal edilmişken ödeme emri tebliğ edilen borçlu diğer borçluya icra takibi yapıldığı bilgisini vererek onu takipten haberdar edebilir. Ödeme emrinin tebliğinden önce yapılan itirazı ödeme emrinin düzenlenmesinden sonra geçerli, daha öncesinde geçersiz kılmak yine borçlunun itiraz iradesini görmezden gelmektir. Şu hâlde, görüşümüze göre takip talebinde bulunularak icra takibi başladığı andan itibaren borçlunun yapacağı itiraz geçerli kabul edilmelidir. Şunu da eklemek gerekir ki, ödeme emrinin tebliğinden önce yapılan itirazın geçerliliği kanaatimizce derdest bir icra takibinin mevcudiyetini şart koşmaktadır. Henüz takip talebinde bulunulmadığı bir dönemde müstakbel takibe yapılacak itiraz sonuç doğurmaz. Örneğin, takipten önce ihtiyatî haciz kararı uygulanmışsa, borçlu bu aşamada geçerli bir itirazda bulunamaz.[59]

Yine bazı yazarlarca savunulan itirazın geçerliliğini borçluya sonradan ödeme emrinin tebliğ edilmesi koşuluna bağlayan görüşe de katılamamaktayız. Bu görüş de itiraz için ödeme emrinin tebliğ edilmesine kadar askıda geçersizlik hâli yaratarak borçlunun iradesinin sonuç doğurmasını ertele-

---

58 Bkz. yuk. II.

59 KURU, İcra El Kitabı, s. 228; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 108; YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, s. 104; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 199; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 137.

mektedir. Bunun sonucunda alacaklı derhal itirazın bertaraf edilmesi yoluna başvurmaktan alıkonulmaktadır. Hatta ödeme emri tebliğ edilmeden itirazın bertaraf edilmesi yollarından birisine başvurulduğunda, ortada geçerli bir itiraz bulunmadığından başvurunun reddedilmesi kaçınılmazdır. Kuşkusuz itirazdan sonra borçluya ödeme emrinin tebliğ edilmesine engel bir hâl yoktur. Fakat itirazın geçerliliği görüşümüze göre ödeme emrinin tebliğinden sonrasına bırakılmamalıdır.

Ödeme emri düzenlenmeden, düzenlenmiş olsa bile tebliğ edilmeden yapılan bir itirazın hukuken -henüz- sonuç doğurmayan bir ödeme emrine karşı konulması anlamına geleceği gerekçesiyle görüşümüze karşı çıkılabilir. Ne var ki itirazın yalnız ödeme emrine karşı yapılabileceği düşüncesi temelini yine borçlunun icra takibinden ödeme emrinin tebliğinden önce haberdar olamayacağı varsayımında bulur. Ödeme emrine itiraz gerçekte icra takibine itirazdır. İletişim kanallarının gelişmesi cebrî icra tehdidinin ödeme emri tebliğ edilmeden de borçlunun hukuk alanına varmasına imkân verdiğine göre, borçlu icra dairesince borcu ödemeye veya inkâr etmeye davet edilmeden önce de itirazda bulunabilmelidir. Zaten itirazı düzenleyen İİK hükümlerinin -başta m. 62 olmak üzere- hiçbirinde "*ödeme emrine itiraz*" ifadesi geçmemekte, bilakis "*itiraz*" sözcüğünün kullanılmasıyla yetinilmektedir.

Ödeme emrinde gösterilen borcun sebebini öğrenmeden, varsa ödeme emri ekindeki belgeleri incelemeden itiraz edilebilmesine izin verilmesinin, borçlunun yararından çok zararına olacağından hareketle görüşümüze itiraz edilebilir. Nitekim yukarıda açıkladığımız[60] doktrinde bir görüş ödeme emrinin tebliğinden önce yapılan itirazın geçerliliğine bu gerekçeyle karşı çıkmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, alacaklının avukatla temsil edildiği ve UYAP üzerinden başlatılan takiplerde takip dayanağı evraklar taranarak sisteme yüklenmektedir. Avukatlar tarafından bu şekilde takip talebinde bulunulması yurt geneline yayılmıştır. Şu hâlde, borçlunun sisteme taranan takip talebinin eki olan belgeleri -örneğin, kambiyo senedini- inceleyebilme imkânı UYAP üzerinden başlatılan takiplerde mevcuttur. Fiziki ortamda başlatılan takiplerde de ödeme emri sonradan tebliğ edilirse, borçlunun itiraz süresi içinde yetki itirazı dışında yeni sebeplerle itiraz etmesinin, yani itiraz

---

[60] Bkz. yuk. IV.

sebeplerini genişletmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.[61] Nasıl ki ödeme emrinin tebliğinden sonra ilk kez itiraz eden borçlu, itiraz süresi içinde bir kez daha itiraz dilekçesi verip yeni sebepler ileri sürebiliyorsa, aynı şekilde ödeme emri tebliğ edilmeden itiraz eden bir borçlu da ödeme emri tebliğ edildikten sonra ödeme emrinde gösterilen borcun sebebi ile ödeme emrinin ekindeki belgeleri dikkate alarak yeni itiraz sebeplerini içeren bir dilekçe verebilmelidir. Örneğin, borçlu ödeme emri tebliğ edilmeden sebep bildirmeksizin borca itiraz etmişken, ödeme emri tebliğ edilip ekindeki senedi inceledikten sonra imzaya itiraz edebilir.[62] Ödeme emri sonradan tebliğ edilmemiş yahut edilmekle birlikte alacaklı öncesinde icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını talep etmişse, borçlu kendisine tebliğ edilen dilekçeyi ve ekindeki belgeyi inceledikten sonra cevap dilekçesinde ödeme emri tebliğ edilmeden verdiği dilekçede belirtilmeyen itiraz sebeplerini başarıyla ileri sürebilmeli, senet metninden anlaşılan itiraz sebepleri hariç olmak üzere sebeple bağlılık ilkesi (İİK m. 63) burada uygulanmamalıdır. Zira takip hukukuna özgü teksif ilkesine işlerlik kazandırılması, ödeme emrinin tebliğ edilmesi koşuluna bağlıdır. Keza borçlu kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte ödeme emri tebliğ edilmeden icra mahkemesinde itiraz yoluna başvurmuş, kendisine daha sonra tebliğ edilen ödeme emrinden yahut cevap dilekçesi ile ekindeki belgelerden yeni bir savunma sebebi çıkarılabiliyorsa, bunu teksif ilkesine takılmadan yargılamaya ithal edebilmelidir.

### 2. Kira Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle Kiralanan Taşınmazların İlâmsız Tahliyesi Hakkında

Son olarak, kiralanan taşınmazların ilâmsız tahliyesinde ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itirazın geçerliliği ile alacaklının bu itiraz üzerine itirazın kaldırılması yoluna başvurabilmesinin özellik arz edip etmediği sorgulanacaktır. Bu takip yolunda kiranın ödenmesi ile kiralananın tahliyesi talepleri bir arada -aynı takip talebi ile- ileri sürülür. Tahliye talebinin maddî hukuk temeli kiracının temerrüdünü düzenleyen Türk Borçlar Kanunu

---

61 AKİL, s. 195. İtiraz süresi içinde birden çok itiraz dilekçesi verilip verilemeyeceği hakkında ayrıca bkz. Arar, ARAR Kemal, **İcra ve İflâs Hükümleri C. I İcra,** İdeal, Ankara, 1944, s. 129-130.

62 "Ödeme emrinin tebliğinden önce, borçlunun icra dairesine gelerek 12.8.1998 tarihinde sadece «borca» itiraz etmiş olması, ödeme emri tebliğinden sonra «imza inkarında» bulunmasını engellemeyeceği gibi, bu husus itirazın genişletilmesi niteliğinde de kabul edilemez. O halde imzaya itiraz yönünden gerekli inceleme yapılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." Y. 12. HD, E. 1999/8845, K. 1999/9714, 09.09.1999 www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 31.10.2023).

(TBK) m. 315 hükmüdür. Buna göre kiracı, kiralananın tesliminden sonra muaccel olan kira bedelini veya yan gideri ödeme borcunu ifa etmezse, kiraya veren kiracıya yazılı olarak en az on gün, konut ve çatılı işyeri kiralarında ise en az otuz günlük bir süre verip, bu sürede de ifa etmeme durumunda, sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir.[63] Borçlu kiracıya ödeme emri tebliğ edilerek ödeme süresi tanınması Türk Borçlar Kanunu m. 315'te kiraya verenin kiracıya süre vermesine tekabül eder (TBK m. 269/b f. 4).[64] Verilen süre içinde kiracı kira bedelini veya yan gideri ödemezse, süre sonunda kiraya veren kira sözleşmesini feshedebilir. Dikkat edilirse, süre verme işleminin yazılı olarak yapılması zorunlu kılınmıştır.[65] Ödeme emri kiracıya tebliğ edilmezse, Kanun'un aradığı yazılılık şartı sağlanamayacak, süre işlemeye başlamayacak, bu durumda kira sözleşmesi feshedilemeyecektir. Oysa alacaklının kiracıyı tahliye ettirebilmesinin kurucu öğesi, kira sözleşmesinin feshedilmiş olmasıdır. Bu doğrultuda, genel haciz yoluyla, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla ve rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takipten farklı olarak ödeme emrinin tebliği ve ödeme süresinin geçmesi itirazın kaldırılmasını talep edebilmek için şarttır.[66] Kiraya veren alacaklı kiracı borçluya ödeme emrinin usulüne uygun olarak tebliğini sağlayıp kira sözleşmesini feshetmeden itirazın kaldırılmasına karar verilemez. Önceki BK m. 260'a göre süre sonunda kira sözleşmesi kendiliğinden fesholunuyorken, TBK m. 315'e göre asgari süreler içinde ödeme gerçekleşmezse, kira sözleşmesi feshedilmiş olmaz; kiraya verenin ayrıca fesih iradesini içeren bildirimde bulunması gerekir.[67] Fakat uygulamada ayrı bir fesih bildiri-

---

63 Ürün kirasında bu süre en az 60 gün olmalıdır (TBK m. 362/2).

64 Kiraya verenin süre verme işini icra memuru aracılığıyla da yapabileceğine ilişkin bkz. ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** 20. Bası, Vedat, İstanbul, 2020, s. 357. İhtarlı ödeme emrinin TBK anlamında temerrüt ihtarnamesi niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. YILMAZ, s. 1154; ULUKAPI, s. 226.

65 GÜMÜŞ Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı,** 5. Baskı, Filiz, İstanbul, 2020, s. 295-296; ACAR Faruk, **Kira Hukuku Şerhi,** 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2015, s. 370; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 357; YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 9. Bası, Beta, İstanbul, 2014, s. 507-508; YAVUZ Nihat, **Yeni TBK ve HMK'ya Göre Kira,** 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2013, s. 164-165.

66 *KURU*'ya göre ise borçlu ödeme emrine itiraz etmişse, ödeme süresi geçmemiş olsa bile alacaklı itirazın kaldırılmasını talep edebilmelidir (KURU, İcra El Kitabı, s. 841).

67 ARAL Fahrettin / AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** 13. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020, s. 333; GÜMÜŞ, s. 294; KILIÇOĞLU Ahmet, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 2. Baskı, Turhan, Ankara, 2020, s. 249-250; YAVUZ C., s. 507-508; ACAR, s. 369-370; AKARTEPE Alpaslan, "Türk Borçlar Kanunu'nun 315. Maddesi Çerçevesinde Kiracının Kira Bedelini Ödemede Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları", **MÜHFHAD** S. 2016-3,

minde bulunulmamaktadır. İtirazın kaldırılması talebinden sonra kira sözleşmesinin feshedilmesinin gerekip gerekmediği sorulabilir. Kanımızca itirazın kaldırılması dilekçesinin kiracıya tebliği fesih ihbarını karşılar. İtirazın kaldırılması talebinden önce kiracıya ayrı bir fesih beyanında bulunulması aranmamalıdır.

Borçlu kiracının ödeme emri tebliğ edilmeden yaptığı itiraz, diğer takip yollarında olduğu gibi bu takip yolunda da geçerli kabul edilmelidir. Başka bir ifadeyle, bu takip yolunda da itirazın geçerliliği sonradan borçluya ödeme emri tebliğ edilmesi koşuluna bağlı değildir. Kiraya verenin kiracının itirazından sonra ona ödeme emri tebliğ ettirmesi fesih koşullarını oluşturmasına ve buna bağlı olarak itirazın kaldırılması yoluyla tahliye hakkını gerçekleştirebilmesine yöneliktir.[68]

## SONUÇ

**1.** Yargıtay'ın bir kısım kararlarında varılan çözümün aksine elektronik yolla tebligat yapılması gerekirken posta yoluyla tebligat yapılmış olsa bile borçlu tebliğ konusu işlemin içeriğine vâkıf olmuş ise tebligatın usulüne uygun hâle geldiği kabul edilmelidir. Böylece borçluya ödeme emrinin yeniden tebliğe çıkarılması gerekmeyecektir.

---

2016, s. 102. Bu son yazar kiracıya ödeme emri gönderilmişse, kira sözleşmesinin kiracıya tanınan sürenin ödeme yapılmaksızın geçirilmesi halinde sona ereceğini belirtmektedir.

[68] Y. HGK'nin E. 2017/3104 K. 2021/705, 08.06.2021 www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 29.10.2023) sayılı kararında bir kiralanan taşınmazın ilâmsız tahliyesi yoluyla takipte borçlunun haricen icra takibini öğrenip, icra dairesine itiraz etmesinin hukukî sonuç doğurmayacağı, alacaklının itirazın kaldırılması ve tahliye isteminin reddine karar verilmesi gerektiğine oy çokluğu ile içtihat edilmiştir. Bu kararın karşı oy yazısındaki şu ifadelerin kıymetli olduğu kanaatindeyiz: "İİK 62. maddesi ve 269. maddesi uyarınca ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçlunun itirazlarını bildirmesi gerekir. Ödeme emri tebliğ edilmedikçe itiraz süresi başlamaz. Borçlu, ödeme emri tebliğ edilmemesine rağmen, kendiliğinden icra takip dosyasına borca itirazlarını bildirmişse bu itirazın kaldırılması istenebilmelidir. İtiraz için gerekli sürenin başlamasının ödeme emri tebliğiyle olması, borçlu lehine yasada yer alan bir hüküm olup, borçlunun ödeme emrini ve ihtarları, alacaklının talebini tüm ayrıntılarıyla öğrenmesi, bilmesi ve ona göre itirazlarını bildirilebilmesi için konulmuştur. Borçlu ödeme emri tebliğ edilmeden, tüm itirazlarını icra dosyasına sunmuş ve hakkındaki itirazın kaldırılması talebinde de ödeme emri tebliğ edilmediğini, tebliğ edilseydi başka itirazlarını da ileri süreceğini, başka itirazları da olduğunu belirtmemişse ödeme emri tebliğ edilmedi, itiraz hakkı doğmadı, itirazı sonuç doğurmaz demek Yasanın amacına da aykırıdır. Aksi düşüncenin kabulü, ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan borca itirazın haciz yoluyla takipte takibi durdurmayacağı veya itirazın iptali davası açılamayacağı sonucuna da götürür." İtirazın geçerli olduğuna ilişkin tespite aynen katılmakla birlikte, ödeme emri tebliğinin maddî hukuk temelini dikkate aldığımızda alacaklı borçluya ödeme emri tebliğ ettirip ödeme süresi geçmeden itirazın kaldırılmasını isteyememelidir. Bununla birlikte, karşı oy yazısındaki değerlendirmeler diğer ilâmsız takip yolları için isabetli olup içtihada dönüşmesi ümit edilmektedir.

**2. a)** Yargıtay'ın içtihatlarında ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itirazın prensip olarak geçerli olmadığı kabul edilmektedir. Ödeme emrinin tebliğinden önce yapılan itiraz askıdadır. Bir yaklaşıma göre borçluya sonradan ödeme emri usulüne uygun tebliğ edildiğinde, diğer yaklaşıma göre ise alacaklı ihtilafı (takibi) sürdürme iradesi gösterdiğinde itiraz geçerli hâle gelir. Ödeme emrinin usulüne uygun olarak tebliği veya alacaklının bilhassa itirazın bertaraf edilmesi yollarından birine başvurup ihtilafı sürdürme iradesini ortaya koymasına ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itirazın geçersizliğini ortadan kaldıran bir sonuç bağlanmıştır.

**b)** Kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle kiralanan taşınmazların ilâmsız tahliyesi özelinde derin içtihat farklılığı dikkat çekicidir. Oldukça yakın tarihli kararlarda kâh ödeme emrinin sonradan tebliğinde ısrarcı olunup itirazın kaldırılması talepleri reddedilmiş, kâh alacaklının ihtilafı sürdürme iradesinden hareketle itirazın sonradan geçerli hâle geldiği kabul edilerek icra mahkemesince işin esası incelenmiştir.

**c)** Ödeme emri tebliğ edilmeden yapılan itiraz, her iki yaklaşımda da takibin kesinleşmesine engel olur. Ne ödeme emri tebliğ edilene kadar ne de ödeme emri tebliğ edildikten sonra, ödeme emri tebliğ edilmeden itiraz edilen bir takibin kesinleştiğinden söz edilebilir. Sonradan ödeme emri tebliğ edildikten sonra borçlunun yeniden itiraz etmesi gerekmez. Zaten ödeme emri tebliğinden sonra yeni bir itiraz süresi işlemeye başlamaz.

**3.** İİK m. 62'de itiraz hakkının ne zaman doğacağı, yani bu hakkın kullanılabileceği başlangıç anı değil, bu hakkın ne zamana kadar kullanılabileceği belirlenmiştir. Bu perspektiften bakıldığında anılan hüküm, önceden itiraz edilmesini yasaklamayı, önceden yapılan itirazı geçersiz kılmayı amaç edinmiş olamaz.

**4.** En erken ödeme emrinin tebliğden itibaren geçerli olarak itiraz edebileceği yaklaşımı, borçlunun hakkında icra takibi başlatıldığından ilk kez ödeme emrinin tebliğiyle haberdar olacağı varsayımına dayanmaktadır. Bu varsayım günün ve teknolojinin getirdiği yenilikler ve gelişim -özellikle de elektronik tebligat- karşısında yetersiz kalmıştır.

**5.** İİK m. 62/1 c. 1 hükmü sevk edildiğinde elektronik tebligat yoktur. Elektronik tebligatı düzenleyen Tebligat Kanunu m. 7/a hükmünün ihdas edilmesi İİK m. 62/1 c. 1 hükmünün yeniden düzenlenmesini, düzenleme yapılıncaya kadar yeniden yorumlanmasını gerekli kılmaktadır. Aksi takdirde beş günlük süre geçip elektronik tebligat yapılmış sayılmadan itiraz hakkı

kullanılamayacaktır. Borçlu yararına konulmuş bir kanun hükmünü onun aleyhine olacak şekilde yorumlanamaz.

**6.** İtirazın geçerliliği borçluya sonradan ödeme emrinin tebliğ edilmesi koşuluna bağlı değildir. Ödeme emrinin tebliğ edilmesine kadar askıda geçersizlik hâli yaratılıp borçlunun iradesinin sonuç doğurması ertelenemez. Bunun sonucunda alacaklı derhal itirazın bertaraf edilmesi yoluna başvurabilir.

**7.** Genel haciz yoluyla, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla ve rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takipten farklı olarak ödeme emrinin tebliği ve ödeme süresinin geçmesi kiranın ödenmemesine dayalı kiralanan taşınmazların ilâmsız tahliyesi yoluyla takipte itirazın kaldırılmasını talep edebilmek için şarttır. Fakat borçlu kiracının ödeme emri tebliğ edilmeden yaptığı itiraz diğer takip yollarında olduğu gibi bu takip yolunda da geçerli kabul edilmelidir.

## KISALTMALAR

**Art.** **:** Artikel
**aşa.** **:** aşağıda
**AÜHFD** **:** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
**BGE** **:** Bundesgerichtsentscheidungen
**BlSchK** **:** Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
**C.** **:** Cilt
**E.** **:** Esas
**HD** **:** Hukuk Dairesi
**HGK** **:** Hukuk Genel Kurulu
**hrsgb.** **:** herausgegeben
**K.** **:** Karar
**MÜHFHAD** **:** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
**N.** **:** Numara
**SchKG** **:** Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz
**SÜHFD** **:** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
**T.** **:** Tarih
**TBBD** **:** Türkiye Barolar Birliği Dergisi
**s.** **:** sayfa
**S.** **:** Sayı
**Y.** **:** Yargıtay
**yuk.** **:** yukarıda

## KAYNAKÇA

ACAR Faruk, **Kira Hukuku Şerhi,** 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2015.

AKARTEPE Alpaslan, "Türk Borçlar Kanunu'nun 315. Maddesi Çerçevesinde Kiracının Kira Bedelini Ödemede Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları", **MÜHF-HAD** S. 2016-3, 2016, ss. 83-110.

AMONN Kurt / WALTHER Fridolin, **Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts,** 9. Auflage, Stämpfli, Bern, 2013.

AKCAN Recep, "İcra İşlerinde Tebligat", **SÜHFD,** S. 1999-1/2, 1999, ss. 63-95.

AKİL Cenk, **Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtiraz,** Yetkin, Ankara, 2017.

ARAL Fahrettin / AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** 13. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020.

ARAR Kemal, **İcra ve İflâs Hükümleri C. I İcra,** İdeal, Ankara, 1944.

ARSLAN Aziz Serkan, **İcra Takip İşlemleri,** Yetkin, Ankara, 2018.

ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder / TAŞPINAR AYVAZ Sema / HANAĞASI Emel, **İcra ve İflas Hukuku,** 8. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022.

AŞIK İbrahim / ORUÇ Yakup / TOK Ozan / SAÇAR Ömer Faruk, **İcra ve İflâs Hukuku,** Seçkin, Ankara, 2022.

ATALI Murat / ERMENEK İbrahim / ERDOĞAN Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku,** 6. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022.

ATALI Murat / ERMENEK İbrahim / ÜÇÜNCÜ S. Hilal, **Tebligat Hukuku,** 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.

BERKİN Necmeddin M, **İcra Hukuku Dersleri,** 2. Baskı, Hamle, İstanbul, 1969.

BERKİN Necmeddin M, **Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi,** Filiz, İstanbul, 1980. (Rehber).

BESSENICH Balthasar / FINK Stefan, **Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I Art 1-158 SchKG,** hrsgb. von STAEHELİN Daniel von / BAUER Thomas / LORANDİ Franco, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2021.

COŞKUN Mahmut, **İcra ve İflas Kanunu (Açıklamalı-İçtihatlı),** 3. Baskı, C. 1, Seçkin, Ankara, 2012.

DEYNEKLİ Adnan / KISA Sedat, **İtirazın İptali Davaları,** 3. Baskı, Turhan, Ankara, 2013.

FRITZSCHE Hans / WALDER-BOHNER Hans Ulrich, **Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht,** Band 1, 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 1993.

GÖKKAYA Kerim Görkem, "Ödeme Emrinin Tebliğinden Önce Borca İtiraz", **Eskişehir Barosu Dergisi,** S. 2023-1, 2023, ss. 32-46.

GÖREN ÜLKÜ Nazlı, **İcra Hukukunda Ödeme Emri,** Arıkan, İstanbul, 2008.

GÖRGÜN L. Şanal / BÖRÜ Levent / KODAKOĞLU Mehmet, **İcra ve İflâs Hukuku,** 3. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022.

GÜMÜŞ Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı,** 5. Baskı, Filiz, İstanbul, 2020.

HANSJORG Peter, "Urteilsbesprechung 5A_190/2019", **BlSchK** 2022, ss. 142-147.

KARSLI Abdurrahim, **İcra ve İflas Hukuku,** 4. Baskı, Filiz, İstanbul, 2022.

KIDIL Barçın Özkan, "Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtirazın Geri Alınması", **SÜHFD,** S. 2021-4, 2021, ss. 3121-3164.

KILIÇOĞLU Ahmet, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 2. Baskı, Turhan, Ankara, 2020.

KİRAZ Taylan Özgür, **İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması,** 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2013.

KIRCA Çiğdem, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama", **AÜHFD,** S. 2001-1, 2001, ss. 91-119.

KONURALP Emre, "Borçlunun Ödeme Emri Tebliğ Edilmeden Evvel Yapacağı İtirazın Geçerli Olmadığına Dair Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", **Prof. Dr. Zühtü Aytaç'a Armağan,** İstanbul 2022, ss. 1075-1095.

KREN KOSTKIEWICZ Jolanta, **SchKG Kommentar,** 20. Auflage, Orell Füssli, Zürich, 2020.

KURU Baki, **İcra ve İflâs Hukuku,** C. I, 3. Baskı, Evrim, İstanbul, 1988. (İcra, C. I).

KURU Baki, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı,** 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2013. (İcra El Kitabı).

KURU Baki, "Ödeme Emri", **Adalet Dergisi,** S. 1961-1/2, 1961, ss. 30-46.

MUŞUL Timuçin, **İcra ve İflâs Hukuku Esasları,** 6. Baskı, Adalet, Ankara, 2017.

MUŞUL Timuçin, **Tebligat Hukuku,** 5. Baskı, Adalet, Ankara, 2013.

ÖZBAY İbrahim / YARDIMCI Taner Emre, **Tebligat Hukuku,** 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2020.

PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral / ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı,** 9. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2022.

POSTACIOĞLU İlhan E. / ALTAY Sümer, **İcra Hukuku Esasları,** 5. Baskı, Vedat, İstanbul, 2010.

RÜETSCHI David, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht - Entwicklungen 2010, hrsg. von VOGT Hans-Ueli, Stämpfli, Bern, 2011.

SEROZAN Rona, **Hukukta Yöntem,** Vedat, İstanbul, 2015.

ULUKAPI Ömer, **İcra ve İflâs Hukuku,** Mimoza, Konya, 2015.

UYAR Talih / UYAR Alper / UYAR Cüneyt, **İcra ve İflâs Kanunu Şerhi El Kitabı,** C. I, 2. Baskı, Bilge, Ankara, 2012.

UYAR Talih, "Genel Haciz Yolu ile İlamsız Takiplerde İtiraz Süresi", **TBBD** S. 1990-2, 1990, ss. 229-238.

ÜSTÜNDAĞ Saim, **İcra Hukukunun Esasları,** 8. Baskı, Avcıol, İstanbul, 2004.

YARDIM Mehmet Ertan, Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takipte İtiraz, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 9. Bası, Beta, İstanbul, 2014.

YAVUZ Nihat, **Yeni TBK ve HMK'ya Göre Kira,** 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2013.

YILDIRIM Mehmet Kâmil / DEREN-YILDIRIM Nevhis, **İcra ve İflas Hukuku,** 8. Baskı, Beta, İstanbul, 2021.

YILMAZ Ejder, **İcra ve İflâs Kanunu Şerhi,** Yetkin, Ankara, 2016.

ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** 20. Bası, Vedat, İstanbul, 2020.

**Hakemli Makale** **GSÜHFD**, 2023; 2: 1431-1457

# KIDEME BAĞLI HAKLAR BAKIMINDAN İŞÇİNİN EMEKLİLİK SONRASI ÇALIŞMASI(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Sedef KOÇ TANGÜN**(**)

**Öz:** 5510 sayılı Kanun öncesinde ilk kez sigortalı olarak çalışmaya başlayan işçilerin, hem yaşlılık aylığı alması hem de sosyal güvenlik destek primi ödeyerek sigortalı olarak çalışması mümkündür. Bu işçiler açısından, özellikle de yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarında yapılan değişikliklerle, ülkemiz ve günümüz şartlarında emeklilik sonrası çalışma yaygın olarak görülmektedir. İş hukuku mevzuatımızda, yaşlılık aylığına hak kazanmış olmak, işçi için kıdem tazminatına hak kazandıran bir fesih nedeni olarak öngörülmüştür. Uygulamada, yaşlılık aylığı almak üzere başvuruda bulunmak için iş sözleşmesini feshederek işverenden kıdem tazminatını talep eden işçilerin birçoğu işverenle anlaşarak çalışma ilişkisine devam etmektedirler. İşçinin emeklilik sonrası aynı işveren nezdinde çalışmaya devam etmesi halinde, emeklilik öncesi ve sonrası çalışmanın nitelendirilmesi ve kıdeme bağlı haklar bakımından değerlendirilmesi önem taşımaktadır.

Emeklilik sonrası aynı işveren nezdinde çalışmaya devam eden işçinin ikinci çalışma dönemi, ilk çalışma döneminden ayrı yeni bir çalışma ilişkisi olarak mı yoksa onun devamı olarak mı değerlendirilecektir? İşçinin kıdemi hesaplanırken emeklilik sonrası ikinci çalışma süresi mi yoksa tüm çalışma süresi bir bütün olarak mı dikkate alınacaktır? İşçinin kıdemine bağlı kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, iş güvencesinden yararlanma ve yıllık izin hakları nasıl belirlenecektir? Bu çalışmada, tüm bu sorular, konuya ilişkin doktrin görüşleri ile içtihada yer verilerek cevaplanmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Emeklilik, Emeklilik Sonrası Çalışma, Kıdem, Kıdeme Bağlı Haklar, Aralıklı Çalışma.

---

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2023 - Makale Kabul Tarihi: 10.01.2024.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye.
(ORCID: http://orcid.org/0000-0001-5053-0585; E-posta: skoc@gsu.edu.tr).

# POST-RETIREMENT EMPLOYMENT IN TERMS OF SENIORITY- RELATED RIGHTS

**Abstract:** It is possible for employees who started to work as insured for the first time before Law No. 5510 in order to get the old-age pension and to work as insured by paying social security support contribution. For these employees, post-retirement work is common in our country and today's conditions, notably with the changes made in the conditions for entitlement to the old-age pension. According to our labour law legislation, being entitled to the old-age pension is envisaged as a reason for termination that entitles the employee to the severance pay. In practice, most of the employees who terminate their employment contract and demand severance pay from the employer in order to apply for the old-age pension continue their employment relationship by reaching an agreement with the employer. If the employee continues to work for the same employer after retirement, it is important to characterise the duration of the work before and after retirement and evaluate it in terms of seniority-related rights.

Is the second working period of an employee who continues to work for the same employer after retirement considered as a new working relationship separate from the first working period or as a continuation of it? When calculating the employee's seniority, is the second working period after retirement taken into account or the entire working period as a whole? How should the rights like severance pay, notice pay, benefit from job security and annual leave that depending on the employee's seniority be determined? In this study, all these questions have been tried to be answered by including doctrinal views and jurisprudence on the subject.

**Keywords:** Retirement, Post Retirement Work, Seniority, Seniority Based Rights, Intermittent Work.

## GİRİŞ

Emeklilik, kişinin belirli bir süre çalıştıktan sonra kanunlar gereği işi ile ilgisi kesilerek kendisine aylık bağlanmış olma durumunu ifade etmektedir. Sosyal güvenlik hukukumuzda, yaşlılık sigortası kapsamında yaşlılık aylığına hak kazanma şartları belirlenmiştir. Bu şartların zaman içinde değişikliğe uğraması ve bu değişiklik dönemlerinde kazanılmış hakların korunması için kademeli geçiş hükümlerine yer verilmesi sonucu, işçinin sigortalılık başlangıç tarihine göre değişen farklı hak kazanma şartları ortaya çıkmıştır.

Yaşlılık aylığı almaya hak kazanan işçi, aktif çalışma hayatından ayrılarak kendisine yaşlılık aylığı bağlanmasını talep edebileceği gibi çalışmaya devam edip ileride istediği zaman da bu başvuruyu yapabilir. Kendisine yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra tekrar aynı işinde veya bir başka işveren yanında çalışmasına da bir engel yoktur. İşçinin emekli olduktan sonra yeniden çalışmaya başlaması halinde sigortalılık durumu ve yaşlılık aylığının kesilip kesilmeyeceği sorusu, sigortalı olduğu tarih itibariyle kendisine uygulanacak hukuki düzenlemelere göre cevaplanmaktadır.

Emeklilik sonrası çalışmanın, sosyal güvenlik hukuku açısından yaşlılık aylığına ve sigortalılık durumuna etkisi öne çıkarken, iş hukuku açısından ise, aynı işveren yanında çalışmaya devam edildiğinde kıdeme bağlı haklar (kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, iş güvencesinden yararlanma ve yıllık izin hakları) bakımından değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Bu çalışmada, asıl olarak emeklilik sonrası çalışmaya ilişkin düzenlemeler ile kıdeme bağlı haklar inceleneceği için, bir fesih sebebi olarak emekliliğin değerlendirilmesi kapsam dışında bırakılmış olup sadece emeklilik sonrası çalışma ile ilgili olduğu ölçüde emeklilik öncesi çalışma ilişkisine ve bu ilişkinin sona ermesine değinilecektir.

## I. İŞ SÖZLEŞMESİNİN EMEKLİLİK NEDENİYLE FESHİ

İş hukuku mevzuatımızda, emeklilik, işveren için haklı ya da geçerli bir fesih nedeni olarak düzenlenmiş değildir[1]. İşçi açısından ise, yaşlılık aylığı-

[1] Bununla birlikte, uygulamada iş sözleşmelerine ve özellikle toplu iş sözleşmelerine emeklilik veya belli bir yaşa ulaşmış olma halinde iş sözleşmesinin feshedileceği yönünde hükümler konulduğu görülmektedir. Bu hükümlerin geçerliliği tartışması için bkz. ÜNAL Canan, **İş Hukukunda Yaş Ayırımcılığı**, Onikilevha, İstanbul, 2018, s. 331-336; SARIBAY ÖZTÜRK Gizem, "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaşlı Ayrımcılığı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 37, 2017, s. 123-124; YAMAKOĞLU Efe, "Emekliliğe Hak Kazanmanın İş İlişkisine Etkisi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 40, 2018, s. 147-151.

na hak kazanmış olmak, kıdem tazminatına hak kazandıran şekilde sözleşmeyi feshetme imkanı veren bir hal olarak öngörülmüştür. İşçinin yaşlılık aylığı almak için, kendisine tanınmış bu fesih hakkını kullanması gerekip gerekmediği yani işten ayrılma zorunluluğu bulunup bulunmadığı sorusu da konumuz açısından önem taşımaktadır. Her ne kadar emeklilik aktif çalışma hayatından ayrılma durumunu ifade ediyor ise de, yaşlılık aylığı alan kişilerin çalışma hayatında yer almasına imkan veren bir hukuki düzen varsa, "çalışan" ve "emekli" sıfatları aynı kişide toplanabilmektedir.

### A. İş Sözleşmesini Emeklilik Nedeniyle Fesheden İşçinin Kıdem Tazminatına Hak Kazanması

1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte bırakılan 14. maddesine göre, iş sözleşmesinin işçi tarafından *bağlı bulundukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla* feshedilmesi halinde işverence işçiye kıdem tazminatı ödenir. Aynı şekilde, işçilerin *506 Sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle* iş sözleşmesini feshetmeleri de kıdem tazminatı hakkı kazandıran bir diğer hal olarak düzenlenmiştir.

"Emeklilikte yaşa takılanlar" (EYT) düzenlemesi olarak ifade edilen yeni düzenleme[2] ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa eklenen geçici 95. madde uyarınca, "*Bu maddenin yürürlük tarihinden sonra aylık bağlanması için talepte bulunanlardan 506 sayılı Kanunun geçici 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (B) bendi, 1479 sayılı Kanunun geçici 10 uncu maddesinin ikinci fıkrası, 2925 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (B) bendi ve 5434 sayılı Kanunun geçici 205 inci maddesi hükümlerine göre yaşlılık veya emekli aylığı bağlanacak olanlar, söz konusu hükümlerde yaş dışındaki diğer şartları taşımaları halinde yaşlılık veya emekli aylığından yararlanırlar.*"

---

[2] 7438 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 03.03.2023, 32121, resmigazete.gov.tr.

Eski İş Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, "*İşçinin birinci bendin 4 üncü fıkrası hükmünden faydalanabilmesi için aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğunu ve kendisine aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa müracaat etmiş olduğunu belgelemesi şarttır. İşçinin ölümü halinde bu şart aranmaz.*"

Anılan hükümlere göre, iş sözleşmesini emeklilik nedeniyle feshedip kıdem tazminatını almak isteyen işçinin, fesih bildiriminde bu nedeni bildirmesi ve yaşlılık aylığı başvurusunu belgelemesi gerekmektedir. Yargıtay, işçinin emeklilik nedeniyle işten ayrıldığı iddiasıyla kıdem tazminatı talep ettiği davalarda, emekliliğin belgelendiği tarihi, faiz başlangıç tarihi olarak kabul etmekte ve işçinin emekliliğe hak kazandığına dair yazıyı işverene sunmuş olup olmadığını araştırmaktadır[3]. Kıdem tazminatı hakkının doğması bakımından ise, fesih tarihinde yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarının gerçekleşmiş olmasını yeterli görmekte, belgeleme şartına uyulmamış olmasının hakkın doğmasına engel olmayacağını belirtmektedir[4].

### B. İşçinin İşten Ayrılması

5510 sayılı Kanun'un "*Yaşlılık sigortasından sağlanan haklar ve yararlanma şartları*" başlıklı 28. maddesinin 9. fıkrasına göre, "*Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yaşlılık aylıklarından yararlanabilmek için, 4 üncü madde-*

---

[3] "*Davacı, emeklilik nedeniyle işyerinden ayrıldığını belirterek kıdem tazminatı isteğinin hüküm altına alınmasını istemiş mahkemece istek gibi karar verilerek kıdem tazminatına davacının işyerinden ayrıldığı tarihten itibaren faiz yürütülmüştür. 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 14/3 maddesine göre "işçinin birinci bendin dördüncü fıkrası hükmünden faydalanması için aylık veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa müracaat etmiş olduğunu belgelemesi şarttır." Bu kural uyarınca emekliliğin belgelendiği tarih faiz başlangıç tarihi olarak esas alınmalıdır. Mahkemece emekliliğe hak kazandığına dair yazının işverene bildirilip bildirilmediği araştırılmadan işten ayrıldığı tarihten itibaren kıdem tazminatına faiz yürütülmesi hatalıdır.*" Y9HD, E. 2005/16298, K. 2005/39870, 19.12.2005. Aynı yönde, Y9HD, E. 2001/7033, K. 2001/9591, 05.06.2001; Y9HD, E. 2011/1070, K. 2013/9074, 18.03.2013, legalbank.net.

[4] "*Bu konuda Dairemizin yerleşik görüş ve uygulamasına göre; işçinin, iş sözleşmesini yaşlılık aylığı almak amacıyla feshinde, kıdem tazminatı hakkının dogması için fesih tarihinde yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarının gerçekleşmiş olması yeterlidir. Yasada ön görülen belgeleme koşulluna uyulmamış olması kıdem tazminatı hakkının doğmasını engellemez. Belgeleme koşuluna uyulmaması hali sadece kıdem tazminatının gecikme faizinin fesih tarihinden değil dava tarihinden başlatılması sonucunu meydana getirir. Başka bir anlatımla bu yön iş verenin kıdem tazminatı borcu bakımında hangi tarihte temerrüde düştüğünün tespitinde belirleyici olur.*" Y9HD, E. 2007/13208, K. 2008/4801, 13.03.2008. Aynı yönde Y22HD, E. 2014/24185, K. 2014/29566, 30.10.2014, legalbank.net.

*nin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalının çalıştığı işten ayrıldıktan (...) sonra yazılı istekte bulunmaları (...) şarttır.*" Buna göre, 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra ilk defa sigortalı olanlar açısından yaşlılık aylığından yararlanabilmek için işten ayrılma şartı bulunmaktadır.

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce sigortalı olanların tabi olduğu 506 sayılı Kanunun mülga 62. maddesinde de "*Sigortalı olarak* ***çalıştığı işten ayrıldıktan sonra*** *yazılı istekte bulunan ve yaşlılık aylığına hak kazanan sigortalıya bu isteğinden sonraki aybaşından başlanarak yaşlılık aylığı bağlanır."* hükmü yer almaktaydı. İş sözleşmesine bağlı olarak çalışan sigortalının Sosyal Sigortalar Kurumundan (SGK) yaşlılık aylığı talebinde bulunabilmesi için çalıştığı işten ayrılması şartını öngören bu kuralın çalışma hak ve özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek iptal davası açılmış ve Anayasa Mahkemesi 14.01.2021 tarihinde 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun mülga 62. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"... çalıştığı işten ayrıldıktan sonra..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir[5].

Anayasa Mahkemesi, bahsi geçen kural ile, sigortalıya yaşlılık aylığı bağlanması için SGK'ya yazılı başvurudan önce çalışılan işten ayrılma koşulunun öngörülmesi suretiyle sigortalılık statüsünde meydana gelen değişikliğin işyeri ile SGK kayıtlarına sağlıklı olarak işlenmesi ve böylece sosyal güvenlik sisteminin düzenli bir şekilde işleyişinin sağlanmasını amaçlandığını, bu yönden meşru bir amaca dayandığını tespit etmiştir. Bununla birlikte, *elverişlilik ve orantılılık ilkeleri açısından değerlendirildiğinde, kuralın yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla yaşlılık aylığı bağlanan sigortalıların yeniden çalışmaya başlamaları hâlinde aylıkları kesilirken 506 sayılı Kanun'un mülga 63. maddesinde 3279 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle yaşlılık aylığı alanlara talep etmeleri ve kendilerinden sosyal güvenlik destek primi kesilmesi şartıyla hem yaşlılık aylığı alma hem de aktif çalışmaya başlama imkanının getirildiğini, sigortalının çalıştığı işten ayrılmadan da pasif sigortalı statüsüne geçirilerek prim ödemelerinin buna göre düzenlenmesinin sosyal güvenlik sisteminin düzenli işleyişi üzerinde olumsuz bir etkisinin olmayacağını, mülga maddenin ilk hâlinde bulunmayan bu yeni imkan karşısında itiraz konusu kuralla kişinin yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunabilmesi için işten ayrılma şartının öngörülmesinin sosyal güvenlik sisteminin düzenli işleyişini sağlama bakımından elverişli bir sınırlama olduğundan*

[5] AYM, E. 2019/104, K. 2021/3, 14.01.2021, RG. 03.03.2021, 31412, resmigazete.gov.tr.

*bahsedilemeyeceğini ve yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunan sigortalının ya da SGK'nın tahsis talebinde bulunulduğunu işverene bildirmesi ve SGK ile işveren kayıtlarının buna göre düzenlenmesinin mümkün olduğunu, sigortalının yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunmadan önce çalıştığı işten fiilen ayrılmasını gerektirmeyecek daha hafif nitelikteki tedbirlerle de sosyal güvenlik sisteminin düzenli bir şekilde işleyişinin sağlanması amacına ulaşılabileceğini, bu sebeple de kuralla öngörülen sınırlamanın anılan amaca ulaşma bakımından gerekli olmadığını* belirterek kuralın iptaline karar vermiştir[6].

Bahsi geçen hükmün iptal edilmesiyle artık sosyal güvenlik destek primi ödeyerek işe devam etmek isteyen işçiye yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için işten ayrılma şartı aranmamalıdır[7]. Bununla birlikte, Sosyal Güvenlik Kurumu uygulamasında, iptal kararından sonra da işten ayrılma şartının arandığı görülmektedir. Kurum, 2021/5 sayılı Genelgesi ile, 506 s. Kanun'un mülga 62'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... çalıştığı işten ayrıldıktan sonra..." ibaresinin iptal edildiğini ancak aynı Kanunun "Yaşlılık Aylığından Yararlanma Şartları" başlıklı mülga 60. maddesinin (H) bendinde yer alan "Bu maddede belirtilen yaşlılık aylıklarından yararlanabilmek için sigortalının çalıştığı işten ayrılması ve yazılı istekte bulunması şarttır" hükmü ile ilgili herhangi bir iptal kararı verilmediğini ve ayrıca Anayasa Mahkemesince iptal edilen söz konusu ibarenin yer aldığı maddenin, 5510 sayılı Kanun'un 106. maddesi ile yürürlükten kalkması ve 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden sonra yaşlılık aylığı talebinde bulunan sigortalıların, anılan Kanun'un "Yaşlılık sigortasından sağlanan haklar ve yararlanma şartları" başlıklı 28'inci maddesinin dokuzuncu fıkrasına tabi olmaları nedeniyle bu kapsamdakilerin yaşlılık aylıklarından yararlanabilmeleri için çalıştıkları işten ayrıldıktan sonra yazılı istekte bulunma şartının arandığını belirtmiştir[8].

---

6 AYM kararının sonuçları hakkında bkz. ERTÜRK Şükran, "Anayasa Mahkemesi'nin Çalışan Sigortalının Yaşlılık Aylığı Bağlanması İçin İşten Ayrılmasını Gerektiren Kuralın İptaline Karar Vermesinin Bazı Sonuçları Hakkında", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 45, 2021, s. 32-44. AYM'nin yürürlükten kalkmış olan bir hükmü iptal edip edemeyeceği sorusunun da sorulabileceği hakkında bkz. TUNCAY Can / EKMEKÇİ Ömer, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 21. Bası. Beta, İstanbul 2021, s. 540.

7 TUNCAY / EKMEKÇİ, s. 540.

8 2021/5 sayılı Kurum Genelgesi ile 2018/38 sayılı Genelgeye eklenen 6.5.4. maddesi: "Anayasa Mahkemesinin 03.03.2021 tarihli ve 31412 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 14.01.2021 tarihli 2019/104 E., 2021/3 K. sayılı Kararı ile 506 sayılı Kanun'un 62'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... çalıştığı işten ayrıldıktan sonra..." ibaresinin iptal edilmesi nedeniyle, Kanun'un yürürlük tarihinden önce 4/1-(a) kapsamında yaşlılık aylığı bağlanan sigortalılardan

Tüm bu açıklamalar ışığında, uygulamada işçinin yaşlılık aylığı alabilmesi için işten ayrılma şartının arandığı söylenebilir. Konumuz bakımından bu şartın önemi, yaşlılık aylığını alabilmek için işten ayrılan ve işten ayrılma bildirgesi ile iş ilişkisinin sona erdiği Kuruma bildirilen işçinin aynı işveren yanında yeniden çalışmaya başlaması halinde ortaya çıkmaktadır. Yaşlılık aylığını almak ve çalışmaya da devam etmek isteyen işçi, iş sözleşmesini feshedecek ve sonrasında yeniden işe başlayacaktır. İşçinin işten çıkışı ve yeniden işe girişi Kuruma bildirilecektir. Oysa, AYM kararında da ifade edildiği gibi, hem yaşlılık aylığı alma hem de aktif çalışmaya başlama imkanının bulunduğu bir durumda, sigortalının çalıştığı işten ayrılmadan da pasif sigortalı statüsüne geçirilerek prim ödemelerinin buna göre düzenlenmesi mümkündür. Yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunan sigortalı ya da SGK tahsis talebinde bulunulduğunu işverene bildirebilir ve SGK ile işveren kayıtlarının buna göre düzenlenmesi sağlanabilir[9]. Bununla birlikte, yaşlılık aylığına hak kazanmış olmanın, kıdem tazminatına hak kazandıran bir fesih sebebi olarak düzenlenmiş olduğu ve çalışanların genellikle bu hakkı kullanarak kıdem tazminatını talep ettikleri dikkate alındığında, sistemde iş ilişkisinin yaşlılık aylığı almak üzere sonlandırıldığını ve akabinde çalışmaya devam edildiğini göstermek gerekecektir. Bu işten çıkış ve işe giriş işleminin, işten fiilen ayrılma şartı aranmaksızın, kıdem tazminatı ödemesine dayanak teşkil edecek şekilde gerçekleştirilebilmesi mümkün olmalıdır.

Her ne kadar yaşlılık sigortası sistemi, kişinin belli bir yaşa ulaşması ve diğer şartları yerine getirmesi ile birlikte aktif çalışma hayatından ayrılması ve yaşlılık aylığı ile geçimini sürdürmesi fikrine dayansa da, ülkemiz şartlarında işçilerin emeklilik sonrası çalışmaya devam etme ihtiyacının bir sonucu olarak ortaya çıkan sosyal güvenlik destek primi ile çalışma imkanı[10], işten ayrılma şartını, şeklen gerçekleştirilmesi gereken bir işlem haline ge-

tahsis talebinde bulundukları tarihte işten ayrılma koşulunun gerçekleşmediğinin sonradan tespit edilmesi halinde, söz konusu sigortalılar hakkında işlem yapılmayacak ve aylıkları ödenmeye devam edecektir. Ancak, Kanun'un yürürlük tarihinden sonra yaşlılık aylığı talebinde bulunan sigortalılar Kanun'un "Yaşlılık sigortasından sağlanan haklar ve yararlanma şartları" başlıklı 28'inci maddesinin dokuzuncu fıkrasına tabi olmaları nedeniyle, bu kapsamdakilerin yaşlılık aylıklarından yararlanabilmesi için çalıştığı işten ayrıldıktan sonra yazılı istekte bulunmaları şartı aranacağından, 6.5.3. maddesinde yer alan hüküm sadece Kanunun yürürlük tarihinden sonra aylık bağlanan sigortalılar için uygulanacaktır."

9 Kurulmuş olan iş sözleşmesine devam ederken, başka bir hak olan emekli olma veya yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunma hakkı ile birlikte kullanılabilmesinin önemli olduğu, bu açıdan AYM kararının bu yönüyle olumlu olduğu görüşü hakkında bkz. ERTÜRK, s. 36.

10 Bkz. aşağıda II, A. Yaşlılık Aylığı Almakta Olanların Çalışması.

tirmiştir[11]. İşten ayrılma şartı, konumuz bakımından, işçinin yaşlılık aylığı talebinde bulunmak için işten ayrıldığı ve sonrasında aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği durumda, kesintisiz ya da aralıklı çalışma nitelendirmesi ile kıdeme bağlı hakların tespit ve değerlendirilmesinde önem taşımaktadır. Bir sonraki başlık altında, yeniden çalışmaya başlayan işçinin sigortalılık durumuna ve yeni çalışma ilişkisine bağlı haklarına ilişkin açıklamalara yer verilirken bu husus da değerlendirilecektir.

## II. EMEKLİLİK SONRASI AYNI İŞVEREN NEZDİNDE ÇALIŞMA

İşçi yaşlılık aylığı almaya başladıktan sonra tekrar çalışabilir. Hatta günümüz ve ülkemiz koşullarında emeklilik sonrası çalışma sık görülen bir durumdur[12]. Emekli olan işçi, emekli olmadan önce çalıştığı işyerinde çalışmasını sürdürebileceği gibi, bir başka işveren yanında çalışmaya da başlayabilir. Bu makale kapsamında, kıdeme bağlı haklar bakımından emeklilik sonrası çalışma konusu incelendiği için, işçinin aynı işveren yanında yeniden çalışması üzerinde durulacaktır.

Konuya sosyal güvenlik hukuku açısından bakıldığında, emeklilik sonrası çalışmanın yaşlılık aylığına ve sigortalılık durumuna etkisi incelenmelidir. İş hukuku açısından ise, aynı işveren yanında çalışmaya devam edildiğinde ikinci çalışmanın nitelendirilmesi ve kıdeme bağlı haklar bakımından değerlendirilmesi önem taşımaktadır.

### A. Yaşlılık Aylığı Almakta Olanların Çalışması

İlk olarak 1986 yılında 3279 sayılı Kanun ile 506 sayılı Kanun'da yapılan bir değişiklik ile getirilen sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma

---

[11] Sosyal güvenlik destek primine tabi çalışmanın, yaşlılık sigortasından aylık bağlanması şartlarından olan işten ayrılma şartını anlamsız kılmadığı, sigortalının çalıştığı işten ayrılmak suretiyle emeklilik hakkını kullanacağı yönünde iradesini ortaya koymasının hakkın doğumuna hizmet ettiği görüşü için bkz. KABAKÇI Mahmut, "Yaşlılık Aylığı Bağlanması Koşulu Olarak İşten Ayrılma: Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı ve Sonuçları", **Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi**, S. 101, 2021, s. 36-46.

[12] CANİKLİOĞLU Nurşen, "5510 Sayılı Kanun ve İş Sözleşmesine Göre Çalışanların Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışmaları", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 10, 2008, s. 175; ORAL A. İlhan, "Emeklilerin Yeniden Çalışmaya Başlaması ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Üzerine Düşünceler", **Çalışma ve Toplum**, S. 4, 2008, s. 136-138; KESER Hakan, "İş Sözleşmesinin Emekliliğe Hak Kazanma Sebebiyle Feshinde İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 21, 2011, s. 43; AKI Erol, "İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Olarak Emeklilik", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, 2007, s. 4; YAMAKOĞLU, s. 158.

düzenlemesi, hem yaşlılık aylığını alma hem de sigortalı olarak çalışma imkanı sağlamıştır[13]. 5510 sayılı Kanun ile, ilk defa bu Kanuna göre sigortalı olanlardan m. 4/I-a ve m. 4/I-c bendine tabi sigortalılar için kaldırılan bu yöntem, geçici m. 14 uyarınca bu Kanundan önce sigortalı olanlar için uygulanmaya devam etmektedir.

5510 sayılı Kanun'un 30. maddesine göre, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa sigortalı olanlardan, yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra m. 4/I-b bendi hariç olmak üzere bu Kanuna göre veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında yeniden çalışmaya başlayanların yaşlılık aylıkları kesilir. Aynı düzenlemeye göre, yaşlılık aylığı kesilenlerden işten ayrılarak yeniden yaşlılık aylığı bağlanması için yazılı istekte bulunanlara ya da emekliye ayrılan veya sevk edilenlere yeniden hesaplanarak aylık bağlanır.

Görüldüğü üzere, 5510 sayılı Kanun, ilk başta m. 4/I-b bendine tabi sigortalılar ile diğer sigortalılar arasında bir ayrım yapmış, sadece m. 4/I-b bendine tabi olan sigortalılar için sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma imkanı tanımıştı. Doktrinde eleştirilen bu durum, 6663 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenmiş ve m. 4/I-b bendine tabi sigortalılara bu primi ödemelerine gerek olmaksızın faaliyetlerine devam etme imkanı getirilmiştir[14]. Diğer bir deyişle, m. 4/I-b bendine tabi sigortalılara isteklerine göre m. 6/n bendi veya m. 30/3 düzenlemesi uygulanacaktır (geç. m. 14/4). Buna göre, sosyal güvenlik destek primi ödemeksizin faaliyetini devam ettirmeyi seçen bağımsız çalışan, sigortalı olmayacaktır[15]. Böylece, değişiklikler sonrası güncel durumda, 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi sonrası çalışmaya başlayanlar için sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma imkanı kaldırılmıştır. Sigortalının aynı anda prim ödeyerek çalışması ve yaşlılık aylığını alması mümkün olmayacaktır.

5510 sayılı Kanun'un geçici 14. maddesi ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce sigortalı olanlar, aylık almakta olanlar ya da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler hakkında bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümlerin uygulanmasına devam edileceği belirtilmiştir. İş sözleşmesine göre çalışanların tabi olduğu 506 sayılı Kanun'un konuya ilişkin hükümleri, m. 3/II/C ve m. 63/B düzenlemeleridir.

---

13 GÜZEL Ali / OKUR Ali Rıza / CANİKLİOĞLU Nurşen, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 19. Bası. Beta, İstanbul, 2021, s. 630 vd.; CANİKLİOĞLU, s. 166 vd.

14 GÜZEL / OKUR / CANİKLİOĞLU, s. 631, TUNCAY / EKMEKÇİ, s. 556.

15 GÜZEL / OKUR / CANİKLİOĞLU, s. 636, TUNCAY / EKMEKÇİ, s. 556.

506 s. Kanun'un m. 3/II/C düzenlemesine göre, sosyal güvenlik kurumlarından malullük veya emekli aylığı almakta iken bu Kanuna tabi sigortalı bir işte çalışanların prime esas kazançları üzerinden sosyal güvenlik destek primi kesilir. Aynı Kanunun 63. maddesinde de, yaşlılık aylığı almakta iken, sigortalı olarak çalışmaya başlayanların yaşlılık aylıkları çalışmaya başladıkları tarihte kesileceği, yazılı talepte bulunmaları halinde ise yaşlılık aylıklarının ödenmesine devam olunacağı ancak prime esas kazançları üzerinden % 30 oranında sosyal güvenlik destek primi kesileceği belirtilmiştir. Sigortalı, sigortalı işe giriş bildirgesindeki sigortalının sosyal güvenlik bilgileri bölümünde yer alan "yaşlılık aylığı alıyorsa devam etmek istediği sigorta kolu" başlığı altındaki "sosyal güvenlik destek primi" veya "tüm sigorta kolları" seçeneklerinden birini tercih edecektir.

7438 sayılı Kanun[16] ile 5510 sayılı Kanun'a eklenen geçici 95. madde ile, bu madde kapsamında yaşlılık aylığı bağlananlardan yaşlılık aylığı talebi nedeniyle işten ayrılış bildirgesi verilenlerin işten ayrılış tarihini takip eden 30 gün içerisinde aynı işyerinde tekrar işe başlamaları halinde işverene sosyal güvenlik destek primi teşviki getirilmiştir[17]. Konuya ilişkin 2023/19 sayılı Genelgeye göre de, 5510 sayılı Kanun'un geçici 95. maddesinde yer alan beş puanlık indirimden yararlanılmak istenen sigortalıların işten ayrılış bildirgelerinin anılan maddenin yürürlük tarihi ve sonrasında "8-Emeklilik

---

16 RG, 03.03.2023, S. 32121, resmigazete.gov.tr.

17 "GEÇİCİ MADDE 95- Bu maddenin yürürlük tarihinden sonra aylık bağlanması için talepte bulunanlardan 506 sayılı Kanunun geçici 81'inci maddesinin birinci fıkrasının (B) bendi, 1479 sayılı Kanunun geçici 10'uncu maddesinin ikinci fıkrası, 2925 sayılı Kanunun geçici 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (B) bendi ve 5434 sayılı Kanunun geçici 205'inci maddesi hükümlerine göre yaşlılık veya emekli aylığı bağlanacak olanlar, söz konusu hükümlerde yaş dışındaki diğer şartları taşımaları halinde yaşlılık veya emekli aylığından yararlanırlar. Bu fıkra esas alınarak geriye dönük herhangi bir ödeme yapılmaz ve geriye dönük hak talep edilemez.

*Birinci fıkra kapsamında yaşlılık veya emekli aylığı talebinde bulunarak ilk defa yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlardan, yaşlılık veya emekli aylığı talebi nedeniyle işten ayrılış bildirgesi verilenlerin işten ayrılış tarihini takip eden 30 gün içerisinde en son çalışılan özel sektör işyerinde sosyal güvenlik destek primine tabi çalışmaya başlamaları halinde, sosyal güvenlik destek primine tabi çalışılmaya başlandığı tarihten itibaren bu Kanunun geçici 14 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sosyal güvenlik destek primi işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutar Hazinece karşılanır.* Sosyal güvenlik destek primi işveren hissesi indiriminden yararlanılan sigortalının işten ayrılması halinde, söz konusu sigortalıdan dolayı bu indirimden tekrar yararlanılamaz. Bu fıkrada yer alan indirimden, bu Kanunun 81'inci maddesinin birinci fıkrasının (ı) bendinde yer alan diğer şartlar sağlanmak kaydıyla yararlanılır. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık ile Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından müştereken belirlenir."

(Yaşlılık) veya Toptan Ödeme" işten çıkış kodundan düzenlenerek Kuruma gönderilmesi gerekmektedir.

### B. Kıdem Süresi ve Kıdem Tazminatı

İşçinin emeklilik nedeniyle işten ayrılması halinde, sözleşme ilişkisi fesihle sona ermekte ve işçi kıdem tazminatı almaya hak kazanmaktadır. İşçinin emekli olduktan sonra aynı işveren yanında tekrar çalışmaya başlaması halinde, bu yeni çalışma dönemine ilişkin kıdem süresinin ve kıdeme bağlı hakların hesaplanmasında emeklilik öncesi dönemin dikkate alınıp alınmayacağı sorusu cevaplanmalıdır.

İşçinin emeklilik nedeniyle iş sözleşmesini feshettiği ancak hemen sonrasında aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği durumda, diğer deyişle işten çıkış ve hemen ardından yeniden işe giriş yapıldığı ihtimalde aralıklı çalışmadan söz etmek mümkün müdür? Yaşlılık aylığı almak için işten ayrılma şartının arandığı bir düzende, işçinin aslında çalışmaya devam edecek iken sadece yaşlılık aylığı başvurusu için yaptığı şeklen fesih işlemine nasıl bir sonuç bağlanmalıdır?

İşçinin kıdem süresi, fiilen çalışmaya başladığı tarih ile iş sözleşmesinin sona erdiği tarih arasında geçen süredir. Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, iş güvencesi kapsamını belirleyen çalışma süresi, yıllık izin hakkı gibi kıdeme bağlı haklar, kıdem süresinin tespitini gerektirmektedir ve bu haklar açısından dikkate alınacak kıdem süresi kural olarak aynı esaslara göre hesaplanmalıdır[18]. İşçinin aynı işveren nezdinde geçirilmiş birden fazla çalışma dönemi olduğunda, bu kıdem sürelerinin nasıl dikkate alınacağı ve kıdeme bağlı hakların nasıl hesaplanacağı sorusu ile karşılaşılmaktadır.

Aynı işveren yanında farklı dönemlerde yapılan çalışmalar, aralıklı (fasılalı) çalışma olarak tanımlanmaktadır. Aralıklı çalışmadan bahsedebilmek için, iş sözleşmesinin sona ermiş olması ve bir süre sonra işçi ile aynı işveren arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulmuş olması gerekir[19]. Bu durumda, temel soru, işçinin aynı işveren yanında çalıştığı bu aralıklı sürelerin ayrı ayrı mı yoksa bir bütün olarak mı değerlendirileceği sorusudur. Yürürlükte

---

[18] YILDIZ Gaye Burcu, "İşçinin Aynı İşveren Nezdinde Fasılalı Çalışması Durumunda İş Güvencesinden Yararlanması İçin Gereken Altı Aylık Kıdem Süresinin Hesaplanması", **İÜHFM**, LXXII-2, 2014, s. 490.

[19] ARSLAN DURMUŞ Seda, **İş Hukukunda Kıdem Kavramı**, Onikilevha, İstanbul, 2021, s. 321-322. Arada geçen sürenin uzunluğunun birleştirmeye etkisi konusunda bkz. s. 345.

bırakılan eski İşK m. 14/2'ye göre, "*İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır.*" Bununla birlikte, doktrinde ve Yargıtay uygulamasında, aynı işverene bağlı olarak geçirilen aralıklı çalışma sürelerinin nasıl hesaplanacağı konusunda, önceki çalışma dönemine ait kıdem tazminatının ödenip ödenmediğine göre farklılaşan görüşler vardır.

### 1. Önceki Çalışma Sonunda Kıdem Tazminatının Ödenmiş Olması

İşçinin kıdem tazminatı alarak işyerinden ayrılması ve tekrar aynı işverene ait aynı işyerinde veya farklı işyerinde çalışmaya başlaması halinde, önceki ve sonraki çalışma sürelerinin nasıl dikkate alınacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Kanun bu konuda bir ayrım gözetmemekte ve aralıklı çalışmalarda tüm sürelerin birleştirilerek dikkate alınacağını belirtmektedir.

Bir görüşe göre, ilk çalışma dönemi sonunda kıdem tazminatını alan işçiye sonraki çalışma dönemi için kıdem tazminatı hesaplanırken tüm çalışma süreleri dikkate alınıp son ücret üzerinden hesaplama yapılmalı ve bulunan tutardan daha önce ödenen miktar düşülmelidir[20].

Diğer bir görüşe göre ise, işçinin ilk çalışma ilişkisi sona ererken kıdem tazminatını almış olması durumunda, eski çalışma süresi ikinci çalışma süresine ait kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz[21]. Yargıtay da, eski İşK m. 14'te yer alan "*Aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı ... ödenmez.*" hükmüne dayanarak kararlarında bu görüşü dile getirmektedir[22]. Ancak, uygulamada bazen görülebildiği gibi ileride kıdeme bağlı haklardan daha az etkilenmek için kıdemi bölme amacıyla veya başka birta-

---

[20] EKONOMİ Münir, **İş Hukuku, C. 1 Ferdi İş Hukuku**, İstanbul 1987, s. 245; NARMANLIOĞLU Ünal, **İş Hukuku - 1: Ferdi İş İlişkileri**, 5. Bası, Beta, İstanbul, 2014, s. 545; SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, 21. Bası, Beta, İstanbul, 2021, s. 778.

[21] ÇELİK Nuri / CANİKLİOĞLU Nurşen / CANBOLAT Talat / ÖZKARACA Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, 36. Bası, Beta, İstanbul, 2023, s. 727; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi / ASTARLI Muhittin / BAYSAL Ulaş, **İş Hukuku**, 7. Bası, Ankara 2022, s. 1213; TUNÇOMAĞ Kenan / CENTEL Tankut, **İş Hukukunun Esasları**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2016, s. 241; AKYİĞİT Ercan, **Bireysel İş Hukuku: Ders Kitabı**, 2. Bası, Seçkin, İstanbul, 2021, s. 363; SÜMER Haluk Hadi, **İş Hukuku**, 26. Bası, Seçkin, İstanbul, 2022, s. 130; ÇİL Şahin, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları**, 8. Bası, Yetkin, Ankara, 2021, s. 1403-1404.

[22] Y22HD, E. 2017/5621, K. 2017/3914, 27.02.2017; Y9HD, E. 2014/30839, K. 2016/3851, 24.02.2016; Y9HD, E. 2006/8366, K. 2006/31404, 29.11.2006; Y9HD, E. 2003/16899, K. 2003/23630, 30.12.2003; legalbank.net.

kım sebeplerle şeklen fesih işlemi gerçekleştirip tekrar işe giriş yapılması söz konusu ise yani görünüşteki feshe rağmen aralıksız çalışma varsa veya eksik ödeme söz konusu ise, Yargıtay tarafından tüm süre ve son ücret üzerinden hesaplama yapılıp önceden ödenen tutarın mahsup edilmesi yoluna gidilmektedir[23].

Konumuz bakımından, işçinin emeklilik nedeniyle iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatını aldığı ve sonrasında aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği durumda, Yargıtay'ın 2016 yılında verdiği bir kararda, işçiye önceki dönem için kıdem tazminatının ödenmiş olması halinde emeklilik öncesi ve sonrası hizmet sürelerinin birleştirilmesinin mümkün olmadığını belirttikten sonra, emeklilik sonrası çalışmaya ara verilip verilmediği hususunun araştırılması gerektiğini ifade ettiği görülmektedir: "*Davacının emeklilik sonrası çalışmaya ara verdiğinin sonra tekrar davalı nezdinde çalıştığının tespiti halinde Mahkeme tarafından yapılacak iş; emeklilik tarihine kadar geçen hizmet dönemi için ödenmesi gereken kıdem tazminatı hesaplanarak yapılan ödeme düşülerek varsa bakiye kıdem tazminatını hüküm altına almak, emeklilik sonrası hizmet süresi için ise kıdem tazminatını ayrıca hesaplayarak hüküm altına almaktır. (...) Davacının emeklilik sonrası çalışmaya ara vermeksizin çalışmaya devam ettiğinin anlaşılması halinde ise Mahkeme tarafından yapılacak iş; emeklilik öncesi ve sonrası hizmet süresini bir bütün kabul ederek tüm bu hizmet süresi üzerinden kıdem tazminatı hesaplanarak, ibranameye konu ödemenin makbuz hükmünde sayılarak mahsubundan sonra varsa bakiye kıdem tazminatını hüküm altına almaktır.*"[24]

Yargıtay, 2022 yılında verdiği bir kararda da, ilk çalışma döneminin kıdem tazminatı tam olarak ödenerek tasfiye edilmiş olması halinde emeklilik sonrası ikinci çalışmanın ayrı bir çalışma dönemi olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir[25]. Yargıtay'ın 2022 yılında aynı yönde verdiği diğer

---

[23] Y22HD, E. 2017/14043, K. 2018/15841, 26.06.2018; Y9HD, E. 1997/21360, K. 1998/2348, 23.02.1998; legalbank.net.

[24] Y9HD, E. 2015/27792, K. 2016/21433, 01.12.2016, legalbank.net.

[25] "Somut olayda; davacının, davalı işyerinde 17.03.1986-16.02.2012 ve 09.04.2012-26.10.2018 tarihleri arasında iki dönem halinde çalıştığı, ilk dönem çalışmasının 16.02.2012 tarihinde emeklilik nedeni ile sonlandığı ve davacıya kıdem tazminatının ödendiği anlaşılmaktadır.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda ilk dönem çalışmasının tasfiye olarak kabul edilip edilmemesi takdirine göre seçenekli olarak hesaplama yapılmış, Mahkemece ilk dönem çalışmasının tasfiye edilmediğinin kabulü ile ödenen kıdem tazminatı tutarının mahsup edildiği hesaplamaya göre tüm dönem üzerinden kıdem tazminatı alacağı hüküm altına alınmıştır.

bir karara[26] konu olan olayda, ilk çalışma döneminin sona ermesinin ardından hemen ertesi gün ikinci çalışma dönemi başlamıştır: "*Somut olayda; davacının, davalı işyerinde 12.05.2007-31.12.2012 ve 01.01.2013-24.08.2014 tarihleri arasında iki dönem halinde çalıştığı, ilk dönem çalışmasının 31.12.2012 tarihinde emeklilik nedeni ile sonlandığı ve davacıya kıdem tazminatının ödendiği anlaşılmaktadır. (...) Davacının ilk dönem çalışması bakımından, 31.12.2012 tarihinde emeklilik nedeniyle işten ayrıldığı ve davacıya kıdem tazminatının ödendiği anlaşılmaktadır. Buna göre davacının ilk dönem çalışmasının kıdem tazminatı ödenerek tasfiye edildiğinin kabulüyle sonuca gidilmesi gerekir (...).*"

2021 yılında, emeklilik sonrası yine ara verilmeksizin çalışmaya devam edildiği bir başka olayda ise, Yargıtay'ın aksi yönde görüş bildirdiği görülmektedir[27]: "*Somut uyuşmazlıkta; 01/01/1995-03/02/2015 tarihleri arasında davalı işyerinde depo sorumlusu olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin 06/12/2013 tarihinde emeklilik sureti ile sona erdiği ancak davacı işçinin çalışmaya devam ettiği ve dosya kapsamına göre 03/02/2015 tarihine kadar çalıştığı, bu tarihte kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanacak şekilde iş sözleşmesinin sona erdiği anlaşılmaktadır. Mahkemece, davacının tüm çalışma süresine göre hesaplanan kıdem ve ihbar tazminatı alacakları hüküm altına alınmıştır. Kıdem tazminatının hesabı bakımından, mülga 1475 sayılı İş Kanunu 14/2 maddesi uyarınca her iki çalışma dönemi birleştirilmek sureti ile hesaplamaya gidilmesi ve emeklilik sebebi ile kısmi olarak ödenen, kıdem tazminatının mahsubu isabetli(dir).*"

Konumuz bakımından, yaşlılık aylığı almak için işten ayrılma şartının arandığı bir düzende, işçinin aslında çalışmaya devam edecek iken sadece yaşlılık aylığı başvurusu için yaptığı şeklen fesih işlemine nasıl bir sonuç

---

Davacı, 16.02.2012 tarihinde emekli olmuş, emeklilik nedeniyle kendisine 30.225,55 TL kıdem tazminatı ödenmiştir. Davacının bu tarih itibariyle kıdem tazminatının eksik ödendiğine ilişkin iddiası bulunmamaktadır. Davacı işçi emeklilik sonrasında davalı işyerinde yeniden işe başlamış ve fesih tarihi olan 26.10.2018 tarihine kadar çalışmıştır. *Emeklilik sonrasında ödenen kıdem tazminatının eksik ödendiği iddiası bulunmadığına göre emeklilik öncesi dönem tasfiye edilmiştir. Emeklilik sonrası dönemin ise önceki dönemden bağımsız olarak değerlendirilmesi gereken yeni bir çalışma dönemidir. Buna göre, kıdem tazminatı hesabı bakımından sadece ikinci dönem çalışması esas alınarak sonuca gidilmesi gerekirken* tüm dönem üzerinden değerlendirme yapılıp emeklilikte ödenen miktarın faizi ile birlikte mahsubu ile yetinilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Y9HD, E. 2022/4218, K. 2022/5075, 21.04.2022, legalbank.net.

[26] Y9HD, E. 2021/13384, K. 2022/2237, 23.02.2022, legalbank.net.

[27] Y9HD, E. 2020/1580, K. 2021/5099, 25.02.2021, legalbank.net.

bağlanmalıdır? Bu durumda, uygulamada çıktı-girdi işlemi olarak ifade edilen ve işverenin o ana kadarki çalışma dönemini tasfiye edip ileride doğabilecek kıdem tazminatı borcunu azaltmak amacıyla yaptığı şeklen fesih ile yaşlılık aylığı almak için kanunda aranan şartı yerine getirmek üzere iş sözleşmesini emeklilik nedeniyle sona erdirip ara vermeksizin aynı işte çalışmaya devam eden işçinin şeklen feshine aynı sonucu bağlamak kanımızca isabetli değildir. Burada işçi hem kanundan doğan hakkını talep etmekte hem de yine kanuni düzenlemelerin izin verdiği üzere yaşlılık aylığı alırken çalışmaya devam etmek istemektedir. Bu şekilde, emeklilik nedeniyle iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatını talep eden işçinin, aynı işverene bağlı olarak çalışmaya devam etmesi halinde, ikinci çalışma döneminin ayrı değerlendirilmesi ve bu çalışmanın da kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermesi halinde ikinci dönem çalışma süresine ait tazminatın hesaplanarak ödenmesi uygun olacaktır.

Yargıtay, emeklilik nedeniyle kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde fesih hakkının bir defa kullanılabileceğini kabul ettiği için, bu nedenle iş sözleşmesini fesheden ve aynı işveren yanında yeniden çalışmaya başlayan işçinin ikinci çalışma dönemini de emeklilik gerekçesiyle feshetmesi halinde kıdem tazminatı talebini reddetmektedir[28]. Gerçekten, işçinin haklı bir fesih nedeni olmaksızın kendi isteğiyle işten ayrılması halinde kural olarak kıdem tazminatına hak kazanamadığı ancak çalışma hayatından ayrılıp emekliliğe geçişinin özel olarak kıdem tazminatına hak kazandıran bir fesih nedeni olarak düzenlendiği sistemde, bu hakkını bir kez kullanıp aynı işveren nezdinde çalışmaya devam eden işçi artık yaşlılık aylığını almaktadır ve ikinci çalışma dönemi sonunda kıdem tazminatı için yeniden emeklilik gerekçesine dayanamamalıdır.

[28] "Davacının, davalı nezdindeki çalışması iki dönem halinde gerçekleşmiş olup; 11.03.1999-01.08.2010 tarihleri arasındaki birinci dönem çalışması, 30.06.2010 tarihli dilekçesi üzerine emeklilik nedeni ile son bulmuş ve kıdem tazminatı ödemesi yapılmıştır. Her ne kadar davacı 01.08.2010-14.02.2014 tarihleri arasındaki ikinci dönem çalışmasını da SGK'dan aldığı yazıyı da eklemek sureti ile emeklilik nedeni ile sona erdiğini bildirmiş ise de, emeklilik sebebi ile fesih hakkı bir defa kullanılabilir, emekliliğe dayalı fesih sonrasında yeniden emeklilik nedeni ile fesih yapılamaz, dolayısı ile davacının sadece ilk dönem çalışması için varsa fark kıdem tazminatı alacağının hesaplanıp hüküm altına alınması gerekirken (2. dönem çalışmasının kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanmayacak şekilde sona erdiği anlaşılmakla), hizmet süresinin kesintisiz olduğunun kabulü ile kıdem ve ihbar tazminatlarının hüküm altına alınması hatalıdır." Y9HD, E. 2018/2255, K. 2018/8952, 17.04.2018, legalbank.net.

### 2. Önceki Çalışma Nedeniyle Kıdem Tazminatı Ödenmemiş Olması

İşçinin önceki çalışması için hak ettiği halde kıdem tazminatı alamadığı hallerde, önceki ve sonraki süreleri birleştirilerek kıdem hesabı yapılması ve bu şekilde hesaplanan tüm kıdem süresinin kıdem tazminatının hesabında dikkate alınması gerekmektedir. Yargıtay da bu durumda önceki ve sonraki çalışma sürelerinin birleştirilmesi ve son ücret üzerinden kıdem tazminatının hesaplanması gerektiği görüşündedir[29].

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 05.10.2020 tarihli ilke kararına[30] göre, "*aralıklı çalışmalarda ilk dönem için tam olarak kıdem tazminatı ödemesi yapılmışsa önceki dönemin tasfiye edildiği ve aynı dönem için iki kez kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden ikinci dönem çalışmasında tasfiye edilen sürenin dikkate alınamayacağı kabul edilmiştir. Önceki dönem için fesih tarihindeki ücret ve ekleriyle birlikte yapılan hesaba göre kıdem tazminatı hiç ödenmemiş veya eksik ödenmişse, çalışma döneminin tasfiyesinden söz edilemez. İşçinin zamanaşımı defi süresi içinde yeniden işe girerek aynı işveren nezdinde işe başlaması ve kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde iş ilişkisinin sonlanması halinde, 1475 sayılı Kanun'un 14/2 maddesi hükmü gereği her iki dönem birleştirilerek ve son dönem ücretiyle hesaplamaya gidilir. Daha önce ödenen kıdem tazminatı yasal faiziyle birlikte mahsup edilir.*" Zamanaşımı definin ileri sürülmesi halinde ise, önceki çalışma dönemi sonrası ara verilen süre zamanaşımı süresini aşmışsa, önceki çalışma için kıdem tazminatı hesaplanamayacağı kabul edilmektedir[31].

İşçinin ilk dönem çalışmasının sonunda hak etmiş olduğu kıdem tazminatını almadığı, ikinci dönem çalışmasının ise kıdem tazminatına hak kazandırmayan şekilde sona erdiği ihtimalde ise, ikinci döneme ilişkin kıdem tazminatı talebi reddedilirken ilk dönem çalışması için kıdem tazminatı alacağı hesaplanmaktadır[32].

---

[29] Örnek olarak bkz. Y9HD, E. 2014/30839, K. 2016/3851, 24.02.2016; Y22HD, E. 2017/5621, K. 2017/3914, 27.02.2017; YHGK, E. 2015/726, K. 2017/24, 18.01.2017; legalbank.net.

[30] ÇİL, s. 1404-1405.

[31] "Zamanaşımı definin ileri sürülmesi halinde, önceki çalışma sonrasında ara verilen dönem on yılı aşmışsa önceki hizmet bakımından kıdem tazminatı hesaplanması mümkün olmaz." Y9HD, E. 2014/30839, K. 2016/3851, 24.02.2016. Aynı yönde Y22HD, E. 2017/5621, K. 2017/3914, 27.02.2017; YHGK, E. 2015/726, K. 2017/24, 18.01.2017, legalbank.net.

[32] MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 1215; "Davacının zam isteğinin işverence kabul edilmemesi üzerine iş aktinin davacı işçi tarafından feshedilmesi karşısında davacının ihbar tazminatı ile son çalışma dönemine ait kıdem tazminat istekleri yerinde değil ise de; davacının 16.9.1995-9.11.1998 tarihleri arasındaki hizmeti 9.11.1998 tarihinde emeklilik

Yargıtay uygulamasına göre, konumuz bakımından, işçinin emeklilik nedeniyle iş sözleşmesini feshedip kıdem tazminatını almadığı veya eksik aldığı ve aynı işveren yanında yeniden çalışmaya başladığı durumda, ikinci dönem çalışması da kıdem tazminatına hak kazandıran bir şekilde sona erer-se, iki dönem süresi birleştirilecek ve son ücret üzerinden hesaplama yapılacak, varsa daha önce ödenen kıdem tazminatı da yasal faiziyle birlikte mahsup edilecektir.

### C. Bildirim Sürelerinin Hesabı

Süreli fesihte uyulması gereken bildirim süreleri, İşK m. 17'de işçinin feshedilecek iş sözleşmesine dayanarak geçirdiği çalışma sürelerine göre belirlenmiştir. Emeklilik sonrası çalışma döneminin sonunda, iş sözleşmesinin süreli feshi söz konusu olursa, bildirim sürelerinin hesabında önceki çalışma döneminin dikkate alınıp alınmayacağı sorulabilir. Kanunda, aynı işveren yanında geçirilen çalışma sürelerinin, bildirim sürelerinin hesabında birleştirileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yargıtay da, kıdem süresi ve kıdem tazminatının hesaplanması konusundaki görüşüne paralel olarak, ihbar tazminatı (tazminata esas bildirim süreleri) hesabı hususunda emeklilik öncesi ve sonrası çalışma sürelerinin birleştirilmeyeceği görüşündedir: "*Davacının 31.3.2006 tarihinde emekli olduğu ve yasal kıdem tazminatının ödendiği hususu tartışma dışıdır. İşçinin işyerinde emeklilik sonrası çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Böyle olunca işçinin hizmetlerinin ihbar tazminatı hesabı noktasında birleştirilmesi doğru olmaz.*"[33] Yargıtay'ın yukarıda yer verdiğimiz, emeklilik sonrası çalışmanın kıdem tazminatı hesaplamasında dikkate alınacağı yönündeki 2021 yılı kararında da, ihbar tazminatına ilişkin hesaplamada emeklilik öncesi dönemin dikkate alınmasını isabetli bulmadığı görülmektedir[34].

---

nedeniyle sona erdiğine göre bu ilk dönem için davacı kıdem tazminatına hak kazanır. Bu nedenle mahkemece yapılacak iş, davacının bu dönem kıdem tazminatı emeklilik tarihindeki ücret üzerinden hesaplanmalı bu konuda bilirkişiden ek rapor alınarak oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar vermekten ibaret olmalıdır." Y9HD, E. 2004/5591, K. 2004/21075, 30.09.2004, legalbank.net.

[33] Y9HD, E. 2007/36441, K. 2009/2758, 17.02.2009, legalbank.net.

[34] "İhbar tazminatına ilişkin hesaplamada; emeklilik öncesi dönemin dikkate alınması yerinde değildir. İş sözleşmesinin işçinin iradesi ile gerçekleşen emeklilik sureti ile sona erdiği hallerde, işçinin ihbar tazminatı talep hakkı olmadığından; bu tazminatın, 07/12/2013-03/02/2015 tarihleri arasındaki emeklilik sonrası çalışılan süre dikkate alınarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca 4 haftalık bildirim süresi karşılığı hesaplanması gerekmektedir. Belirtilen husus gözetilmeden emeklilik öncesi çalışma süresi de eklenerek 8 haftalık bildirim süresi

## D. Yıllık İzin Hakkı

İş Kanunu'nun 53. maddesinde, işyerinde işe başladığı tarihten itibaren en az bir yıl çalışmış olan işçinin yıllık izne hak kazanacağı ve 54. maddesinde, yıllık izne hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçinin aynı işveren yanında çalıştığı sürelerin birleştirilerek dikkate alınacağı belirtilmiştir. Buna göre, işçinin aynı işverenin işyeri/işyerlerindeki aralıklı çalışmaları birleştirilecektir. Diğer deyişle, bir işverene bağlı olarak çalışıp ayrılan ve daha sonra aynı işveren yanında yeniden çalışmaya başlayan işçinin ikinci çalışma döneminde hak ettiği yıllık izin süresi, toplam çalışma süresi dikkate alınarak hesaplanacaktır. Aralıklı çalışmaların kaç dönem olduğu da önemli olmaksızın tüm süreler toplanacaktır[35]. Yargıtay da, konuya ilişkin bir kararında, davacının 3 çalışma döneminin sürelerinin toplanarak yıllık izin ücreti bakımından toplam hizmet süresinin bulunması gerektiğini belirtmiş ve bilirkişi raporunda her çalışma döneminin kapsadığı yıl sayısına göre izin ücreti hesaplanmasını ve önceki hizmet sürelerinin sıfırlandığının varsayılmasını hatalı bulmuştur[36].

Aynı kararda, "*Davacının 3 dönem halinde davalı işverenlik nezdinde çalıştığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Çalışma dönemleri arasında davalı nezdinde çalışmadığı dönemler -her kesinti dönemi bakımından- 5 yıldan kısadır. En son dönemde iş aktinin son bulma tarihi 2012 yılı olup dava 2013 yılında açılmış ve ıslah 2014 yılında yapılmıştır. Bu nedenle, her ne kadar davalı vekili davaya ve ıslaha karşı süresinde zamanaşımı savunması yapmış ise de yıllık izin bakımından davaya karşı veya ıslaha karşı zamanaşımı hiçbir çalışma dönemi için gerçekleşmemiştir.*" ifadeleri yer almaktadır. Bu ifadelerden önceki çalışma ile sonraki çalışma arasında zamanaşımı süresinin geçmemiş olmasının arandığı gibi bir anlam çıkmaktadır. Oysa zamanaşımı definin ileri sürüldüğü başka bir olayda, Yargıtay, yıllık izin hakkının bir dinlenme hakkı olduğunu vurgulayarak, aralıklı çalışmalarda önceki dönemin zamanaşımına uğramayacağını ifade etmiştir[37]. Doktrinde de, çalışma süresinin zamanaşımına uğraması-

karşılığı hesaplanan miktarın hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Y9HD, E. 2020/1580, K. 2021/5099, 25.02.2021, legalbank.net.

35 ÖZKARACA Ercüment, "Aynı İşveren Yanındaki Aralıklı Çalışmalarda Yıllık Ücretli İzin Hakkı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 39, 2018, s. 94-95.

36 Y9HD, E. 2015/8588, K. 2016/20520, 21.11.2016, legalbank.net.

37 "**Yıllık izin, özde bir dinlenme hakkı olup, aralıklı çalışmalarda önceki dönem zamanaşımına uğramaz.**

Somut olayda, davacının davalıya ait işyerinde, 07.02.1998-01.03.2001 ve 01.06.2001-07.01.2012 tarihleri arasında olmak üzere, aralıklı iki dönem halinde çalışması bulunmaktadır. Mahkemece, zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle, kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti ala-

nın zaten söz konusu olmayacağı belirtilmektedir[38]. Zira burada önceki döneme ait bir alacak hakkının talep edilebilirliği değil, kanun hükmü gereği birleştirilen çalışma süreleri söz konusudur.

Aralıklı çalışmada önceki dönem çalışmasının sona erme nedeninin yıllık izin hakkı bakımından kıdem süresinin birleştirilmesinde bir önemi bulunmamaktadır. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir[39]. Önceki iş sözleşmesinin fesih sebebinden bağımsız olarak, aynı işveren yanındaki aralıklı çalışmalar birleştirilecektir.

Önceki çalışma dönemine ait sürelerin iş sözleşmesi sona ererken tasfiye edilmiş yani alacakların ödenmiş olması halinde, bu sürenin yıllık izin süresinin hesabında dikkate alınıp alınmayacağı hususunda ise Yargıtay'ın farklı yönde kararları vardır. Yargıtay, eski tarihli kararlarında, ihbar ve kıdem tazminatları ile yıllık izin ücreti alacağı ödenerek tasfiye edilmiş olan geçmiş dönem çalışmasına ait sürelerin sonraki çalışma ilişkisinde dikkate alınmayacağını ifade etmiştir[40]. Konumuzla ilgili bir kararında, emekli olup

---

cakları bakımından ilk çalışma dönemi hesaptan dışlanmıştır. Ne var ki, davalı taraf, 07.02.1998-01.03.2001 tarihleri arasında geçen ilk çalışma dönemine ilişkin olarak, işçiye kıdem tazminatı ödemesi yapıldığını ya da dönemin kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek bir sebeple sona erdiğini, yıllık izin sürelerinin kullandırıldığını ya da karşılığının ödendiğini ispatlayamamıştır. Bu halde, yukarıdaki paragraflarda yapılan açıklamalar ışığında, kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti alacakları bakımından, **zamanaşımı savunmasından etkilenmeyen ilk çalışma döneminin de hesaba dahil edilmesi gerekirken,** yazılı gerekçeyle anılan dönemin hesaptan dışlanması hatalı olmuştur." Y22HD, E. 2014/35016, K. 2016/6012, 01.03.2016, legalbank.net.

38 AKYİĞİT Ercan, **1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Yıllık Ücretli İzin**, Ankara, 2002, s. 221; ÖZTÜRK Mehmet Onat, "Kullandırılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı Sebebiyle İş Kanunu Çerçevesinde Yapılan Ödemeler", **Çalışma ve Toplum**, S. 35, 2012, s. 84; ÖZKARACA, Aralıklı Çalışma, s. 95.

39 "Aralıklı çalışmalarda önceki fesih sebebi feshe bağlı alacaklar bakımından etkili ise de hizmet süresi hesabının her iki çalışmanın birleştirilerek yapılması kıdemin ve yıllık iznin buna göre hesaplanması gerekirken, ikinci dönem çalışmasının başlangıcı dikkate alınarak son yıllık izin ücretini kazanmadığının kabulü hatalıdır." Y9HD, E. 2015/29716, K. 2019/1297, 16.01.2019, legalbank.net.

40 "Davacı işçi 1986-1990 yılları arasında aynı işverenin değişik bir işyerinde çalışmış ve iş sözleşmesinin işverence feshi üzerine ihbar ve kıdem tazminatları ödenmiş, işçinin imzasını taşıyan ibranamede, yıllık izinlerin de ödendiği belirtilmiştir. Anılan ibraname ile işveren ibra edilmiş, bir başka anlatımla 1986-1990 yılları arasında kalan çalışmalar, işçilik hakları ödenmek suretiyle tamamen tasfiye edilmiştir. İşçinin 1992 yılında yeniden aynı işverene ait işyerinde çalışmaya başlaması yeni bir hizmet akdi niteliğindedir. İşçilik hakları hesabında tasfiye edilen çalışmaların, bu yeni hizmet akdi çerçevesinde yeniden değerlendirmeye alınması doğru olmaz. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 54. maddesi hükmünün, işçinin önceki dönem çalışmalarının tasfiye edilmediği hizmet süreleri bakımından bir anlamı bulunmaktadır." Y9HD, E. 2006/12556, K. 2007/1252, 30.01.2007, legalbank.net.

kıdem tazminatını aldıktan sonra aynı işyerinde çalışmaya devam eden işçinin emeklilik sonrası yeni bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştığını ve emeklilikten sonraki çalışma süresi bir yıldan az olduğu için yıllık izne hak kazanmadığını belirtmiştir[41].

Yargıtay daha sonraki kararlarında ise, önceki çalışma dönemi için kıdem tazminatı ödenmiş olmasının sürelerin birleştirilmesine engel olmayacağını, ancak önceki döneme ait izin süreleri kullandırılmış veya iş ilişkisinin bitiminde izin sürelerine ait ücretler eksiksiz ödenmişse, izin süresi hesabında önceki çalışma döneminin hesaba katılmayacağını ifade etmiştir[42]. Önceki çalışma dönemi sonunda, o döneme ait kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretin tamamının ödenmesi halinde yıllık izin hakkı bakımından da bir tasfiyeden söz edilmesi gerektiği, izin ücreti ödenen sürelerin dinlenme hakkı olarak geri gelmeyeceği belirtilmektedir[43]. Önceki çalışma dönemine ait yıllık izinlerin kullandırılmış olması veya çalışma sonunda kullanılmayan izin sürelerinin ücretinin ödenmiş olması halinde sürelerin birleştirilmemesi yönündeki bu uygulama doktrinde eleştirilmektedir[44].

---

41 "Emekli olup, kıdem tazminatı aldıktan sonra işyerinde çalışmasını sürdüren işçinin işyerinden ikinci ayrılışında kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin hesabında kıdem tazminatını aldığı önceki süreleri dikkate alınmaz." Y9HD, E. 1990/451, K. 1991/8352, 13.05.1991, kazanci.com.tr.

42 "4857 sayılı İş Kanununun 54. maddesinde, yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları sürelerin birleştirilerek göz önüne alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda işçinin daha önce aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde geçen hizmetlerinin yıllık izne hak kazanma ve izin süreleri hesabı yönlerinden dikkate alınması gerekir. Kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmetlerin de aynı gerekçeyle izin hesabı yönünden birleştirilmesi gerekir. *Bununla birlikte, işçiye önceki feshe bağlı olarak kullanmadığı izin ücretleri tam olarak ödenmişse, bu dönemin sonraki çalışma sürelerine eklenerek izin hesabı mümkün olmaz. Ancak, önceki çalışma döneminde izin kullandırılmak veya fesihte karşılığı ödenmek suretiyle tasfiye edilmeyen çalışma süreleri de aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerindeki çalışmalara eklenir.* İşçinin aralıklı olarak aynı işverene ait işyerinde çalışması halinde önceki dönemin kıdem tazminatı ödenerek feshedilmiş olması, izin yönünden sürelerin birleştirilmesine engel oluşturmaz. Yine, önceki çalışılan sürede bir yılı doldurmadığı için izne hak kazanılmayan arta kalan süreler de, işçinin aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerindeki somaki çalışmalarına eklenerek yıllık izin hakkı belirlenir. Yıllık izin, özde bir dinlenme hakkı olup, aralıklı çalışmalarda önceki dönem zamanaşımına uğramaz." Y., 9HD, 22.06.2010, 2008/29519, 2010/19991, legalbank.net. Aynı yönde, Y9HD, E. 2009/38847, K. 2012/2895, 02.02.2012, legalbank.net; Y. 7. HD, E. 2015/4478, K. 2015/6713, 09.04.2015, legalbank.net; Y22HD, E. 2017/27244, K. 2020/1374, 03.02.2020, legalbank.net.

43 ÇİL, s. 1343-1344.

44 ALPAGUT Gülsevil, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2010**, Ankara, 2012, s. 78-79;

Yargıtay'ın 2020 yılında verdiği bir kararda[45] ise yine "işçiye önceki feshe bağlı olarak kullanmadığı izin ücretleri tam olarak ödenmişse, bu dönemin sonraki çalışma sürelerine eklenerek izin hesabı mümkün değildir" ifadelerine yer verildikten sonra, somut olayda "davacının önceki çalışmalarında hak etmiş olduğu yıllık izin sürelerinin kullandırılmış veya karşılığı ücretin ödenmiş olması önemli olmaksızın, davacının üçüncü döneme ilişkin yıllık ücretli izin süresi belirlenirken davacının ilk iki döneme ilişkin kıdem sürelerinin de dikkate alınması gerekmekte olup, önceki dönemin tasfiye olduğu, davacının yeni bir iş sözleşmesi ile çalışmaya başladığı ve 4 tam yıl olan bu döneme ilişkin hizmet süresine göre talep edebileceği yıllık izin hakkı kalmadığı gerekçesiyle yıllık izin ücret alacaklarının reddi hatalı bulunup" bozma kararı verilmiştir. Varılan sonuç, önceki dönem çalışmasına ait yıllık izin sürelerinin kullandırılmış veya fesihten sonra ücretinin ödenmiş olup olmadığına bakılmaksızın tüm çalışma sürelerinin birleştirilerek dikkate alınacağı yönünde olmakla birlikte, izin ücretlerinin eksiksiz ödenmiş olması halinde eski çalışma sürelerinin göz önünde bulundurulmayacağı yönündeki genel ifadelerin de kararda yer alması kafa karıştırıcı olmuştur[46]. Karar metni içinde yer alan bu çelişkili ifadeler bir tarafa bırakılacak olursa, önceki dönemin izinleri kullandırılmış veya ücretleri ödenmiş olsa da, önceki ve sonraki tüm çalışma sürelerinin bir bütün olarak dikkate alınıp yıllık izin süresinin hesaplanması gerektiği yönündeki görüş kanımızca da yerindedir.

### E. İş Güvencesi Kapsamını Belirleyen Kıdemin Tespiti

İş Kanunu'nun 18. maddesinde işçinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için aranan 6 aylık kıdemin *aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edileceği* belirtilmiştir. Yargıtay, bu sürenin hesabında işçinin aralıklı çalışmalarının birleştirileceği görüşündedir: "*İş sözleşmesi işçinin emeklilik talebi ile 31.3.2006 tarihinde sona ermiş ve kıdem tazminatı ödenmiştir. Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre sonraki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bununla bir-*

DOĞAN YENİSEY Kübra, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, Onikilevha, İstanbul, 2015, s. 140; ÖZKARACA, Aralıklı Çalışma, s. 99-101; ARSLAN DURMUŞ, s. 351.

45 Y9HD, E. 2016/29801, K. 2020/14939, 05.11.2020, legalbank.net.

46 ÖZKARACA, Ercüment, "Yıllık Ücretli İzne Esas Hizmet Süresinin Tasfiye Edilememesi", **Tekstil İşveren Hukuk Eki**, S. 148, 2022, s. 5.

*likte, iş güvencesinden yararlanma noktasında 6 aylık kıdem hesabında işçinin davalıya ait işyerinde geçen çalışmalarının tamamı dikkate alınmalıdır. İşçinin işyerinde aralıklı olarak çalışmış olması ve daha önceki dönemlerin tazminatlar ödenerek tasfiye edilmiş bulunması hatta önceki fesihlerin tazminata hak kazanmayacak şekilde gerçekleşmesi bu noktada önemsizdir. Bu bakımdan işyerinde toplam hizmeti 6 aydan fazla olan davacı işçinin 4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesi anlamında iş güvencesine tabi olduğu açıktır."*[47] Uygulamanın, işçinin aynı işveren nezdinde geçen çalışma sürelerinin herhangi bir koşula bağlı olmaksızın birleştirilmesi yönünde olduğu görülmektedir. Buna karşılık, doktrinde, kanun hükmünde tek bir çalışma veya aralıklı çalışmalardan değil çalışmanın geçirildiği işyerinin aynı veya farklı olmasının önemli olmadığından bahsedildiği belirtilmiş[48] ve iş güvencesinden yararlanmak için gereken sürenin kesintisiz olarak tek bir çalışma döneminde geçirilmiş olmasının uygun olacağı görüşü de ileri sürülmüştür[49]. Eski İşK m. 14'te, işçinin kıdeminin, aralıklı da olsa aynı işveren nezdinde geçirilen tüm çalışma sürelerinin birleştirilmesi suretiyle hesaplanacağı yönündeki açık ifadenin İşK m. 18'de yer almaması, anılan hükmün farklı yönlerde yorumlanmasına yol açmıştır. İşK m. 18'de aralıklı da olsa aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerin birleştirileceği açıkça ifade edilmediği gibi, altı aylık sürenin kesintisiz olması gerektiği de belirtilmemiştir. Kıdem tazminatı hesabına esas alınacak çalışma süresi ile iş güvencesinden yararlanma şartı olarak öngörülmüş altı aylık çalışma süresinin farklı amaçlarla farklı düzenlemelere konu olduğu söylenebilirse de, altı aylık sürenin hesabında da aralıklı çalışmaların birleştirilmesi yönündeki uygulama, işçiyi feshe karşı koruyan iş güvencesi hükümlerinin kapsamını genişletmek yönünde bir yorum olarak ifade edilebilir. Altı aylık sürenin

---

47 Y9HD, E. 2007/3641, K. 2009/2758, 17.02.2009, legalbank.net. Aynı yönde Y9HD, E. 2016/5422, K. 2017/2300, 21.02.2017: "davacı işçinin kıdeminin davalı işveren nezdinde hizmetinin altı aydan az olduğu gerekçesi ile davanın usulden reddine karar verilmiş ise de; davacının emeklilik nedeniyle olan kıdeminin sıfırlanması doğru olmadığından davacının kıdemi 6 aydan fazla olup işin esasına girilerek davanın görülmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.", legalbank.net.

48 AKYİĞİT Ercan, **Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi**, Ankara, 2007, s. 233.

49 ALPAGUT Gülsevil, **İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi**, III. Yılında İş Yasası Seminer Notları, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2005, s. 208; AKYİĞİT, İş Güvencesi, s. 231; ODAMAN Serkan, "İş Güvencesi Koşulu Olarak Altı Aylık Sürenin Hesaplanmasında Birleştirilmenin Değerlendirilmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 29, 2013, s. 111; ÖZKARACA Ercüment, **İş Güvencesinin Kapsamı**, Prof.Dr. Turhan Esener 2. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara, 2017, s. 54.

amacı işverenin işçiyi tanıması ise, bu sürenin kesintisiz veya aralıklı olmasının bir önemi bulunmadığı söylenebilir[50].

## SONUÇ

Yaşlılık aylığı almak için işten ayrılmanın kıdem tazminatına hak kazandıran bir durum olarak düzenlenmiş olması ve yürürlükte bulunan 5510 sayılı Kanun'dan önce çalışmaya başlayan işçilerden yaşlılık aylığı almaya hak kazananların hem bu aylığı almaları hem de sigortalı olarak çalışmaya devam etmelerinin mümkün olması, emeklilik öncesi ve sonrası çalışma ilişkisinin nitelendirilmesi ve emeklilik sonrası çalışmada kıdeme bağlı hakların tespiti konularında bazı soruları gündeme getirmektedir.

Özellikle EYT düzenlemesi sonrasında, somut olay örneklerinin birçoğunda görüldüğü üzere, işçi yaşlılık aylığı almak üzere başvuruda bulunmak için iş sözleşmesini feshetmekte ve bu sebebe dayanarak işverenden kıdem tazminatını talep etmektedir. Sonrasında işçi ile işveren anlaşarak çalışma ilişkisine devam etmektedirler.

Genel olarak, aralıklı çalışmalarda iki çalışma döneminin kıdemin hesabında ne şekilde dikkate alınacağı konusunda, sonraki çalışma dönemi için kıdem tazminatı hesaplanırken tüm çalışma süresinin dikkate alınıp son ücret üzerinden hesaplama yapılması ve bulunan tutardan daha önce ödenen miktarın düşülmesi yönündeki görüşün, "*İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır.*" ifadelerini içeren eski İşK m. 14 hükmüne uygun yoruma dayandığı kanaatindeyiz. Bununla birlikte, emeklilik kıdem tazminatına hak kazandıran bir fesih nedeni olarak düzenlenmiş olup, işçi kanundan doğan hakkını kullanarak kendi iradesiyle iş sözleşmesini sona erdirmektedir. Yargıtay'ın aralıklı çalışmada ilk çalışma dönemi sonunda kıdem tazminatının ödenmiş olması halinde önceki ve sonraki hizmet sürelerinin birleştirilmesinin mümkün olmadığı ancak görünüşteki feshe rağmen aralıksız çalışma varsa tüm çalışma süresi üzerinden hesaplanacağı yönündeki içtihadına göre bir değerlendirme yaptığımızda, emeklilik nedeniyle fesih işlemini, işverenin kıdemi bölme amacıyla yaptığı şeklen fesih ile bir tutmamak gerektiği görüşündeyiz. Uygulamada çıktı-girdi işlemi olarak ifade edilen ve

[50] EKONOMİ Münir, "İş Güvencesinden Yararlanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi (Bekleme Süresi)", **Legal İSGHD**, S. 34, 2012; s. 10-11, 17; SÜZEK, s. 582-583.

işverenin o ana kadarki çalışma dönemini tasfiye edip ileride doğabilecek kıdem tazminatı borcunu azaltmak amacıyla yaptığı şeklen fesih ile yaşlılık aylığı almak için kanunda aranan şartı yerine getirmek üzere iş sözleşmesini emeklilik nedeniyle sona erdirip ara vermeksizin aynı işte çalışmaya devam eden işçinin şeklen feshine aynı sonucu bağlamak adil olmayacaktır.

Emeklilik nedeniyle iş sözleşmesini fesheden, yaşlılık aylığı talebinde bulunan ve kıdem tazminatını alan işçinin hemen ertesi gün tekrar işe girişi yapılarak çalışmaya devam etmesi durumunda da, emeklilik sonrası çalışmanın ayrı bir çalışma olarak değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

Kıdeme bağlı hakların tespit ve değerlendirilmesinde, kıdem süresinin hesabı, kanunda aksi belirtilmedikçe aynı olmalıdır. Bununla birlikte, her bir hakkın ve durumun özelliği gereği farklı kurala ihtiyaç duyulması mümkündür. Alman hukukunda iş güvencesinden yararlanmak için gereken sürenin hesabında, kesintisiz çalışma süresinin esas alınması yönünde açık hüküm bulunması gibi, konuya ilişkin özel düzenlemeler yapılması, uygulama birliğini sağlayacak bir çözümdür. Emeklilikle ilgili olarak, hem sosyal güvenlik destek primi ile sigortalı olarak çalışıp hem de yaşlılık aylığı almaya devam edebilen işçiler açısından, özellikle de yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarında yapılan değişikliklerle, ülkemiz ve günümüz şartlarında emeklilik sonrası çalışma yaygın olarak görülmektedir. Bu nedenle de, kanuni düzenlemeler ile şartları belirlenen yaşlılık aylığı ve kıdem tazminatı haklarına ulaşmanın en pratik şekilde sağlanması ve durumun özelliği dikkate alınarak emeklilik sonrası çalışmaya ilişkin esasların belirlenmesi önemlidir.

## KAYNAKÇA

AKI Erol, "İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Olarak Emeklilik", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, 2007, s. 3-16.

AKYİĞİT Ercan, 1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Seçkin, Ankara, 2002.

AKYİĞİT Ercan, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Ankara, 2007.

AKYİĞİT Ercan, Bireysel İş Hukuku: Ders Kitabı, 2. Bası, Seçkin, İstanbul, 2021.

ALPAGUT Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası Seminer Notları, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2005, s. 200-251.

ALPAGUT Gülsevil, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara, 2012.

ARSLAN DURMUŞ, Seda, İş Hukukunda Kıdem Kavramı, Onikilevha, İstanbul, 2021.

CANİKLİOĞLU Nurşen, "5510 Sayılı Kanun ve İş Sözleşmesine Göre Çalışanların Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışmaları", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 10, 2008, s. 164-77.

ÇELİK Nuri / CANİKLİOĞLU Nurşen / CANBOLAT Talat / ÖZKARACA Ercüment, İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, Beta, İstanbul, 2023.

ÇİL Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 8. Bası, Yetkin, Ankara, 2021.

DOĞAN YENİSEY Kübra, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, Onikilevha, İstanbul, 2015.

EKONOMİ Münir, İş Hukuku, C. 1 Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987.

EKONOMİ Münir, "İş Güvencesinden Yararlanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi (Bekleme Süresi)", Legal İSGHD, S. 34, 2012; s. 3-32.

ERTÜRK Şükran, "Anayasa Mahkemesi'nin Çalışan Sigortalının Yaşlılık Aylığı Bağlanması İçin İşten Ayrılmasını Gerektiren Kuralın İptaline Karar Vermesinin Bazı Sonuçları Hakkında", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 45, 2021, s. 32-44.

GÜZEL Ali / OKUR Ali Rıza / CANİKLİOĞLU Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Bası, Beta, İstanbul, 2021.

KABAKÇI Mahmut, "Yaşlılık Aylığı Bağlanması Koşulu Olarak İşten Ayrılma: Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı ve Sonuçları", Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, S. 101, 2021, s. 36-46.

KESER Hakan, "İş Sözleşmesinin Emekliliğe Hak Kazanma Sebebiyle Feshinde İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 21, 2011, s. 41-65.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi / ASTARLI Muhittin / BAYSAL Ulaş, İş Hukuku, 7. Bası, Ankara 2022.

NARMANLIOĞLU Ünal, İş Hukuku - 1: Ferdi İş İlişkileri, 5 Bası, Beta, İstanbul, 2014.

ODAMAN Serkan, "İş Güvencesi Koşulu Olarak Altı Aylık Sürenin Hesaplanmasında Birleştirilmenin Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29, 2013, s. 108-114.

ORAL A. İlhan, "Emeklilerin Yeniden Çalışmaya Başlaması ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Üzerine Düşünceler", Çalışma ve Toplum, S. 4, 2008, s. 135-186.

ÖZKARACA Ercüment, "İş Güvencesinin Kapsamı", Prof. Dr. Turhan Esener 2. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara, 2017, s. 33-66.

ÖZKARACA Ercüment, "Aynı İşveren Yanındaki Aralıklı Çalışmalarda Yıllık Ücretli İzin Hakkı", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 39, 2018, s. 90-104. (Aralıklı Çalışma).

ÖZKARACA Ercüment, "Yıllık Ücretli İzne Esas Hizmet Süresinin Tasfiye Edilememesi", Tekstil İşveren Hukuk Eki, S. 148, 2022, s. 2-10.

ÖZTÜRK Mehmet Onat, "Kullandırılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı Sebebiyle İş Kanunu Çerçevesinde Yapılan Ödemeler", Çalışma ve Toplum, S. 35, 2012, s. 73-98.

SARIBAY ÖZTÜRK Gizem, "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaşlı Ayrımcılığı", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 37, 2017, s. 114-41.

SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku, 26. Bası, Seçkin, İstanbul, 2022.

SÜZEK Sarper, İş Hukuku, 21. Bası, Beta, İstanbul, 2021.

TUNCAY Can / EKMEKÇİ Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku, 21. Bası. Beta, İstanbul 2021.

ÜNAL Canan, İş Hukukunda Yaş Ayırımcılığı, Onikilevha, İstanbul, 2018.

YAMAKOĞLU Efe, "Emekliliğe Hak Kazanmanın İş İlişkisine Etkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 40, 2018, s. 145-65.

***İnternet Kaynakları***

www.kazanci.com.tr.

www.legalbank.net.

www.resmigazete.gov.tr.

**Hakemli Makale** **GSÜHFD**, 2023; 2: 1459-1484

# İSVİÇRE-TÜRK KOOPERATİFLER HUKUKUNDA ÇIKMA HAKKINI SINIRLAYAN HÜKÜMLERİN "HAKLI SEBEPLE ÇIKMA" HALİNDE UYGULANABİLİRLİĞİ(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Sercan UÇAR**(**)

**Öz:** Kooperatifler hukukunda çıkma serbestisi kuralı geçerlidir. Bu sebeple ortak, herhangi bir sebep göstermesi gerekmeksizin kooperatiften çıkma hakkına sahiptir. Ancak çıkma hakkı bazı sınırlamalara tabidir (KK m. 12/1, m. 11/1, m. 10/1). Bu sınırlamaların ortağın herhangi bir sebep olmaksızın çıkmak istemesi halinde uygulanacağı şüpheden uzaktır. Ancak ortak, haklı sebeplere dayanarak da kooperatiften çıkmak isteyebilir. Bu durumda, haklı sebeple kooperatiften çıkmak isteyen ortağın da kanun ve anasözleşmede öngörülen sınırlamalara tabi olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. İşte bu çalışmada belirtilen husus üzerinde durulmuş, çıkma hakkına yönelik her bir sınırlama ile haklı sebeple çıkma arasındaki ilişki incelenmiştir. Çalışmada konu, İsviçre ve Türk hukuku arasında karşılaştırmalar yapılarak işlenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Kooperatifler Hukuku, Çıkma Hakkı, Haklı Sebeple Çıkma, Çıkma Yasağı, Çıkma Tazminatı.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 29.09.2023 - Makale Kabul Tarihi: 04.01.2024.

(**) Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Bursa - Türkiye.
(ORCID: http://orcid.org/0000-0002-6710-0351; E-posta: sercanucar@uludag.edu.tr).

# APPLICABILITY OF THE PROVISIONS LIMITING THE RIGHT TO WITHDRAWAL IN SWITZERLAND-TURKISH COOPERATIVES LAW IN CASE OF "WITHDRAW WITH RIGHTFUL REASON"

**Abstract:** The liberty of withdrawal is a rule which is valid in cooperatives law. For this reason, the partner has the right to withdrawal the cooperative without having to give any reason. However, the right to withdrawal is subject to some restrictions (CC Art. 12 parag. 1, CC Art. 11 parag. 1, CC Art. 10 parag. 1). There is no doubt that these restrictions will apply if the partner wants to withdraw without any reason. However, the partner may want to leave the cooperative based on rightful reasons. In this case, the question arises whether the partner who wants to withdraw the cooperative for a rightful reason is also subject to the limitations stipulated in the law and the articles of association. In this study, the mentioned issue was emphasized and the relationship between each limitation on the right to withdrawal the partnership and withdrawal with rightful reasons was examined. The subject is discussed by making comparisons between Swiss and Turkish law in this study.

**Keywords:** Cooperatives Law, Withdrawal Right, Withdraw with Rightful Reason, Prohibition to Withdrawal, Withdrawal Compensation.

## GİRİŞ

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu[1] (KK) m. 1'de kooperatif kavramı tanımlanırken "*değişir ortaklı*" ortaklık ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade, kooperatifler hukukuna hâkim bir ilke olan açık kapı ilkesine vurgu yapmaktadır[2]. Özü itibari ile kooperatife giriş ve kooperatiften çıkışın serbest olmasını konu edinen açık kapı ilkesinin iki yönü vardır. Birinci yön, kooperatife giriş serbestisine ilişkindir. Bu anlamda, kanunda ve anasözleşmede aranan ortaklık şartlarını taşıyan herkes, kooperatife girme; yani ortak olma hakkına sahiptir[3]. İlkenin ikinci yönünde ise, ortak olunan kooperatiften ayrılma, eş deyişle kooperatiften çıkma serbestisi yer almaktadır[4].

Kökenini açık kapı ilkesinde bulan çıkma serbestisi, bir ortaklık hakkı olarak Türk pozitif hukukuna da yansımıştır. Her ortağın kooperatiften çıkma hakkına sahip olduğunu ifade eden KK m. 10/1, konuya dair ilkesel yaklaşımı simgelemektedir. Çıkma, ortağın kendi iradesiyle kooperatiften ayrılmasını ifade etmektedir. Bu yönüyle, ortak ile kooperatif arasındaki sürekli borç ilişkisinin sona erdirilmesi anlamına gelmektedir[5].

Ortaklıktan çıkma hakkı, bertaraf edilemez nitelikte bir haktır[6]. Bu sebeple, çıkma hakkının ortakların elinden alınması (ortaklıktan çıkmanın

---

1 RG, T. 10.05.1969, S. 13195.

2 Açık kapı ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. GERWIG Max, **Schweizerisches Genossenschaftsrecht**, 1. Aufl., Stämpfli, Bern, 1957, s. 231 vd.; TEKİNALP Ünal, **Kooperatiflerde Ortakların Kişisel Niteliklerinin Önemi, Ortak Sıfatının Kazanılması ve Yitirilmesi**, 1. Bası, Fakülteler, İstanbul, 1972, s. 91 vd.

3 Detaylı bilgi için bkz. GERWIG, s. 230 vd.; TEKİNALP, 1972, s. 112 vd.

4 FORSTMOSER Peter, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht Band VII 4. Abteilung Die Genossenschaft (ART. 828-926 OR) Zweite Lieferung: Art. 839-851 OR**, 1. Aufl., Stämpfli, Bern, 1974, Art. 842, N. 7; TEKİL Fahiman, **Limited Şirketler ve Kooperatifler Hukuku**, 3. Bası, Tekil, İstanbul, 1994, s. 145; Y. 11. HD, E. 1974/2697, K. 1974/3620, 13.12.1974: *"Kooperatife girişte olduğu gibi kooperatiften çıkışta da 'açık kapı ilkesi'nin uygulanması gerekir."* (ERİŞ Gönen, **Uygulamalı Kooperatifler Hukuku**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2001, s. 309).

5 SCHWARTZ Alfred L., **Basler Kommentar: Obligationenrecht II Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 Übest GmbH** (Hrsg. HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WATTER Rolf), 4. Aufl., Basel, 2012, Art. 842, N. 3; DERYAL Yahya, Kooperatiflerde Ortak Sıfatının Kazanılması, Kaybedilmesi ve Hukuki Sonuçları, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994, s. 171 vd.; UYGUN Fatma, **Kooperatiflerde Çıkma ve Çıkarılma**, 1. Bası, Seçkin, Ankara 2021, s. 50.

6 TEKİNALP Ünal (POROY Reha / ÇAMOĞLU Ersin), **Ortaklıklar Hukuku - II**, 14. Bası, Vedat, İstanbul, 2019, N. 1817; CAN Mustafa Erdem, "Kooperatif Ortaklığından Çıkma ve Çıkan Kişinin Hakları", **Gazi HFD**, C. 11, S. 1-2, 2007, ss. 71-95, s. 75.

tamamen yasaklanması) mümkün değildir. Nitekim, bir ortağın hiçbir surette kooperatiften çıkamayacağına yönelik hükümlerin geçersiz olduğunu belirten KK m. 11/3 bu hususu vurgulamaktadır. Ayrıca çıkma hakkı, vazgeçilemez hak niteliğini de haizdir[7]. Bu sebeple, kooperatif ortağının çıkma hakkından feragat etmesi de mümkün değildir.

Bertaraf edilmesi ve vazgeçilmesi mümkün değil ise de çıkma hakkı bazı sınırlamalara tabidir. Aşağıda ifade edeceğimiz üzere, bu sınırlamalar kimi zaman kanundan (KK m. 12/1), kimi zaman ise anasözleşmeden (KK m. 10/1; m. 11/1) doğmaktadır. Kısacası kanun koyucu, çıkma hakkına hem bizzat sınırlama getirmiş hem de başkaca sınırlamalar getirilmesine olanak tanımıştır.

Çıkma hakkı serbestçe kullanılabilen bir haktır; ortak, kooperatiften çıkmak için herhangi bir sebep göstermek zorunda değildir[8]. Dolayısıyla ortağın kooperatiften çıkmak için haklı bir sebebe dayanması da gerekmemektedir. Bu yönüyle kooperatifler hukukunda çıkma hakkı, bir sebebe dayanılması gerekmeyen, *ad nutum* karakteri haiz hak olarak nitelendirilebilir. Ancak, kooperatiften serbestçe (herhangi bir sebep göstermeksizin) çıkmak istemesi halinde ortağın, kanun ve anasözleşme ile getirilen sınırlamalara riayet etmesi gerekir. Eş deyişle, ortak, ancak kanun ve anasözleşmede öngörülen sınırlamalara uyarak kooperatiften çıkabilecektir.

Her ne kadar çıkma hakkının kullanılabilmesi için bir sebep gösterilmesi şart değil ise de ortak, haklı sebeplere de dayanabilir. Bu anlamda ortak, ortaklık ilişkisinin devamını çekilemez kılan olguların bulunduğunu ve bu sebeple kooperatiften çıkmak istediğini ileri sürebilir. Daha sonra da inceleyeceğimiz üzere, bu durumda haklı sebeple çıkmadan söz edilir. Haklı sebeple çıkma kurumu, çıkma hakkına getirilen sınırlamalar bağlamında önemli bir soruyu da gündeme getirmektedir. Acaba, çıkma hakkını sınırlayan kanun ve anasözleşme hükümleri, haklı sebeple çıkma halinde de uygulanacak mıdır? Başka bir ifadeyle, haklı sebeplerin varlığı halinde de ortak, kooperatiften çıkmak için kanun ve anasözleşmede öngörülen sınırlamalara uymakla yükümlü olacak mıdır? İşte bu çalışmada esas olarak sözü edilen

---

[7] TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), N. 1817; SCHWARTZ, BSK-OR II, Art. 842, N. 2; CAN, s. 75.

[8] CAN, s. 80; UYGUN, s. 66; TOPALOĞLU Mustafa, "Kooperatiflerin Genel İlkeleri ve Kuruluşu", **Yeditepe HFD**, C. 18, S. 2, 2021, ss. 645-665, s. 653; COŞKUN Mahmut, **Kooperatifler Hukuku**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2023, s. 205.

soruya yanıt aranacaktır. Ancak şimdiden işaret edelim ki, çıkma hakkına yönelik sınırlamalar birden fazla olduğundan, anılan soru da aslında birden fazla alt soruyu bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla çalışma, birden fazla soruya yanıt verme hedefindedir.

Konu İsviçre ve Türk hukuku perspektifinde incelenecektir. Bu yöntemin tercih edilmesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) KK'ya kaynak teşkil etmesi[9] dışında, özel bir sebebe daha dayanmaktadır. Şöyle ki, KK'nın aksine OR, çalışmada cevabı aranacak bazı sorulara bizzat yanıt vermiş durumdadır (bkz. OR Art. 843/2).

Çalışmada ilk olarak, çıkma hakkını sınırlayan hükümler ve haklı sebeple çıkma kavramları ana hatları ile tanıtılacaktır. Arkasından ise, çıkma hakkını sınırlayan her bir hüküm ile haklı sebeple çıkma arasındaki ilişki üzerinde durulacaktır.

## I. ÇIKMA HAKKINI SINIRLAYAN HÜKÜMLER

Çıkma hakkı bakımından hem İsviçre[10] hem de Türk hukukunda düzenlenmiş üç farklı sınırlamadan söz etmek mümkündür. Bunların ilki kanundan doğmakta iken (kanuni sınırlama), diğer ikisi kaynağını anasözleşmede bulmaktadır (anasözleşmesel sınırlama).

Kanuni sınırlama, çıkmanın hüküm ve sonuç doğurma zamanını konu edinir. Esasen bu bağlamda iki farklı sınırlamadan söz etmek daha doğrudur. Bunlardan ilki, çıkma beyanında uyulması gereken feshi ihbar süresidir. Bu süre İsviçre hukukunda bir yıl (OR Art. 844/1); Türk hukukunda ise altı aydır (KK m. 12/1). Hemen ekleyelim ki, anılan süreler azami niteliktedir ve anasözleşmede daha kısa bir süre de belirlenebilir (bkz. OR Art. 844/2; KK

---

[9] Bu konuda bkz. ve karş. Kooperatifler Kanunu Tasarısı (1/151), Dönem 2, Toplantı: 2, Millet Meclisi S. Sayısı: 351, s. 3 vd. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM__/d02/c028/mm__02028086ss0351.pdf (Erişim Tarihi: 10.09.2023); TEKİNALP Ünal, **Kooperatifler Kanunu Tasarısı Üzerine Düşünceler**, 1. Bası, BTHAE, Ankara, 1969, s. 6-7.

[10] Burada hemen işaret edelim ki, İsviçre hukukunda, Türk hukukundan farklı bir sınırlama daha vardır. OR Art. 842/1'de, kooperatifin feshine karar verilmedikçe çıkmanın serbest olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla İsviçre hukukunda tasfiye aşamasında kooperatiften çıkılamayacaktır. Bu düzenleme ve *ratio legis*i hakkında detaylı bilgi için bkz. FORSTMOSER, Art. 842, N. 23, Art. 843, N. 27; MARTI Hanna / HIRZEL Astrid, **Orell Füssli Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht**, (Hrsg. KOSTKIEWICZ Jolanta Kren / WOLF Stephan / AMSTUTZ Marc / FANKHAUSER Roland), 4. Aufl., Orell Füssli, Zürich, 2023, Art. 842, N. 4. KK'da ise benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, Türk hukukunda kooperatifin feshi çıkma hakkına sınırlama getirmemektedir.

m. 12/1). Feshi ihbar süresi gereği ortağın, belirli bir süre içinde çıkma beyanında bulunması gerekmektedir. Kanuni sınırlamanın ikinci cephesinde ise, çıkma beyanının hüküm ve sonuç doğuracağı an yer almaktadır. Çıkma beyanı, hesap yılı sonunda hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır (OR Art. 844/1; KK m. 12/1, ancak karş. KK m. 13/1[11]). Bu sebeple, feshi ihbar süresine uyarak çıkma beyanında bulunan ortağın, ortaklıktan çıkabilmek için hesap yılı sonunu kadar beklemesi de gerekecektir. Ancak belirtelim ki, bu husus da emredici nitelikte değildir. Anasözleşmede hesap yılı içinde çıkmaya izin verilebilir (OR Art. 844/2; KK m. 12/1).

Görüldüğü üzere, kanuni sınırlama, kooperatiften çıkmaya engel değildir; sadece ortakların "derhal" çıkma olanaklarını ortadan kaldırmaktadır. Zira ortakların, belirli bir süre önce çıkma beyanında bulunmaları ve hesap yılı sonuna dek beklemeleri gerekmektedir.

İsviçre ve Türk kanun koyucusu, çıkma hakkının anasözleşme ile sınırlanmasına da olanak tanımıştır[12]. OR'de ve KK'da iki farklı anasözleşmesel sınırlama öngörülmüştür.

Bunlardan ilki, çıkmanın bir süreliğine yasaklanmasıdır. OR Art. 843/1 ve KK m. 11/1'e göre, ortaklıktan çıkma hakkı en fazla beş yıl için olmak üzere yasaklanabilir. Düzenlemelerin lafzından da anlaşıldığı üzere, beş yıl azami süredir; anasözleşmede daha kısa bir süre (örn. üç yıl) öngörülebileceği konusunda tereddüde yer yoktur. Anasözleşmede beş yıldan daha uzun bir süre öngörülmesi halinde ise, kısmi hükümsüzlük gündeme gelecek ve

---

[11] Çıkmanın hüküm ve sonuç doğurma anı açısından KK m. 12/1 ile KK m. 13/1 arasında önemli bir çelişki söz konusudur. Bu hususta haklı eleştiriler için bkz. TEKİNALP, 1972, s. 139; UYGUN, s. 59 vd. Zira KK m. 12/1'de çıkmanın hesap yılı sonunda hüküm ve sonuç doğuracağı belirtilmiş iken, KK m. 13/1'de, noter ile yapılan bildirim tarihinden itibaren çıkmanın gerçekleşeceği ifade edilmiştir. Bu sebeple, iki hüküm arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. *Tekinalp* tarafından da ifade edildiği üzere, KK m. 12/1'e üstünlük tanınması daha doğrudur. Çıkma, kural olarak, hesap yılı sonunda hüküm ve sonuç doğuracaktır. KK m. 13/1, istisnai olarak, anasözleşmenin hesap yılı içinde çıkmaya izin vermiş olması halinde uygulanabilir. Eş deyişle, anasözleşme çıkmanın hüküm ve sonuç doğurması için hesap yılı sonunun beklenmesi şartını ortadan kaldırmış ve hesap yılı içinde çıkmaya izin vermişse, KK m. 13/1 uygulanabilir ve çıkma noter bildirimi ile birlikte gerçekleşir, bkz. TEKİNALP, 1972, s. 139. Aynı yönde açıklamalar ve somut bir örnek için bkz. UYGUN, s. 59 vd. Karş. KARAYALÇIN Yaşar, **Ticaret Hukuku II. Şirketler Hukuku A. Giriş - Adi Şirket - Ticaret Şirketleri (Kollektif - Komandit - Limited - Kooperatif Şirketler)**, 2. Bası, Sevinç, Ankara, 1973, s. 473; DERYAL, s. 188.

[12] Bu tercihin kuramsal temelleri hakkında bkz. RINGWALD L., "Probleme der Auslösungssumme beim Austritt aus einer Genossenschaft", **Basler Juristische Mitteilungen**, 1968, ss. 163-178, s. 164 vd.; DERYAL, s. 189-190; ERÇİN Ferhat, **Türk Hukuku'nda Kooperatif Tüzel Kişiliğinin Ayırıcı Özellikleri**, 2. Bası, Der, İstanbul, 2005, s. 190-191.

süre beş yıl olarak kabul edilecektir[13]. Yine anasözleşmede beş yıllık sürenin uzamasına yönelik kayıtlara da yer verilemez. Örneğin anasözleşmede çıkma yasağının beş yıl süreli olduğu, ancak beş yıl sonunda sürenin yenileneceği veya bir süre uzayacağı kararlaştırılamaz[14]. Çıkma yasağının başlangıç anı kooperatifin kuruluşu veya ortağın kooperatife giriş tarihi esas alınarak belirlenebilir[15]. Örneğin anasözleşmede, kooperatifin kuruluşunu takip eden dört yıl çıkma hakkının kullanılamayacağı veya kooperatife giren ortağın beş yıl boyunca çıkamayacağı ifade edilebilir.

Çıkma yasağı, mahiyeti itibariyle çıkmaya engel teşkil eden bir sınırlamadır. Zira bu halde bir süreliğine de olsa çıkma hakkı ortakların elinden alınmaktadır. Bu süre içinde yapılan çıkma bildirimi hüküm ve sonuç doğurmayacak[16]; ortak kooperatiften çıkamayacaktır.

Her iki kanunda da düzenlenen ikinci anasözleşmesel sınırlama ise, çıkan ortağa tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmesidir (Çıkma tazminatı/*Auslösungssumme*)[17]. Gerçekten OR Art. 842/2 ve KK m. 10/1'e göre anasözleşmede çıkan ortağın kooperatife uygun/muhik bir tazminat ödemesi kararlaştırılabilir. Ancak çıkan ortaktan tazminat talep edilebilmesi, anasözleşmede öngörülme dışında ikinci bir şarta da bağlanmıştır. Hemen işaret edelim, bu ikinci şart açısından OR ve KK arasında bir farklılık söz konusudur. OR Art. 842/2'ye göre kooperatif, çıkmanın "kooperatife önemli bir zarar vermesi veya varlığını tehlikeye düşürmesi" halinde tazminat talep edebilir. Düzenlemede, tazminat talep edilebilmesi için iki alternatif öngörülmüştür. Kooperatif hem çıkmanın kendi varlığını tehlikeye atması hem de ona önemli bir zarar vermesi halinde tazminat isteyebilir[18]. KK m. 10/1'e göre ise, çıkma tazminatı, çıkmanın "kooperatifin varlığını tehlikeye düşür-

---

[13] SCHWARTZ, BSK-OR II, Art. 843, N. 7; DERYAL, s. 191; CAN, s. 76; UYGUN, s. 61; TOPALOĞLU, s. 653; ŞİMŞEK Edip, **Kooperatif Ortaklıklar**, 1. Bası, Yonca, Ankara, 1981, s. 63.

[14] FORSTMOSER, Art. 843, N. 9; SCHWARTZ, BSK-OR II, Art. 843, N. 3; MARTI / HIRZEL, OFK, Art. 843, N. 1.

[15] FORSTMOSER, Art. 843, N. 8; SCHWARTZ, BSK-OR II, Art. 843, N. 3; MARTI / HIRZEL, OFK, Art. 843, N. 1. Karş. DERYAL, s. 182.

[16] CAN, s. 76.

[17] Detaylı bilgi için bkz. RINGWALD, s. 163 vd.; TEKİNALP, 1972, s. 142; GUTZWILLER Max, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetz Buch V. Band Obligationenrecht 6. Teil: Genossenschaft, Handelregister und kaufmännische Buchführung, 4. Lieferung**, 1. Aufl., Schulthess, Zürich, 1971, Art. 842-843, N. 5 vd.; ARPACI Abdülkadir, **İçtihatlı Kooperatifler Kanunu ve Açıklamaları**, 2. Bası, Temel, İstanbul, 1995, s. 65 vd.

[18] GUTZWILLER, Art. 842-843, N. 10.

mesi" halinde istenebilir. KK m. 10/1'de, OR Art. 842/2'den farklı olarak, çıkmanın kooperatife önemli bir zarar vermesi hali için çıkma tazminatı istenebileceği ifade edilmemiştir. Bu sebeple, Türk hukukunda, İsviçre hukukunun aksine, yalnızca çıkmanın kooperatifin varlığını tehlikeye düşürmesi durumunda tazminatın istenebileceği; kooperatife önemli bir zarar vermesi halinde ise bu olanağın bulunmadığı akla gelebilir. Ancak *Tekinalp*'in de belirttiği üzere, bu düşünce isabetli olmayacaktır; anasözleşmede öngörülmek kaydıyla, çıkmanın kooperatife önemli bir zarar vermesi durumunda da tazminat talep edilebilmelidir[19]. Zira çıkma tazminatı, kooperatifi koruma amacı gütmektedir[20]. Kooperatif, yalnızca varlığını tehlikeye düşüren hallerde değil; önemli bir zarara uğradığı hallerde de korunmalıdır. Bu sebeple Türk hukukunda da önemli bir zarara uğrama, çıkma tazminatı istenebilmesi için yeterli görülmelidir. Burada son olarak ifade edelim ki, çıkan ortaktan tazminat talep edilebilmesi için, çıkmanın kooperatife önemli bir zarar vermesi veya varlığını tehlikeye düşürmesi mutlak şarttır. Bu sebeple - ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin de belirttiği üzere- bu şarttan bağımsız olarak, anasözleşmede çıkma halinde kooperatife bir miktar ödeme yapılacağı kararlaştırılamaz[21]. Keza çıkma hakkını cezai şart ile sınırlamak da mümkün değildir[22].

Çıkma tazminatı, kooperatiften çıkmaya engel teşkil eden bir sınırlama değildir. Ortak, çıkma tazminatına rağmen dilerse kooperatiften çıkabilir. Ancak tazminat ödeme riski ortağın çıkmaya temkinli yaklaşmasını beraberinde getirecektir. Bu yönüyle çıkma tazminatı caydırıcı nitelik gösterir[23] ve çıkma hakkını dolaylı olarak sınırlar.

---

19 TEKİNALP, 1972, s. 143. Benzer yönde bkz. KARAYALÇIN, s. 472; UYGUN, s. 64; ÖRNEK Özge, "Kooperatiflerde Açık Kapı İlkesi", **TFM**, C. 6, S. 1, 2020, ss. 128-141, s. 137.

20 RINGWALD, s. 163-164; TEKİNALP, 1972, s. 135, s. 143; ERÇİN, s. 191; ÖRNEK, s. 136-137.

21 DRUEY Jean Nicolas / DRUEY JUST Eva / GLANZMANN Lukas, **Gesellschafts- und Handelsrecht**, 12. Auf., Schulthess, Zürich, 2021, N. 13; MARTI / HIRZEL, OFK, Art. 842, N. 6; BGE 138 III 785.

22 FABRIZIO Nadja, **Berner Kommentar: Die Genossenschaft, Systematische Darstellung und Kommentar zu den Art. 828-838 OR**, (Hrsg. KILGIS Sabine / FABRIZIO Nadja), 2. Aufl., Stämpfli, Bern, 2021, § 3, N. 87; CAN, s. 87. Ayrıca bkz. COŞKUN, s. 192.

23 ARPACI, s. 65.

## II. HAKLI SEBEPLE ÇIKMA

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, ortak, kooperatiften çıkmak için herhangi bir sebebe dayanmak zorunda değildir. Öte yandan kuşkusuz ortak, bir sebebe dayanarak da kooperatiften çıkmak isteyebilir. Bu anlamda ortak, kendisi için ortaklık ilişkisinin devamını çekilemez kılan olguların bulunduğunu, bu sebeple kooperatiften çıkmak istediğini ileri sürebilir. Bu durumda haklı sebeple çıkmadan söz edilir.

OR ve KK'da haklı sebeple çıkma, bağımsız/ayrı bir çıkma türü olarak düzenlenmemiştir. Ancak her iki kanunda da ismen zikredilmiştir. Gerçekten, daha sonra inceleyeceğimiz OR Art. 843/2 ve KK m. 11/2'de[24] "çıkma yasağı ile ilişkisi" bağlamında haklı sebeple çıkmadan söz edilmiştir.

Haklı sebeple çıkma, ortak ile kooperatif arasındaki hukuki ilişkide kuramsal temelini bulmaktadır. Zira ortak ile kooperatif arasında bir sürekli borç ilişkisi vardır[25] ve sürekli borç ilişkilerinde taraflar, haklı sebeple bu borç ilişkisini sonlandırma (fesih) hakkına sahiptir[26]. İşte haklı sebeple çıkma, sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshinin ortak ile kooperatif arasında mevcut hukuki ilişkideki görünümü niteliğindedir[27].

Kuşkusuz haklı sebeple çıkma bağlamında, haklı sebep kavramının anlamının belirlenmesi önem taşımaktadır. Genel olarak sürekli borç ilişkilerinde haklı sebep, fesih beyanında bulunan taraf bakımından sözleşme ilişkisinin devamını çekilemez (beklenemez/*unzumutbar*) kılan olgular şeklinde

---

[24] OR Art. 843/2'de "*wichtiger Grund*" terimi kullanılmıştır. Bu terimin Türkçe karşılığı önemli sebeptir. Ancak bilindiği üzere, Türk hukukunda çoğunlukla haklı sebep terimi kullanılır. Bu sebeple çalışmada da haklı sebep terimi tercih edilmiştir.

Ayrıca KK m. 11/2'de *"haklı ve önemli sebepler"* ifadesine yer verilmiştir. Lafzı itibariyle bu düzenleme, haklı ve önemli sebeplerin birbirinden farklı oldukları izlenimi yaratmaktadır. Ancak doktrinde de belirtildiği üzere, durum farklıdır. Haklı sebep ve önemli sebep, birbirinden farklı anlamlara sahip değildir, aksine birbiri ile eş anlamlı terimlerdir. Bu sebeple, KK m. 11'de yer verilen ifadeyi karşılamak üzere sadece haklı sebep terimi kullanılabilir, bkz. TEKİNALP, 1972, s. 143-144; DERYAL, s. 179-180. Nitekim çalışmada da bu terminoloji tercih edilmiştir.

[25] DERYAL, s. 171 vd.; UYGUN, s. 50.

[26] Haklı sebeple feshin bütün sürekli borç ilişkilerinde geçerli bir ilke niteliğini haiz olup olmadığı tartışması hakkında bkz. SELİÇİ Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, 1. Bası, Fakülteler, İstanbul, 1976, s. 200 vd; ALTINOK ORMANCI Pınar, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, 1. Bası, Vedat, İstanbul, 2011, s. 110-111.

[27] DERYAL, s. 178 vd.; UYGUN, s. 66. Ayrıca bkz. MARTI / HIRZEL, OFK, Art. 843, N. 4.

tanımlanmaktadır[28]. Doktrinde[29] ve yargı kararlarında[30], kooperatiften çıkma hakkı bakımından haklı sebebin, sözü edilen genel tanımın uyarlanması suretiyle tanımlandığı görülmektedir. Bu doğrultuda ve en yalın şekilde çıkma hakkı bağlamında haklı sebep, ortak açısından ortaklık ilişkisinin devamını çekilemez kılan olgular olarak tanımlanabilir.

Haklı sebep, niteliği gereği nispi (göreceli) bir kavramdır[31]. Bu durum haklı sebeplerin tespitine dair bazı sonuçları da beraberinde getirmektedir. İlk olarak, haklı sebebin mevcut olup olmadığı somut olay incelemesi gerektirmektedir[32]. İkinci olarak ise, haklı sebep teşkil edecek olguların sınırlayıcı biçimde sayılma olanağı yoktur[33]. Ancak, doktrinde ve yargı kararlarında dile getirilen bazı tipik örneklerden söz etmek de mümkündür. Bu bağlamda şu hususlara dikkat çekilebilir:

Çıkma hakkı bağlamında haklı sebepler, kooperatif veya çıkmak isteyen ortak kaynaklı olabileceği gibi taraflara izafe edilemeyen olgulardan da doğabilir.

Kooperatiften kaynaklanan haklı sebeplerin tipik örneği, işletme konusunda (faaliyet alanında) değişikliktir[34]. Örneğin, bir karayolu yük taşıma kooperatifinin faaliyet alanını deniz yük taşıma olarak değiştirmesi halinde, karayolu yük taşıma konusunda faaliyet gösteren ortak haklı sebeple çıkabilir. Ayrıca kooperatifin, ortakların kooperatife veya kooperatif alacaklarına karşı sorumluluğunu arttıracak kararlar alması da haklı sebep teşkil edebilir. Söz gelimi, sınırlı sorumlu (OR Art. 870; KK m. 30) bir kooperatifin sınırsız sorumlu (OR Art. 869; KK m. 29) kooperatife dönüşmesi halinde haklı sebepten söz edilebilir. Yine kooperatif organlarının eşit işlem ilkesine (OR

---

28 SELİÇİ, s. 192; ALTINOK ORMANCI, s. 133.

29 FORSTMOSER, Art. 843, N. 166; SCHWARTZ, BSK-OR II, Art. 843, N. 9; MARTI / HIRZEL, OFK, Art. 843, N. 8; COURVOISIER Matthias, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG**, (Hrsg. ROBERTO Vito / TRÜEB Hans Rudolf), 3. Aufl., Schulthess, Zürich, 2016, Art. 843, N. 5; Görece daha kapsamlı tanımlar için bkz. TEKİNALP, 1972, s. 145; DERYAL, s. 181.

30 BGE 89 II 153; BGE 105 V 88. Daha kapsamlı bir tanım için bkz. BGE 61 II 193-194.

31 Birçoğu yerine bkz. SELİÇİ, s. 186.

32 SELİÇİ, s. 193; ALTINOK ORMANCI, s. 133-134. Çıkma hakkı özelinde bu yönde bkz. DERYAL, s. 182. Bu incelemede göz önünde tutulması gereken örnek kriterler için ise bkz. MARTI / HIRZEL, OFK, Art. 843, N. 9.

33 Birçoğu yerine bkz. SELİÇİ, s. 193.

34 GERWIG, s. 244-245; TEKİNALP, 1972, s. 145; FORSTMOSER, Art. 843, N. 19; COURVOISIER, CHK, Art. 843, N. 5.

Art. 854; KK m. 23) aykırı kararlar alması da haklı sebep olarak nitelendirilebilir. Hemen ekleyelim ki, kooperatif kaynaklı olguların haklı sebep teşkil etmesi için kooperatifin kusurlu olması şart değildir[35]. Yani, ortaklık ilişkisinin devamını çekilemez hale getiren olguların ortaya çıkmasında kooperatifin kusuru olmasa dahi, ortak haklı sebeple çıkabilir.

Ortaktan kaynaklı haklı sebepler, ortağın kooperatifle ilişkisine veya kendi özel alanına ilişkin olabilir[36]. Diğer ortaklarla yaşanan büyük görüş ayrılıkları/anlaşmazlıklar[37] ilk gruba örnek verilebilir. Ortağın özel alanı ile ilgili haklı sebeplere ise, meslek/iş değişikliği örnek teşkil etmektedir[38]. Bu anlamda, bir fabrikada aşçı olarak çalışmaya başlayan ve taşımacılık işini de terk eden kişi, karayolu yük taşıma kooperatifi ortaklığından haklı sebeple çıkabilir. Bundan başka, bir üretim kooperatifinde ortağın üretim yaptığı arazisini ekonomik sorunları sebebi ile satması[39] ya da ürettiği ürünü değiştirmesi de haklı sebep teşkil edebilir[40]. Örneğin, bir pancar ekicileri kooperatifi ortağı, işlettiği tarımsal arazide artık başka bir ürün yetiştirmeye başlamışsa haklı sebepten söz edilebilir[41].

Belirttiğimiz üzere, haklı sebepler çıkmak isteyen ortaktan kaynaklanabilmektedir. Ancak, ortaktan kaynaklanan olguların haklı sebep niteliği irdelenirken dürüstlük kuralı da göz ardı edilmemelidir. Zira bir ortağın kendisinden kaynaklı olguları ileri sürerek haklı sebeple çıkmak istemesi, bazı hallerde dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir[42]. Örneğin bir ortak, diğer ortaklara kusurlu olarak zarar vermiş ve bu sebeple de kooperatif ortakları

---

35 GERWIG, s. 244; TEKİNALP, 1972, s. 145; FORSTMOSER, Art. 843, N. 17; SCHWARTZ, BSK-OR II, Art. 843, N. 9; COURVOISIER, CHK, Art. 843, N. 5; BGE 61 II 194.

36 MARTI / HIRZEL, OFK, Art. 843, N. 8.

37 GUTZWILLER, Art. 842-843, N. 23; TEKİNALP, 1972, s. 145; FORSTMOSER, Art. 843, N. 20; SCHWARTZ, BSK-OR II, Art. 843, N. 9; CAN, s. 80.

38 GERWIG, s. 245; TEKİNALP, 1972, s. 145; FORSTMOSER, Art. 843, N. 20; COURVOISIER, CHK, Art. 843, N. 5.

39 Bkz. ve karş. GUTZWILLER, Art. 842-843, N. 23.

40 GERWIG, s. 245; FORSTMOSER, Art. 843, N. 20.

41 Y. TD, E. 1962/4737, K. 1962/3735, 01.09.1962: *"Olayda davacının, davalı 'Pancar Yetiştiricileri Kooperatifi'ne girmesine neden olan sebeplerin, dava tarihi itibariyle eskisi gibi devam edip etmediğinin araştırılması gerekir. Davacı şahsi ve ailevi nedenlerle dava tarihinden mukaddem dört seneden beri pancar ekimini terketmiş olduğunu ve pancar ekimine ayırdığı arazisinde başka mahsuller yetiştirdiğini iddia ettiğine ve davalı kooperatif yetkilileri de savunmalarında davacının bu iddiasının gerçekdışı bir iddia olduğunu ileri sürmemiş bulunmalarına nazaran, davacının pancar ekiminden vazgeçme halini, davalı kooperatiften çıkması için haklı sebep olarak kabul etmek gerekir"* (DERYAL, s. 181).

42 Bu hususta genel olarak sürekli borç ilişkileri açısından bkz. SELİÇİ, s. 198; ALTINOK ORMANCI, s. 158 vd.

arasında geçimsizlik ortaya çıkmışsa, kusuru ile geçimsizliğe neden olan ortak, haklı sebeple çıkma hakkına sahip olmamalıdır. Ancak hemen ekleyelim ki, bu hususta önem atfedilmesi gereken, ortağın kusurlu olup olmamasından ziyade haklı sebeple çıkma hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığıdır[43]. Zira bazı durumlarda, haklı sebep teşkil eden olgunun meydana gelmesinde kusurlu olsa dahi, ortağın bu olguyu ileri sürerek çıkmak istemesi hakkın kötüye kullanımı teşkil etmeyebilir. Söz gelimi, kendi kusuru ile trafik kazasına karışan ve taşıma işinde kullandığı araç kullanılamaz hale gelen ortak, haklı sebeple taşıma kooperatifinden çıkabilir. Zira bu halde çıkma hakkının kötüye kullanılmasından söz etmek güçtür.

Taraflara izafe edilemeyen haklı sebepler ise, tarafların davranışlarından kaynaklanmasa da ortaklık ilişkisinin devamını çekilemez kılan olgulardır. Bir üretim kooperatifi ortağı için, üretim yaptığı arazinin deprem veya sel gibi doğal afetler sonucu kullanılamaz hale gelmesi ile kamulaştırılması buna örnek verilebilir.

Çıkma hakkı bildirim yoluyla (kooperatife bildirme suretiyle) kullanılır (bkz. ve karş. OR Art. 844; KK m. 13[44]). Bu esas haklı sebeple çıkma halinde de aynı şekilde geçerlidir[45]; yoksa ortağın mahkemeye başvurması gerekmez[46]. Ancak, haklı sebeple çıkma iradesinin bildirime yansıtılması isabetli olacaktır[47]. Zira aksi durumda, kooperatif bunu serbestçe çıkma bildirimi olarak yorumlayabilir.

---

43 SCHWARTZ, BSK-OR II, Art. 843, N. 9; MARTI / HIRZEL, OFK, Art. 843, N. 9. Karş. GERWIG, s. 242; FORSTMOSER, Art. 843, N. 18.

44 İsviçre ve Türk hukukunda çıkma hakkının kullanım usulü açısından farklılığa rastlanmaktadır. OR'de hakkın kullanımına dair özel bir prosedüre yer verilmemiştir. Bu bağlamda doktrinde, bir yenilik doğurucu hak olan çıkma hakkının kooperatife yöneltilecek bir beyanla (bildirimle) kullanılacağı belirtilmektedir. Birçoğu yerine bkz. FORSTMOSER, Art. 842, N. 20 vd.; SCHWARTZ, BSK-OR II, Art. 842, N. 2. KK m. 13 ise iki aşamalı bir süreç öngörmektedir. Ortak ilk olarak, kooperatife yönelen bir çıkma bildirimde bulunacaktır. Yönetim kurulu çıkma talebini kabul etmezse, ortak, bu kez noter aracılığıyla bildirimde bulunacak ve çıkma gerçekleşecektir. KK m. 13'te öngörülen sistem hakkında detaylı bilgi ve eleştiri için bkz. TEKİNALP, 1972, s. 138 vd.

45 FORSTMOSER, Art. 843, N. 24.

46 TRUNIGER Christof, **Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)**, (Hrsg. GAUCH Peter / STÖCKLI, Hubert), 10. Aufl., Schulthess, Zürich, 2021, Art. 843, N. 2; BGE 61 II 193.

47 COURVOISIER, CHK, Art. 843, N. 6. Karş. FORSTMOSER, Art. 843, N. 24; SCHWARTZ, BSK-OR II, Art. 843, N. 10.

## III. ÇIKMA HAKKINI SINIRLAYAN HÜKÜMLER İLE HAKLI SEBEPLE ÇIKMA ARASINDAKİ İLİŞKİ

### A. Genel Olarak

Çıkma hakkını konu edinen kanuni ve anasözleşmesel sınırlamaların, ortağın kooperatiften serbestçe (herhangi bir sebebe dayanmaksızın) çıkmak istemesi halinde uygulanacağı şüpheden uzaktır. İlkin, herhangi bir sebep olmaksızın ortaklıktan çıkmak isteyen ortağın, feshi ihbar süresini gözetmesi ve hesap yılı sonunu beklemesi gerekecektir (OR Art. 844/1; KK m. 12/1). İkinci olarak, anasözleşmede çıkma hakkı beş yılı aşmayan bir süre yasaklanmış ise, ortak, bu süre içinde serbestçe kooperatiften çıkamayacaktır (OR Art. 843/1; KK m. 11/1). Son olarak ise, şartları varsa, kooperatiften serbestçe çıkan ortaktan tazminat talep edilebilecektir (OR Art. 842/2; KK m. 10/1).

Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ortak, haklı bir sebeple de kooperatiften çıkmak isteyebilir. Ortak, ortaklık ilişkisinin devamını çekilemez kılan olguların bulunduğunu ve bu sebeple çıkmak istediğini ileri sürebilir. İşte bu durumda, önemli bir soru ile karşılaşılacaktır. Acaba, çıkma hakkına sınırlayan kanuni ve anasözleşmesel hükümler, ortağın haklı sebeple çıkmak istemesi halinde de uygulanacak mıdır? Esasen bu soru, birden fazla "alt soruyu" bünyesinde barındırmaktadır:

İlkin, ortak, haklı sebepler bulunsa dahi feshi ihbar süresine uymak ve hesap yılı sonunu beklemek zorunda mıdır? Yani, kanuni sınırlama (OR Art. 844/1; KK m. 12/1) haklı sebeple çıkmada da uygulanacak mıdır?

İkinci olarak, anasözleşmede çıkma hakkı bir süre yasaklanmışsa (OR Art. 843/1; KK m. 11/1) ortak, haklı sebepler bulunsa dahi bu süre içinde kooperatiften çıkamayacak mıdır?

Son olarak ise, anasözleşmede çıkma halinde tazminat ödeme yükümlülüğü öngörülmüşse (OR Art. 842/2; KK m. 10/1) ortak, haklı sebeplere dayanarak çıksa bile tazminat talebiyle karşılaşacak mıdır?

Belirtilen soruların tümüne ortak ve genel bir yanıt vermek mümkün değildir[48]. Zira her bir soruya ilişkin yasal altyapı ile çatışan ve bağdaştırılması gereken çıkarlar birbirinden farklıdır. Bu sebeple aşağıda, söz konusu sorulara ayrı ayrı yanıt aranacaktır.

---

[48] Ayrıca bkz. *"... çıkışı sınırlıyan koşullar ne olursa olsun, ortağın kooperatiften çıkması haklı bir nedene dayanıyorsa, sınırlarının bağlayıcı niteliği kalmaz."* [ŞİMŞEK, s. 62 (ancak karş. a.e., s. 63, s. 65)].

### B. Kanuni Sınırlama ile Haklı Sebeple Çıkma Arasındaki İlişki

Daha önce incelediğimiz üzere, çıkma hakkına getirilen kanuni sınırlama çıkma zamanını konu edinmekte ve "derhal" çıkmaya engel oluşturmaktadır. Zira, kooperatiften çıkmak isteyen ortağın -anasözleşmede daha kısa bir süre öngörülmemişse- İsviçre hukukunda bir yıllık; Türk hukukunda ise altı aylık ihbar süresine uyması ve çıkmanın hüküm ve sonuç doğurması için hesap yılı sonunu beklemesi gerekmektedir (OR Art. 844/1; KK m. 12/1).

Gerek OR gerekse de KK'da kanuni sınırlamanın haklı sebeple çıkma halinde de uygulanıp uygulanmayacağı konusunda açık bir düzenleme yoktur. Eş deyişle, her iki kanun da haklı sebeple çıkma halinde ortağın bir yıl (OR Art. 844/1) veya altı ay (KK m. 12/1) önce bildirimde bulunmakla yükümlü olup olmadığı ile hesap yılı sonunu beklemesinin gerekip gerekmediği sorularına yanıt vermemektedir. Yasal altyapı böyle olmakla birlikte, doktrinde, genel olarak kabul gören bir yaklaşımdan söz etmek mümkündür. Bu anlamda, haklı sebeple çıkma halinde ortağın kanuni sınırlamaya tabi olmayacağı ileri sürülmektedir. Buna göre, haklı sebeple çıkma derhal etkilidir[49]; dolayısıyla ortağın ne bir yıl (OR Art. 844/1) veya altı ay (KK m. 12/1) önceden çıkma bildiriminde bulunması[50] ne de hesap yılı sonuna kadar beklemesi[51] gerekmektedir.

Bize göre de haklı sebeple çıkma halinde ortağın ihbar süresine uyması ve hesap yılı sonuna dek beklemesi gerekmemektedir. Her şeyden önce, haklı sebep kavramının anlamı bu kabulü gerekli kılmaktadır. Öncelikle hatırlatalım ki, haklı sebep, ortaklık ilişkisinin devamını hesap yılı sonuna kadar dahi çekilemez kılan olgulardır. Yani haklı sebep olgusu, başlı başına, ortaklık ilişkisinin hesap yılı sonuna kadar bile sürdürülemeyecek olmasını konu edinir. Hal böyle iken, ortaklardan hesap yılı sonuna kadar kooperatifte kalmalarını beklemek, kurumun özü ile bağdaşmayacaktır[52]. Bundan başka aksi kabul, haklı sebeple çıkmayı anlamsız bir kurum haline getirecektir. Zira kooperatif ortakları, ihbar sürelerine uymak ve hesap yılı sonuna kadar beklemek suretiyle zaten serbestçe ortaklıktan çıkabilirler. Haklı sebeple

---

49 FORSTMOSER, Art. 843, N. 25; SCHWARTZ, BSK-OR II, Art. 843, N. 11; MARTI / HIRZEL, OFK, Art. 843, N. 5. Ayrıca bkz. BGE 61 II 191; BGE 89 II 153.

50 TEKİNALP, 1972, s. 145; FORSTMOSER, Art. 843, N. 25; SCHWARTZ, BSK-OR II, Art. 843, N. 11; DERYAL, s. 188; UYGUN, s. 68. Karş. CAN, s. 80.

51 TEKİNALP, 1972, s. 145; COŞKUN, s. 207. Karş. CAN, s. 80.

52 TEKİNALP, 1972, s. 145.

çıkma halinde de aynı hususlara riayet aranması, haklı sebeple çıkma ile serbestçe çıkmayı aynı hukuki sonuca tabi kılmak anlamına gelir ki, bunun kabulü her halde mümkün değildir. Son olarak ise, sürekli borç ilişkilerine dair genel ilkeler çerçevesinde aynı sonuca varılabilir. Sürekli borç ilişkilerinde haklı sebep, tarafa borç ilişkisini derhal (ihbar sürelerine uyması ve olağan fesih süresine dek beklemesi gerekmeksizin) sona erdirme hakkı vermektedir[53]. Bu genel kurala paralel şekilde, kooperatifler hukukunda da haklı sebebin, ortağa, kooperatif ile arasındaki hukuki ilişkiyi derhal sona erdirme hakkı sunması gerekir.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, haklı sebeplerin varlığı durumunda kanuni sınırlamanın uygulanmayacağı, ortağın bir yıl veya altı aylık ihbar süresini gözetmek ve hesap yılı sonunu beklemek (OR Art. 844/1; KK m. 12/1) zorunda olmaksızın kooperatiften derhal çıkabileceği sonucuna varılmalıdır.

## C. Anasözleşmesel Sınırlamalar ile Haklı Sebeple Çıkma Arasındaki İlişki

### 1. Çıkma Yasağı ile Haklı Sebeple Çıkma Arasındaki İlişki

Daha önce ilgili başlıkta incelendiği üzere, kooperatiften çıkma en fazla beş yıl için olmak üzere yasaklanabilmektedir (OR Art. 843/1; KK m. 11/1). Bu durumda ortağın kooperatiften serbestçe çıkamayacağı da şüpheden uzaktır. Öte yandan yasak süresi içinde, ortaklıktan çıkma için haklı sebep teşkil eden olgular gerçekleşebilir. Örneğin, bu süre içinde kooperatif işletme konusunu değiştirebilir veya ortak onu kooperatife üye olmaya yönelten işinden/mesleğinden ayrılabilir. Bu ve benzeri haklı sebeplerin varlığı halinde ortak kooperatiften çıkmak isteyebilir. Bu noktada, çıkma yasağının akıbeti önem arz edecektir. Acaba çıkma yasağı süresi içinde ortak haklı sebeple kooperatiften çıkabilecek midir?

İsviçre hukukunda belirtilen soru bizzat kanun koyucu tarafından yanıtlanmıştır. Gerçekten OR Art. 843/1'de çıkma yasağını düzenleyen kanun koyucu, takip eden fıkrada, çıkma yasağı süresi içinde haklı sebeple çıkma beyanında bulunulabileceğini ortaya koymuştur. Dolayısıyla İsviçre hukukunda çıkma yasağı süresi içinde dahi haklı sebeple çıkma mümkündür[54].

---

[53] Birçoğu yerine bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 121.

[54] Bilgi için bkz. GUTZWILLER, Art. 842-843, N. 23 vd.; FORSTMOSER, Art. 843, N. 16 vd.; SCHWARTZ, BSK-OR II, Art. 843, N. 8 vd.

Türk hukukunda konu KK m. 11/2'de düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında çıkma yasağı getirilebileceğini ifade eden kanun koyucu, devamla şu ifadeye yer vermiştir: "[h]*aklı ... sebeplerle bu süreden evvel çıkabileceği hususunda Anasözleşmeye hüküm konulabilir.*" Bu düzenleme, anasözleşmede çıkma yasağı süresi içinde ortaklara haklı sebeple çıkma olanağı sunulabileceğini ifade etmektedir. Yani, haklı sebeple çıkma hakkının anasözleşme ile ortaklara tanınması mümkündür. Ancak bu noktada yeni bir soru ortaya çıkmaktadır. Çıkma yasağı süresi içinde haklı sebeple çıkabilmek için, anasözleşmede buna izin verilmiş olması şart mıdır? Eğer anasözleşmede izin verilmemişse, haklı sebepler bulunsa dahi ortak, çıkma yasağı süresi içinde kooperatiften çıkamayacak mıdır? Doktrinde bu soruya farklı yanıtlar verilmektedir.

Bazı yazarlara göre, çıkma yasağı süresi içinde haklı sebeple çıkma, ancak anasözleşmede buna olanak tanınmışsa mümkündür[55]. Bu anlamda *Tekinalp*, 1972 tarihli monografisinde "*... maddeye göre haklı ... sebeplerle çıkma, ancak, ana sözleşmede bu husus açıkça öngörülmüş ise kullanılabilir*"[56] ifadesine yer vermiştir. Yakın tarihli eserinde de Yazar, buna paralel bir açıklama yapmaktadır: "*KoopK m. 11, f. 1 uyarınca, Koop'dan çıkma hakkının kullanılması en çok beş yıl süre ile sınırlandırılabilirse de, ortak bu süre içinde de 'haklı ... sebeplerin' varlığı halinde çıkabilir. KoopK'nın, anılan durumda, çıkmaya ancak ana sözleşmede bu yolda hüküm varsa, izin verdiğine dikkat edilmelidir*"[57]. Her iki ifade de çıkma yasağı halinde haklı sebeple çıkmanın, "sadece" anasözleşmede hüküm varsa mümkün olduğu şeklinde anlaşılmaya elverişlidir. *Arpacı* da bu görüştedir. Yazar'a göre, eğer anasözleşme ile çıkma yasağı getirilmiş ancak haklı sebeple çıkma olanağına yer verilmemişse, ortak, haklı sebepler bulunsa dahi kooperatiften çıkamayacaktır[58].

Doktrinde pek çok yazara göre ise, haklı sebepler varsa, anasözleşmede öngörülmese dahi çıkma yasağı süresi içinde kooperatiften çıkılabilmelidir[59]. Bu görüşü savunan *Karayalçın*, asıl önemli olanın, anasözleşmede hüküm

---

55 TEKİNALP, 1972, s. 143; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), N. 1823; ARPACI, s. 67; ÇEVİK Orhan Nuri, **Kooperatifler Kanunu**, 6. Bası, Seçkin, Ankara, 2003, s. 138. KK m. 11/2'nin hem açık kapı ilkesini hem de yararlar dengesini bozucu ve zedeleyici olduğu eleştirisini getirmekle birlikte bu doğrultuda bkz. ŞİMŞEK, s. 63, s. 65.

56 TEKİNALP, 1972, s. 143.

57 TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), N. 1823.

58 ARPACI, s. 67.

59 KARAYALÇIN, s. 471; TEKİL, s. 146; DERYAL, s. 178-179; UYGUN, s. 66; COŞKUN, s. 207.

bulunmayan hallerde de ortaklara haklı sebeple çıkma hakkı tanımak olduğunu belirtmekte ve KK m. 11/2'nin "[a]*nasözleşmede hüküm olmasa dahi ortak haklı ... sebeplere dayanarak kooperatiften çıkabilir"* şeklinde kaleme alınmasının daha isabetli olacağını belirtmektedir[60]. *Tekil* ise, hükmün *"kanunun genel mantığına ve kaynağı olan İsv. BK, 843 hükmüne uygun tarzda"* yorumlanmasının şart olduğunu ifade etmektedir[61].

Bize göre de haklı sebepler varsa, anasözleşmede öngörülmese dahi çıkma yasağı süresi içinde kooperatiften çıkılabilir. Bu kabulü gerekli kılan hususlar şu şekilde sıralanabilir:

İlkin belirtelim ki, KK m. 11/2 hükmü, bir "ifade başarısızlığı" olarak değerlendirilmeye elverişlidir. Kanun koyucu, kaynak OR Art. 843/1'den ayrılmayı ve haklı sebeple çıkmanın uygulama alanını sadece anasözleşmede öngörülmüş olma hali ile sınırlamayı amaçlamamıştır. Nitekim gerekçede de aksi yoruma kapı aralayacak bir açıklama yoktur[62]. Bu sebeple -*Tekil*'in de belirttiği üzere- düzenlemenin kaynak norma uygun şekilde yorumlanması isabetli olacaktır.

İkinci olarak, haklı sebep kavramının anlamı bu kabulü gerektirmektedir. Zira -esasen daha önce kanuni sınırlama ile ilişkisi bağlamında belirttiğimiz üzere- haklı sebep, ortaklık ilişkinin devamının çekilemez hale gelmesini konu edinir ve tam da bu sebeple derhal çıkmaya olanak tanır. Hal böyle iken, anasözleşmede öngörülen bir yasağın haklı sebeple çıkma kurumunu bertaraf edeceğinin kabul edilmesine olanak yoktur. Aksi kabul, haklı sebep kavramının özü ve anlamı ile bağdaşmayacağı gibi, onun temel işlevini ve hatta varoluş sebebini yok saymak anlamına gelecektir.

Son olarak ise, kooperatifler hukukunda haklı sebeple çıkmanın, sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshinin özel bir görünümü olduğu hatırlatılmalıdır. Genel olarak sürekli borç ilişkileri bağlamında, haklı sebeple fesih hakkının emredici nitelikte olduğu ve bu sebeple de sınırlanamayacağı kabul edilmektedir[63]. Genel olarak sürekli borç ilişkileri bakımından kabul gören bu yaklaşım, onun özel bir görünümü olan haklı sebeple çıkma için de ge-

---

60 KARAYALÇIN, s. 471.

61 TEKİL, s. 146.

62 Bkz. Kooperatifler Kanunu Tasarısı (1/151), Dönem 2, Toplantı: 2, Millet Meclisi S. Sayısı: 351, s. 3 vd. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM__/d02/c028/mm__02028086ss0351.pdf (Erişim Tarihi: 10.09.2023).

63 Birçoğu yerine bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 117 vd.

çerli olmalıdır. Dolayısıyla, haklı sebeple çıkma hakkı da emredicidir ve sınırlanamayacaktır. Bu söylenen, çıkma yasağı içinde de haklı sebeple çıkmanın mümkün olması sonucunu beraberinde getirir. Zira aksi kabul, yani çıkma yasağı durumunda haklı sebeple çıkma hakkının da rafa kalktığının kabulü, haklı sebeple çıkma hakkının sınırlanabileceğinin kabul edilmesi anlamına gelir. Ancak belirttiğimiz üzere, haklı sebeple çıkma hakkının sınırlanması mümkün değildir. Muhtemel bir tereddüdü gidermek adına hemen ekleyelim ki, KK m. 11/1'de çıkma hakkının yasaklanmasına olanak tanındığı, bu düzenlemeyle genel kurala istisna getirildiği de ileri sürülemez. Zira KK m. 11/1'de, haklı sebeple çıkma hakkının değil, çıkma hakkının yasaklanabileceği belirtilmiştir. Bu düzenleme sadece "serbestçe" çıkma hakkına konu edinir; yoksa, sürekli borç ilişkilerinde geçerli genel kurala aykırı biçimde, haklı sebeple çıkmaya bir yasaklama öngörmemektedir.

Sonuç olarak, haklı sebeplerin varlığı halinde çıkma yasağının uygulanmayacağı, ortağın yasak süresi içinde de kooperatiften çıkabileceği ifade edilmelidir.

### 2. Çıkma Tazminatı ile Haklı Sebeple Çıkma Arasındaki İlişki

Yukarıda incelendiği üzere, ana sözleşmede çıkmanın kooperatife önemli bir zarar vermesi veya varlığını tehlikeye düşürmesi halinde, çıkan ortağın kooperatife uygun/muhik bir tazminat ödeyeceği öngörülebilmektedir (OR Art. 842/2 ve KK m. 10/1). Herhangi bir sebep olmaksızın kooperatiften çıkan ortaktan çıkma tazminatı istenebileceği şüpheden uzak iken, haklı sebeple çıkma halinde de bu tazminatın talep edilip edilemeyeceği irdelenmeye değerdir.

Hemen ifade edelim ki, İsviçre hukukunda bu soruyu da bizzat kanun koyucu yanıtlamıştır. OR Art. 843/2'de, haklı sebeple çıkma halinde, kooperatifin çıkma tazminatı isteme hakkı saklı tutulmuştur. Böylece kooperatifin, haklı sebeple çıkan ortaktan da tazminat isteyebileceği kabul edilmiştir. Ancak bu yasal altyapıya rağmen doktrinde yaklaşım farklılıklarına rastlanmaktadır.

Esasen bazı yazarlar, kanuni düzenlemeye paralel şekilde, haklı sebeple çıkma durumunda da ortaktan tazminat istenebileceğini belirtmektedir[64]. Bu görüşü savunan *Ringwald*, haklı sebeple çıkma halinde tazminat istenebileceğini belirttikten hemen sonra, hâkimin tazminatın miktarını tespit ederken her iki tarafın da (çıkan ortağın ve kooperatifin) menfaatlerini dikkate alması

[64] RINGWALD, s. 170; MARTI / HIRZEL, OFK, Art. 842, N. 8; Art. 843, N. 5.

gerektiğini ifade etmektedir[65]. Aynı görüşte olan *Marti/Hirzel* de, benzer şekilde, haklı sebeple çıkma halinde tazminat istenebileceğini belirtmesini takiben, tazminat miktarının uygunluğu değerlendirilirken çıkmanın hangi koşullarda gerçekleştiğinin dikkate alınması gerektiğini dile getirmektedir[66]. Bu açıdan, söz konusu yaklaşımın haklı sebebi çıkma tazminatı istenmesine bir engel olarak görmese de tazminat miktarının belirlenmesinde bir indirim nedeni olarak dikkate değer bulduğu sonucunu varılabilir.

Doktrinde bazı yazarlar ise, yasal düzenlemeye eleştirel yaklaşmaktadır. Tespit edilebildiği kadarıyla ilk kez *Gerwig* konu üzerinde durmuştur. Yazar, haklı sebeple çıkmada tazminat talep edilip edilemeyeceği sorusunu, haklı sebebin kaynağını esas alarak yanıtlamaktadır. Buna göre, haklı sebep teşkil eden olguyu tek taraflı ve kusurlu olarak bizzat kooperatif yaratmışsa, çıkma tazminatı talebi dinlenmeyebilir[67]. Yazar özel (nitelikli) bir haklı sebep örneği olarak andığı işletme konusu değişikliğine ise ayrıca parantez açmış ve bu durumda çıkma tazminatı istenemeyeceğini, zira çıkma tazminatının kuramsal temelini oluşturan kooperatifin devamını sağlama amacının işletme konusu değişikliği halinde artık bulunmadığını belirtmiştir[68].

*Gerwig*'in yaklaşımının takip eden doktrini etkilediği görülmektedir. *Forstmoser*, konuya çıkma tazminatının duruma uygunluğu (*Angemessenheit*) perspektifinden yaklaşmıştır. Buna göre, çıkan ortaktan tazminat istenip istenemeyeceği her bir somut olayın şartları çerçevesinde incelenmeli ve bu incelemede çıkma sebebi de göz önünde tutulmalıdır. Örneğin, haklı sebep teşkil eden olguyu kooperatif tek taraflı ve kusurlu şekilde yaratmışsa çıkma tazminatı talep edilemeyebilir[69]. *Courvoisier* de aynı görüştedir. Yazar, çıkma sebebinin göz önünde tutulması gerektiğini, tek başına kooperatiften kaynaklanan bir haklı sebep dolayısıyla çıkan ortaktan tazminat istenemeyeceğini ifade etmektedir[70]. Keza benzer şekilde *Schwartz*'a göre de duruma uygunluk incelemesinde çıkma sebebi dikkate alınmalıdır; ortağın haklı sebeple çıkması onu tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtarabilir[71].

---

65 RINGWALD, s. 170.

66 MARTI / HIRZEL, OFK, Art. 843, N. 5.

67 GERWIG, s. 246.

68 GERWIG, s. 247.

69 FORSTMOSER, Art. 842, N. 36; Art. 843, N. 26.

70 COURVOISIER, CHK, Art. 842, N. 6 (karş. a.e. Art. 843, N. 8).

71 SCHWARTZ, BSK-OR II, Art. 842, N. 18 (karş. a.e. Art. 843, N. 12).

Türk hukukunda ise kanun koyucu, konuya dair bir açıklama yapmamıştır. KK'da OR Art. 843/2 benzeri bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, haklı sebeple çıkan ortaktan tazminat talep edilip edilemeyeceği sorusunun yanıtlanması doktrin ve yargı kararlarının işi haline gelmektedir.

Doktrinde ileri sürülen görüşler üç ana başlık altında sıralanabilir. *Tekinalp*, haklı sebebin kaynağını ve ortaya çıkmasında ortağın kusurlu olup olmamasını esas alan bir ayrımla konuyu değerlendirmektedir. Eğer ki, "*... haklı sebeb, ortağın kusurundan ... veya kendi kişiliğinde, ekonomik şartlarında ve yapısında ortaya çıkan her hangi bir değişiklikten*" kaynaklanmakta ise, çıkma tazminatı talep edilebilir. Ancak "*haklı sebebin oluşmasında ortağa yüklenebilecek bir kusur yoksa veya haklı sebeb, konu değişikliğinden, işletme şeklindeki büyük görüş farklılıklarından*" kaynaklanıyorsa çıkma tazminatı istenememelidir[72]. Doktrinde *Arpacı* ise, haklı sebepten daha ziyade, bu sebebin ortaya çıkmasında ortağın kusurlu olup olmadığını esas alır görünmektedir. Yazar'a göre, ortağın haklı sebebi değil, kusursuzluğu ispat etmesi gerekir. Örneğin, iflas etmesi üzerine ortaklıktan çıkan bir yapı kooperatifi ortağı, iflas etmesi sebebiyle sorumluluktan kurtulamaz; ayrıca iflasta kusursuz olduğunu da ispatlamalıdır[73]. Nihayet *Can*, salt haklı sebebin bulunması ekseninde konuya yaklaşmış; haklı sebebin kaynağına veya ortağın kusuruna dayalı bir ayrıma gitmemiştir: "*Çıkma serbestisi karşısında bir ortağın yardımlaşma ve dayanışma gibi amaçlarla girdiği bir kooperatiften haklı bir sebebinin bulunmasına rağmen ancak tazminat ödeyerek çıkması düşüncesi, KK m. 1'de ifadesini bulan kooperatiflerin kuruluş amaçlarıyla bağdaşmamaktadır*"[74].

Kanaatimizce bu hususta, haklı sebebin kaynağını temel alan bir ayrıma gidilmesi isabetli olacaktır. Bu doğrultuda, haklı sebeple çıkma halinde tazminat istenip istenemeyeceği, haklı sebebin kooperatiften, ortaktan ve taraflara izafe edilemeyen olgulardan kaynaklanması halleri için ayrı ayrı irdelenmelidir.

Haklı sebebin kooperatiften kaynaklandığı hallerde çıkma tazminatı talep edilememelidir. Öncelikle belirtelim ki, aslında KK'da bu yoruma kapı aralayacak bir düzenlemeye tesadüf de edilmektedir[75]. KK m. 52'ye göre, bir

---

72 TEKİNALP, 1972, s. 146. Aynı yönde bkz. DERYAL, s. 182-183 (karş. a.e., s. 193). Ayrıca bkz. UYGUN, s. 68.

73 ARPACI, s. 67-68 (ayrıca bkz. a.e., s. 66).

74 CAN, s. 81. Benzer yaklaşım için bkz. ŞİMŞEK, s. 65.

75 Bkz. ve karş. DERYAL, s. 182.

kooperatifte ortakların şahsi sorumluluğu ağırlaştırılmış veya ek ödeme yükümlülüğü getirilmiş ise, ortaklar, üç ay içinde kooperatiften çıkabilirler. Kanun koyucu, bu durumda çıkan ortaklardan çıkma tazminatı istenemeyeceğini açıkça ifade etmiştir (KK m. 52/4[76]). Bir kooperatifte ortakların şahsi sorumluluğunun ağırlaştırılması veya ek ödeme yükümlülüğü getirilmesi, kooperatiften kaynaklanan bir haklı sebep niteliğindedir[77]. Böylece kanun koyucu, bu hale özgü de olsa, kooperatiften kaynaklı bir haklı sebeple çıkan ortaktan tazminat istenemeyeceğine dair irade ortaya koymuştur. Kanaatimizce bu husus, sadece anılan haklı sebebe özgü değildir. Tıpkı ortakların şahsi sorumluluğunun ağırlaştırılması veya ek ödeme yükümlülüğü getirilmesinde olduğu gibi, kooperatiften kaynaklı başka bir haklı sebeple çıkan ortaktan da tazminat talep edilememelidir. Kaldı ki, kooperatifin hem kendi davranışı ile bir sonuca yol açması (haklı sebep teşkil eden olguyu gerçekleştirmesi ve ortak için ortaklık ilişkisinin devamını çekilemez kılması) hem de tazminat talep edebilmesi başlı başına menfaatler dengesine aykırı olacaktır. Bu sebeplerle, işletme konusunda değişiklik ve organların eşit işlem ilkesine aykırı kararlar vermesi gibi, haklı sebebin kooperatiften kaynaklı olduğu tüm hallerde çıkma tazminatı istenememelidir.

Haklı sebebin ortaktan kaynaklandığı hallerde aksi sonuca varılmalıdır. Bu anlamda, kendi davranışlarıyla haklı sebebe yol açan ortak, çıkma tazminatı ödemekle yükümlü olmalıdır. Bu çerçevede söz gelimi, bir fabrikada aşçı olarak çalışmaya başlayan ve taşımacılık işini terk eden taşıma kooperatifi ortağından, belirtilen haklı sebeple kooperatiften çıkması halinde tazminat istenebilir. Keza ekonomik sorunları sebebiyle arazisini satması veya arazisinde ürettiği ürünü değiştirmesi (örneğin, pancar ekicileri kooperatifi ortağı iken işlettiği arazide başka bir ürün yetiştirmeye başlaması) sebebiyle üretim kooperatifinden çıkan ortak da tazminat ödemekle yükümlüdür. Ancak burada, yanıtlanması gereken bir soru daha vardır. Acaba, haklı sebebin meydana gelmesinde çıkan ortağın kusurlu olup olmaması önem arz edecek midir?

Peşin olarak ifade edelim ki, bu soru, esas olarak, çıkma tazminatı sorumluluğunun hukuki niteliği ile ilgilidir. *Arpacı*'ya göre, bu sorumluluk

---

[76] Benzer düzenleme OR Art. 889/3'de de yer almaktadır. İsviçre doktrinde de -yasal düzenlemeye uygun şekilde- şahsi sorumluluk veya ek ödeme yükümlülüğü getirilmesi veya mevcudun arttırılması sebebiyle çıkan ortaktan çıkma tazminatı istenemeyeceği belirtilmektedir, bkz. FORSTMOSER, Art. 842, N. 39; SCHWARTZ, BSK-OR II, Art. 842, N. 19.

[77] Bkz. ve karş. DERYAL, s. 182, s. 184; UYGUN, s. 69; ÜSTÜN Yusuf / AYDIN Muhittin, **Kooperatifler Hukuku**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 141.

sözleşmeye aykırılıktan doğar; dolayısıyla tazminat istenebilmesi için ortağın kusurlu olması da gerekir[78]. Hemen yukarıda belirttiğimiz üzere Yazar, bu yaklaşımı ile uyumlu şekilde, haklı sebebin ortaya çıkmasında da ortağın kusuruna önem atfetmekte ve bu olguda kusuru olmayan ortaktan tazminat istenemeyeceğini belirtmektedir. Doktrinde *Schwartz* ve *Marti/Hirzel*'e göre ise, çıkma tazminatı sorumluluğu, bir tür kusursuz sorumluluk (sebep sorumluluğu/*Kausalhaftung*) halidir[79] ve dolayısıyla talep edilebilmesi için ortağın çıkmada kusurlu olması gerekmez[80]. Bu görüş, haklı sebebin ortaya çıkmasında da ortağın kusuruna bir önem atfetmemeyi gerektirmektedir.

Bize göre ikinci görüş isabetlidir. Zira kooperatifler hukukunda çıkma, sözleşmeye aykırı bir davranış değildir[81]; aksine kanuni bir hakkın kullanımı niteliğindedir. Bu husus özellikle haklı sebeple çıkmada daha da somuttur. Bu sebeple, çıkma tazminatı istenebilmesi için ortağın ne çıkmada ne de çıkmaya dayanak teşkil eden haklı sebebin meydana gelmesinde kusurlu olması aranmalıdır. Hemen ekleyelim ki, hukuk tekniği bir yana menfaatler dengesi de aynı kabulü gerektirmektedir. Zira *Gerwig*'in de isabetle belirttiği üzere, bir kişinin, onu kooperatif ortağı olmayan yönelten kişisel şartların zamanla değişebileceğini veya ortadan kalkabileceğini hesaba katması ve tercihini ortaklıktan çıkmadan yana kullanması durumunda anasözleşmede belirtilen parasal sonuçlara (çıkma tazminatına) katlanması gerekir[82].

Belirttiğimiz üzere, haklı sebebin ortağın davranışlarından kaynaklandığı hallerde, ortak bu haklı sebebin ortaya çıkmasında kusurlu olsun yahut olmasın, çıkma tazminatı istenebilir. Ancak bu halde, hem haklı sebebin varlığı hem de bu haklı sebebin meydana gelmesinde ortağın kusurlu olup olmaması, tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Eş deyişle, tazminatın uygunluğu/muhikliği tespit edilirken, haklı sebebin varlığı ile ortağın kusurlu olup olmaması hesaba katılmalıdır[83]. Bu anlamda, haklı sebebin gerek varlığı ve gerekse de meydana gelmesinde çıkan ortağın kusurlu olmaması, tazminat bedelinden indirim sebebi olarak kabul edilmelidir.

---

78 ARPACI, s. 66.

79 SCHWARTZ, BSK-OR II, Art. 842, N. 15; MARTI / HIRZEL, OFK, Art. 842, N. 6.

80 SCHWARTZ, BSK-OR II, Art. 842, N. 17; MARTI / HIRZEL, OFK, Art. 842, N. 6.

81 Bkz. ve karş. RINGWALD, s. 168.

82 GERWIG, s. 247.

83 Ayrıca bkz. TEKİNALP, 1972, s. 146.

Son olarak, haklı sebebin taraflara izafe edilemeyen olgulardan doğması halinde ise çıkma tazminatı talep edilememelidir[84]. Söz gelimi, tarımsal üretim yaptığı arazi deprem veya sel gibi doğal afetler sonucu kullanılamaz hale gelen ya da kamulaştırılan ve belirtilen haklı sebeplerle üretim kooperatifinden çıkan ortak, tazminat ödemekle yükümlü olmamalıdır.

## SONUÇ

Bu çalışmada ulaşılan sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

1. Kooperatifler hukukunda çıkma hakkı, herhangi bir sebebe dayanılması gerekmeksizin kullanılabilir. Ancak serbestçe çıkmak isteyen ortak, kanun ve anasözleşmede öngörülen çıkma hakkına yönelik sınırlamalara uymakla yükümlüdür. Kanuni sınırlama gereği, ortağın İsviçre hukukunda bir yıl; Türk hukukunda altı ay önceden çıkma bildiriminde bulunması ve çıkmanın hüküm ve sonuç doğurması için hesap yılı sonunu beklemesi gerekir (OR Art. 844/1; KK m. 12/1). Yine anasözleşmede beş yılı aşmayan bir süre için çıkma yasağı öngörülmüşse (OR Art. 843/1 ve KK m. 11/1) ortak yasak süresi içinde serbestçe kooperatiften çıkamaz. Son olarak anasözleşmede çıkma tazminatı öngörülmüşse (OR Art. 842/2; KK m. 10/1) serbestçe çıkan ortaktan tazminat talep edilebilir.

2. Ortak haklı sebeplere dayanarak da kooperatiften çıkabilir. Ortak bakımından ortaklık ilişkisinin sürdürülmesini çekilemez kılan olgular haklı sebep teşkil eder. Haklı sebeple çıkma halinde, kanuni ve anasözleşmesel sınırlamaların uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna genel bir cevap verilmesi mümkün değildir. Soru, her bir sınırlama için ayrı ayrı yanıtlanmalıdır.

3. Haklı sebeple çıkma halinde kanuni sınırlama uygulanmayacaktır. Bu anlamda ortağın bir yıl veya altı ay önceden çıkma bildiriminde bulunması ve çıkmanın hüküm ve sonuç doğurması için hesap yılı sonunu beklemesi gerekmemektedir. Zira haklı sebeple çıkma, derhal etkilidir.

4. Çıkma yasağı da haklı sebeple çıkma halinde uygulama alanı bulmayacaktır. Dolayısıyla haklı sebep varsa ortak, yasak süresi içinde dahi kooperatiften çıkabilecektir. İsviçre hukukunda açıkça düzenlenen (OR Art. 843/2) bu husus, Türk hukuku için de geçerli olmalıdır. Zira haklı sebeple çıkma hakkının emredici niteliği bu kabulü gerekli kılmaktadır. Ayrıca, KK

---

[84] Bkz. ve karş. SCHWARTZ, BSK-OR II, Art. 842 N. 18; DERYAL, s. 183.

m. 11/2'nin lafzı aksine işaret etse de yasak süresi içinde haklı sebeple çıkılabilmesi için anasözleşmede buna olanak tanınmış olması şart değildir.

5. KK'da çıkma tazminatı ile haklı sebeple çıkma arasındaki ilişkiye dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. OR Art. 843/2'de ise haklı sebeple çıkma durumunda da kooperatifin çıkma tazminatı talep etme saklı tutulmuştur. Ancak doktrinde bu düzenlemeye eleştiriler getirilmekte ve her haklı sebep açısından aynı sonuca varılamayacağı belirtilmektedir. Bize göre de çıkma tazminatının akıbeti, çıkmaya dayanak olan haklı sebebin kaynağı esas alınarak belirlenmelidir. Eğer ki, haklı sebep teşkil eden olgu kooperatiften kaynaklanmışsa çıkma tazminatı istenemez. Haklı sebep teşkil eden olgunun çıkan ortaktan kaynaklanması halinde ise, bu tazminat talep edilebilir. Bu açıdan, haklı sebep teşkil eden olgunun meydana gelmesinde ortağın kusurlu olup olmaması farklı bir sonuca varmayı gerektirmez. Ancak çıkma tazminatının istenebileceği bu halde, hem haklı sebebin varlığı hem de haklı sebep teşkil eden olgunun gerçekleşmesinde çıkan ortağın kusursuzluğu, tazminat miktarından indirim sebebi olarak dikkate alınmalıdır. Son olasılık olarak, haklı sebebin taraflara izafe edilemeyen olgulardan doğması halinde ise, çıkan ortaktan tazminat talep edilememelidir.

## KAYNAKÇA

ALTINOK ORMANCI Pınar, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, 1. Bası, Vedat, İstanbul, 2011.

ARPACI Abdülkadir, **İçtihatlı Kooperatifler Kanunu ve Açıklamaları**, 2. Bası, Temel, İstanbul, 1995.

CAN Mustafa Erdem, "Kooperatif Ortaklığından Çıkma ve Çıkan Kişinin Hakları", **Gazi HFD**, C. 11, S. 1-2, 2007, ss. 71-95.

COŞKUN Mahmut, **Kooperatifler Hukuku**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2023.

COURVOISIER Matthias, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG**, (Hrsg. ROBERTO Vito / TRÜEB Hans Rudolf), 3. Aufl., Schulthess, Zürich, 2016.

ÇEVİK Orhan Nuri, **Kooperatifler Kanunu**, 6. Bası, Seçkin, Ankara, 2003.

DERYAL Yahya, Kooperatiflerde Ortak Sıfatının Kazanılması, Kaybedilmesi ve Hukuki Sonuçları, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994.

DRUEY Jean Nicolas / DRUEY JUST Eva / GLANZMANN Lukas, **Gesellschafts- und Handelsrecht**, 12. Auf., Schulthess, Zürich, 2021.

ERÇİN Ferhat, **Türk Hukuku'nda Kooperatif Tüzel Kişiliğinin Ayırıcı Özellikleri**, 2. Bası, Der, İstanbul, 2005.

ERİŞ Gönen, **Uygulamalı Kooperatifler Hukuku**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2001.

FABRIZIO Nadja, **Berner Kommentar: Die Genossenschaft, Systematische Darstellung und Kommentar zu den Art. 828-838 OR**, (Hrsg. KILGIS Sabine / FABRIZIO Nadja), 2. Aufl., Stämpfli, Bern, 2021.

FORSTMOSER Peter, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht Band VII 4. Abteilung Die Genossenschaft (ART. 828-926 OR) Zweite Lieferung: Art. 839-851 OR**, 1. Aufl., Stämpfli, Bern, 1974.

GERWIG Max, **Schweizerisches Genossenschaftsrecht**, 1. Aufl., Stämpfli, Bern, 1957.

GUTZWILLER Max, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetz Buch V. Band Obligationenrecht 6. Teil: Genossenschaft, Handelregister und kaufmännische Buchführung, 4. Lieferung**, 1. Aufl., Schulthess, Zürich, 1971.

KARAYALÇIN Yaşar, **Ticaret Hukuku II. Şirketler Hukuku A. Giriş - Adi Şirket - Ticaret Şirketleri (Kollektif - Komandit - Limited - Kooperatif Şirketler)**, 2. Bası, Sevinç, Ankara, 1973.

MARTI Hanna / HIRZEL Astrid, **Orell Füssli Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht**, (Hrsg. KOSTKIEWICZ Jolanta Kren / WOLF Stephan / AMSTUTZ Marc / FANKHAUSER Roland), 4. Aufl., Orell Füssli, Zürich, 2023.

ÖRNEK Özge, "Kooperatiflerde Açık Kapı İlkesi", **TFM**, C. 6, S. 1, 2020, ss. 128-141.

POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku - II**, 14. Bası, Vedat, İstanbul, 2019.

RINGWALD L., "Probleme der Auslösungssumme beim Austritt aus einer Genossenschaft", **Basler Juristische Mitteilungen**, 1968, ss. 163-178.

SCHWARTZ Alfred L., **Basler Kommentar: Obligationenrecht II Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 Übest GmbH** (Hrsg. HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WATTER Rolf), 4. Aufl., Basel, 2012.

SELİÇİ Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, 1. Bası, Fakülteler, İstanbul, 1976.

ŞİMŞEK Edip, **Kooperatif Ortaklıklar**, 1. Bası, Yonca, Ankara, 1981.

TEKİL Fahiman, **Limited Şirketler ve Kooperatifler Hukuku**, 3. Bası, Tekil, İstanbul, 1994.

TEKİNALP Ünal, **Kooperatifler Kanunu Tasarısı Üzerine Düşünceler**, 1. Bası, BTHAE, Ankara, 1969.

TEKİNALP Ünal, **Kooperatiflerde Ortakların Kişisel Niteliklerinin Önemi, Ortak Sıfatının Kazanılması ve Yitirilmesi**, 1. Bası, Fakülteler, İstanbul, 1972.

TOPALOĞLU Mustafa, "Kooperatiflerin Genel İlkeleri ve Kuruluşu", **Yeditepe HFD**, C. 18, S. 2, 2021, ss. 645-665.

TRUNIGER Christof, **Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)**, (Hrsg. GAUCH Peter / STÖCKLI, Hubert), 10. Aufl., Schulthess, Zürich, 2021.

UYGUN Fatma, **Kooperatiflerde Çıkma ve Çıkarılma**, 1. Bası, Seçkin, Ankara 2021.

ÜSTÜN Yusuf / AYDIN Muhittin, **Kooperatifler Hukuku**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.